

Telekommunikation 2021: Wettbewerb im Umbruch

12. Sektorgutachten

Gutachten der Monopolkommission
gemäß § 195 Abs. 2, 3 TKG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Kurzfassung.....	2
Kapitel 1.....	8
Festnetz	8
1.1 Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Festnetzbereich	8
1.1.1 Ausgangslage auf dem deutschen Festnetzmarkt	8
1.1.2 Der Glasfasernetzausbau beschleunigt sich, die Nachfrage zieht noch nicht mit.....	11
1.1.3 Deutschland kann bei NGA-Anschlüssen mithalten, liegt beim Glasfasernetzausbau in Europa jedoch weit zurück	13
1.2 Amtspraxis der Bundesnetzagentur: Regulierung der Vorleistungsprodukte	15
1.2.1 Implikationen der EU-Märkteempfehlung 2020 auf die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur	16
1.2.2 Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014	17
1.2.2.1 Kupferprodukte einheitlich einer Genehmigungspflicht unterwerfen	18
1.2.2.2 Erweiterung des Zugangs zu baulichen Anlagen ist zu begrüßen	22
1.2.2.3 Umstellung auf Equivalence of Input durch Monitoring begleiten	23
1.3 Zur Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze	25
1.3.1 Wechselprozess über eine Dekade.....	25
1.3.2 Zu den Rollen der einzelnen Marktakteure im Migrationsprozess.....	26
1.3.3 Migration in Glasfasernetze ganzheitlich ausrichten	30
1.3.4 Fazit: Wettbewerbskonforme Migration sicherstellen.....	31
1.4 Ko-Investitionen im Glasfaserausbau durch wettbewerbssichernde Auflagen flankieren	32
1.4.1 Balance zwischen Glasfasernetzausbaubeschleunigung und Wettbewerbsschutz wahren.....	34
1.4.2 Ko-Investitionen dürfen Infrastrukturwettbewerb nicht verdrängen	37
1.4.3 Wettbewerbskonforme Zugangskonditionen gewährleisten	38
1.4.4 Das OLG Düsseldorf setzt hohe kartellrechtliche Hürden für zukünftige Kooperationen	41
1.4.5 Fazit: Leitlinien für wettbewerbsskonforme Ko-Investitionen erarbeiten	42
Kapitel 2.....	43
Mobilfunk	43
2.1 Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Mobilfunkbereich	43
2.2 Versteigerung für Mobilfunkfrequenzen auch ohne Vorrang beibehalten	47
2.2.1 Bei einer Knappheit von Frequenzen ist grundsätzlich ein Vergabeverfahren durchzuführen	49
2.2.2 Auswahlkriterien in Ausschreibungsverfahren	51
2.2.3 Ausschreibungen sind ungeeignet, um die Frequenzbedarfe von Unternehmen gegeneinander abzuwägen	52
2.2.4 Eingeschränkte Transparenz in Ausschreibungen kann zu willkürlichen Ergebnissen führen.....	54
2.2.5 Die Verbindlichkeit von Angeboten kann bei Ausschreibungen kaum gewährleistet werden	55
2.2.6 Keine Indizien für spürbare Beeinträchtigung des Mobilfunkausbaus durch Kosten aus Frequenzversteigerungen.....	57
2.2.7 Fazit: Die Versteigerung ist das am besten geeignete Verfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen.....	58
2.3 Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter im Mobilfunk erhalten	59

2.4	Amtspraxis der Bundesnetzagentur: Schnelle Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zu Zero-Rating wünschenswert	61
-----	--	----

Kapitel 3.....65

Zur Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen bei interpersonellen Telekommunikationsdiensten..... 65

3.1	Rolle der OTT-Kommunikationsdienste im Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten	65
3.2	Gesetzliche Definitionen von Telekommunikationsdiensten unionsweit einheitlich schärfen	69
3.2.1	Funktionale Definition von (interpersonellen) Telekommunikationsdiensten sinnvoll	69
3.2.2	Abgrenzung von Kommunikationsdiensten zu Inhaltsdiensten nicht eindeutig	70
3.2.3	Multifunktionsdienste werden tendenziell zu weitgehend erfasst	71
3.2.4	Definitionen auf Unionsebene weiter konkretisieren	75
3.3	Regulierungsintensität an Schutzbedürftigkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer ausrichten	75
3.3.1	Erreichbarkeit von Notrufdiensten ist auch ohne Einbeziehung nummernunabhängiger ITD derzeit sichergestellt	76
3.3.2	Einbeziehung nummernunabhängiger ITD zur Finanzierung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten ist nicht zu empfehlen.....	77
3.3.3	Wettbewerbliche Implikationen des Datenschutzrechts berücksichtigen	81
3.3.4	Unterschiedliche Kundenschutzanforderungen an Gefährdungspotenzial knüpfen.....	84
3.4	Interoperabilitätsverpflichtungen sind derzeit abzulehnen	86
3.4.1	Interoperabilität: Ausgestaltungsmöglichkeiten und Implikationen	87
3.4.1.1	Multihomeing-Verhalten trägt zum Wettbewerb bei	91
3.4.1.2	Auswirkungen von nummernunabhängigen ITD als mehrseitige Plattformdienste untersuchen..	95
3.4.1.3	Interoperabilität zwischen nummernunabhängigen und nummerngebundenen ITD ist nicht erforderlich	96
3.4.1.4	Zwischenfazit: Interoperabilitätsverpflichtungen bei nummernunabhängigen ITD sind derzeit nicht geboten	97
3.4.2	Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen ist zu Recht an hohe Hürden geknüpft.....	98
3.4.2.1	Voraussetzungen für asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung zur Sicherstellung der Endnutzerkonnektivität konkretisieren.....	99
3.4.2.2	Die Einleitung eines förmlichen Marktregulierungsverfahrens ist derzeit nicht angezeigt	101
3.4.2.3	Telekommunikationsrechtliche Vorschriften sind vorrangige und abschließende Spezialregelungen gegenüber dem GWB	102
3.4.2.4	Verhältnis des Telekommunikationsrechts zum geplanten Digital Markets Act.....	104
3.4.2.5	Normung durch die EU-Kommission ist Vorstufe einer Interoperabilitätsverpflichtung	105
3.4.2.6	Erweiterung der Datenportabilität ist milderer Mittel zu einer Interoperabilitätsverpflichtung..	105
3.4.2.7	Zwischenfazit: Telekommunikationsrechtliche Vorschriften zur Auferlegung von Interoperabilitätspflichten konkretisieren	106
3.5	Mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf benachbarten Märkten untersuchen	107
3.6	Fazit: Überregulierung bei interpersonellen Telekommunikationsdiensten vermeiden	108

Kapitel 4.....112

Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen..... 112

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1.1: Aktive Breitbandanschlüsse nach Technologien	9
Abbildung 1.2: Anteile an den Breitbandanschlüssen im Festnetz	10
Abbildung 1.3: Download-Geschwindigkeitsklassen der vermarkteten Breitbandanschlüsse	10
Abbildung 1.4: Entwicklung des Datenvolumens im Festnetz	11
Abbildung 1.5: Verteilung der Glasfaseranschlüsse in Deutschland	12
Abbildung 1.6: Take-up Rate bei FTTB/H-Anschlüssen	13
Abbildung 1.7: Verteilung aktiver und verfügbarer Glasfaseranschlüsse (2021)	13
Abbildung 1.8: NGA-Verfügbarkeit in der EU (2020)	14
Abbildung 1.9: Verfügbarkeit gigabitfähiger Anschlüsse in der EU (2020)	14
Abbildung 1.10: FTTB/H-Verfügbarkeit in der EU (2020)	15
Abbildung 1.11: Schematische Darstellung der Netzstruktur der Deutsche Telekom AG	19
Abbildung 1.12: Aktive DSL-Anschlüsse in Deutschland in Mio. (2014 bis 2021)	20
Abbildung 2.1: Marktanteile nach aktiven SIM-Karten	43
Abbildung 2.2: Marktanteile nach Service-Umsätzen	44
Abbildung 2.3: Marktanteile nach SIM-Kartentyp	45
Abbildung 2.4: Anteile am Markt Persönlicher SIM-Karten (ohne M2M) nach Netzgenerationen	45
Abbildung 2.5: Anteile an Funk-Basisstationen nach Netzgenerationen	46
Abbildung 2.6: Datenvolumen im Mobilfunk in Mio. GB (2015 bis 2021)	47
Abbildung 3.1: Versendete SMS- und WhatsApp-Nachrichten in deutschen Mobilfunknetzen pro Tag	66
Abbildung 3.2: Sprachverbindungsminuten pro Tag (2012 bis 2021)	67
Abbildung 3.3: Gesamtdatenvolumen und Gesamtumsatz der TK-Branche (2017 bis 2021)	67
Abbildung 3.4: Traffic-Anteile am Gesamtdatenvolumen (2019)	68

Vorwort

Gemäß ihrem gesetzlichen Auftrag erstellt die Monopolkommission alle zwei Jahre ein Gutachten nach § 195 Abs. 2, 3 Telekommunikationsgesetz (TKG-2021), in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten in der Bundesrepublik Deutschland beurteilt. Zudem evaluiert sie die Nachhaltigkeit wettbewerbsorientierter Telekommunikationsmärkte, würdigt die Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Regulierung und die Wettbewerbsaufsicht und nimmt zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung.

Zur Vorbereitung ihres Gutachtens hat die Monopolkommission zwei Anhörungen am 15. Oktober 2021 durchgeführt. Der Vizepräsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Dr. Wilhelm Eschweiler sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission die wettbewerbliche Situation auf den Telekommunikationsmärkten und Fragen der Telekommunikationsregulierung erörtert. Die Regulierungsbehörde hat darüber hinaus eine schriftliche Stellungnahme abgegeben.

Des Weiteren hat die Monopolkommission mit Vertretern der Unternehmen und Verbände Fragen zur Marktentwicklung und Regulierung diskutiert. Teilnehmer dieser digitalen Diskussionsrunde waren 1&1 AG, ANGA - Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e. V., BREKO - Bundesverband Breitbandkommunikation e. V., BUGLAS - Bundesverband Glasfaseranschluss e. V., Deutsche Telekom AG, Freenet AG, Sippgate GmbH, VATM - Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e. V.

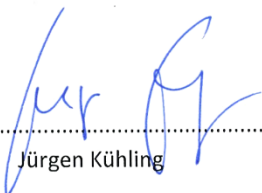
Die angehörten Unternehmen und Verbände haben ihre mündlichen Äußerungen gegenüber der Monopolkommission durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Schriftliche Stellungnahmen sind darüber hinaus seitens Apple GmbH, Eco - Verband der Internetwirtschaft e. V., EWE Tel GmbH, Facebook Germany GmbH, Lebara Ltd., Microsoft Deutschland GmbH, Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Threema GmbH, Transatel SAS, Vantage Towers AG und Vodafone GmbH eingegangen.

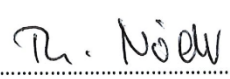
Weiterhin gab es vielfältige Kontakte der Mitglieder sowie der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Monopolkommission mit Vertretern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und von Unternehmen und Verbänden. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Das Kommissionsmitglied Frau Dagmar Kollmann, Mitglied des Aufsichtsrates der Deutsche Telekom AG, war weder mit der Vorbereitung noch mit der Erstellung dieses Gutachtens in irgendeiner Form befasst.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Christian Hildebrandt, der das Gutachten federführend betreut hat, sowie bei Herrn Dr. Stefan Bulowski, Herrn Dr. Torben Stühmeier und Herrn Dr. Oliver Zierke für ihre Mitwirkung.

Bonn, den 16. Dezember 2021


Jürgen Kühling


Thomas Nöcker


Pamela Knapp


Achim Wambach

Kurzfassung

Festnetz

Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Festnetzbereich

K1. Im Bereich des Festnetzes ist ein Trend zu höheren gebuchten Übertragungsgeschwindigkeiten zu verzeichnen. Verträge mit einer Download-Geschwindigkeit von über 100 Mbit/s verzeichnen mit einem Plus von 36,5 Prozent gegenüber 2019 den stärksten Anstieg. Die wachsende Bedeutung schneller Breitbandanschlüsse spiegelt sich auch in der Zunahme des Datenvolumens wider. Seit 2016 hat sich das Gesamtdatenvolumen nahezu vervierfacht. Das dürfte vor allem daran liegen, dass viele Dienste und Anwendungen, die über das Internet genutzt werden, datenintensiver werden.

K2. Die Anzahl der vorhandenen Glasfaseranschlüsse in Deutschland steigt im Jahr 2021 um 40 Prozent im Vergleich zum Vorjahr und erreicht einen Stand von 7,5 Mio. Anschlüssen, was einer Verdopplung seit 2018 entspricht. Mehr als 60 Prozent der Anschlüsse werden von Wettbewerbern der Deutsche Telekom AG bereitgestellt. Die Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen bleibt weiterhin hinter dem wachsenden Angebot zurück, zieht zuletzt jedoch leicht an. Der Anteil tatsächlich vermarkteter Anschlüsse stagniert seit Jahren bei etwa 30 Prozent.

Amtspraxis der Bundesnetzagentur: Regulierung der Vorleistungsprodukte

K3. Der Zugang zum Kupfernetz der Deutsche Telekom AG soll künftig gemäß dem seit Oktober 2021 vorliegenden Konsultationsentwurf einer Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur weitgehend einer unveränderten (Entgelt-)Regulierung unterliegen. Ein wesentlicher Unterschied ist jedoch, dass die Entgelte für Layer-2-Bitstrom-Vorleistungsprodukte am Broadband Network Gateway - BNG (Breitband-Netzwerk-Zugang) - künftig keiner Genehmigungspflicht mehr, sondern nur noch einer Anzeigepflicht unterliegen sollen. Diese Zugangsleistungen der Deutsche Telekom AG stellen jedoch wichtige Vorleistungsprodukte für ihre Wettbewerber dar, die auch infolge der Vectoring-Entscheidungen der Bundesnetzagentur zunehmend an Bedeutung gewinnen. Daher sollten nach Auffassung der Monopolkommission die Layer-2-Bitstromentgelte auch künftig einer Genehmigungspflicht unterliegen. Dies hätte zudem den Vorteil, dass der strengere Entgeltmaßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) angewendet werden könnte. Das Kernargument der Bundesnetzagentur für eine Reduzierung der Regulierungsintensität hin zu einer Anzeigepflicht bei den Bitstromentgelten, dass sich die Marktteilnehmer bereits auf eine Entgelthöhe geeinigt hätten, überzeugt nicht. An der Einigung sind die eher großen Zugangsnachfrager beteiligt und die Interessen kleinerer Wettbewerber möglicherweise unzureichend berücksichtigt.

K4. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur den Zugang zu baulichen Anlagen erweitert, der nunmehr auch den Zweck des Aufbaus und des Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität umfasst und auf Masten und Trägersysteme oberirdischer Leitungen erweitert wird. Dadurch können Ausbaurkosten gesenkt werden und Wettbewerber des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht können unabhängiger agieren und ihre Produkte stärker differenzieren.

K5. Bei der Regulierung von Glasfasernetzen der Deutsche Telekom AG will die Bundesnetzagentur die bisher bestehende Zugangs- und Entgeltregulierung durch strenge Gleichbehandlungspflichten nach dem Prinzip Equivalence of Input (EoI) ersetzen. Der Preiswettbewerb soll erstens dadurch gewährleistet werden, dass weiterhin ein Preisdruck durch regulierte Kupferentgelte besteht („Kupferanker“). Zweitens werden die Endkundenprodukte der Deutsche Telekom AG auf ihre wirtschaftliche Nachbildbarkeit überprüft (sog. Economic-Replicability-Test-(ERT)-Prüfungen), um Preis-Kosten-Scheren zu verhindern. Die Monopolkommission empfiehlt, den Preisdruck durch den Kupferanker dadurch zu gewährleisten, dass auch künftig sämtliche Kupfervorleistungsprodukte einer Genehmigungspflicht unterliegen. Zudem sollten die ERT-Prüfungen nicht nur anhand eines Produkts mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s erfolgen, sondern auch Produkte mit Übertragungsraten von 50, 250 und 500 Mbit/s miteinbeziehen.

Zur Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze

K6. Die bevorstehende Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze in Vorleistungs- und Endkundenmärkten sollte wettbewerbskonform erfolgen. Um Anreize zum Wechsel von Kupfer- auf Glasfasernetze zu schaffen und die Planungssicherheit für die Marktteilnehmer zu erhöhen, spricht aus Sicht der Monopolkommission vieles dafür, die kupferbasierten Vorleistungsentgelte bis zum Abschluss des Migrationsprozesses real stabil zu halten.

K7. Die Deutsche Telekom AG hat im Rahmen ihres Commitment-Modells Zugangs- und Entgeltvereinbarungen mit den größten Vorleistungsnachfragern 1&1, Telefónica und Vodafone abgeschlossen. Das Commitment-Modell dient der Finanzierung des Glasfasernetzausbaus und der schnelleren Vermarktung von Anschlussprodukten. Während es der Deutsche Telekom AG selbst und den teilnehmenden großen Vorleistungsnachfragern Vorteile bringt, entzieht es hingegen den glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (große) Vorleistungsnachfrager. Es ist geeignet, den Migrationsprozess insgesamt zu Lasten kleinerer Anbieter wettbewerbsverzerrend zu verlangsamen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur das Commitment-Modell mit Blick auf einen wettbewerbskonformen Migrationsprozess dahingehend überprüfen, ob es zu Lock-In-Effekten bei den Bestandskunden und zu höheren Marktzutrittsschranken für Neueinsteiger führt. Alleine die Tatsache, dass eine Einigung im Markt mit den größten Vorleistungsnachfragern möglich war, bedeutet nicht, dass sich die Entgeltgestaltung etwa für kleinere Nachfrager nicht doch als missbräuchlich, z. B. im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG-2021, darstellt.

K8. Die Bundesnetzagentur sollte an der Erarbeitung gemeinsamer Marktstandards, z. B. für ein einheitliches Glasfaser-Vorleistungsprodukt, in den entsprechenden nationalen und europäischen Normungsgremien aktiv mitwirken. Ebenso sollte ein möglichst verbindlicher Migrationsplan mit Festlegung von Migrationsschritten und -zeitpunkten zusammen mit den Marktteilnehmern im Rahmen des Gigabit-Forums entwickelt werden. Dieser Plan sollte die gleichen Spielregeln und Fristen sowohl für die Deutsche Telekom AG als auch für die Wettbewerber enthalten, positive Anreize für den Ausbau und die Auslastung von Glasfasernetzen setzen und zugleich negative Effekte auf den Wettbewerb vermeiden.

K9. Im Glasfaserumfeld sind die eingeführten Nichtdiskriminierungsregelungen nach dem EoI-Maßstab für preisliche und nicht-preisliche Komponenten gemäß § 24 Abs. 2 TKG-2021 ausdrücklich zu begrüßen und aus Sicht der Monopolkommission mit den Transparenzpflichten des § 25 TKG-2021 zu kombinieren, um Informationsasymmetrien zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, den Wettbewerbern und der Regulierungsbehörde aufzulösen. Insbesondere bei der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen sollten diese Transparenzpflichten Anwendung finden.

K10. Bei der Regulierung der Glasfasernetze kann von einer umfassenden Ex-ante-Entgeltregulierung abgesehen werden, da nach wie vor ein Preisdruck durch strenger regulierte Kupferprodukte besteht und Missbrauchspotenziale durch EoI-Pflichten begrenzt werden. Unter diesen Voraussetzungen genügt es, wenn die Bundesnetzagentur die Entgelte nachträglich im Rahmen der Missbrauchsprüfung durch einen technologieneutralen Preis-Kosten-Scheren-(PKS)-Test überprüft. Um wirksamen Wettbewerb im Migrationsprozess sicherstellen zu können, empfiehlt die Monopolkommission eine Überarbeitung des PKS-Tests der Bundesnetzagentur dahingehend, dass Aktionstarife (für kürzere Zeiträume) des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht sowie Bestandskundenlaufzeiten mit einer einheitlichen 24-Monatsbetrachtung einbezogen werden, um sachlich angemessene monatliche Durchschnittsentgelte bzw. -erlöse abbilden zu können.

Ko-Investitionen im Glasfasernetzausbau durch wettbewerbssichernde Auflagen flankieren

K11. Ko-Investitionen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen sind wegen ihrer potenziell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen kritisch zu beurteilen. Sie sollten daher auf Gebiete beschränkt bleiben, in denen sich sehr wahrscheinlich kein Infrastrukturwettbewerb entwickeln wird. Bei Ko-Investitionen ohne Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen dürften die Vorteile die potenziell wettbewerbsbeschränkenden Effekte überwiegen.

K12. Etwaige Freistellungen von Kooperationen unter Beteiligung des marktmächtigen Unternehmens sollten mit wettbewerbssichernden Maßnahmen flankiert werden. Neben Gleichbehandlungsverpflichtungen nach dem EoI-Prinzip sollten weitere Auflagen sicherstellen, dass der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt aufrechterhalten wird. Die Monopolkommission sieht hierbei reine Vorleistungsanbieter als besonders vorzugswürdig an, die sich ausschließlich auf das Vorleistungsgeschäft konzentrieren.

Mobilfunk

Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Mobilfunkbereich

K13. Im Jahr 2021 wird in Deutschland eine fast flächendeckende Versorgung mit dem 4G-(LTE)-Mobilfunkstandard erreicht. Auch die Umstellung auf den leistungsfähigeren 5G-Standard schreitet voran. Der Anteil der in Betrieb befindlichen 5G-Basisstationen an allen Mobilfunkbasisstationen betrug im zweiten Quartal 2021 12,5 Prozent. Das entspricht einem Zuwachs von ca. 24.000 5G-Funk-Basistationen seit dem Jahr 2019. Die damit einhergehenden deutlich höheren erzielbaren Datenraten sind insbesondere für das Internet der Dinge wichtig. Dieser Bereich wird für die Mobilfunknetzbetreiber immer bedeutender. Etwa ein Viertel aller SIM-Karten werden bereits für sog. Maschine-zu-Maschine-Anwendungen (M2M) verwendet.

K14. Der Wettbewerb auf der Ebene der Mobilfunknetzbetreiber wird weiterhin durch drei Unternehmen mit ähnlich großen Marktanteilen geprägt. Gemessen an den aktiven SIM-Karten kommt die Vodafone GmbH auf den höchsten Marktanteil von etwa 39 Prozent, gefolgt von der Deutsche Telekom AG und der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG. Auch auf der Diensteebene sind keine signifikanten Marktanteilsverschiebungen festzustellen. Die drei Netzbetreiber Deutsche Telekom AG, Vodafone GmbH und Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vereinen über 80 Prozent der Dienste-Umsätze auf sich, die Deutsche Telekom AG führt hier mit etwa 30 Prozent Marktanteil. Ausgeprägte Aufholendenzen der Wettbewerber ohne eigene Netze sind nicht ersichtlich.

Versteigerung für Mobilfunkfrequenzen auch ohne Vorrang beibehalten

K15. Bei der TKG-Novelle im Jahr 2021 wurde der Vorrang des Versteigerungsverfahrens bei der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen gestrichen. Die Monopolkommission sieht das kritisch und empfiehlt auch weiterhin die Versteigerung als das am besten geeignete Verfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen bei Knappheit. Um die Rechtsicherheit bei der Wahl dieses Verfahrens zu erhöhen, sollte der Vorrang der Versteigerung in § 100 Abs. 2 TKG-2021 wieder aufgenommen werden. Der grundsätzliche Vorrang des Versteigerungsverfahrens verstößt auch nicht gegen Unionsrecht, solange die Letztentscheidungskompetenz bei der Bundesnetzagentur verbleibt. Die als alternatives Vergabeverfahren vorgesehene Ausschreibung ist nicht geeignet, die Frequenzbedarfe der Unternehmen sachgerecht gegeneinander abzuwägen. Unternehmen können in einem nicht vollständig transparenten Ausschreibungsverfahren nur eingeschränkt antizipieren, welche Kriterien sie wie zu erfüllen haben. Zudem werden Unternehmen, die bereit sind, spätere Sanktionen in Kauf zu nehmen, um dank hoher Zusagen den Zuschlag zu erhalten, in Ausschreibungsverfahren bevorzugt.

Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter im Mobilfunk erhalten

K16. Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der Mobilfunkfrequenzvergabe im Jahr 2019 den Mobilfunknetzbetreibern ein Verhandlungsgebot gegenüber Diensteanbietern auferlegt. Das Verhandlungsgebot beinhaltet lediglich eine Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen und stellt keinen Anspruch auf einen erfolgreichen Abschluss dieser Verhandlungen dar. Derzeit ist für die Monopolkommission nicht klar erkennbar, ob dieses Vorgehen ausreicht, um eine nachhaltige Schädigung des Dienstewettbewerbs zu verhindern. Sollten positive Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot ausbleiben, empfiehlt die Monopolkommission zu prüfen, ob bei der nächsten Frequenzvergabe den Mobilfunknetzbetreibern eine Diensteanbieterverpflichtung gemäß § 105 TKG-2021 auferlegt werden sollte.

Amtspraxis der Bundesnetzagentur: Schnelle Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zu Zero-Rating wünschenswert

K17. Zero-Rating ist eine Zubuchoption, die den Datenverkehr bestimmter Anbieter von Inhalten und Diensten bzw. von Dienstekategorien wie z. B. Chat, Spiele, Musik- und Videostreaming, von der Anrechnung auf das monatliche Inklusiv-Datenvolumen der Endnutzerinnen und Endnutzer ausnimmt. Grundsätzlich enthalten die gesetzlichen Vorschriften der Netzneutralitätsverordnung keine expliziten Regelungen zu Zero-Rating-Angeboten. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat nun in mehreren Urteilen festgestellt, dass Nulltarif-Optionen gegen die Netzneutralitätsverordnung verstoßen. Eine schnelle Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zu Zero-Rating-Angeboten durch die Bundesnetzagentur ist aus Sicht der Monopolkommission wünschenswert. Insgesamt hat sich gezeigt, dass breit interpretierbare gesetzliche Vorschriften zu Rechtsunsicherheiten führen können, die auch nicht dadurch gemildert werden, dass ein Regulierungsgremium wie das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für Elektronische Kommunikation (GEREK) mit der Konkretisierung der Vorschriften beauftragt wird. Sie sollten daher so konkret sein, dass eine unmittelbare Umsetzung möglich ist. Die Bundesregierung sollte sich im Rat der EU dafür einsetzen, bereits auf Gesetzesebene hinreichend klare Regelungen zu schaffen.

Zur Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen bei interpersonellen Telekommunikationsdiensten

Rolle der OTT-Kommunikationsdienste im Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten

K18. Eine kontrovers diskutierte Frage des Telekommunikationsrechts war, ob OTT-Kommunikationsdienste, die Individual- und Gruppenkommunikation in Form von Sprache, Bildern, Videos und sonstigen Daten über das Internet ermöglichen (z. B. WhatsApp, Skype, Threema), bereits nach dem vor Dezember 2021 geltenden nationalen Recht von der Telekommunikationsregulierung erfasst waren und ob sie andernfalls in den Anwendungsbereich des TKG mit einbezogen werden sollten. Der Hintergrund für diese Überlegungen war, dass das Wettbewerbsverhältnis zwischen OTT-Kommunikationsdiensteanbietern und den etablierten Netzbetreibern ambivalent ist. Einerseits werden klassische Telekommunikationsdienste durch OTT-Kommunikationsdienste substituiert. Dies zeigt sich besonders im deutlichen Rückgang der versendeten SMS-Nachrichten bei gleichzeitig starkem Anstieg der Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten. Andererseits ist die klassische Sprachtelefonie bislang jedenfalls nicht in dem Umfang durch OTT-Telefonie ersetzt worden, wie dies bei der SMS erfolgt ist. Zudem werden die OTT-Dienste auch komplementär zu klassischen Telekommunikationsdiensten genutzt, indem etwa das bei den Netzbetreibern nachgefragte Datenvolumen immer weiter ansteigt.

Gesetzliche Definitionen von Telekommunikationsdiensten unionsweit einheitlich schärfen

K19. Die Monopolkommission begrüßt, dass der Gesetzgeber die Definition von (interpersonellen) Telekommunikationsdiensten in § 3 Nr. 61 bzw. Nr. 24 TKG-2021 stärker funktional ausgerichtet hat und damit die OTT-Kommunikationsdienste in Umsetzung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) grundsätzlich in den Anwendungsbereich des TKG einbezieht. Es ist für die Einstufung als Telekommunikationsdienst nun nicht mehr zwingend erforderlich, dass ein Dienst eine Signalübertragung in einem engen, technischen Sinn erbringt. Stattdessen genügt es, dass ein Dienst Individualkommunikation ermöglicht. Mit der Neufassung der Definition kann eine Flexibilisierung bei der Regulierung dynamischer technischer Entwicklungen ermöglicht werden. Weiterhin nicht klar geregelt ist die Anwendung des TKG auf sog. Multifunktionsdienste. Die Monopolkommission empfiehlt, dass für die Frage der Einordnung als Telekommunikationsdienst maßgeblich sein sollte, ob sich ein Dienst aus der Sicht der Endnutzerinnen und Endnutzer in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten wie Sprachtelefonie und SMS befindet. Eine weitere Konkretisierung der Definition von Telekommunikationsdiensten sollte auf Unionsebene erfolgen, da die potentiell erfassten Dienste regelmäßig unionsweit genutzt werden. Dies könnte durch den Unionsgesetzgeber und durch Leitlinien des GEREK erfolgen.

Regulierungsintensität an Schutzbedürftigkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer ausrichten

K20. OTT-Kommunikationsdienste werden im TKG-2021 nunmehr als interpersonelle Telekommunikationsdienste erfasst. Innerhalb dieser Kategorie unterscheidet das Gesetz zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Diensten, je nachdem, ob eine Verbindung in das öffentliche Telefonnetz aufgebaut werden kann, und knüpft in der Folge jeweils unterschiedliche Anforderungen bezüglich der Erreichbarkeit von Notrufdiensten, der Universaldienstumlage und bei Kundenschutzbestimmungen an sie.

K21. Gegen eine Einbeziehung nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste in die Umlage zur Finanzierung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten sprechen zum einen Probleme in der Umsetzungspraxis. Zum anderen ist bereits unklar, ob die Universaldienstumlage, so wie sie bis zum 1. Dezember 2021 ausgestaltet war, die Vorgaben des Grundgesetzes hinsichtlich der Zulässigkeit von Abgaben wahrte. Durch die Einbeziehung von nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten erhöhen sich diese Unsicherheiten weiter. Die Möglichkeit einer Einbeziehung nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste in die Umlage sollte daher zurückgenommen werden. Vollkommen unabhängig davon ist die Universaldienstfinanzierung über eine Umlage bislang ohnehin noch nicht erfolgt und als subsidiärer Finanzierungsmechanismus zum Breitbandausbau gegenüber staatlichen Fördermitteln möglichst nicht zur Anwendung zu bringen.

K22. Beim Kundenschutz sollte hinsichtlich der Frage nach einer Anwendbarkeit telekommunikationsrechtlicher Vorschriften weniger auf die Art des Dienstes (d. h. nummerngebunden oder nummernunabhängig), sondern vielmehr auf die konkrete Gefahrenlage abgestellt werden, z. B. ob es ein Dienst ermöglicht, kostenpflichtige Verbindungen aufzubauen und abzurechnen oder Nutzer- und Nutzungsdaten abzugreifen.

K23. Bei der aktuell laufenden Reform des bereichsspezifischen Telekommunikationsdatenschutzes in der ePrivacy-Verordnung sollte vor allem darauf geachtet werden, dass keine Wertungswidersprüche zum Regelungsregime der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) entstehen. Gleich schutzwürdige Sachverhalte sollten gleich strengen Datenschutzvorgaben unterliegen, egal ob sie unter die DSGVO oder die ePrivacy-Verordnung fallen. Zudem sollte eine unbeabsichtigte Schwächung des Wettbewerbs um ein hohes Datenschutzniveau durch pauschal gefasste staatliche Überwachungsverpflichtungen für Anbieter interpersoneller Telekommunikationsdienste vermieden werden.

Interoperabilitätsverpflichtungen sind derzeit abzulehnen

K24. Interoperabilitätsverpflichtungen, die eine diensteübergreifende Kommunikation ermöglichen würden, sind für nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste wie z. B. WhatsApp, Signal, Threema und Wire aktuell abzulehnen, da sie derzeit mehr Nachteile als Vorteile für den Wettbewerb verursachen würden. Das Umfeld von nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten ist als sehr dynamisch, innovativ und bei den Geschäftsmodellen als ausdifferenziert anzusehen. Die Endnutzerinnen und Endnutzer betreiben Multihoming und wechseln den Dienst je nach Präferenz. Eine symmetrische Interoperabilitätsverpflichtung, die auch gegenüber kleineren Anbietern greifen würde, wäre aus Sicht der Monopolkommission unverhältnismäßig und wettbewerbsschädlich, da diesen Anbietern weitgehend die Möglichkeit entzogen würde, sich gegenüber großen Anbietern durch bessere Funktionen oder höhere Datenschutzstandards abzugrenzen.

K25. Auch eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung, die sich nur an besonders marktmächtige Unternehmen richtet, ist nur in engen Grenzen sinnvoll, etwa dann, wenn aufgrund starker direkter und gegebenenfalls auch indirekter Netzwerkeffekte ein Diensteanbieter mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wird oder die Interoperabilität im Sinne einer durchgehenden Konnektivität sichergestellt werden muss. Eine derartige Situation ist derzeit nicht erkennbar. Bei der Ausgestaltung und Durchsetzung einer möglicherweise zukünftig erforderlichen asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung wäre insbesondere darauf zu achten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthält und nicht bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen und dadurch die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstigt. Eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung bei nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten

sollte sich, wenn sie doch erforderlich würde, auf zu definierende Basisfunktionen beschränken, sodass der Wettbewerb über innovative Zusatzfunktionen möglich bleibt. Zudem sollten sie durch Nichtdiskriminierungsregelungen für Application Programming Interfaces (APIs) bzw. Clearingstellen und ihre Nutzungsbestimmungen sowie Updates flankiert werden.

Kapitel 1

Festnetz

1.1 Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Festnetzbereich

1. Der Ausbau von gigabitfähigen Teilnehmeranschlüssen stellt eine der größten Aufgaben im Festnetz der nächsten Jahre dar.¹ Die vermehrte Nutzung von Videostreamingdiensten, die Digitalisierung von Gesundheitsdiensten und die zunehmende Verbreitung von Home-Office erfordern immer größere Datenmengen, Download-Geschwindigkeiten und Übertragungsqualität. Das veränderte Nutzungsverhalten infolge der Covid-19-Pandemie dürfte die Ausbaunotwendigkeiten nachhaltig erhöhen.

2. Neben den bürokratischen und rechtlichen Hürden sowie Investitions- und Nachfragerisiken stehen vor allem die knappen Tiefbaukapazitäten einem schnelleren Ausbau von gigabitfähigen Netzen entgegen. Auch die weitgehend flächendeckende Abdeckung mit kupferbasierten xDSL-Netzen hemmt eine schnellere Migration hin zu gigabitfähigen Netzen.² Zumindest die bisher bestehende Unsicherheit über die zukünftige Regulierung der Glasfasernetze wurde durch den jüngsten Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur aufgelöst, die nur noch eine „Regulierung light“ des Glasfasernetzes vorsieht.³

3. Nachfolgend soll der Stand und die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem deutschen Festnetzmarkt betrachtet werden. Hier ist nicht erst seit der Covid-19-Pandemie ein Trend zu höheren gebuchten Datenvolumina und Übertragungsgeschwindigkeiten zu verzeichnen. Dabei wächst vor allem die Anzahl der Glasfaseranschlüsse. Diese hat sich seit 2018 mehr als verdoppelt.⁴ Die Nachfrage nach Glasfaseranschlüssen liegt aktuell noch deutlich hinter dem zunehmenden Angebot zurück. Es sind jedoch leichte Aufholendenzen zu verzeichnen. Die Nachfrage dürfte sich, nicht nur bedingt durch den Digitalisierungsschub infolge der Covid-19-Pandemie, in Zukunft weiter erhöhen.

1.1.1 Ausgangslage auf dem deutschen Festnetzmarkt

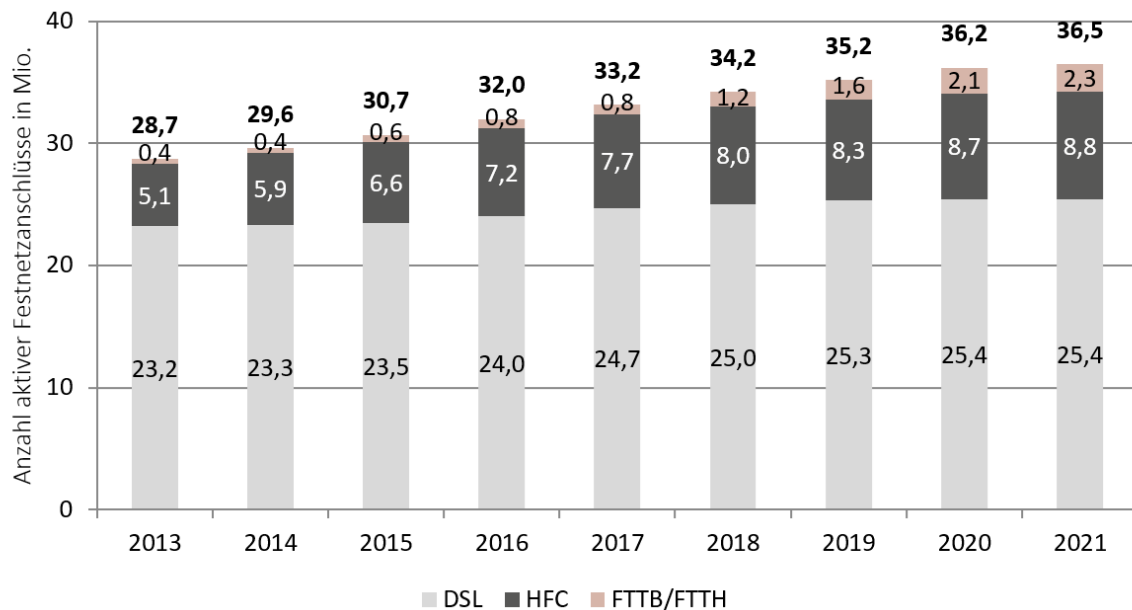
4. Die Anzahl der aktiven Festnetzbreitbandanschlüsse pendelte sich nach stetigen Anstiegen der letzten Jahre auf ein nahezu gleichbleibendes Niveau von 36,5 Mio. Anschlüssen im zweiten Quartal 2021 ein (vgl. Abbildung 1.1). Der leichte Anstieg um 300.000 Anschlüsse im Vergleich zum Vorjahr ist dabei vor allem auf eine Zunahme der aktiven FTTB/H-Anschlüsse von 200.000 Anschlüssen zurückzuführen. Insgesamt machen diese jedoch nach wie vor nur einen geringen Anteil von 6,3 Prozent an allen aktiven Festnetzbreitbandanschlüssen aus. Die Anzahl der aktiven xDSL-Anschlüsse und Breitbandanschlüsse über HFC-Netze verharren auf einem gleichbleibenden Niveau (25,4 Mio. bzw. 8,8 Mio. Anschlüsse). Ausgeprägte Wechseltendenzen seitens der Nachfragenden hin zu Glasfaseranschlüssen sind nicht zu verzeichnen.

¹ Hierzu zählen FTTB/H-Netze und HFC-Netze, die durch die Aufrüstung mit DOCSIS 3.1 und DOCSIS 4.0 gigabitfähig sind. Der Aufrüstung der HFC-Netze mit DOCSIS 3.1 wird nach Angaben von Dialog Consult/VATM in 2021 fast abgeschlossen sein, siehe Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O. Ein Hybrid Fibre Coax (HFC)-Netz besteht aus einem Glasfaser- und einem Koaxialkabelnetz. FTTB/H-Netze bezeichnen dabei Glasfasernetze bis zum Gebäude (Fibre to the building, FTTB) und bis in die Wohnung (Fibre to the home, FTTH).

² Vertieft zu den Hemmfaktoren im Netzausbau siehe Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), Staatliches Augenmaß beim Netzausbau, Baden-Baden 2019, Abschnitt 1.2.3. DSL steht für Digital Subscriber Line und xDSL ist eine Sammelbezeichnung für sämtliche DSL-Varianten, wie ADSL, HDSL, SDSL, SHDSL, UDSL und VDSL.

³ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2019/BK3-19-0020/BK3-19-0020_Konsultation.html, Abruf am 12. Oktober 2021.

⁴ Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 13.

Abbildung 1.1: Aktive Breitbandanschlüsse nach Technologien

Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, Bonn 2021, S. 26; eigene Darstellung

Anmerkung: Sonstige Technologien wie funkbasierte Technologien (BWA), Festverbindungen sowie satellitengestützte Verbindungen verfügen über sehr geringe Marktanteile und werden nicht abgebildet.

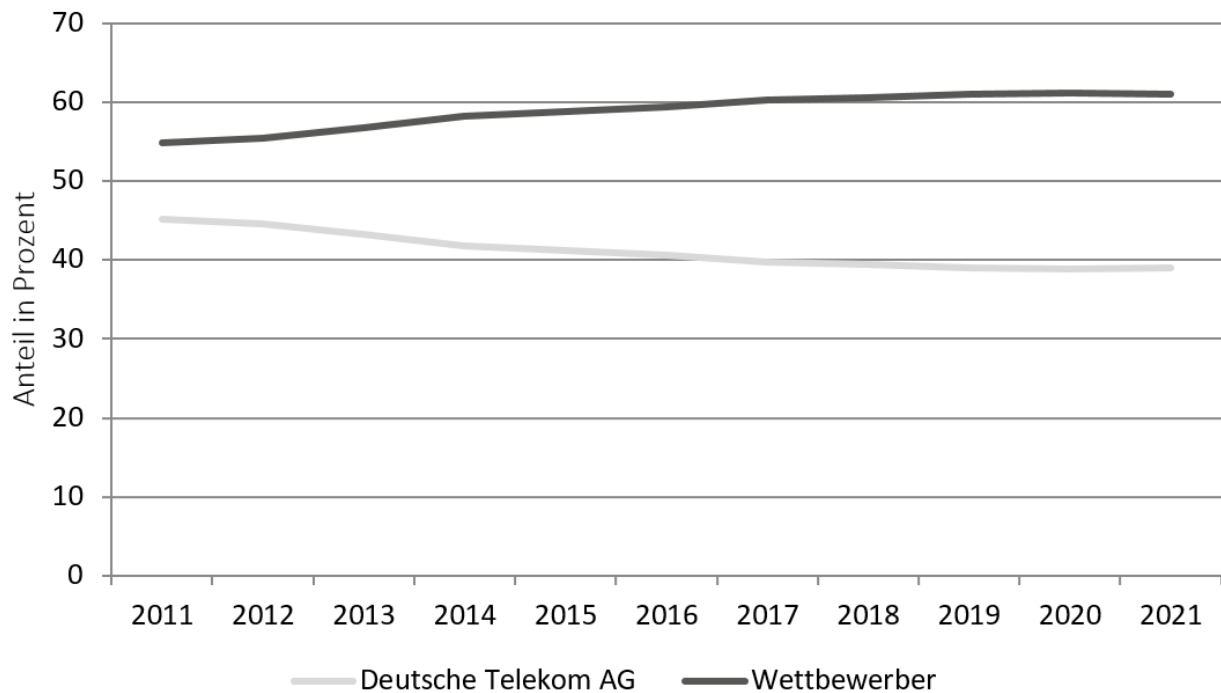
Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, Bonn 2021, S. 26; eigene Darstellung

Anmerkung: Sonstige Technologien wie funkbasierte Technologien (BWA), Festverbindungen sowie satellitengestützte Verbindungen verfügen über sehr geringe Marktanteile und werden nicht abgebildet.

5. Auch die Anteile der Breitbandanschlüsse der Wettbewerber der Deutsche Telekom AG⁵ an allen Anschlüssen bewegt sich seit Jahren auf einem konstanten Niveau von etwa 60 Prozent (vgl. Abbildung 1.2). Größter Wettbewerber ist Vodafone. Das Unternehmen verfügt nach der Übernahme des Kabelnetzbetreibers Unitymedia im Jahr 2019 nunmehr über einen Anteil von etwa 30 Prozent an allen Breitbandkunden. Weitere größere Wettbewerber sind 1&1 (11,7 Prozent) und Telefónica (6,3 Prozent).⁶ Seit dem vergangenen Sektorgutachten Telekommunikation 2019 der Monopolkommission sind keine nennenswerten Verschiebungen der Marktanteile zu verzeichnen.

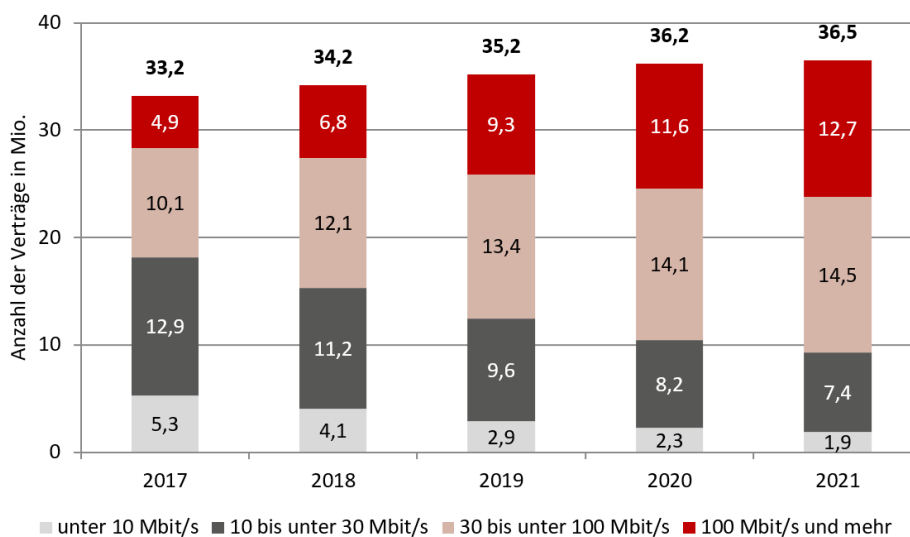
⁵ Im Folgenden wird aus Gründen der Vereinheitlichung stets vom Konzern Deutsche Telekom AG gesprochen, auch wenn im Einzelfall die Telekom Deutschland GmbH der tatsächliche Rechtsträger ist.

⁶ Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 12.

Abbildung 1.2: Anteile an den Breitbandanschlüssen im Festnetz

Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 27; eigene Darstellung

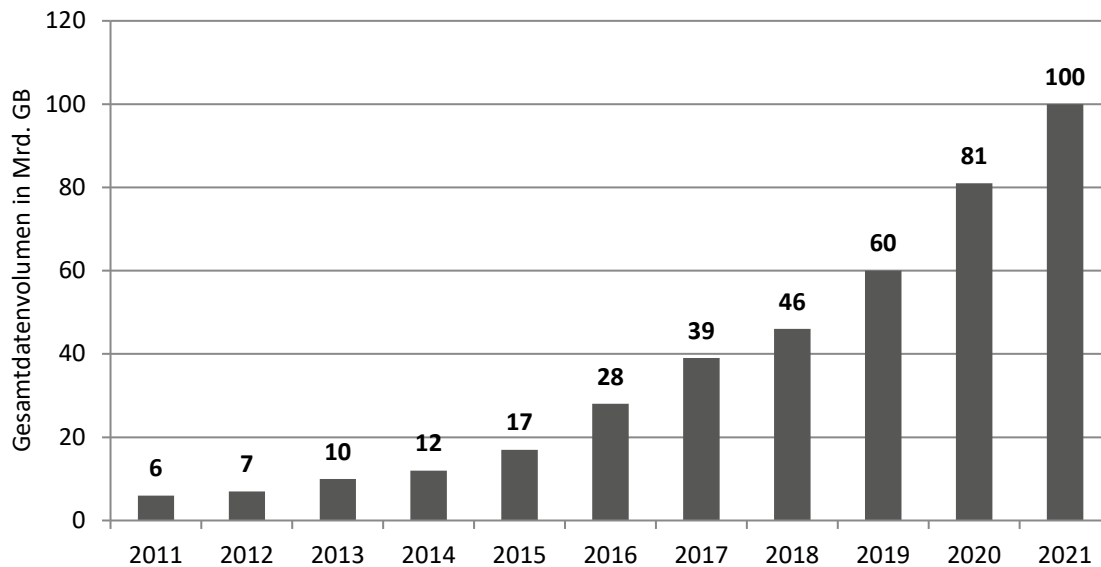
6. Die Zunahme der Nachfrage nach höheren Download-Geschwindigkeiten innerhalb der letzten Jahre verdeutlicht die wachsende Bedeutung schneller Breitbandanschlüsse (vgl. Abbildung 1.3). Verträge mit einer Download-Geschwindigkeit von unter 30 Mbit/s sind seit Jahren rückläufig und Verträge mit einer Download-Geschwindigkeit von unter 10 Mbit/s spielen mit weniger als einem Prozent aller vermarkteten Breitbandanschlüsse kaum noch eine Rolle. Hingegen verzeichnen Verträge mit über 100 Mbit/s den stärksten Anstieg (plus 36,5 Prozent seit 2019). Wie bereits 2019 buchten die meisten Haushalte in den Jahren 2020 und 2021 jedoch noch Verträge zwischen 30 und 100 Mbit/s.

Abbildung 1.3: Download-Geschwindigkeitsklassen der vermarkteten Breitbandanschlüsse

Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 27; eigene Darstellung

7. Die wachsende Bedeutung schneller Breitbandanschlüsse spiegelt sich auch in der Zunahme des Datenvolumens im Festnetz wider (vgl. Abbildung 1.4). Das durch die Covid-19-Pandemie veränderte Nutzungsverhalten dürfte dabei ein wichtiger Treiber des jüngsten Anstiegs von etwa 20 Prozent im Vergleich zum Vorjahr sein.⁷ Allerdings geht der Trend schon seit einigen Jahren nach oben. Seit 2016 hat sich das Gesamtdatenvolumen nahezu vervierfacht. Das dürfte vor allem daran liegen, dass viele Dienste und Anwendungen datenintensiver werden und generell mehr über das Internet genutzt werden, z. B. Streamingdienste oder Online-Gaming.

Abbildung 1.4: Entwicklung des Datenvolumens im Festnetz

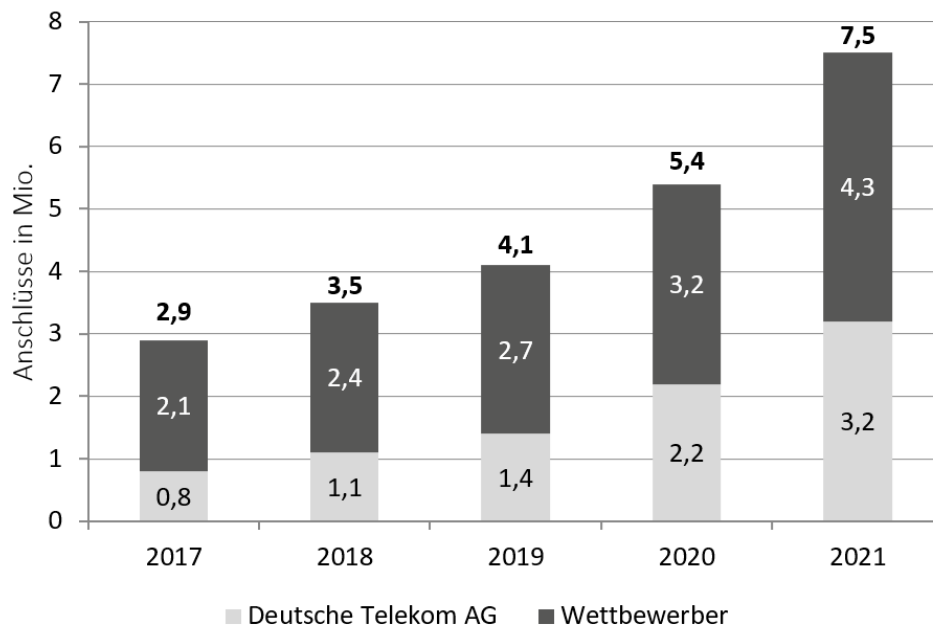


Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 33; eigene Darstellung

1.1.2 Der Glasfasernetzausbau beschleunigt sich, die Nachfrage zieht noch nicht mit

8. Um auch die zukünftigen Nutzungsanforderungen erfüllen zu können, gilt es, den Ausbau von Glasfaseranschlüssen voranzutreiben. Die Anzahl der Glasfaseranschlüsse in Deutschland wächst dabei in diesem Jahr um 40 Prozent im Vergleich zum Vorjahr und erreichte 2021 einen Stand von 7,5 Mio. Anschlüssen, welches einer Verdopplung seit 2018 entspricht (vgl. Abbildung 1.5). Dabei entfallen mehr als 60 Prozent der Anschlüsse auf Wettbewerber der Deutsche Telekom AG.

⁷ BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, Bonn 2021., S. 33.

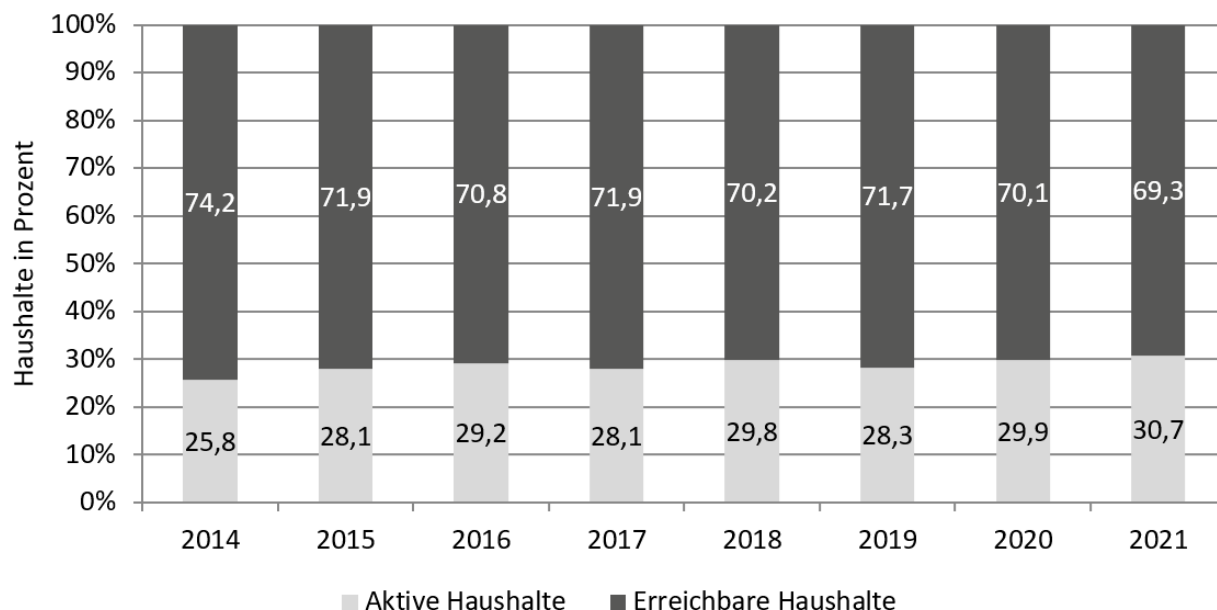
Abbildung 1.5: Verteilung der Glasfaseranschlüsse in Deutschland

Quelle: Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, Köln 2021, S. 14; eigene Darstellung

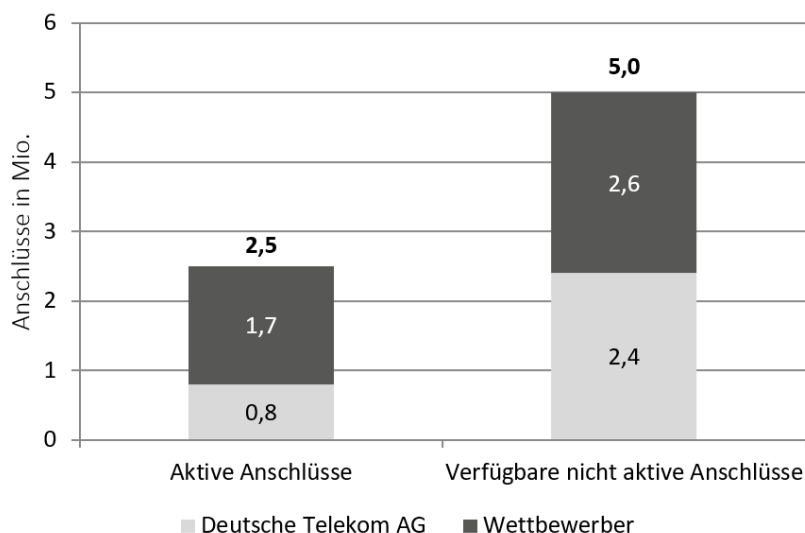
Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

9. Der Anteil tatsächlich vermarkteter Anschlüsse stagniert jedoch seit Jahren bei etwa 30 Prozent (vgl. Abbildung 1.6). Die relativ geringe Nachfrage nach FTTB/H-Anschlüssen ist unter anderem auf den hohen Versorgungsgrad mit bestehenden leistungsfähigen Infrastrukturen (VDSL-Vectoring und HFC-Netze) zurückzuführen.⁸ Dafür, dass Endnutzerinnen und Endnutzer mit bestehenden leistungsfähigen Anschlüssen nur zögerlich auf Glasfaser umsteigen, spricht, dass die Wettbewerber (in der Regel ohne bereits bestehende Infrastrukturen) mit einer Nachfrage von ca. 1,5 Mio. Glasfaseranschlüssen einen höheren Vermarktungsanteil von etwa 40 Prozent aufweisen, während die Deutsche Telekom AG knapp unter 30 Prozent liegt (vgl. Abbildung 1.7). Für die kommenden Jahre ist aufgrund steigender Daten- und Geschwindigkeitsanforderungen von Diensten und Anwendungen, z. B. Video-streaming in 4k- oder 8k-Qualität und einer zunehmenden Verfügbarkeit von FTTB/H-Anschlüssen auch mit einer steigenden Take-up-Rate zu rechnen.

⁸ BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 32.

Abbildung 1.6: Take-up-Rate bei FTTB/H-Anschlüssen

Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 32; Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Abb. 1.5, basierend auf Dialog Consult/VATM, TK-Marktanalyse Deutschland, verschiedene Jahrgänge; eigene Darstellung

Abbildung 1.7: Verteilung aktiver und verfügbarer Glasfaseranschlüsse (2021)

Quelle: Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 14; eigene Darstellung

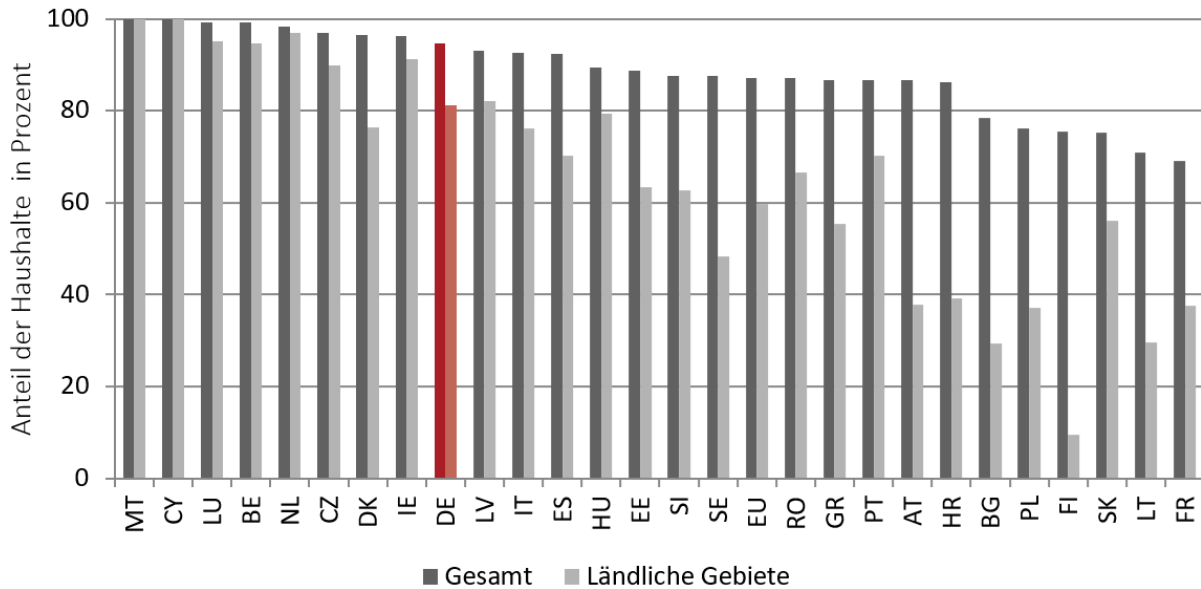
Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

1.1.3 Deutschland kann bei NGA-Anschlüssen mithalten, liegt beim Glasfasernetzausbau in Europa jedoch weit zurück

10. Knapp 95 Prozent der Haushalte in Deutschland haben Zugang zu sog. Next Generation Access (NGA)-Anschlüssen mit einer Download-Geschwindigkeit von mindestens 30 Mbit/s. Deutschland liegt damit im oberen europäischen Mittelfeld (vgl. Abbildung 1.8). Angeführt wird die Liste von Malta, Zypern, Luxemburg und Belgien, in denen nahezu alle Haushalte über einen NGA-Anschluss verfügen. Stärkere nationale Unterschiede zeigen sich

bei der Versorgung ländlicher Gebiete. Die dortige Versorgungsquote von 81 Prozent in Deutschland liegt über dem europäischen Mittel von knapp 60 Prozent. Die höchste Versorgungsquote in ländlichen Gebieten haben Malta, Zypern und die Niederlande. Die schlechteste Versorgung auf dem Land besteht in Finnland, wo der Aufwand, ländliche Gebiete zu erschließen, jedoch deutlich höher als in dichter besiedelten Ländern ist.

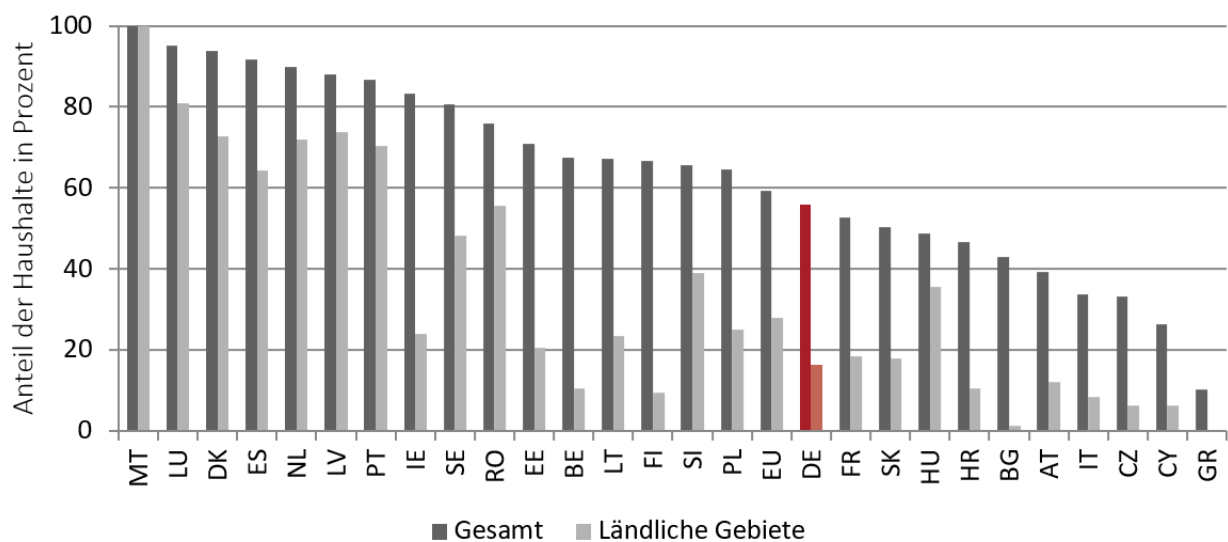
Abbildung 1.8: NGA-Verfügbarkeit in der EU (2020)



Quelle: Europäische Kommission, Digital Scoreboard; eigene Darstellung

11. Bei der Verfügbarkeit von potenziell gigabitfähigen Netzen, also HFC- und FTTH/H-Netzen, liegt Deutschland mit knapp 55 Prozent leicht unter dem europäischen Mittel von etwa 60 Prozent (vgl. Abbildung 1.9), ebenso bei der Versorgung auf dem Land (16 Prozent). Hier erzielen wieder Malta und Luxemburg Spitzenplätze. In Griechenland hingegen bestehen nahezu keine HFC- oder FTTH/H-Infrastrukturen.

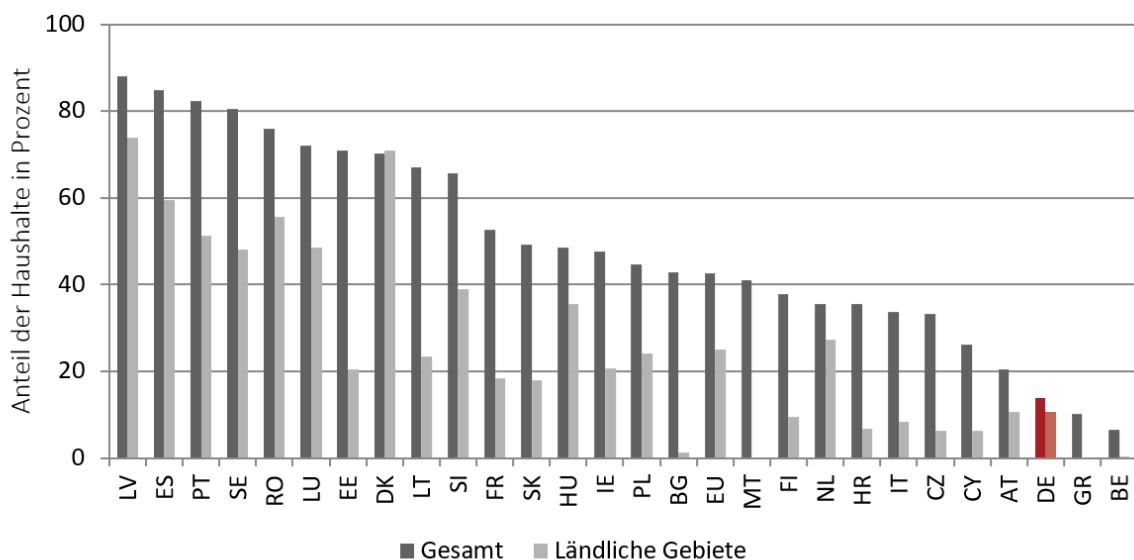
Abbildung 1.9: Verfügbarkeit gigabitfähiger Anschlüsse in der EU (2020)



Quelle: Europäische Kommission, Digital Scoreboard; eigene Darstellung

12. Diese durchschnittliche Position Deutschlands bei den potenziell gigabitfähigen Netzen ist jedoch überwiegend auf die Verfügbarkeit von HFC-Netzen zurückzuführen. Bei der Verfügbarkeit von FTTB/H-Netzen liegt Deutschland mit knapp 14 Prozent abgeschlagen auf einem der letzten Plätze (vgl. Abbildung 1.10). Nur in Griechenland und Belgien sind prozentual noch weniger Haushalte mit Glasfaser angeschlossen. Spitzenreiter sind Lettland und Estland mit Versorgungsquoten von mehr als 85 Prozent. Doch auch im europäischen Durchschnitt liegt die Versorgungsquote mit FTTB/H-Netzen mit 43 Prozent deutlich unterhalb der mit NGA-Netzen oder potenziell gigabitfähigen Netzen, sodass auf europäischer und nationaler Ebene nach Instrumenten gesucht wird, den Netzausbau zu beschleunigen.

Abbildung 1.10: FTTB/H-Verfügbarkeit in der EU (2020)



Quelle: Europäische Kommission, Digital Scoreboard; eigene Darstellung

1.2 Amtspraxis der Bundesnetzagentur: Regulierung der Vorleistungsprodukte

13. Im Folgenden soll zunächst auf die Implikationen der neuen Märkteempfehlung der Europäischen Kommission vom Dezember 2020⁹ auf die Amtspraxis der Bundesnetzagentur eingegangen werden. Hinsichtlich eines der beiden in dieser Märkteempfehlung noch als unionweit potenziell regulierungsbedürftig angesehenen Marktes steht eine bedeutsame Regulierungsverfügung zur Entscheidung an. Hierzu hat die Bundesnetzagentur einen Konsultationsentwurf veröffentlicht, der gewürdigt werden soll.¹⁰

⁹ EU-Kommission, Empfehlung (EU) 2020/2245 vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäß der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. L 439 vom 29. Dezember 2020, S. 23.

¹⁰ BNetzA, Pressemitteilung vom 11. Oktober 2021, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2021/20211011_TKRegulierung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 12. November 2021.

1.2.1 Implikationen der EU-Märkteempfehlung 2020 auf die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur

14. Am 18. Dezember 2020 erließ die Europäische Kommission die Märkteempfehlung 2020.¹¹ Sie ersetzt die Märkteempfehlung aus dem Jahr 2014¹². Die Märkteempfehlung hat eine zentrale Bedeutung für die nationalen Regulierungsbehörden, da sie eine Vermutungswirkung dahingehend aufstellt, dass die dort aufgezählten Märkte die Voraussetzungen für eine telekommunikationsrechtliche Regulierung erfüllen.¹³ Die EU-Kommission hat zu diesem Zweck die Regulierungsbedürftigkeit auf supranationaler Ebene mittels Drei-Kriterien-Test geprüft (Art. 64 Abs. 1 UAbs. 2 EKEK¹⁴). Die Bundesnetzagentur kann Telekommunikationsmärkte, die nicht in dieser Empfehlung genannt sind, nur mit Zustimmung der Europäischen Kommission regulieren (vgl. § 12 Abs. 4 f. TKG-2021). Die Märkteempfehlung 2020 enthält nun nur noch zwei als potenziell regulierungsbedürftig eingestufte Märkte. Markt Nr. 1 ist der Vorleistungsmarkt für den an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang. Dieser entspricht dem Markt Nr. 3a in der vorherigen Märkteempfehlung aus dem Jahr 2014.¹⁵ Dieser Markt umfasst sachlich den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL) sowie virtuelle Zugangsprodukte sowohl auf Kupfer- als auch Glasfaserbasis (siehe dazu ausführlich 2.4.2).¹⁶ Der zweite, von der EU-Kommission noch als potenziell regulierungsbedürftig angesehene Markt ist der Vorleistungsmarkt für dedizierte Kapazitäten. Dabei handelt es sich um den „teilweise neu definiert[en]“¹⁷ Markt Nr. 4 aus der Märkteempfehlung 2014. Die Bundesnetzagentur hat hier verschiedene Abschlussegmente von Mietleitungen festgelegt.¹⁸

15. Im Vergleich zur Märkteempfehlung 2014 werden die Märkte für Anrufzustellung auf der Vorleistungsebene in Mobilfunk- und Festnetzen (Markt Nr. 1 und Markt Nr. 2 der Märkteempfehlung 2014) nicht mehr genannt. Der Hintergrund ist allerdings nicht, dass die Europäische Kommission die beiden Märkte als grundsätzlich nicht mehr regulierungsbedürftig ansieht. Stattdessen wurde die Regulierungskompetenz teilweise auf die Unionsebene verlagert. Seit dem Jahr 2018 kann die Europäische Kommission gemäß Art. 75 EKEK unionsweit einheitliche maximale Zustellungsentgelte festsetzen. Von dieser Befugnis hat sie im Dezember 2020 Gebrauch gemacht.¹⁹ Es ist fraglich, ob eine Regulierung der Zustellungsentgelte auf Unionsebene sachgerecht ist, oder ob dies vor dem Hintergrund des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 EUV) nicht besser den nationalen Regulierungsbehörden überlassen bleiben sollte, da diese nationale Besonderheiten besser einschätzen können. Im Ergebnis sind die Handlungsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur auf den Vorleistungsmärkten für Anrufzustellung deutlich eingeschränkt. Ebenfalls aus der Märkteempfehlung gestrichen wurde der Vorleistungsmarkt für Massenprodukte für an festen Stand-

¹¹ Mit der Märkteempfehlung 2020 treibt die Europäische Kommission die Deregulierung der Telekommunikationsmärkte voran: Waren es im Jahr 2003 (Empfehlung 2003/311/EG) noch 18 Vorleistungs- und Endkundenmärkte, die als potenziell regulierungsbedürftig angesehen wurden, so sank diese Zahl im Jahr 2007 (Empfehlung 2007/879/EG) auf sieben Vorleistungs- und Endkundenmärkte ab. Im Jahr 2014 enthielt die Märkteempfehlung noch fünf für eine Vorabregulierung in Betracht kommende Märkte, die allesamt das Angebot von Vorleistungen und keine Endkundenleistungen mehr betrafen.

¹² EU-Kommission, Empfehlung vom 9. Oktober 2014 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, (2014/710/EU), ABL. L 295 vom 11. Oktober 2014, S. 79.

¹³ Siehe dazu BVerwG, Urteil vom 2. April 2008, 6 C 15/07, juris, Tz. 26.

¹⁴ EU-Kommission, Richtlinie (EU) 2018/1972 über den Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK).

¹⁵ Da die Bundesnetzagentur den Markt noch auf Basis der Märkteempfehlung 2014 definiert und analysiert hat, wird im Folgenden weiterhin die Bezeichnung Markt Nr. 3a verwendet.

¹⁶ BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 187.

¹⁷ EU-Kommission, Erwägungsgrund 43 der Märkteempfehlung 2020. Weitere Erläuterungen zu diesem Markt lassen sich den Erwägungsgründen 33 und 34 entnehmen.

¹⁸ BNetzA, Festlegung für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten bereitgestellten Zugang von hoher Qualität vom 14. Dezember 2016, BK 1-14/003, S. 135.

¹⁹ EU-Kommission, Delegierte Verordnung (EU) 2021/654 vom 18. Dezember 2020, ABL. L 137 vom 22. April 2021, S. 1.

orten zentral bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen, der ehemalige Markt Nr. 3b. Hinsichtlich dieses Marktes hatte die Bundesnetzagentur Ende 2020 die Marktanalyse abgeschlossen und bereits zu diesem Zeitpunkt den Markt nur noch als teilweise regulierungsbedürftig eingestuft. In Städten mit über 60.000 Einwohnern sah die Bundesnetzagentur den Markt Nr. 3b nicht mehr als regulierungsbedürftig an,²⁰ nachdem bereits im Jahr 2015 20 Städte aus der räumlichen Marktabgrenzung herausgenommen worden waren.²¹ Damit erfolgten auf nationaler Ebene bereits einige Schritte zur Deregulierung, die im Dezember 2020 auf Unionsebene durch die Europäische Kommission unionsweit empfohlen wurden.

1.2.2 Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014

16. Am 11. Oktober 2021 veröffentlichte die Bundesnetzagentur den Konsultationsentwurf für die künftige Regulierungsverfügung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen.²² Dieser dort noch als Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014 bezeichnete Markt entspricht dem Markt Nr. 1 der Märkteempfehlung 2020. Der Entwurf enthält wichtige Weichenstellungen für die Zukunft der Regulierung der „letzten Meile“ für Kupfer- und Glasfasernetze. Die der Regulierungsverfügung zugrunde liegende²³ Marktanalyse²⁴ war bereits Gegenstand des letzten Gutachtens der Monopolkommission.²⁵ Hinsichtlich des Entwurfs für eine Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a werden im vorliegenden Gutachten ausgewählte Punkte herausgegriffen.

17. Der Entwurf für die Regulierungsverfügung unterscheidet zwischen zwei verschiedenen Regulierungsregimen: Einerseits wird hinsichtlich der Kupfernetze und weiterer Vorleistungen (z. B. dem Zugang zu Kabelkanalanlagen) grundsätzlich an der bestehenden Zugangs- und Entgeltregulierung festgehalten (dazu sogleich Abschnitt 1.2.2.1 und 1.2.2.2) und andererseits soll hinsichtlich der Glasfasernetze eine Regulierung basierend auf weitreichenden Gleichbehandlungsverpflichtungen (Equivalence of Input, EoI) etabliert werden (dazu Abschnitt 1.2.2.3).

²⁰ BNetzA, Konsultationsentwurf der Bundesnetzagentur für Massenprodukte auf Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang zu Teilnehmeranschlüssen vom 20. August 2020, BK1-20/004, S. 216.

²¹ BNetzA, Festlegung vom für Massenprodukte auf Vorleistungsebene an festen Standorten zentral bereitgestellter Zugang vom 9. Juli 2015, BK1-14/001, S. 200.

²² BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020.

²³ Die Ergebnisse der Marktanalyse werden im Konsultationsentwurf (s. Fn. 22) auf S. 53 aufgegriffen.

²⁴ BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang, 10. Oktober 2019, BK1-19/001.

²⁵ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 71 ff.

1.2.2.1 Kupferprodukte einheitlich einer Genehmigungspflicht unterwerfen

18. Das Kupfernetz der Deutsche Telekom AG soll künftig weitgehend unverändert reguliert werden. Erstens soll die Deutsche Telekom AG weiterhin grundsätzlich verpflichtet sein, ihren Wettbewerbern physisch entbündelten Zugang zur Kupfer-TAL, d. h. zum „blanken Draht“ zu gewähren. Zweitens bestehen Zugangsverpflichtungen zu zwei virtuellen Vorleistungsprodukten. Dies betrifft zum einen den lokalen virtuell entbündelten Zugang zur Kupfer-TAL am MSAN²⁶ und zum anderen den lokalen virtuell entbündelten Zugang zur Kupfer-TAL am BNG.²⁷ Diese unterscheiden sich dadurch, dass der Zugang am MSAN näher an den Endkunden liegt als der Zugang am BNG.²⁸ Das virtuelle Zugangsprodukt zur Kupfer-TAL am BNG wird im weiteren Verlauf als Layer-2-Bitstrom bezeichnet. Die Kupfer-TAL verläuft von den Endkundinnen und Endkunden über die am Kabelverzweiger (KVz) oder Hauptverteiler (HVT) angeschlossenen MSAN und von dort über Glasfasern zum BNG an 897 Standorten.²⁹ Demgegenüber gibt es ca. 8.000 Hauptverteiler- und 300.000 Kabelverzweiger-Standorte in Deutschland.³⁰ Abbildung 1.11 zeigt den schematischen Aufbau des Netzes der Deutsche Telekom AG.

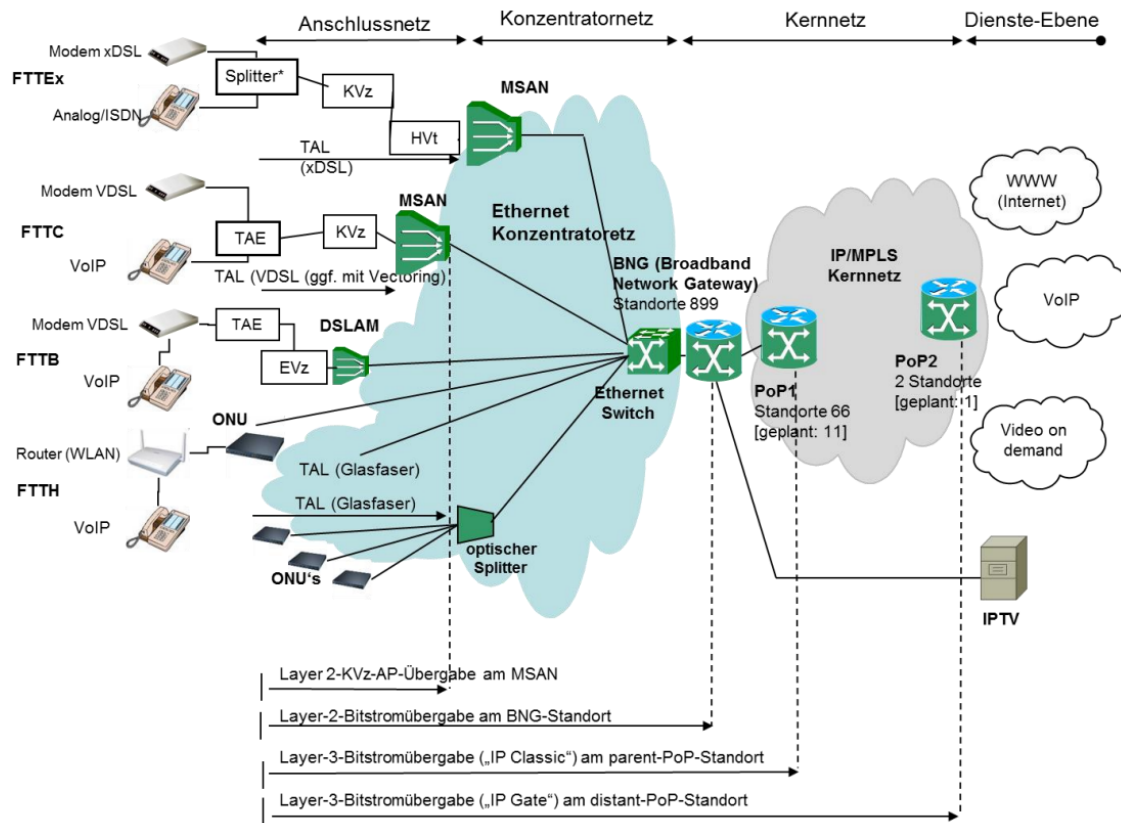
²⁶ Die Abkürzung MSAN steht für Multi Service Access Node (Multi-Dienst-Zugangsknoten). An dieser Stelle findet der Übergang von Kupfer- auf Glasfaserleitungen statt und werden Daten- und Telefondienste für die Endkunden zur Verfügung gestellt, <https://www.telekom.com/de/blog/netz/artikel/telekom-erklaert-wie-eine-vermittlungsstelle-funktioniert-65588>, Abruf am 2. November 2021.

²⁷ Die Abkürzung BNG steht für Broadband Network Gateway (Breitband-Netzwerk-Zugang). An diesen Zugängen sind sämtliche MSAN angeschlossen. Die Signale werden von hier über Glasfaserleitungen an die externen Internet Exchange Points (IXPs), z.B. DE-CIX in Frankfurt am Main, geleitet, <https://www.telekom.com/de/blog/netz/artikel/telekom-erklaert-wie-eine-vermittlungsstelle-funktioniert-65588>, Abruf am 2. November 2021.

²⁸ Siehe zum Aufbau des Netzes der Deutsche Telekom AG auch die Übersicht der BNetzA in der Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 145.

²⁹ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 108.

³⁰ BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 145.

Abbildung 1.11: Schematische Darstellung der Netzstruktur der Deutsche Telekom AG

Quelle: Bundesnetzagentur, Festlegung, Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014), Konsolidierte Fassung unter Berücksichtigung des Korrigendums vom 26.06.2020, S. 145

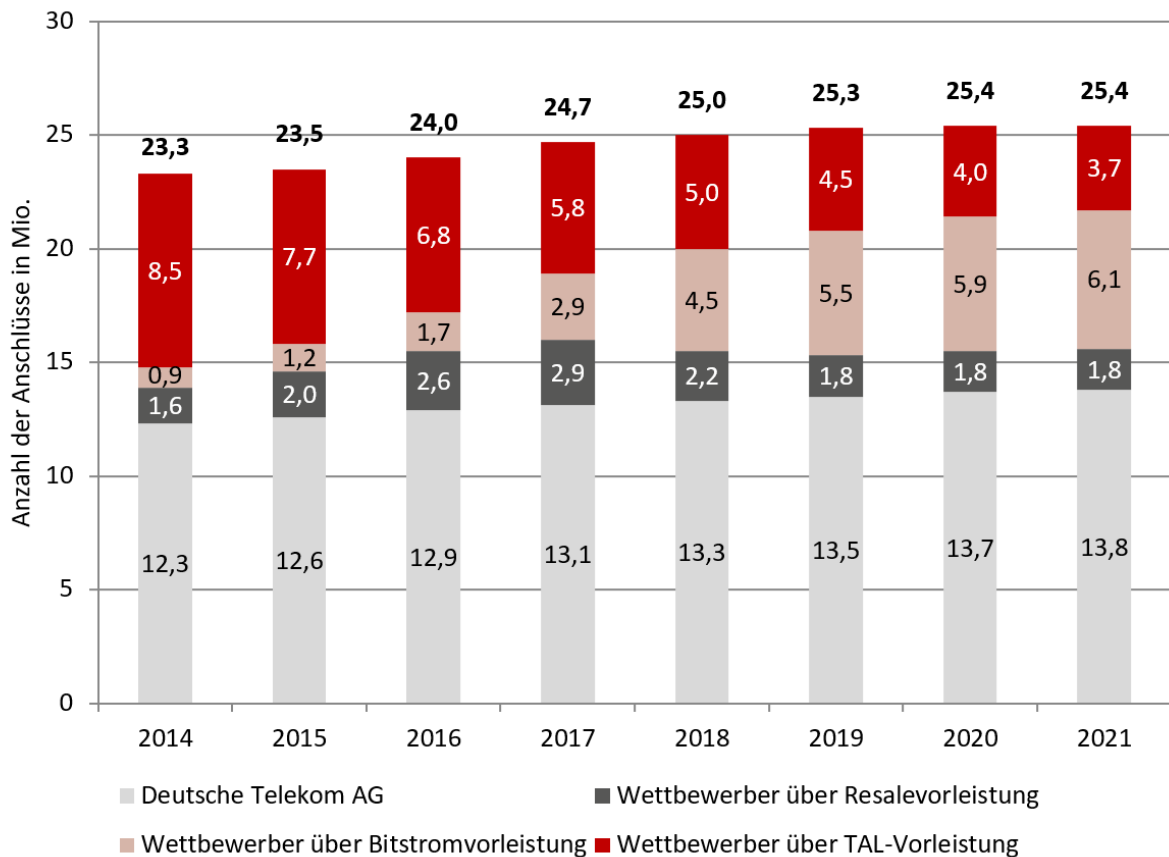
19. In der Vergangenheit war der Zugang zur Kupfer-TAL das wichtigste Vorleistungsprodukt für Wettbewerber der Deutsche Telekom AG (siehe dazu Abbildung 1.12). Er ist jedoch durch die „Vectoring-Entscheidungen“ der Bundesnetzagentur aus den Jahren 2013 („Vectoring I“) und 2016 („Vectoring II“) eingeschränkt worden: Die Deutsche Telekom AG kann einen Zugang der Wettbewerber zur Nutzung von Frequenzen oberhalb von 2,2 MHz verweigern, wenn die Deutsche Telekom AG oder ein anderes Unternehmen einen Kabelverzweiger oder Hauptverteiler für die Nutzung von VDSL2-Vectoring erschlossen hat.³¹ In diesen Fällen kann ein Zugang zur Kupfer-TAL von den Zugangsnachfragern nur dazu verwendet werden, um ADSL-Anschlüsse³² anzubieten.³³ Über diese Technik können lediglich Datenübertragungsraten von bis zu 16 Mbit/s erreicht werden.³⁴ Die Wettbewerbsfähigkeit der ADSL-Produkte sinkt mit dem zunehmenden Bedarf der Endkundinnen und Endkunden an hohen Übertragungsraten. Dieser Bedarf spiegelt sich im sinkenden Marktanteil von Anschlüssen mit Datenübertragungsraten von weniger als 30 Mbit/s wider (siehe dazu auch Abbildung 1.3).

³¹ Die Inhalte der Entscheidungen zu Vectoring I und II sind in den Anlagen 1 und 2 zu Ziffer 1.2 des Tenors des Konsultationsentwurfs zur Regulierungsverfügung für den Markt 3a (Märkteempfehlung 2014) enthalten.

³² Der Marktanteil der im gewerblichen Bereich genutzten und ebenfalls noch realisierbaren SDSL-Anschlüsse betrug in den Jahren 2014 bis 2016 lediglich 0,3-0,4 Prozent und ist weiter rückläufig, BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 82. Diese Anschlusstechnologie kann daher vernachlässigt werden.

³³ BNetzA, a. a. O., S. 129 (s. dort auch Fn. 320).

³⁴ BNetzA, a. a. O., S. 70.

Abbildung 1.12: Aktive DSL-Anschlüsse in Deutschland in Mio. (2014 bis 2021)

Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 29; eigene Darstellung

Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

20. Die Wettbewerber, die auf Vorleistungen der Deutsche Telekom AG angewiesen sind, müssen daher häufig auf virtuelle Vorleistungsprodukte („Bitstrom“) zurückgreifen, um weiter wettbewerbsfähig zu bleiben. Aus wettbewerbslicher Sicht ist daran problematisch, dass die alternativen Anbieter von einer höheren auf eine niedrigere Wertschöpfungsebene zurückgedrängt werden: Die Wertschöpfungsebene beim Zugang zur Kupfer-TAL ist höher als bei den Bitstromangeboten, da der Vorleistungsnachfrager keine aktive Technik der Deutsche Telekom AG nutzen muss³⁵ und insoweit ein höheres Ausmaß an Gestaltungsmöglichkeiten beim Endkundenprodukt besteht.

21. Insbesondere wegen der beschriebenen, steigenden Bedeutung von Bitstrom-Vorleistungsprodukten fand das Urteil des Verwaltungsgerichts Köln vom 12. August 2020 große Beachtung im Markt: Das Verwaltungsgericht Köln hat die im Jahr 2015 auferlegte Genehmigungspflicht³⁶ für Layer-2-Bitstromprodukte aufgehoben.³⁷ Die Bundesnetzagentur hatte diese Entgelte einer Genehmigungspflicht unterworfen und in der Regulierungsverfügung eine Prüfung anhand des Missbrauchstatbestands (nunmehr § 37 TKG-2021) festgelegt.³⁸ Das Verwaltungsgericht Köln

³⁵ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 78. Siehe zur Struktur des Netzes der Deutsche Telekom AG auch BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 145.

³⁶ BNetzA, Regulierungsverfügung BK 3h-14/114 vom 28. Oktober 2015.

³⁷ VG Köln, Urteil vom 12. August 2020, 21 K 6862/15, ECLI:DE:VGK:2020:0812.21K6862.15.00.

³⁸ BNetzA, Beschluss vom 28. Oktober 2015, BK 3h-14/114, Tenor Ziffer Nr. 2.1.

hat es unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum TKG in der Fassung vor dem 1. Dezember 2021 erstens für unzulässig gehalten, eine Genehmigungspflicht mit einer Prüfung anhand des Missbrauchstatbestands (statt einer Prüfung anhand des Maßstabs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, KeL, nunmehr § 42 TKG-2021) zu kombinieren.³⁹ Zweitens hat das Verwaltungsgericht Köln – ebenfalls unter Berufung auf das Bundesverwaltungsgericht – die Festlegung des Maßstabs bereits in der Regulierungsverfügung (statt im Genehmigungsverfahren) für rechtswidrig erklärt.⁴⁰ Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln ist nach der Rücknahme von Zulassungsanträgen auf Revision seitens der Deutsche Telekom AG und in der Folge auch seitens der Bundesnetzagentur im Frühjahr 2021 rechtskräftig geworden.⁴¹ Damit unterliegen die Entgelte für Layer-2-Bitstromprodukte derzeit⁴² keiner Regulierung durch die Bundesnetzagentur.⁴³ Das wird sich erst durch die neue Regulierungsverfügung ändern. Angesichts der steigenden Bedeutung von virtuellen Vorleistungsprodukten ist der Konsultationsentwurf zur Regulierungsverfügung mit Spannung erwartet worden.

22. Die Entgelte für das Layer-2-Bitstromprodukt hat die Bundesnetzagentur einer Anzeigepflicht nach § 45 TKG-2021 unterworfen. Begrifflich soll dies im Folgenden grundsätzlich als Ex-post-Entgeltregulierungsverfahren verstanden werden,⁴⁴ die um Elemente einer Ex-ante-Regulierung (der Anzeigepflicht) ergänzt wird. In einem solchen Verfahren ist lediglich eine Missbrauchsprüfung nach § 37 TKG-2021 möglich. Die mit der Wahl des Anzeigeverfahrens verbundene Entgeltprüfung anhand des bloßen Missbrauchstatbestands begründet die Bundesnetzagentur im Wesentlichen wie folgt:⁴⁵ Die Überschreitung eines wettbewerbsanalogen Preises seitens der Deutsche Telekom AG könne durch Preis-Kosten-Scheren- und Kosten-Kosten-Scheren-Prüfungen basierend auf KeL-regulierten Produkten (insbesondere Kupfer-TAL-Entgelte) unterbunden werden. Zudem zeige die Einigung von vier großen Wettbewerbern (1&1, NetCologne, Telefónica und Vodafone) mit der Deutsche Telekom AG im sog. Commitment-Modell, dass eine gewisse wettbewerbliche Preisfindung im Markt möglich sei und den Nachfragern über einen längeren Zeitraum (10 Jahre plus 3 Jahre Nachlaufzeit) Rechtssicherheit ermögliche.

23. Den Wechsel von einer Genehmigungspflicht hin zu einer bloßen Anzeigepflicht sieht die Monopolkommission angesichts der steigenden Bedeutung der Vorleistungsprodukte kritisch. Bei der vorliegend vorzugswürdigen Genehmigungspflicht würde die Bundesnetzagentur zum einen verfahrenstechnisch über eine stärkere Kontrolle verfügen und zum anderen auch noch den strengeren und in den regulierten Industrien üblichen KeL-Maßstab wählen können. Für eine Genehmigungspflicht hätte auch gesprochen, dass das Layer-2-Bitstromprodukt, das

³⁹ VG Köln, Urteil vom 12. August 2020, 21 K 6862/15, ECLI:DE:VGK:2020:0812.21K6862.15.00, Rn. 160.

⁴⁰ VG Köln, a. a. O., Rn. 143.

⁴¹ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 49.

⁴² Es ist umstritten, ob eine reine Ex-post-Entgeltregulierung nicht doch bereits kraft Gesetzes möglich war bzw. ist, so wie dies der Gesetzeswortlaut in § 38 Abs. 2 TKG a. F. bzw. § 38 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 46 TKG-2021 nahelegt oder ob dies gegen Unionsrecht verstößt und daher auch eine reine Ex-post-Entgeltregulierung stets konstitutiv durch die Bundesnetzagentur auferlegt werden muss. Der Gesetzgeber hat bei der TKG-Novellierung 2021 jedenfalls die Auffassung geäußert, dass eine reine Ex-post-Entgeltregulierung stets möglich sei, BT-Drs. 19/26108, S. 273.

⁴³ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 203.

⁴⁴ So sieht dies auch das BVerwG zur bisherigen Anzeigepflicht nach § 38 TKG-2004, BVerwG, a. a. O., Tz. 28, die der jetzigen Anzeigepflicht nach § 45 TKG-2021 entspricht. Die Bundesnetzagentur scheint die Anzeigepflicht eher als Ex-ante-Regulierung anzusehen, vgl. Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 210.

⁴⁵ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 204 ff.

vormals dem Markt Nr. 3b zugeordnet war,⁴⁶ bis zur teilweisen Aufhebung der entsprechenden Regulierungsverfügung bereits einer Genehmigungspflicht unterlag. Gegen die soeben dargelegten Argumente der Bundesnetzagentur lässt sich ferner einwenden, dass nur vier, eher große Nachfrager an der Einigung im Commitment-Modell beteiligt sind und die Belange kleinerer, regionaler Netzbetreiber möglicherweise nicht hinreichend berücksichtigt werden.⁴⁷ Auch diese können bei einem Marktzutritt mit Glasfaserprodukten darauf angewiesen sein, für einen Übergangszeitraum ihr Produktportfolio um Kupferprodukte zu ergänzen. Sie wären dann weniger wettbewerbsfähig gegenüber größeren Unternehmen, die sich über Commitment-Verträge bessere Bedingungen einkaufen können. Zudem erfolgte die Einigung unter der Prämisse, dass lediglich eine Missbrauchsprüfung der Bundesnetzagentur möglich ist bzw. dass zu dem Zeitpunkt gar keine Prüfung aufgrund der Aufhebung der Genehmigungspflicht möglich war.⁴⁸ Es kommt hinzu, dass die Regulierungsverfügung erst zwei Jahre nach der entsprechenden Marktfestlegung zur Konsultation gestellt wurde, was für weitere Unsicherheit im Markt gesorgt haben dürfte. Zudem ist zu berücksichtigen, welche hohe Bedeutung dem Markt Nr. 3a für einen funktionierenden Wettbewerb zukommt, etwa auf dem nachgelagerten Markt Nr. 3b der Märktempfehlung 2014. Wettbewerber auf dem Markt Nr. 3a sind grundsätzlich in der Lage, Produkte auf dem Markt Nr. 3b anzubieten und so in Konkurrenz zur Deutsche Telekom AG zu treten.⁴⁹ Die Tatsache, dass das Layer-2-Bitstromprodukt aufgrund seiner relativ ausgeprägten Lokalität⁵⁰ dem Markt Nr. 3a zuzuordnen ist, spricht ebenfalls eher für eine strengere Regulierung. Schließlich bestünde eine höhere Konsistenz innerhalb der Regulierung für austauschbare Vorleistungsprodukte im Kupfernetz, wenn alle Produkte einheitlich reguliert werden. Ferner wird als Begründung dafür, bei Glasfaserprodukten auf eine Entgeltregulierung zu verzichten, darauf verwiesen, dass dem Layer-2-Bitstromprodukt als „regulierte[m] Zugangsprodukt“ eine preisstabilisierende Funktion zukommen wird.⁵¹ Dies unterstreicht die Bedeutung der Layer-2-Bitstromentgelte im Gesamtgefüge der Regulierung im Festnetzbereich.

24. Die Monopolkommission empfiehlt daher, an einer Genehmigungspflicht auch für die Layer-2-Bitstromprodukte festzuhalten. Im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens ist sodann der sachgerechtere Entgeltgenehmigungsmaßstab festzulegen. Die Möglichkeit der späteren Wahl eines Entgeltmaßstabs wird durch die aktuell bestehende Gesetzeslage bei einer bloßen Anzeigepflicht ausgeschlossen. Ob Vorleistungsentgelte im Kupferbereich besser mittels einer Prüfung anhand des Missbrauchstatbestands oder nach KeL erfolgt, sollte in einer separaten Entscheidung der Entgeltgenehmigung überprüft werden. Eine Deregulierung erscheint eher bei den Glasfaserinfrastrukturen angezeigt. Eine Deregulierung ergibt sich bei den Kupfernetzen automatisch dadurch, dass diese sukzessive abgeschaltet werden und dementsprechende Verpflichtungen auslaufen.

1.2.2.2 Erweiterung des Zugangs zu baulichen Anlagen ist zu begrüßen

25. Der Konsultationsentwurf sieht eine Erweiterung des Zugangs zu baulichen Anlagen gegenüber der vorangegangenen Regulierungsverfügung vor. Im Gegensatz zur bisherigen Verpflichtung ist ein Zugang zu Kabelkanalanlagen nicht nur zum Zweck des Zugangs zur TAL am Kabelverzweiger zu gewähren, sondern auch zum Zweck des Aufbaus und Betriebs von Netzen mit sehr hoher Kapazität. Zudem wird der Zugang auf Masten und Trägersysteme

⁴⁶ BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 138 bzw. S. 167.

⁴⁷ Siehe dazu auch Abschnitt 1.3.2.

⁴⁸ Das genannte Urteil des VG Köln erging am 12. August 2020 und die Einigungen der Deutsche Telekom AG mit den Wettbewerbern wurde in Pressemitteilungen zwischen Oktober 2020 und Februar 2021 verkündet, BNetzA, a. a. O., S. 206.

⁴⁹ BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 209, 221.

⁵⁰ BNetzA, Festlegung für den Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang vom 10. Oktober 2019, BK1-19/001, S. 146.

⁵¹ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märktempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 219.

me oberirdischer Linien erweitert. Hiervon sind immerhin rund drei Millionen Holzmasten mit einer Leitungslänge von über 100.000 km erfasst.⁵² Die Rechtsgrundlage dieser Verpflichtungen ist § 26 Abs. 3 Nr. 10, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG-2021, die im Zuge der Umsetzung von Art. 72, Art. 73 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK in das TKG aufgenommen wurde. Die Monopolkommission begrüßt diesen Schritt aufgrund der Bedeutung der Mitnutzung physischer Infrastrukturen für den Glasfaserausbau ausdrücklich.⁵³

26. Erstens können dadurch Ausbaukosten gesenkt werden. Diese Regelung soll zudem den Infrastrukturwettbewerb fördern, durch den auch der Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten belebt wird.⁵⁴ Die Zugangspetenten müssen dann nicht mehr auf das Übertragungsmedium eines marktmächtigen Unternehmens zurückgreifen, sondern können eigene Kabel verlegen und dadurch ihren Anteil an der Wertschöpfung des Endproduktes erhöhen. Dies ermöglicht es ihnen, unabhängiger zu agieren und ihre Produkte stärker von der Konkurrenz zu differenzieren.⁵⁵ Der Zugang zu baulichen Anlagen ist also für Wettbewerber von Bedeutung, die bereits einen erheblichen Teil der Infrastrukturleistungen selbst erbringen. Die Investitionen des marktmächtigen Unternehmens in die baulichen Anlagen sind im Rahmen der Festlegung der Entgelte für die Nutzung der Anlagen zu berücksichtigen. Über die in der Regulierungsverfügung vorgesehenen Verpflichtungen hinaus wurde in der mündlichen Anhörung zur Regulierungsverpflichtung von einigen Marktteilnehmern gefordert, einen Zugang auch zum Zwecke der Anbindung von Mobilfunkantennen anzuordnen.⁵⁶ Ob dies rechtlich möglich wäre, erscheint fraglich, da hierzu – anders als beim Teilnehmeranschluss an festen Standorten – in der entsprechenden Marktanalyse keine zu behebenden Probleme benannt wurden. Insofern dürften die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 Nr. 10 TKG-2021 nicht vorliegen.

1.2.2.3 Umstellung auf Equivalence of Input durch Monitoring begleiten

27. Bei der Regulierung von Glasfasernetzen des marktmächtigen Unternehmens hat die Bundesnetzagentur einen neuen Weg eingeschlagen. Die bedeutsamste Regulierungsänderung sind der Widerruf der Verpflichtung zum Zugang zur virtuell entbündelten Glasfaser-TAL am BNG nach § 26 Abs. 3 TKG-2021 und der Verzicht auf eine Entgeltregulierung im „klassischen“ Sinn.⁵⁷ Beide Verpflichtungen werden durch umfassende Nichtdiskriminierungsverpflichtungen ersetzt. Den Verzicht auf eine „klassische“ Entgeltregulierung stützt die Bundesnetzagentur auf den im Rahmen der TKG-Novelle neu eingefügten § 38 Abs. 2 TKG-2021, der für Netze mit sehr hoher Kapazität im Sinne des § 3 Nr. 33 TKG-2021 gilt. Als Tatbestandsvoraussetzungen für das Absehen von einer Entgeltregulierung wird erstens ein nachweisbarer Preisdruck auf die Endkundenpreise, d. h. ein Preiswettbewerb bei Endkundenprodukten, verlangt (§ 38 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 TKG-2021, dazu sogleich Tz. 28) und zweitens die Sicherstellung eines effektiven und nichtdiskriminierenden Zugangs, der eine technische und wirtschaftliche Nachbildbarkeit der Endkundenprodukte des marktmächtigen Unternehmens gewährleistet (§ 38 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 TKG-2021, dazu Tz. 29 ff.).

28. Ein bestehender Preisdruck wird von der Bundesnetzagentur insbesondere mit bestehendem Infrastrukturwettbewerb und einem Preisanker durch regulierte Kupferprodukte, insbesondere dem Layer-2-Bitstromprodukt

⁵² BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 73.

⁵³ Monopolkommission, Wettbewerbsfördernde Umsetzung des Unionsrechts im TKG sicherstellen!, Policy Brief, Ausgabe 7, 2021.

⁵⁴ EU-Kommission, Erwägungsgründe 171 und 187 EKEK.

⁵⁵ Zum Vorrang des Infrastrukturwettbewerbs siehe schon Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), Auf Wettbewerb bauen!, Baden-Baden 2018, Tz. 138.

⁵⁶ Siehe hierzu auch die schriftliche Stellungnahme der 1&1 AG gegenüber der Bundesnetzagentur im Rahmen des Konsultationsverfahrens, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2019/BK3-19-0020/BK3-19-0020_Stellungnahmen_nach_Konsultation.html?nn=269474, Abruf am 25. November 2021, S. 39 ff.

⁵⁷ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 103 ff. bzw. S. 217 ff.

begründet. Um den Preisanker zu stabilisieren, empfiehlt die Monopolkommission, wie bereits ausgeführt, auch beim Layer-2-Bitstromprodukt eine Genehmigungspflicht vorzusehen. Dies erhöht die Tragfähigkeit der Begründung für ein Absehen von einer Entgeltregulierung.

29. Statt einer Zugangs- und Entgeltregulierung im klassischen Sinne, sieht die Bundesnetzagentur nun strenge Gleichbehandlungspflichten im Sinne des EoI-Ansatzes vor. Die Monopolkommission begrüßt den Wechsel von einer EoO-Verpflichtung⁵⁸ hin zu einer EoI-Verpflichtung,⁵⁹ da dadurch das Diskriminierungspotenzial weiter reduziert werden kann.⁶⁰ Die gleichwertigen Bedingungen können sich dabei entweder auf die Entgelte oder die sonstigen Bedingungen (Leistungsparameter) beziehen.

30. Gleichwertige Bedingungen zwischen internen und externen Nachfragern bei den Entgelten alleine sind allerdings nicht ausreichend, wenn das zugangsverpflichtete Unternehmen zugleich Endkundenentgelte frei variieren kann. Um zu verhindern, dass über überhöhte Vorleistungsentgelte, die gegenüber internen und externen Nachfragern gleichermaßen gelten würden, und niedrigen Endkundenentgelten Zugangsnachfrager aus dem Markt gedrängt werden (Preis-Kosten-Scheren), wird eine Prüfung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit (economic replicability test, ERT) durchgeführt. Die „klassische“ Entgeltregulierung wird also durch eine ERT-Prüfung ersetzt, bei der ermittelt wird, ob Wettbewerber Endkundenprodukte auf Basis der angebotenen Vorleistungen wirtschaftlich nachbilden können. Diese Prüfung erfolgt zum einen in der Regulierungsverfügung selbst,⁶¹ und soll nach drei Jahren sowie anlassbezogen wiederholt werden.⁶² Bei diesen Tests, die im Anhang II der EU-Nichtdiskriminierungsempfehlung⁶³ näher definiert sind, handelt es sich methodisch im Kern um einen Preis-Kosten-Scheren-Test.⁶⁴ Die Bundesnetzagentur identifiziert dazu besonders relevante Endkundenprodukte (sog. „Flaggschiffprodukte“⁶⁵) der Deutsche Telekom AG und prüft dann, ob die Wettbewerber diese aufgrund der ihnen zur Verfügung gestellten Vorleistungsprodukte wirtschaftlich nachbilden können. Damit durch diese Tests missbräuchliches Verhalten verhindert werden kann, ist es wichtig, dass die wichtigsten Endkundenprodukte einbezogen werden. Die Bundesnetzagentur hat in der Regulierungsverfügung nur ein einziges Flaggschiffprodukt festgelegt, und zwar das Produkt der Deutsche Telekom AG in der Geschwindigkeitsklasse von 100 Mbit/s. Bezüglich diesem hat sie in der Regulierungsverfügung die wirtschaftliche Nachbildbarkeit auch bestätigt.

31. Die Monopolkommission empfiehlt, neben diesem in der Tat wichtigen Endkundenprodukt zunächst weitere Produkte in die ERT-Prüfung mit einzubeziehen. Zu den Flaggschiffprodukten sollten auch Produkte mit Übertragungsraten in Höhe von 50 Mbit/s, 250 Mbit/s und 500 Mbit/s zählen. Perspektivisch ist nämlich davon auszugehen, dass die über 100 Mbit/s liegenden Produkte in den nächsten Jahren deutlich an Marktanteilen gewinnen werden. Aber auch das 50 Mbit/s-Produkt dürfte in absehbarer Zeit noch in der Lage sein, erheblichen Druck auf andere Endkundenprodukte auszuüben. Die weiteren Flaggschiffprodukte sollten sowohl für die in der Regulie-

⁵⁸ Bei einer Gleichwertigkeit des Outputs (Equivalence of Output - EoO) sind den Zugangsnachfragern Dienstleistungen nicht zu denselben, sondern lediglich zu vergleichbaren Bedingungen anzubieten, siehe dazu Nr. 6 lit. g und h der Nichtdiskriminierungsempfehlung 2013/466/EU der EU-Kommission.

⁵⁹ Siehe dazu auch Abschnitt 1.3.3.

⁶⁰ So schon Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 115.

⁶¹ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 159 ff.

⁶² BNetzA, a. a. O., S. 185. Die Rechtsgrundlage für diese der Regulierungsverfügung nachgelagerten Prüfung ist § 38 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 46 TKG-2021.

⁶³ EU-Kommission, Empfehlung (2013/466/EU) über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen.

⁶⁴ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 159.

⁶⁵ Der Begriff geht auf Anhang II lit. iv der Nichtdiskriminierungsempfehlung zurück.

rungsverfügung durchgeführte ERT-Prüfung als auch für die in drei Jahren geplante Routineüberprüfung bestimmt werden. Dies gilt jedenfalls für die aktuelle Phase, in der ein grundlegender Wechsel in der Regulierungsart vorgenommen wird. Wenn ausreichend Erfahrung mit dem Instrument der ERT-Prüfung gesammelt worden ist, erscheint es eher denkbar, die Anzahl der Flaggschiffprodukte zu reduzieren. Bei einer anlassbezogenen Prüfung sollte hingegen stets auf den konkreten Prüfungsanlass abgestellt werden, welche Endkundenprodukte einer ERT-Prüfung unterzogen werden.

32. Hinsichtlich der bestehenden, technischen Hindernisse seitens der Deutsche Telekom AG, EoI einzuführen, kam die Bundesnetzagentur auf Basis eines von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens des TÜV Rheinland zu dem Schluss, dass die bei der Deutsche Telekom AG geplanten oder in Aufbau befindlichen Systeme bereits jetzt prinzipiell darauf ausgerichtet sind, dass entsprechende Anfragen unabhängig davon bearbeitet werden, ob sie intern oder extern in Auftrag gegeben werden, auch wenn im Detail kleine Unterschiede identifiziert wurden.⁶⁶ Zur Nivellierung dieser Unterschiede gibt die Bundesnetzagentur einige Anpassungen in Ziffer 2.3 des Tenors vor, um eine Gleichwertigkeit zu erreichen.⁶⁷ Hierzu ist anzumerken, dass jegliche Unterschiede zwischen internen und externen Nachfragern bei einem strengen Gleichbehandlungskonzept wie dem EoI einer besonderen Rechtfertigung bedürfen. Sofern aus Gründen der Praktikabilität oder der Verhältnismäßigkeit dennoch geringe Unterschiede gebilligt werden, so ist dies – jedenfalls zu Beginn der Umstellung des Regulierungsansatzes – mit engmaschigen Monitoringverpflichtungen zu kompensieren. Ob die von der Bundesnetzagentur vorgesehenen Verpflichtungen hierzu ausreichen, kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden und wird sich letztlich erst im Praxiseinsatz verlässlich bewerten lassen.

33. Insgesamt ist der Wechsel der Gleichbehandlungsverpflichtungen von EoO hin zu EoI zu begrüßen, da dadurch Diskriminierungspotenziale weitgehend ausgeschaltet werden. Grundsätzlich scheint der von der Bundesnetzagentur eingeschlagene Weg auch sachgerecht, auch wenn zum derzeitigen Standpunkt noch nicht sicher bewertet werden kann, welche Probleme sich im Einzelnen in der Regulierungspraxis stellen werden. Zwei Aspekte sind jedoch bereits jetzt zu nennen: Erstens sollte die Anzahl der Flaggschiffprodukte erhöht werden und jedenfalls die Produkte mit Datenübertragungsraten in Höhe von 50 Mbit/s, 250 Mbit/s und 500 Mbit/s umfassen. Zweitens ist sicherzustellen, dass die noch bestehenden Unterschiede bei der Behandlung interner und externer Nachfrager auf ein Minimum reduziert werden und dies durch ein engmaschiges Monitoring sichergestellt wird. Im Übrigen wird es darauf ankommen, auf die sich in der Praxis ergebenden Probleme zeitnah zu reagieren.

1.3 Zur Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze

1.3.1 Wechselprozess über eine Dekade

34. Der Übergang von Kupfer- auf Glasfaserinfrastrukturen und eine damit einhergehende Migration der Bestandskunden in gigabitfähige Netze stellen eine wesentliche Herausforderung für den deutschen Telekommunikationssektor dar. Dieser Wechselprozess wird sich über Jahre hinziehen. Auswirkungen auf den Ausbau der Glasfasernetze und damit den Wechselprozess wird der Umfang der privatwirtschaftlichen und der staatlich geförderten Investitionen haben. Beeinflusst wird dieser Prozess auch von der Regulierung der neuen Glasfaserinfrastruktur. Aktuell sind etwa 2,3 Mio. von insgesamt 36,5 Mio. Breitbandanschlüssen FTTB/H-Anschlüsse.⁶⁸ Der Anteil ist also immer noch gering. Der Glasfasernetzausbau wird derzeit zu 75 Prozent durch Wettbewerber der Deutsche Tele-

⁶⁶ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, S. 151 ff.

⁶⁷ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020.

⁶⁸ Vgl. Abbildung 2.1, basierend auf Daten der Bundesnetzagentur.

kom AG vorangetrieben⁶⁹ – auch wenn die Deutsche Telekom AG zunehmend aktiver wird und beabsichtigt, jährlich bis zu 2,5 Mrd. Euro in den Glasfasernetzausbau zu investieren.⁷⁰ Die Abschaltung des Kupfernetzes steht daher jedenfalls kurzfristig nicht bevor.

35. Da der Glasfasernetzausbau kostenintensiv ist und die Erträge unsicher sind, ist nicht zu erwarten, dass ein Unternehmen bundesweit flächendeckend FTTB/H-Anschlüsse ausbaut. Der Migrationsprozess von Kupfer- auf Glasfasernetze wird daher auf lokaler und regionaler Ebene stattfinden und zu einer heterogenen Glasfasernetzbetreiberstruktur führen. Offen ist, ob es einzelnen regionalen Glasfasernetzbetreibern gelingen wird, eine signifikante Marktgröße zu erlangen. Außerdem muss das Marktmachtübertragungspotenzial der Deutsche Telekom AG aus dem kupferbasierten Anschlussnetz beachtet werden.

36. Aktuell gilt es, Rahmenbedingungen durch einen Migrationsplan zu setzen und dabei die Auswirkungen auf den Infrastruktur- und Dienstewettbewerb zu berücksichtigen sowie Planungssicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen. Es ist eine zentrale Frage, wie die Abschaltung des Kupfernetzes wettbewerbskonform⁷¹ erfolgen und zugleich der Prozess mit Anreizen für die Nutzung von Glasfasernetzen⁷² beschleunigt werden kann.

37. Nachfolgend werden zunächst die Rollen der einzelnen Marktakteure im Migrationsprozess betrachtet, d. h. das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Kupferbereich, die glasfaserausbauenden Wettbewerber und Vorleistungsnachfrager sowie die Bundesnetzagentur. Daraufhin werden die wesentlichen Bausteine des Migrationsprozesses untersucht, wobei dieser als ein Gesamtprozess begriffen wird. In einem abschließenden Fazit werden die Empfehlungen zusammengefasst.

1.3.2 Zu den Rollen der einzelnen Marktakteure im Migrationsprozess

Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Kupferbereich

38. Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht wird seine Entscheidung über die Abschaltung seines Kupfernetzes und die Migration auf ein Glasfasernetz zunächst anhand betriebswirtschaftlicher Faktoren wie Kosteneinsparungen, Effizienzsteigerungen und komparativen Wettbewerbsvorteilen ausrichten. Unter anderem spielen dabei die Existenz eines parallelen Glasfaser- oder Kabelnetzes, die Leistungsfähigkeit des Kupfernetzes (gegebenfalls Aufrüstung auf Super-Vectoring), die Kosten eines Parallelbetriebs, die Abschaltungs- und Rückbaukosten, die Kundenanzahl jeweils im Kupfer- und Glasfaserbereich, das jeweilige Wettbewerbsumfeld, die eigene Position, die Bedeutung des Vorleistungsgeschäfts sowie regulatorische Rahmenbedingungen und Anreize eine wesentliche Rolle.

39. Grundsätzlich liegt das Initiativrecht für eine Abschaltung von Infrastrukturen beim jeweiligen Eigentümer. Es wird durch § 34 TKG-2021, der auf Art. 81 EKEK beruht, lediglich dahingehend eingeschränkt, dass eine Abschaltung rechtzeitig bei der Bundesnetzagentur anzuzeigen ist, wenn dadurch regulierte Vorleistungsprodukte nicht

⁶⁹ BREKO Marktanalyse21 vom 27. Juli 2021, Bonn 2021, S. 15.

⁷⁰ <https://heise.de/news/Telekom-steckt-bis-zu-2-5-Milliarden-jaehrlich-in-Glasfaser-Ausbau-6004666.html>, Abruf am 16. Februar 2022.

⁷¹ Ein „wettbewerbskonformer“ Migrationsprozess meint einen Wechselprozess, der nicht mit einer unangemessenen Benachteiligung des Wettbewerbs einhergeht, z. B. weil Zugangsnachfragern nicht ausreichend Zeit eingeräumt wird, ihre Systeme und Prozesse entsprechend vorzubereiten.

⁷² Glasfaserinfrastrukturen haben einige Vorteile gegenüber Kupferinfrastrukturen: 1) Glasfaser ist leistungsfähiger, da sie bei der Datenübertragung hohe symmetrische Up- und Downloadgeschwindigkeiten ermöglicht und abhängig von der eingesetzten Technologie aktuell 1 Gbit/s oder 10 Gbit/s und zukünftig mögliche 100 Gbit/s auf der Anschlussleitung zur Verfügung stellen und damit den Bandbreitenbedarf auch langfristig abdecken kann; 2) Glasfaser ist kosteneffizienter, da sie Signale ohne Verstärkung über längere Distanzen senden kann und dadurch weniger aktive Netzelemente erfordert. Dies macht sie nach anfänglich höheren Investitionen anschließend im Betrieb und im Unterhalt deutlich kostengünstiger; 3) Glasfaser ist nachhaltiger, da sie Daten mit Licht überträgt und dadurch erheblich weniger Energie je Bandbreiteneinheit als Kupfer verbraucht; 4) Glasfaser ist stabiler und sicherer, da sie unabhängiger von Umwelteinflüssen wie Frost oder Blitzschlag ist.

mehr angeboten werden können. Diese Handlungsfreiheit verschafft der Deutsche Telekom AG die Möglichkeit, eine Migration vor allem dort anzustreben, wo eigene gigabitfähige Glasfaserinfrastrukturen vorhanden sind, während das aufgerüstete Kupfernetz in den Gebieten in Betrieb bleibt, in denen Wettbewerber Glasfasernetze ausbauen. Dies bedeutet, dass die Deutsche Telekom AG die Abschaltung ihres Kupfernetzes⁷³ vor allem dann erwägen wird, wenn sie hinreichend viele FTTB/H-Anschlüsse in einer Region verlegt hat. Sie dürfte anstreben, das Kupfernetz in ihren eigenen Glasfaserausbaugebieten möglichst schnell abzuschalten nachdem sie ihre Endkundinnen und Endkunden und die Endkundinnen und Endkunden der Vorleistungsbezieher auf ihr Glasfasernetz migriert hat, um doppelte Betriebskosten zu vermeiden.

40. Wahrscheinlich ist auch, dass die Deutsche Telekom AG ihr Kupfernetz in den Glasfaserausbaugebieten der Wettbewerber weiter betreibt und gegebenenfalls auf Super-Vectoring aufrüstet, um dort möglichst lange im Markt zu bleiben.⁷⁴ Dies kann mit negativen Effekten auf die Auslastung der Glasfaserinfrastruktur der Wettbewerber verbunden sein, weil ein Teil der Endkunden und Endkundinnen der Deutsche Telekom AG wie auch der Vorleistungsnachfrager deutlich verzögert auf das Glasfasernetz eines alternativen Anbieters wechseln würde. Der FTTB/H-Netzausbau wird dadurch verzögert.

41. Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass sich die Wettbewerbsbedingungen zwischen den eigenen Glasfaserausbaugebieten und denen der Wettbewerber unterschiedlich entwickeln. Einer solchen Entwicklung kann eine anreizorientierte Regulierung entgegenwirken. Anknüpfungspunkte hierbei sind die regulierten Entgelte für kupferbasierte Vorleistungsprodukte.⁷⁵ Dabei sind zwei gegensätzliche Anreizmechanismen zu beachten:

- a) Die Rentabilität des Kupfernetzes ist von der Entgelthöhe der Vorleistungen abhängig.⁷⁶ Steigende Vorleistungspreise für kupferbasierte Vorleistungsprodukte führen dazu, dass das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht davon profitiert und der Anreiz für Investitionen in das Glasfasernetz aufseiten der Deutsche Telekom AG sinkt.⁷⁷
- b) Sinkende Kupfer-Vorleistungspreise erhöhen die kupferbasierte Zugangsnachfrage relativ zur Nachfrage nach Glasfaser-Vorleistungsprodukten und können die Investitionsanreize der Wettbewerber (als Vorleistungsnehmer) in eigene Glasfasernetzinfrastrukturen reduzieren.

42. Um dieser Ambivalenz Rechnung zu tragen, die Planungssicherheit für die Marktteilnehmer zu erhöhen und einen möglichst schnellen und wettbewerbskonformen Migrationsprozess zu schaffen, spricht aus Sicht der Monopolkommission vieles dafür, die kupferbasierten Vorleistungsentgelte bis zum Abschluss des Migrationsprozesses real stabil zu halten, d. h. nominal leicht steigen zu lassen.⁷⁸

⁷³ Dies meint die freiwillige Abschaltung der kupferbasierten Ortsvermittlungsstellen/Hauptverteiler. Wenn der Netzbetreiber einen Teil seines Zugangsnetzes auf Glasfaser über FTTC/VDSL aufgerüstet hat, kann es zu einer teilweisen Abschaltung des Kupfernetzes kommen. Eine vollständige Abschaltung erfordert eine Umstellung der Endkunden auf FTTB/H, HFC, FWA oder Mobilfunk.

⁷⁴ Die Deutsche Telekom AG wird Vorleistungsprodukte der alternativen Anbieter erst dann zunehmend annehmen, wenn die Nachfrage nach ihren eigenen VDSL2/Vectoring-Anschlussprodukten kontinuierlich zurückgeht.

⁷⁵ Die Entgeltregulierung für die kupferbasierte Teilnehmeranschlussleitung (Kupfer-TAL) stellt einen wichtigen Preis- bzw. Kostenanker dar und wirkt indirekt auf die Investitionsanreize für Glasfasernetze.

⁷⁶ Die Entgelthöhe hat auch Einfluss auf die Margen der Vorleistungsnehmer und auf Wechselanreize hin zu alternativen Infrastrukturen.

⁷⁷ Soweit Wettbewerber, die zumindest teilweise auf Vorleistungen der Deutsche Telekom AG angewiesen sind, nicht kurzfristig auf alternative Vorleistungsprodukte bzw. Eigenausbau umsteuern können, können sie nur die Endkundenpreise erhöhen oder die Preise auf Kosten der eigenen Marge konstant halten. Der in einem wettbewerblichen Markt wahrscheinlichere zweite Weg führt dazu, dass diesen Wettbewerbern dann entsprechende Finanzmittel für den eigenen Glasfasernetzausbau fehlen.

⁷⁸ Im Rahmen der schriftlichen Anhörung der Monopolkommission wurden stabile kupferbasierte Vorleistungsentgelte auch von zahlreichen Marktteilnehmern gefordert.

Zur Rolle der glasfasernetzausbauenden Wettbewerber und Vorleistungsnachfrager

43. Viele Unternehmen bauen derzeit überwiegend in halbstädtischen und ländlichen Gebieten Glasfaser aus. Sie sind auf Kooperationen und gegenseitigen Netzzugang ausgerichtet, um nach der Errichtung eines Glasfasernetzes eine schnelle Migration und Netzauslastung zu erzielen.⁷⁹ Für sie ist relevant, wie schnell die Deutsche Telekom AG und große Vorleistungsnachfrager wie 1&1, Telefónica und Vodafone gewonnen werden können.⁸⁰ Allerdings hat die Deutsche Telekom AG im Rahmen ihres Commitment-Modells Zugangs- und Entgeltvereinbarungen mit den größten Vorleistungsnachfragern 1&1, Telefónica und Vodafone abgeschlossen. Das Commitment-Modell soll eine Risikoteilung bei der Finanzierung des Netzausbaus, eine höhere Netzauslastung durch schnellere Vermarktung der Anschlussprodukte und den Vertragsparteien ein erweitertes (regionales) Leistungsportfolio ermöglichen. Dazu sieht das Modell eine gemeinsame Nutzung von VDSL- bzw. FTTB/H-Anschlüssen zwischen den Vertragsparteien vor, sodass ein gegenseitiger Netzzugang zur Kupfer- bzw. Glasfaserinfrastruktur gewährleistet wird. Dabei handelt es sich um einen zweiteiligen Tarif. So sind monatliche anschlussbasierte Überlassungsentgelte in Abhängigkeit von der Geschwindigkeitsklasse des Produktes (z. B. 100 Mbit/s, 250 Mbit/s etc.) und jährliche Einmalzahlungen im Voraus (sog. Upfront) für die Abnahme der vereinbarten Mindestanschlussmengen (sog. Commitment) über eine Vertragslaufzeit von 10 Jahren plus 3 Jahren Nachlaufzeit vorgesehen.⁸¹ Die Höhe der Einmalzahlung steigt im Zeitverlauf und ist somit vom Jahr der Zahlung, dem existierenden Bestand von Anschlüssen und dem Erwerb neuer Bestände abhängig. Ein Mechanismus ermöglicht dabei die wechselseitige Anrechnung der Abnahmemengen zwischen VDSL- und FTTB/H-Anschlüssen. In der dreijährigen Nachlaufzeit steigt das monatliche Überlassungsentgelt an, während die jährliche Einmalzahlung entfällt. Die Laufzeit entfaltet eine langfristige Bindungswirkung und vermindert die Netzauslastung und die Investitionen derjenigen Anbieter, die das Commitment-Modell nicht abschließen. Denn es entzieht diesen glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (potenzielle) Vorleistungsnachfrager und ist geeignet, den Migrationsprozess insgesamt zulasten kleinerer Anbieter wettbewerbsverzerrend zu verlangsamen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur das Commitment-Modell mit Blick auf einen wettbewerbskonformen Migrationsprozess dahingehend überprüfen, ob es zu Lock-In-Effekten bei den Bestandskunden und zu höheren Marktzutrittsschranken für Neueinsteiger führt. Alleine die Tatsache, dass eine Einigung im Markt mit den größten Vorleistungsnachfragern möglich war,⁸² bedeutet nicht, dass sich die Entgeltgestaltung etwa für kleinere Nachfrager nicht doch als missbräuchlich, z. B. im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG-2021 darstellt.

44. Die Gruppe der Vorleistungsnachfrager umfasst Unternehmen unterschiedlicher Größe und Struktur. Diejenigen, die einen Vertrag nach dem Commitment-Modell der Deutsche Telekom AG abschließen, werden mit der Deutsche Telekom AG gemeinsam auf Glasfaser umsteigen. Diejenigen, die nicht vom Commitment-Modell der Deutsche Telekom AG profitieren, können entweder ihre eigene Infrastruktur auf FTTB/H umstellen, Vorleistungen bei alternativen Anbietern beziehen oder eine Kombination realisieren. Dadurch sinken die Abnahmemengen für kupferbasierte Vorleistungen. Die sinkende Nachfrage führt in der aktuellen auf Wiederbeschaffungswerten⁸³ basierenden KeL-Entgeltregulierung zu höheren Kosten pro Anschluss und daher zu tendenziell höheren Vorleis-

⁷⁹ Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Netzbetreiber nicht alle ihre kupferbasierten Anschlüsse auf FTTB/H-Anschlüsse flächendeckend migrieren, da aus Kostengründen gerade in ländlichen und abgelegenen Gebieten eine Umstellung auf mobile Anschlüsse wie Fixed Wireless Access (FWA) wirtschaftlich sinnvoller sein kann.

⁸⁰ Ein einheitliches Glasfaser-Standardvorleistungsprodukt wäre für die konkurrierenden Glasfasernetzausbauer wirtschaftlich und operativ sinnvoll.

⁸¹ Die Entgelte der Deutsche Telekom AG sollen künftig einer Ex-post-Entgeltregulierung mit Anzeigepflicht unterliegen, soweit Layer-2-Kupferleistungen am BNG betroffen sind und einer reinen Ex-post-Regulierung der wirtschaftlichen Nachbildbarkeit der entsprechenden Endkundenprodukte, wenn der Vorleistungszugang bei Glasfaserprodukten nachgefragt wird. Siehe dazu bereits oben, Kapitel 1.2.2.

⁸² Siehe zur Bedeutung der Commitment-Verträge für die Entgeltregulierung auch oben, Tz. 22 f.

⁸³ Berechnungsbasis sind fiktive Neubaukosten, da es sich um eine Übergangstechnologie handelt, die nicht erneuert wird.

tungsentgelten.⁸⁴ Da der flächendeckende Glasfasernetzausbau über einen längeren Zeitraum erfolgen wird, besteht auch längerfristig eine Abhängigkeit der Vorleistungsnachfrager von der Kupfer-TAL. Sollten keine real stabilen kupferbasierten Vorleistungsentgelte gewährleistet werden, könnten Vorleistungsnachfrager ihre Wettbewerbsfähigkeit verlieren. Zur Sicherstellung eines wettbewerbskonformen Migrationsprozesses empfiehlt die Monopolkommission daher auch aus diesem Grund, die kupferbasierten Vorleistungsentgelte real stabil zu halten und eine potenzielle Marktverschließungswirkung durch das Commitment-Modell der Deutsche Telekom AG zu prüfen.

Zur Rolle der Bundesnetzagentur

45. § 34 TKG-2021 und Art. 81 EKEK⁸⁵ regeln die Rolle der Bundesnetzagentur im Migrationsprozess und die Abschaltung der Kupferinfrastruktur durch Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.⁸⁶ Das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht wird auf eigene Initiative hin der Bundesnetzagentur einen Migrationsplan und Migrationsbestimmungen vorlegen, die die Bundesnetzagentur dann prüfen und nach Stellungnahme der Marktteilnehmer festlegen wird (§ 34 Abs. 1 TKG-2021). Die Bundesnetzagentur soll dafür sorgen, dass es möglichst keine Verzögerungen oder Behinderungen bei der Migration gibt und die Interessen der Zugangsnachfrager und der Endnutzerinnen und Endnutzer gewahrt werden. Dazu soll der Ablauf der Abschaltung des Kupfernetzes durch die Bundesnetzagentur überwacht und koordiniert werden. Sie soll gemäß § 34 Abs. 4 TKG-2021 einen Zeitplan aufstellen sowie Kündigungs- und Übergangsfristen festlegen. Zudem muss die Verfügbarkeit der auf dem neuen Netz basierenden Zugangsprodukte zu diskriminierungsfreien Bedingungen gewährleistet werden und deren Ausgestaltung dem Grundsatz der Vergleichbarkeit entsprechen. Im Rahmen eines Branchenforums, dem sog. Gigabit-Forum, sollen dazu wichtige und grundsätzliche Fragen diskutiert und ein Migrationspfad entwickelt werden. Für ein umfassendes Migrationskonzept ist eine aktive Moderation durch die Bundesnetzagentur und eine Einbeziehung aller Marktteilnehmer erforderlich. Nur so können alle relevanten Aspekte und Wechselwirkungen des Migrationsprozesses angemessen berücksichtigt werden.

46. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesnetzagentur, an der Erarbeitung gemeinsamer Marktstandards, z. B. für ein einheitliches Glasfaser-Vorleistungsprodukt, in den entsprechenden nationalen und europäischen Normungsgremien aktiv mitzuwirken. Ebenso sollte ein möglichst verbindlicher Migrationsplan mit Festlegung von Migrationsschritten und -zeitpunkten zusammen mit den Marktteilnehmern im Rahmen des Gigabit-Forums entwickelt werden. Dieser Plan sollte die gleichen Spielregeln und Fristen sowohl für die Deutsche Telekom AG als auch für die Wettbewerber enthalten, positive Anreize für den Ausbau und die Auslastung von Glasfasernetzen setzen und zugleich negative Effekte auf den Wettbewerb vermeiden.

⁸⁴ BNetzA, BK3-19/001 vom 26. Juni 2019. Das Kupfernetz der Deutsche Telekom AG ist ein buchhalterisch abgeschriebenes Anlagegut.

⁸⁵ Erwägungsgrund 209 EKEK stellt klar: „Um — im Interesse der Endnutzer — die Migration von herkömmlichen Kupferkabelnetzen zu Netzen der nächsten Generation zu begünstigen, sollten die nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit haben, die Eigeninitiativen der Netzbetreiber in diesem Bereich zu beobachten und nötigenfalls die Bedingungen für einen angemessenen Migrationsablauf (z. B. durch Vorankündigungen, Transparenz und die Verfügbarkeit alternativer Zugangsprodukte mindestens vergleichbarer Qualität) zu schaffen, sobald der Netzeigentümer die Absicht und die Bereitschaft erklärt hat, auf modernisierte Netze umzuschalten. Um unnötige Verzögerungen bei der Migration zu vermeiden, sollten die nationalen Regulierungsbehörden befugt sein, Zugangsverpflichtungen im Zusammenhang mit dem Kupferkabelnetz aufzuheben, sobald ein angemessener Migrationsablauf feststeht und sichergestellt ist, dass die Bedingungen und der Prozess für die Migration von herkömmlichen Infrastrukturen eingehalten werden. Netzeigentümer sollten jedoch die Möglichkeit haben, herkömmliche Netze außer Betrieb zu nehmen. Zugangsnachfrager, die von einem Zugangsprodukt auf der Grundlage herkömmlicher Infrastruktur zu einem Zugangsprodukt auf der Grundlage einer fortschrittlicheren Technologie oder eines fortschrittlicheren Mediums migrieren, sollten in der Lage sein, ihren Zugang auf eigenen Wunsch durch ein beliebiges reguliertes Produkt mit höherer Kapazität zu verbessern, aber nicht dazu verpflichtet sein. Im Fall einer Verbesserung sollten Zugangsnachfrager die Vorschriften für den Zugang zu dem Zugangsprodukt mit höherer Kapazität einhalten, die von der nationalen Regulierungsbehörde in ihrer Marktanalyse festgelegt worden sind.“

⁸⁶ Nicht berücksichtigt ist die Möglichkeit der Migration der Kunden auf Glasfaserinfrastrukturen eines Wettbewerbers.

1.3.3 Migration in Glasfasernetze ganzheitlich ausrichten

Zugangsregulierung im Glasfaserumfeld nach dem Prinzip der Gleichwertigkeit des Inputs ist sinnvoll

47. Damit der Wechselprozess möglichst schnell gelingen kann und die damit verbundenen Transaktionskosten möglichst gering ausfallen, sind standardisierte Vorleistungsprodukte, Schnittstellen und Prozesse erforderlich. Dabei dürfen die einheitlichen Schnittstellen und Prozesse keinerlei Schutzrechte für einzelne Anbieter oder Nachfrager beinhalten. Wie in Abschnitt 1.3.2 dargelegt, sind von einer Abschaltung des Kupfernetzes unterschiedliche Marktakteure in differenzierter Art und Weise betroffen. Daher ist es für den Migrationsprozess relevant, wie die Regulierung im Kupferbereich im Verhältnis zur Regulierung im Glasfaserbereich ausfällt. Die Ausgestaltung der Vorleistungsprodukte und der Ort der Übergabe sind entscheidend für die Vorleistungsnachfrager, da je nach Wahl der Übergabepunkte zusätzliche oder gar versunkene Kosten anfallen und Einschränkungen bei den Produktgestaltungsmöglichkeiten erfolgen können.⁸⁷

48. Ein von der Bundesnetzagentur veröffentlichter Konsultationsentwurf der neuen Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a nach der EU-Märkteempfehlung 2014 sieht für Glasfaser-Vorleistungsprodukte die Auferlegung von Gleichbehandlungspflichten nach dem Grundsatz des Equivalence of Input (Eol) vor (siehe dazu auch Abschnitt 1.2).⁸⁸ Die Monopolkommission begrüßt diesen Schritt. Sie hatte sich bereits in ihrem letzten Gutachten für die Einführung von Eol ausgesprochen, um insbesondere nicht-preisliches diskriminierendes Verhalten gegenüber Zugangsnachfragern zu vermeiden.⁸⁹ Nach dem Eol-Ansatz werden den vorleistungsnachfragenden Wettbewerbern von dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die gleichen Systeme und Prozesse (für Informationen zur Verfügbarkeit, Beauftragung, Bereitstellung, Kündigung und für Störungen) zu den gleichen Preisen und zur gleichen Qualität innerhalb derselben Fristen bereitgestellt wie die Leistungen für den eigenen Endkundenvertrieb des regulierten Unternehmens.⁹⁰ Für die Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze sind Zugänge nach Open-Access⁹¹ und der Gleichwertigkeit des Inputs zentrale Bausteine für einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung und für einen schnellen Glasfasernetzausbau und Migrationsprozess. Eol ist inzwischen ein in § 24 Abs. 2 TKG-

⁸⁷ Plückebaum/Ockenfels, 2020, Kosten und andere Hemmnisse der Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 457, Bad Honnef.

⁸⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2019/BK3-19-0020/BK3-19-0020_Konsultation.html, Abruf am 12. Oktober 2021.

⁸⁹ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., S. 45-46.

⁹⁰ EU-Kommission, Empfehlung (2013/466/EU) über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden zur Förderung des Wettbewerbs und zur Verbesserung des Umfelds für Breitbandinvestitionen, Nr. 6 lit. g sowie Erwägungsgrund 13; TÜV Rheinland, Gutachterliche Stellungnahme „Equivalence of Input (Eol) Konzept“ für die Bundesnetzagentur vom 8. Juli 2020, Köln. Demnach liegt der Unterschied zwischen internen und externen Zugangsinteressenten der Deutsche Telekom AG in der für Wettbewerber erforderlichen Wholesale IT Architektur (WITA) Schnittstelle: „Um nachteilige Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgrund der Einbindung der WITA so gering wie möglich zu halten, sollten die in der WITA zusammengefassten Systeme und Komponenten sowie die WITA-internen Prozessabläufe kontinuierlich überwacht und erforderlichenfalls optimiert werden.“, S. 5.

⁹¹ Das Open-Access-Regime kann als eine Teilmenge des Eol-Ansatzes verstanden werden, da hier bei Netzzugängen der Fokus auf der Vereinheitlichung der Prozesse, Schnittstellen und Produkte liegt. Auf Basis von Open Access können bei Telekommunikationsanbietern die Rüstkosten gesenkt und die Nachfrage sowie die Netzauslastung und die Rentabilität gesteigert werden. Allerdings wird bei Open Access die Ausgestaltung des Zugangsverhältnisses zwischen dem eigenen internen Vertrieb eines Netzbetreibers und externen dritten Zugangsnachfragern nicht geregelt. So müssen einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in einem relevanten Markt beispielsweise für den Zugang zur TAL oder zum Bitstrom kartellrechtliche Nichtdiskriminierungsbedingungen auferlegt werden, um wettbewerbsschädigende Wirkungen verhindern zu können. Erst die Ergänzung des Open-Access-Modells um alle Bestandteile des Eol-Ansatzes ermöglicht ein wettbewerbsfreundliches Zugangsregime.

2021 normierter Regulierungsansatz, der sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager von Glasfaseranschlüssen Planungssicherheit und die gleiche Qualität auf den Netzen für alle Kunden sicherstellen soll.⁹²

Transparenzpflichten sind für die Migration erforderlich

49. Nichtdiskriminierungsregelungen nach dem EoI-Maßstab für preisliche und nicht-preisliche Komponenten sollten mit Transparenzpflichten kombiniert werden, um Informationsasymmetrien zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, den Wettbewerbern und der Regulierungsbehörde aufzulösen. Nach § 25 TKG-2021 können dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht entsprechend umfassende Transparenzverpflichtungen auferlegt werden, die auch im Sinne des EoI strikt umgesetzt werden sollten. Dies betrifft Informationen zu Buchführung, Entgelten, technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen sowie Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen. Die Bundesnetzagentur kann dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorschreiben, welche Informationen in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind, soweit dies verhältnismäßig ist. Aus Sicht der Monopolkommission sollten diese Transparenzpflichten insbesondere bei der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen Anwendung finden.

Überarbeitung der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung durch die Bundesnetzagentur ist notwendig

50. Bei der Regulierung der Glasfasernetze kann von einer umfassenden Ex-ante-Entgeltregulierung nach dem KeL-Maßstab abgesehen werden, da nach wie vor ein Preisdruck durch strenger regulierte Kupferprodukte besteht und Missbrauchspotenziale durch EoI-Pflichten begrenzt werden. Unter diesen Voraussetzungen genügt es, wenn die Bundesnetzagentur die Entgelte nachträglich im Rahmen der Missbrauchsprüfung durch einen technologieunabhängigen Preis-Kosten-Scheren-(PKS)-Test überprüft. Eine Preis-Kosten-Schere erfasst missbräuchliches Verhalten von marktmächtigen Unternehmen und liegt dann vor, wenn durch die Relation von Vorleistungsentgelten und Endkundenpreisen des marktmächtigen Unternehmens die Gewinnmarge von Wettbewerbern nicht ausreichend ist, um auf der Endkundenebene ein konkurrenzfähiges Angebot machen zu können. Eine PKS-Prüfung soll verhindern, dass ein marktmächtiges vertikal integriertes Telekommunikationsunternehmen durch hohe Vorleistungspreise und niedrige Endkundenpreise die Marge der Wettbewerber beschneidet und diese dadurch aus dem Markt drängt.

51. Allerdings erweist sich der bisherige PKS-Prüfmechanismus der Bundesnetzagentur als anpassungsbedürftig, da die tatsächlichen Marktgegebenheiten, insbesondere durch die zunehmende Vielfalt bei Bündeltarifen und Rabatten, nicht korrekt erfasst werden.⁹³ Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesnetzagentur, ihre PKS-Tests dahingehend anzupassen, dass Aktionstarife (für kürzere Zeiträume) des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht sowie Bestandskundenlaufzeiten mit einer einheitlichen 24-Monatsbetrachtung einbezogen werden, um sachlich angemessene monatliche Durchschnittsentgelte bzw. -erlöse abbilden zu können.

1.3.4 Fazit: Wettbewerbskonforme Migration sicherstellen

52. Die bevorstehende Migration von Kupfer- auf Glasfasernetze in Vorleistungs- und Endkundenmärkten sollte wettbewerbskonform und möglichst schnell erfolgen. Um einer Ambivalenz bei den Anreizmechanismen zum Wechsel von Kupfer- auf Glasfasernetze Rechnung zu tragen und die Planungssicherheit für die Marktteilnehmer

⁹² Es ist darauf hinzuweisen, dass Open Access, EoI und EoO keine gesetzlich definierten Begriffe im TKG sind. Hinsichtlich der Reichweite der Gleichbehandlungsverpflichtungen kommt es daher darauf an, wie die Bundesnetzagentur sie im Einzelfall durch ihre Verfügungen konkretisiert. Eine Definition für EoI und EoO ist hingegen Nr. 6 lit. g und h der Empfehlung der EU-Kommission vom 11. September 2013 über einheitliche Nichtdiskriminierungsverpflichtungen und Kostenrechnungsmethoden, 2013/466/EU zu entnehmen. Diese Empfehlung, die von der Bundesnetzagentur bei der Ausgestaltung von Gleichbehandlungsverpflichtungen zu berücksichtigen ist, wird derzeit überarbeitet.

⁹³ Siehe dazu auch DICE Consult, Preis-Kosten-Scheren im Telekommunikationssektor: Eine Analyse notwendiger Anpassungen von Preis-Kosten-Scheren-Tests, Gutachten im Auftrag der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG vom 9. Oktober 2020, Düsseldorf.

zu erhöhen, spricht aus Sicht der Monopolkommission vieles dafür, die kupferbasierten Vorleistungsentgelte bis zum Abschluss des Migrationsprozesses real stabil zu halten.

53. Während das Commitment-Modell der Deutsche Telekom AG ihr selbst und den großen Vorleistungsnachfragern, die dieses abgeschlossen haben, Vorteile bringt, entzieht es hingegen den glasfaserausbauenden Wettbewerbern dauerhaft (große) Vorleistungsnachfrager und ist geeignet, den Migrationsprozess insgesamt zulasten kleinerer Anbieter wettbewerbsverzerrend zu verlangsamen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur das Commitment-Modell mit Blick auf einen wettbewerbskonformen Migrationsprozess dahingehend überprüfen, ob es zu Lock-In-Effekten bei den Bestandskunden und zu höheren Marktzutrittsschranken für Neueinsteiger führt. Alleine die Tatsache, dass eine Einigung im Markt mit den größten Vorleistungsnachfragern möglich war, bedeutet nicht, dass sich die Entgeltgestaltung etwa für kleinere Nachfrager nicht doch als missbräuchlich, z. B. im Sinne des § 37 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG-2021 darstellt.

54. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesnetzagentur, an der Erarbeitung gemeinsamer Marktstandards, z. B. für ein einheitliches Glasfaser-Vorleistungsprodukt, in den entsprechenden nationalen und europäischen Normungsgremien aktiv mitzuwirken. Ebenso sollte ein möglichst verbindlicher Migrationsplan mit Festlegung von Migrationsschritten und -zeitpunkten zusammen mit den Marktteilnehmern im Rahmen des Gigabit-Forums entwickelt werden. Dieser Plan sollte die gleichen Spielregeln und Fristen sowohl für die Deutsche Telekom AG als auch für die Wettbewerber enthalten, positive Anreize für den Ausbau und die Auslastung von Glasfasernetzen setzen und zugleich negative Effekte auf den Wettbewerb vermeiden.

55. Im Glasfaserumfeld sind die eingeführten Nichtdiskriminierungsregelungen nach dem EoI-Maßstab für preisliche und nicht-preisliche Komponenten gemäß § 24 Abs. 2 TKG-2021 ausdrücklich zu begrüßen und aus Sicht der Monopolkommission mit den Transparenzpflichten des § 25 TKG-2021 zu kombinieren, um Informationsasymmetrien zwischen dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, den Wettbewerbern und der Regulierungsbehörde aufzulösen. Insbesondere bei der Migration von herkömmlichen Infrastrukturen sollten diese Transparenzpflichten Anwendung finden.

56. Bei der Regulierung der Glasfasernetze kann von einer umfassenden Ex-ante-Entgeltregulierung nach dem KeL-Maßstab abgesehen werden, da nach wie vor ein Preisdruck durch strenger regulierte Kupferprodukte besteht und Missbrauchspotenziale durch EoI-Pflichten begrenzt werden. Unter diesen Voraussetzungen genügt es, wenn die Bundesnetzagentur die Entgelte nachträglich im Rahmen der Missbrauchsprüfung durch einen technologieutralen Preis-Kosten-Scheren-(PKS)-Test überprüft. Um wirksamen Wettbewerb im Migrationsprozess sicherstellen zu können, empfiehlt die Monopolkommission eine Überarbeitung des PKS-Tests der Bundesnetzagentur dahingehend, dass Aktionstarife (für kürzere Zeiträume) des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht sowie Bestandskundenlaufzeiten mit einer einheitlichen 24-Monatsbetrachtung einbezogen werden, um sachlich angemessene monatliche Durchschnittsentgelte bzw. -erlöse abbilden zu können.

1.4 Ko-Investitionen im Glasfaserausbau durch wettbewerbssichernde Auflagen flankieren

57. Der Glasfaserausbau in Deutschland macht Fortschritte. Bis Ende 2021 werden ca. 7,5 Mio. FTTH/B-Anschlüsse errichtet, das entspricht einer Verdopplung seit 2018.⁹⁴ Doch im europäischen Vergleich liegt Deutschland bei der FTTH/B-Verfügbarkeit nach wie vor auf einem der hinteren Plätze. Der Anteil der Haushalte, die mit FTTH/B versorgt werden können, betrug in Deutschland Ende 2020 etwa 14 Prozent. In Europa erreichen Lettland, Spanien, Portugal und Schweden Werte über 80 Prozent.

58. Somit suchen Politik und Unternehmen nach Lösungen, den Glasfaserausbau zu beschleunigen. Auf der einen Seite stehen öffentliche Investitionen und Förderprogramme. Die Monopolkommission hat hier bereits in der Vergangenheit auf mögliche Verdrängungseffekte privatwirtschaftlicher Investitionen durch staatliche Investitionen

⁹⁴ Siehe Abbildung 1.5, S. 12.

hingewiesen.⁹⁵ Vorzugswürdig sind auf der anderen Seite privatwirtschaftliche Lösungen in Gebieten, in denen prinzipiell ein eigenwirtschaftlicher Glasfaserausbau möglich ist. Dieser eigenwirtschaftliche Ausbau sieht sich jedoch einigen Hemmnissen entgegen, auf die in diesem Gutachten näher eingegangen wird.⁹⁶ Hierzu zählen vor allem hohe Tiefbaukosten sowie ein Investitions- und Nachfragerisiko. Daher wird nach Lösungen gesucht, die Hemmnisse eines eigenwirtschaftlichen Ausbaus zu mindern.

59. Als ein solches Instrument sieht der EKEK sog. Ko-Investitionsvereinbarungen über den Glasfaserausbau vor. Hierzu stellt er in Art. 76 EKEK⁹⁷ unter bestimmten Bedingungen Regulierungserleichterungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Aussicht, die Ko-Investitionsvereinbarungen über den Ausbau von „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ treffen.⁹⁸ Ko-Investitionen können in unterschiedlicher Form erfolgen:⁹⁹ Als Kooperation eines gemeinsamen Ausbaus der Netzanlagen, als Gemeinschaftsunternehmen oder als langfristige Risikoteilung durch Kofinanzierung mehrerer Unternehmen, wobei ein Unternehmen den Ausbau federführend durchführt.¹⁰⁰ Wesentlich ist der „strukturelle Charakter“ der Vereinbarungen, der „ein bestimmtes Maß an Mitbestimmung“ der Ko-Investoren mit sich bringt. Reine Zugangsvereinbarungen sind somit nicht als Ko-Investitionsvereinbarungen zu verstehen.¹⁰¹

60. Die Monopolkommission hat sich bereits früher grundsätzlich für Ko-Investitionen ausgesprochen, Regulierungserleichterungen jedoch abgelehnt.¹⁰² Die Bundesnetzagentur sieht im Konsultationsentwurf für eine neue Regulierungsverfügung des Marktes Nr. 3a derzeit keine speziellen Regelungen für Ko-Investitionen im Glasfaserausbau vor, sondern schlägt für das Glasfasernetz generell eine „Regulierung light“ vor. Auf eine Ex-ante-Regulierung des Glasfasernetzes soll derzeit weitgehend verzichtet werden.¹⁰³

61. Eine höhere Hürde kann hingegen das Kartellrecht darstellen. Die Deutsche Telekom AG und die EWE AG haben 2019 ein Gemeinschaftsunternehmen („Glasfaser Nordwest“) gegründet, das bis zu 1,5 Mio. Haushalte und Unternehmensstandorte in Teilen Niedersachsens, Nordrhein-Westfalens und Bremens mit Glasfaser versorgen soll. Das Bundeskartellamt hat im Rahmen der Fusionskontrolle festgestellt, dass die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zu einer erheblichen Behinderung des Wettbewerbs auf mehreren Märkten führen würde. Es sah jedoch die Verpflichtungszusagen, welche die Beteiligten in einem parallel geführten Kartellverwaltungsverfahren abgegeben haben, als geeignet an, die wettbewerbsschädlichen Wirkungen des Zusammenschlusses auf ein wettbewerbsrechtlich unbedenkliches Maß zu reduzieren.¹⁰⁴ Dem ist das OLG Düsseldorf nicht gefolgt. Es hat

⁹⁵ Monopolkommission, Wettbewerbsfördernde Umsetzung des Unionsrechts im TKG sicherstellen!, Policy Brief, Ausgabe 7, 2021.

⁹⁶ Siehe Tz. 68 ff.

⁹⁷ Siehe zu dieser Regelung etwa Toros, Handlungsoptionen auf dem Weg in die Gigabit-Gesellschaft, Baden-Baden 2019, S. 267 ff.

⁹⁸ Bei Festnetzanschlüssen entspricht das einer Verlegung von Glasfaser bis zum Gebäude (FTTB, FTTH), siehe Art. 2 Nr. 2 EKEK.

⁹⁹ Siehe zu Kooperationen beim Glasfaserausbau Toros, 2019, a. a. O., S. 203 ff.

¹⁰⁰ Die Begriffe Ko-Investition und Kooperation werden in der Literatur häufig synonym verwendet. Bei der Verwendung der Begriffe orientiert sich dieses Gutachten am EKEK. Dort umfasst der Begriff der Ko-Investition als Oberbegriff unterschiedliche Formen der Kooperation und Kofinanzierung der Netzanlagen; siehe Erwägungsgrund 198 EKEK. Der Begriff der Kooperation bezeichnet an dieser Stelle somit eine spezielle Form einer Ko-Investition in Form eines gemeinschaftlichen Ausbaus der Netzanlagen.

¹⁰¹ Siehe Erwägungsgrund 198 EKEK.

¹⁰² Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), a.a.O., Tz. 144, 145.

¹⁰³ BNetzA, Konsultationsentwurf für einen Beschluss wegen Beibehaltung, Änderung, Auferlegung und Widerruf von Verpflichtungen auf dem Markt für den auf der Vorleistungsebene an festen Standorten lokal bereitgestellten Zugang zu Teilnehmeranschlüssen (Markt Nr. 3a der Märkteempfehlung 2014) vom 11. Oktober 2021, BK3i-19/020, abrufbar unter: https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2019/BK3-19-0020/BK3-19-0020_Konsultation.html, Abruf am 12. Oktober 2021.

¹⁰⁴ BKartA, Beschluss vom 30. Dezember 2019, B7-21/18 – Deutsche Telekom/EWE. Die Monopolkommission hat die Freigabeentscheidung bereits im Hauptgutachten 2020 gewürdigt; siehe Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), Wettbewerb, Baden-Baden 2020, Abschnitt 1.4.

den Beschluss des Bundeskartellamts im September 2021 aufgehoben.¹⁰⁵ Daher bleibt zu klären, in welchem Rahmen Ko-Investitionen kartellrechtlich, vor allem unter Beteiligung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, möglich sind. Die Monopolkommission macht im Folgenden einige Vorschläge.

62. Im Wesentlichen können drei Ko-Investitionsmodelle unterschieden werden.¹⁰⁶ In einem Gemeinschaftsunternehmen bilden die Kooperationspartner eine eigenständige, unabhängige Gesellschaft, die den Glasfaserausbau koordiniert. Das Netz kann sich dabei vollständig im Besitz des Gemeinschaftsunternehmens oder anteilig in den Händen der Kooperationspartner befinden. Einen solchen Fall bildet das Gemeinschaftsunternehmen „Glasfaser Nordwest“. Dieses betreibt als eigenständige Gesellschaft das Netz und vermarktet den Zugang zum Netz an die beteiligten Kooperationspartner und an Dritte. Insofern stellt das Gemeinschaftsunternehmen zugleich ein sog. Wholesale-Only-Geschäftsmodell dar. Bei diesem Modell bietet der Netzbetreiber selbst keine Dienstleistungen auf dem Endkundenmarkt an und beschränkt sich darauf, anderen Unternehmen Zugang zur Infrastruktur auf dem Vorleistungsmarkt zu verkaufen. Damit agiert er als reiner Vorleistungsanbieter.

63. Ein zweites Modell ist dasjenige gegenseitiger Zugangsvereinbarungen. Dabei baut jeder Kooperationspartner sein eigenes Netz aus und gewährt den anderen Partnern auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen Zugang zum Netz. Die Ausbauentscheidung – z. B. der Abdeckung bestimmter Regionen – kann dabei unabhängig oder koordiniert erfolgen. Solche Vereinbarungen finden sich beispielsweise in Spanien, Portugal oder der Schweiz.¹⁰⁷

64. Das dritte Modell der einseitigen Zugangsvereinbarungen entspricht am ehesten den gängigen Zugangsvereinbarungen, in denen ein Unternehmen das Netz ausbaut und anderen Unternehmen gegen ein (z. T. reguliertes) Entgelt Zugang zum Netz gewährt. Der Unterschied zu gängigen Zugangsvereinbarungen besteht darin, dass dieses Modell einen deutlich langfristigeren und strukturelleren Charakter hat und sich über die gesamte Lebensdauer des Netzes erstrecken kann. Ein solches Modell wird in Frankreich angewendet. Dort müssen ausbauwillige Unternehmen in bestimmten Regionen per Regulierung Ko-Investoren für die gesamte Lebensdauer des Netzes Zugang gewähren.¹⁰⁸

65. Neben den Eigentumsrechten am Netz sind andere Unterscheidungsmerkmale von Ko-Investitionsmodellen die beteiligten Partner (Telekommunikationsunternehmen, andere Infrastrukturunternehmen, reine Finanzinvestoren oder Körperschaften des öffentlichen Rechts)¹⁰⁹, die zu realisierende Infrastruktur (FTTH, FTTB,¹¹⁰ aktive oder passive Infrastruktur) oder die geografische Abdeckung. Aus wettbewerbsrechtlicher und regulatorischer Sicht sind zudem Ko-Investitionen mit und ohne Beteiligung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu unterscheiden.

1.4.1 Balance zwischen Glasfasernetzausbaubeschleunigung und Wettbewerbsschutz wahren

66. Der EKEK formuliert eine schnellere und breite Abdeckung der Glasfasernetze als Ziel an sich,¹¹¹ sieht jedoch den Infrastrukturwettbewerb als das am besten geeignete Mittel an, dieses Ziel zu erreichen.¹¹² Daher bleibt

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2021, VI-Kart 5/20 (V), juris. Hierauf wird in Abschnitt 1.4.4 näher eingegangen.

¹⁰⁶ Berkeley Research Group, Co-investment and commercial offer, 2017.

¹⁰⁷ Bourreau/Hoernig/Maxwell, 2020, Implementing Co-Investment and Network Sharing, CERRE Report, S. 46 ff.

¹⁰⁸ Bourreau et al., 2020, a. a. O., S. 52 ff.

¹⁰⁹ So haben bspw. das Telekommunikationsunternehmen Telefónica und der Versicherungskonzern Allianz ein Gemeinschaftsunternehmen („Unsere Grüne Glasfaser“) gebildet, das mehr als zwei Millionen Haushalte im ländlichen Raum mit Glasfaser versorgen soll; siehe <https://www.unseregrueneglasfaser.de/>, Abruf am 8. Oktober 2021.

¹¹⁰ Die Regelungen des EKEK umfassen „Netze mit sehr hoher Kapazität“ im Sinne des Art. 2 Nr. 2 EKEK. Hierzu zählen Glasfasernetze, die bis zum Gebäude reichen. Diese Definition umfasst somit FTTB und FTTH, jedoch nicht FTTC, siehe Erwägungsgrund 13 EKEK.

¹¹¹ Art. 1 Abs. 2 lit. a EKEK.

¹¹² Erwägungsgrund 27 EKEK.

grundsätzlich zu untersuchen, welchen Einfluss Ko-Investitionen im Glasfaserausbau auf beide Zieldimensionen, Beschleunigung des Netzausbaus und Erhalt eines wirksamen Infrastrukturwettbewerbs, hat. Die Monopolkommission hat sich bereits in früheren Gutachten mit dieser Frage beschäftigt und auf folgende Vor- und Nachteile von Ko-Investitionen hingewiesen, die in diesem Gutachten weiter vertieft und eingeordnet werden.¹¹³

67. Ein wesentlicher Vorteil von Ko-Investitionsvereinbarungen aus Sicht von Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden besteht darin, dass ein Dienstewettbewerb auf der Endkundenebene entstehen kann, der ohne Ko-Investitionen nicht möglich wäre. Das kann vor allem in ländlichen Gebieten mit geringer Siedlungsdichte der Fall sein, in denen ein Infrastrukturwettbewerb meist nicht rentabel ist. In diesem Fall können die Endkundinnen und Endkunden von der Ko-Investitionen in Form eines vergrößerten Angebots und geringeren Endkundenpreisen profitieren.¹¹⁴

68. Diesem Vorteil stehen einige Investitionshemmnisse entgegen, die potenziell durch Ko-Investitionen abgebaut werden könnten. Zu den potenziellen Vorzügen von Ko-Investitionen zählt, dass die Netze besser ausgelastet und Kosten und Risiken des Netzausbaus zwischen den beteiligten Partnern geteilt werden können. Auf der Kostenseite sind vor allem die Fixkosten des Ausbaus der Glasfasernetze relevant, hier besonders die Tiefbau- und Finanzierungskosten.¹¹⁵

69. Doch wenngleich Kosten geteilt werden können, ist dennoch fraglich, ob Ko-Investitionen hier einen zusätzlichen Beschleunigungseffekt haben. Die Tiefbaukapazitäten am Markt bleiben auf absehbare Zeit knapp,¹¹⁶ sodass allein deshalb keine Beschleunigung des Glasfaserausbaus zu erwarten ist. Auch durch das derzeit niedrige Zinsniveau, diverse öffentliche Förderprogramme und private Investitionsmittel¹¹⁷ dürften die Finanzierungskosten derzeit als eher günstig anzusehen sein, sodass auch hier bedingt durch Ko-Investitionen keine Beschleunigungseffekte zu erwarten sind.

70. Weitere potenzielle Vorzüge von Ko-Investitionen ergeben sich dadurch, dass das Investitionsrisiko zwischen den Partnern geteilt wird. Ein spezielles mit dem Glasfaserausbau verbundenes Risiko besteht über die künftige Nachfrage. Die Investitionen in die Netze stellen erhebliche versunkene Kosten dar, die sich nicht anderweitig amortisieren lassen. Besteht Unsicherheit über die künftige Nachfrage nach glasfaserbasierten Diensten, kann das den Glasfasernetzausbau erheblich hemmen.

71. Jedoch kann ein Stück der Unsicherheit auch ohne Ko-Investitionen über Vorvermarktungen reduziert werden.¹¹⁸ Hierbei wird der Ausbau erst durchgeführt, wenn eine kritische Masse an Nachfragern im Vorfeld einen Vertrag abschließen. Nicht zuletzt dürfte auch der durch die Covid-19-Pandemie ausgelöste Digitalisierungsschub dazu beitragen, die Unsicherheit über die künftige Nachfrage nach glasfaserbasierten Internetzugangsdiensten zu

¹¹³ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 120 ff.

¹¹⁴ Aimene et al. (2019) weisen diesen wettbewerbsfördernden Effekt empirisch für Frankreich nach und zeigen, dass der Wettbewerb in Regionen intensiver ist, in denen Ko-Investitionen stattgefunden haben; Aimene/Lebourges/Liang, Estimating the impact of coinvestment on fibre to the home coverage, adoption, and competition, 30th European Conference of the International Telecommunications Society. Jedoch können die Autoren keinen signifikanten Effekt auf den Glasfaserausbau per se finden. Zu beachten ist, dass in Frankreich, in vorab definierten, vor allem ländlichen Regionen, Ko-Investitionen grundsätzlich über die gesamte Lebensdauer für alle Interessenten geöffnet werden müssen. Daher sind die Effekte auf andere Länder nur unsicher übertragbar.

¹¹⁵ Darüber hinaus können durch Ko-Investitionen auch Teile der variablen Kosten (z. B. Unterhaltungskosten der aktiven Infrastruktur) geteilt und Synergien (z. B. technisches Know-how) gehoben werden. Diese sollten allerdings weniger Einfluss auf die Ausbauentscheidung der Unternehmen haben, können sich jedoch – je nach Wettbewerbsintensität auf dem Endkundenmarkt – in geringeren Endkundenpreisen widerspiegeln.

¹¹⁶ Monopolkommission, Wettbewerbsfördernde Umsetzung des Unionsrechts im TKG sicherstellen!, Policy Brief, Ausgabe 7, 2021.

¹¹⁷ Siehe https://www.vatm.de/wp-content/uploads/2021/09/2021-09-01_Gemeinsames_Positionspapier_ANGA_Bitkom_BUGLAS_VATM_BT-Wahl.pdf, Abruf am 22. September 2021; Shortall et al., Cooperation between firms to deploy very high capacity networks, CERRE, 2020, S. 32 ff.

¹¹⁸ Die „Deutsche Glasfaser“ beginnt mit dem Ausbau ihres Glasfasernetzes erst, wenn 40 Prozent der geplanten Anschlüsse vorvermarktet sind; siehe <https://www.deutsche-glasfaser.de/glasfaser/bau/>, Abruf am 11. Oktober 2021.

reduzieren, wenn sich etwa mobiles Arbeiten in Unternehmen oder digitale Lehre an Hochschulen weiter durchsetzen.¹¹⁹

72. Der wesentliche Nachteil von Ko-Investitionen besteht darin, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen grundsätzlich dazu geeignet sind, den Wettbewerb zwischen ihnen zulasten der Verbraucherinnen und Verbraucher zu beschränken, sodass solche Ko-Investitionen vom Kartellverbot (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) erfasst werden können, wenn sie einen spürbaren Einfluss auf dem Markt haben. Die Spürbarkeit möglicher Wettbewerbsbeschränkungen dürfte jedenfalls dann gegeben sein, wenn eine Ko-Investition unter Beteiligung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht eingegangen wird.¹²⁰

73. Ko-Investitionen können sowohl den Infrastruktur- als auch den Endkundenwettbewerb beeinträchtigen. Durch die Koordinierung des gemeinsamen Netzausbaus entfällt der Ausbauwettbewerb zwischen den Ko-Investitionspartnern.¹²¹ Auch ohne gemeinsamen Netzausbau können Ko-Investitionen den Netzausbau hemmen. Haben die Partner per Ko-Investitionsvereinbarung Zugang zum jeweils anderen Netz, stehen jedoch auf dem Endkundenmarkt im Wettbewerb, so führt eine Investition in das eigene Netz (bspw. in die Qualität oder die Abdeckung) dazu, dass auch der Partner als Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt von dieser Investition profitiert. Das investierende Unternehmen kann die Erträge der Investition somit nicht vollständig internalisieren. Diese Externalität der eigenen Investitionsentscheidung auf die Erträge des Wettbewerbers kann somit dazu führen, dass insgesamt weniger investiert wird als ohne Ko-Investitionsvereinbarung.¹²²

74. Bei Beteiligung der Deutsche Telekom AG kann ein weiterer investitionshemmender Effekt hinzukommen.¹²³ Diese betreibt ein flächendeckendes kupferbasiertes Netz, das einem Glasfasernetz vor allem in puncto Übertragungsgeschwindigkeit deutlich unterlegen ist. Allerdings werden mit dem Leistungsangebot auf dem buchhalterisch abgeschriebenen Kupfernetz¹²⁴ derzeit noch hohe Gewinne erzielt, sodass relativ wenig Anreize für die Deutsche Telekom AG bestehen, dieses durch Glasfasernetze zu überbauen, sofern die Nachfrage nach glasfaserbasierten Internetzugangsdiensten nicht signifikant steigt. Der Druck hierzu nimmt erst zu, wenn Wettbewerber (ohne Kupfernetz) einen Ausbau ankündigen und die Deutsche Telekom AG ihre Stellung auf dem Endkundenmarkt bedroht sieht. Dieser Druck kann jedoch durch eine Ko-Investition vermindert werden, wenn der potenzielle Ausbauwettbewerber eine Vereinbarung mit einem Kupfernetzbetreiber eingeht, sodass die Partner auch aus diesem Grund weniger in den Glasfaserausbau investieren, als ohne Ko-Investition.

75. Zum anderen hat die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit betont, dass auch der Infrastrukturwettbewerb als Ganzes geschwächt werden kann, wenn andere Ausbauprojekte durch das Ko-Investitionsvorhaben abgeschreckt werden.¹²⁵ Das gilt vor allem in Gebieten, in denen ein Infrastrukturwettbewerb prinzipiell möglich wäre.

76. Auf der Ebene des Endkundenwettbewerbs kann sowohl der Binnenwettbewerb zwischen den Ko-Investitionspartnern als auch der Außenwettbewerb gegenüber Dritten geschwächt werden. Durch einen koordi-

¹¹⁹ Nach einer Erhebung von BREKO fragen 49 Prozent der Bestandskunden und 43 Prozent der Neukunden während der Covid-19-Pandemie mehr Bandbreite an; siehe BREKO Marktanalyse20. Bis 2024 wird ein Anstieg der home-passed Glasfaseranschlüsse um 17,7 Mio. Anschlüsse im Vergleich zu 2020 erwartet; siehe BREKO Marktanalyse21. Die Annahmen der Prognose werden jedoch nicht ersichtlich, sodass die Belastbarkeit der Prognose kaum beurteilt werden kann. Implizit geht auch das OLG Düsseldorf von einem steigenden Bedarf nach Glasfaseranschlüssen bedingt durch die Covid-19-Pandemie aus; s. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2021, VI-Kart 5/20 (V), a. a. O., Tz. 118. Lediglich für die Entscheidung hätte dieses keinen Einfluss, da die Umstände im Jahr der Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts (2019) zu beurteilen seien.

¹²⁰ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 126.

¹²¹ Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 460.

¹²² Siehe hierzu auch BEREC (2019), a. a. O.

¹²³ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), a. a. O., Tz. 138.

¹²⁴ BNetzA, BK3-19/001 vom 26. Juni 2019.

¹²⁵ Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 462.

nierten Netzausbau ergeben sich unter Umständen weniger Möglichkeiten zur Produktdifferenzierung, vor allem wenn die Partner dieselbe aktive Infrastruktur verwenden, sodass der Binnenwettbewerb zwischen diesen geschwächt wird. Daneben könnten sie die Vorleistungspreise aufeinander abstimmen und somit den Binnenwettbewerb zusätzlich abschwächen.¹²⁶ Zuletzt könnten die Partner der Ko-Investitionen auf dem Vorleistungsmarkt insgesamt weniger Anreize haben, intensiv auf dem Endkundenmarkt und auch in anderen Märkten oder Regionen zu konkurrieren, die nicht von der Ko-Investitionen erfasst sind. Insbesondere dürften sie durch die Ko-Investition weniger Anreize besitzen, intensiv um Bestandskunden zu konkurrieren.

77. Der Außenwettbewerb kann dadurch geschwächt werden, dass Glasfasernetze in aller Regel nicht durch Wettbewerber wirtschaftlich überbaut werden können.¹²⁷ Dann besteht die Gefahr, dass dritte Zugangspetenten deutlich höhere Zugangsentgelte zahlen müssen, als die an der Ko-Investitionen beteiligten Unternehmen implizit in Form interner Verrechnungspreise kalkulieren. Dritte Wettbewerber hätten dann einen direkten Kostennachteil und wären weniger konkurrenzfähig auf dem Endkundenmarkt.¹²⁸ Zudem kann die Marktstruktur durch eine Ko-Investitionsvereinbarung insgesamt so verändert werden, dass ein kollusives Verhalten aller Unternehmen im Markt wahrscheinlicher wird. Das kann durch eine Ko-Investitionsvereinbarung der Fall sein, wenn der Infrastrukturwettbewerb hierdurch abnimmt. Voraussetzung ist jedoch, dass ohne Ko-Investitionsvereinbarung überhaupt ein Infrastrukturwettbewerb möglich ist, was vor allem in städtischen Gebieten der Fall sein dürfte. Ein Argument ist, dass eine Koordination zwischen den Unternehmen im Markt umso leichter ist, je weniger Unternehmen sich koordinieren müssen. Durch die Ausbaukooperation kann der Wettbewerbsdruck dann auch auf dem Endkundenmarkt abnehmen und somit Wettbewerbsvorstöße einzelner Unternehmen weniger wahrscheinlich machen.¹²⁹ Ein weiteres Argument ist, dass durch die Ko-Investitionen eine symmetrische Kostenstruktur der Partner entstehen kann, wenn sie dieselbe Infrastruktur nutzen. Auch diese Symmetrie der Kosten kann dazu führen, dass die Unternehmen sich leichter auf ein gemeinsames Preisniveau koordinieren können.¹³⁰

78. Es ist also zu konstatieren, dass Ko-Investitionsvorhaben zwar potenziell Kosten und Risiken des Netzausbaus mindern und somit Investitionshemmnisse abbauen können. In der Praxis hingegen dürften diese Effekte vor allem aufgrund der knappen Tiefbauressourcen und günstigen Finanzierungsbedingungen derzeit gering sein. Aus Sicht der Monopolkommission sind Ko-Investitionsvorhaben unter Beteiligung des marktmächtigen Unternehmens in Gebieten, in denen ein Infrastrukturwettbewerb möglich ist, besonders kritisch zu sehen. Hier dürften die wettbewerbsbeschränkenden Effekte überwiegen. Ko-Investitionen ohne Beteiligung des marktmächtigen Unternehmens hingegen dürften einen weniger spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb haben, sodass eine Freistellung eher erwägenswert ist.

1.4.2 Ko-Investitionen dürfen Infrastrukturwettbewerb nicht verdrängen

79. Auch wenn die jeweiligen regionalen Märkte unterschiedliche Spezifika aufweisen (z. B. Besiedlungsdichte, alternative Infrastrukturen oder derzeit verfügbare Bandbreiten), so zeigt sich, dass der Infrastrukturwettbewerb einer der wesentlichen Treiber für den Glasfaserausbau ist.¹³¹ Zugleich ist Infrastrukturwettbewerb eine wichtige

¹²⁶ Laffont et al., 1998, für den Mobilfunkmarkt. Deren Argumente dürften sich analog auf den Festnetzmarkt übertragen lassen, sofern ein gegenseitiger Zugang zum anderen Netz notwendig ist; vgl. Laffont/Rey/ Tirole, Network competition: I. Overview and nondiscriminatory pricing, Rand Journal of Economics 29, 1998, S. 1–37.

¹²⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2021, VI-Kart 5/20 (V), a. a. O., Tz. 94.

¹²⁸ Das kann jedoch auch ohne Diskriminierung der Wettbewerber der Fall sein. Sollten durch die Ko-Investitionen Effizienzen für die Partner gehoben werden, die sich in geringeren variablen Kosten widerspiegeln, hätten Dritte auch hier einen Kosten- und somit Wettbewerbsnachteil. Allerdings ist hier kein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten der Unternehmen ursächlich.

¹²⁹ Vertiefend hierzu siehe Klein/ Stühmeier, 2021, Ökonomische Grundlagen, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Band 2, Otto Schmidt, S. 1–56, Rz. 87 ff.

¹³⁰ Klein/Stühmeier, 2021, a. a. O., Rz. 92.

¹³¹ Shortall/Bourreau/Maxwell, Cooperation between firms to deploy very high capacity networks, CERRE Report, 2020, S. 22.

Voraussetzung für einen effektiven Dienstewettbewerb auf der Endkundenebene.¹³² Das leitgebende Motiv der Ausgestaltung der Ko-Investitionsmodelle sollte also sein, soviel Infrastrukturwettbewerb zu bewahren bzw. zu fördern wie möglich.

80. Die Einschätzung der wettbewerblichen Effekte von Ko-Investitionsvereinbarungen unter Beteiligung marktmächtiger Unternehmen hängt – wie bereits angeführt – davon ab, wie wahrscheinlich sich ein Infrastrukturwettbewerb ohne die Vereinbarung eingestellt hätte. In Gebieten, in denen sich aufgrund der ökonomischen Gegebenheiten kein oder nur ein sehr begrenzter Infrastrukturwettbewerb einstellen wird, können Ko-Investitionsvorhaben die Wettbewerbsdynamik potenziell verbessern,¹³³ und eine Freistellung der Vereinbarungen – gegebenenfalls unter Auflagen – ist potenziell sinnvoll. In anderen Bereichen, in denen sich wahrscheinlich ein Infrastrukturwettbewerb einstellen wird, überwiegen die wettbewerblichen Bedenken. Nach Ansicht der Monopolkommission sollten Ko-Investitionsvereinbarungen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen, die solche Gebiete betreffen, untersagt werden.¹³⁴

81. Zum Zwecke einer Freistellung sollten die Ko-Investitionspartner also darlegen, in welchen Gebieten ein Ausbau nur gemeinschaftlich durchgeführt werden kann. Die Abgrenzung der Gebiete nach der Wahrscheinlichkeit eines Infrastrukturwettbewerbs ist naturgemäß mit Unsicherheiten behaftet. Zur Einschätzung, ob sich ein Infrastrukturwettbewerb wahrscheinlich wirtschaftlich darstellen lässt, können die eingangs angeführten Kosten- und Nachfragerisiken¹³⁵ des Glasfaserausbaus herangezogen werden. Wesentlich sind hier vor allem die Tiefbaukosten und die zukünftige Nachfrage und Zahlungsbereitschaft.¹³⁶ Insbesondere im ländlichen Raum scheint ein Infrastrukturwettbewerb eher unwahrscheinlich¹³⁷, da sich die fixen Tiefbaukosten aufgrund der geringen Besiedlungsdichte selten über eine hinreichend hohe Nachfrage amortisieren lassen. Daneben sollten zur weiteren Einschätzung auch wettbewerbliche Rahmenbedingungen, vor allem alternative Infrastrukturen, genauer betrachtet werden.¹³⁸ Auch die derzeit verfügbaren Bandbreiten in unterschiedlichen Regionen könnten ein Indiz für die Wirtschaftlichkeit des Glasfasernetzausbaus sein. Insgesamt erscheinen jedoch mehr Erkenntnisse über die Wirtschaftlichkeit des eigenwirtschaftlichen Glasfasernetzausbaus notwendig.

1.4.3 Wettbewerbskonforme Zugangskonditionen gewährleisten

82. Bedingt durch die Komplexität der einzelnen Ko-Investitionsvereinbarungen und die unterschiedlichen Marktgegebenheiten lassen sich kaum allgemeingültige Aussagen treffen, ob bestimmte Ko-Investitionsmodelle per se aus wettbewerblicher Sicht vorzugswürdig sind. Die Wirkungen auf Wettbewerb, Ausbauziele und der Gesamtwohlfahrt hängen von der konkreten Ausgestaltung des Ko-Investitionsvorhabens im Detail ab.¹³⁹ Auch wenn es derzeit noch wenig theoretische Hypothesen¹⁴⁰ und empirische Evidenz¹⁴¹ gibt, so scheint der Effekt auf Ausbauziele und Wohlfahrt in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur auch weniger vom Kooperationsmodell als sol-

¹³² Bourreau/Dogan, Service based vs. Facility-based competition in local access networks, *Information Economics and Policy*, 16, 2004, S. 287-306.

¹³³ Siehe auch Erwägungsgrund 170 EKEK.

¹³⁴ Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 462.

¹³⁵ Siehe Tz. 68 ff.

¹³⁶ WIK-Consult, 2017, Ansätze zur Glasfaser-Erschließung unterversorgter Gebiete, Bad Honnef, S. 8.

¹³⁷ WIK-Consult, 2017, a. a. O., S. 14.

¹³⁸ Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 462.

¹³⁹ Cambini/Silvestri, 2013, a. a. O., S. 36.

¹⁴⁰ Shortall et al. (2020), a. a. O.

¹⁴¹ Aimene et al. (2019), a. a. O., zeigen empirisch, dass das Ko-Investitionsmodell in Frankreich zu geringeren Endkundenpreisen und zu mehr Adaption von glasfaserbasierten Diensten führt, jedoch keinen signifikanten Einfluss auf den Ausbau hat.

ches abzuhängen, als vielmehr davon, ob Wettbewerber vor allem durch hohe Zugangspreise diskriminiert werden können.

83. Insofern hat sich die Monopolkommission bereits in der Vergangenheit hinsichtlich der zukünftigen Regulierung von FTTB/H-Netzen des marktmächtigen Unternehmens für eine Gleichbehandlungsverpflichtung (Equivalence of Input, Eol) ausgesprochen, da der Ansatz geeignet ist, die gleichen Zugangsbedingungen für interne und externe Zugangspetenten zu gewährleisten.¹⁴² Sie begrüßt daher den Ansatz der Bundesnetzagentur, den diskriminierungsfreien Zugang zu den Glasfasernetzen der Deutsche Telekom AG durch eine Eol-Prinzip abzusichern.¹⁴³

84. Bei der Bewertung von Ko-Investitionsvereinbarungen ist jedoch zusätzlich zu beachten, dass ein solches Diskriminierungsverbot nicht zwingend hinreichend sein muss, um wettbewerbliche Bedenken auszuräumen. Aufgrund des verminderten Wettbewerbsdrucks, bedingt durch die Ko-Investition könnten die Ko-Investitionspartner insgesamt höhere Vorleistungsentgelte am Markt durchsetzen, als sie sich ohne Ko-Investition ergeben würden. Wenngleich Wettbewerber nicht diskriminiert werden, würden Endkundinnen und Endkunden dennoch durch höhere Endkundenpreise geschädigt. Endkundenentgelte unterliegen derzeit grundsätzlich auch keiner Entgeltregulierung. Für die wettbewerbliche Bewertung der Zugangskonditionen ist neben dem Vergleich der Vorleistungsentgelte zwischen internen und externen Beteiligten somit relevant, welche Vorleistungspreise sich unter einem wirksamen Wettbewerb eingestellt hätten.¹⁴⁴

85. Dieses Entgeltniveau ist jedoch in der frühen Marktphase nur unsicher zu prognostizieren. Der EKEK erkennt insofern an, dass es angesichts der Unsicherheiten über die Entwicklung der Endkundennachfrage, für die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen wichtig sei, den Betreibern, die in den Aufbau oder die Modernisierung von Netzen investieren, ein gewisses Maß an Flexibilität bei der Preisgestaltung zu gewähren.¹⁴⁵ Die Bundesnetzagentur beabsichtigt daher, die Entgelte, die Wettbewerber der Deutsche Telekom AG für die Nutzung der Glasfasernetze zahlen, nicht zu regulieren, sondern nur bei Auffälligkeiten zu überprüfen. Die Monopolkommission befürwortet diese Regelungen und sieht hierin eine gute Balance zwischen den Ausbauanreizen des marktmächtigen Unternehmens und der Sicherung eines wirksamen Wettbewerbs. Die Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden sollten sich jedoch bei Ko-Investitionen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen eine Preisaufsicht auf die Vorleistungsentgelte vorbehalten und eine Überprüfung der Entgelte auf Basis der Kostenrechnung der Unternehmen vornehmen können.¹⁴⁶ Sollten die Erfahrungen hiermit zeigen, dass sich dauerhaft keine wettbewerbskonformen Vorleistungspreise einstellen, kann eine zukünftige Ex-ante-Regulierung der Vorleistungspreise im Glasfasermarkt erwogen werden. Auch dieses Drohpotenzial einer zukünftigen Regulierung kann einen Druck auf die Vorleistungspreise erzeugen. Bei Kooperationen ohne Beteiligung der Deutsche Telekom AG ist zu überprüfen, ob sie überhaupt einen spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb haben. Sollte dies der Fall sein, kann eine Missbrauchsaufsicht seitens der Bundesnetzagentur dafür sorgen, dass zumindest annähernd wettbewerbskonforme Vorleistungsentgelte erhoben werden.

86. Da Ko-Investitionsvereinbarungen jedoch den Infrastrukturwettbewerb insgesamt schwächen können, kann auch dieser Druck auf die Vorleistungspreise abnehmen. Das gilt insbesondere, wenn sich die Partner auf Zugangskonditionen koordinieren können, was vor allem bei einem Gemeinschaftsunternehmen und gegenseitigen Zugangsvereinbarungen wahrscheinlich ist. Dort sollte sichergestellt sein, dass die Partner unabhängig voneinander Zugangskonditionen mit Dritten aushandeln können, sodass ein spürbarer Wettbewerb auf dem Zugangsmarkt erhalten bleibt.

¹⁴² Siehe auch Abschnitt 1.3.3 und Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., Tz. 115; Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 463.

¹⁴³ https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK3-GZ/2019/BK3-19-0020/BK3-19-0020_Konsultation.html, Abruf am 11. Oktober 2021.

¹⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2021, VI-Kart 5/20 (V), a. a. O., Tz. 120.

¹⁴⁵ Erwägungsgrund 193 EKEK.

¹⁴⁶ So auch Erwägungsgrund 194 EKEK.

87. Insbesondere um dem Problem zu hoher und diskriminierender Vorleistungsentgelte entgegenzuwirken, deutet Art. 80 EKEK eine starke Präferenz für sog. Wholesale-Only Modelle – also reine Vorleistungsanbieter – an. Bei diesem Modell bietet der Netzbetreiber selbst keine Dienstleistungen auf dem Endkundenmarkt an und beschränkt sich darauf, anderen Unternehmen Zugang zur Infrastruktur auf dem Vorleistungsmarkt zu verkaufen.¹⁴⁷ Reine Vorleistungsanbieter können, wie im Fall Glasfaser Northwest, aus einer vertikalen Separierung des Vorleistungsgeschäfts vom Endkundengeschäft entstehen. Je nach Grad der vertikalen Separierung kann eine Verbindung zum Endkundengeschäft bestehen bleiben.¹⁴⁸ Daneben können reine Vorleistungsanbieter auch als Neugründung eines gänzlich unverbundenen Geschäftsmodells entstehen. Beispiele hierfür finden sich in vielen europäischen Mitgliedsstaaten. Die Neugründungen werden dabei häufig durch Infrastrukturunternehmen oder durch Kommunen mit Hilfe von Finanzinvestoren vorgenommen.¹⁴⁹

88. Aus Sicht der Monopolkommission sind gänzlich unverbundene Vorleistungsanbieter besonders vorzugswürdig. Da sich diese Anbieter ausschließlich auf das Vorleistungsgeschäft konzentrieren, haben sie einen hohen Anreiz, ihre Netze auszulasten. Da ferner keine Verbindung zu einem eigenen Endkundengeschäft besteht, dürften sie darüber hinaus deutlich weniger Anreize haben, Diensteanbieter zu diskriminieren als vertikal integrierte Anbieter.

89. Dennoch können auch bei diesen Anbietern wettbewerbliche Probleme bestehen bleiben. Nehmen diese auf ihren Märkten eine quasi-monopolistische Stellung ein, können sie höhere Vorleistungsentgelte erheben, als sie sich unter wirksamen Wettbewerb eingestellt hätten. Zudem können Koordinationsprobleme aufgrund der vertikalen Separierung des Vorleistungs- und Endkundengeschäfts entstehen. Betreiber, die sich nur auf das Vorleistungsgeschäft konzentrieren, profitieren nicht von den Innovationen auf den Endkundenmärkten. Da sie das Investitionsrisiko des Netzausbaus tragen, haben sie daher unter Umständen weniger Anreize in die Netze zu investieren als vertikal integrierte Anbieter. Solange jedoch ein hinreichender Wettbewerbsdruck, vor allem von vertikal integrierten Anbietern besteht, können diese Bedenken gemildert werden.¹⁵⁰

90. Reine Vorleistungsanbieter sind in Deutschland nach wie vor kaum anzutreffen. Die Monopolkommission hat bereits in vergangenen Gutachten auf hohe Transaktionskosten und langwierige Genehmigungsverfahren hingewiesen.¹⁵¹ Zudem setzt der Erfolg eines reinen Vorleistungsanbieters voraus, dass viele Vermarktungspartner zur Amortisation der Investition beitragen. Diese Unsicherheit über die Nachfrage könnte ein weiteres Investitionshemmnis darstellen. Zudem sind reine Vorleistungsanbieter durch einen strategischen Überbau stärker betroffen als vertikal integrierte Anbieter, die Einnahmeneinbußen im Vorleistungsgeschäft zum Teil durch das Endkundengeschäft kompensieren können. Letztlich kann auch die bisherige Unsicherheit, ob und wie reine Vorleistungsanbieter reguliert werden, dazu beigetragen haben, dass sie sich bisher kaum am Markt etabliert haben. Die Bundesnetzagentur sieht laut dem Konsultationsentwurf zur Regulierung des Marktes Nr. 3a (Märkteempfehlung 2014) grundsätzlich keine Entgeltregulierung des Glasfasermarktes vor, sodass sich diese regulatorische Unsicherheit etwas aufgelöst haben sollte. Dennoch ist zu erwarten, dass es sich bei reinen Vorleistungsanbietern in

¹⁴⁷ Zum Teil vermarkten reine Vorleistungsanbieter Dienstleistungen an große Geschäftskunden.

¹⁴⁸ Je nach Intensitätsgrad der Separierung lassen sich unterschiedliche Formen unterscheiden. Diese reichen von buchhalterischen Separierung bis hin zu einer eigentumsrechtlichen Separierung; siehe bspw. Haucap, J./Heimeshoff, U., Vertikale Entflechtung netzgebundener Industrien: Kosten und Nutzen aus ökonomischer Sicht, in: Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (Hrsg.): Trennung von Infrastruktur und Betrieb, Beiträge zur öffentlichen Wirtschaft 25, Berlin 2007, S. 27-65.

¹⁴⁹ In Italien beispielsweise ist der reine Vorleistungsanbieter Open Fiber einer der Haupttreiber des Glasfaserausbaus. Open Fiber ist ein Gemeinschaftsunternehmen zwischen Enel, einem Versorgungsunternehmen, an dem der italienische Staat etwa ein Viertel der Anteile hält, und der Cassa Depositi e Prestiti (Cdp), einer staatlichen Finanzinstitution. In Österreich wurde die Niederösterreichische Glasfaserinfrastrukturgesellschaft vom Land Niederösterreich gegründet und betreibt als reiner Vorleistungsanbieter Glasfasernetze vorwiegend im ländlichen Raum. In Schweden hat die Stadt Stockholm bereits 1994 den reinen Vorleistungsanbieter Stokab gegründet, um ein wettbewerbsneutrales Netz in der Region aufzubauen. Für einen Überblick über europäische Wholesale-Only-Modelle siehe WIK-Consult, 2020, Benefits of the wholesale only model for fibre deployment in Italy.

¹⁵⁰ Shortall et al. (2020), a. a. O., S. 7.

¹⁵¹ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), a. a. O., Tz. 142.

Deutschland eher um lokale Ansätze, vorwiegend im ländlichen Raum, handeln dürfte. Voraussetzung hierfür wird sein, dass die Deutsche Telekom AG dort auch einen wesentlichen Teil der Vorleistungsnachfrage beisteuert und so zur Amortisation des Netzes beiträgt.

1.4.4 Das OLG Düsseldorf setzt hohe kartellrechtliche Hürden für zukünftige Kooperationen

91. Mitte 2020 startete mit dem Gemeinschaftsunternehmen Glasfaser Nordwest der erste reine Vorleistungsanbieter für FTTH in Deutschland. Das Bundeskartellamt sah in der Freigabeentscheidung die Verpflichtungszusagen als geeignet an, den Wettbewerb auf den Vorleistungs- und Endkundenmarkt sicherzustellen.¹⁵² Das OLG Düsseldorf hingegen vertritt die Ansicht, dass die Zugangszusagen die Wettbewerbsnachteile nicht ausgleichen können. Das Eol-Prinzip reiche nicht aus, um wettbewerbliche Bedenken auszuräumen, da nicht sichergestellt sei, dass Preise und Konditionen angeboten würden, wie sie sich unter wirksamen Wettbewerb ergeben würden.¹⁵³ Dem ist aus Sicht der Monopolkommission prinzipiell zuzustimmen. Aufgrund der geringen Take-up Rate von Glasfaseranschlüssen¹⁵⁴ und der schwach ausgeprägten Migrationstendenzen von kupferbasierten zu glasfaserbasierten Teilnehmeranschlüssen ist jedoch davon auszugehen, dass Endkundinnen und Endkunden beide Arten von Teilnehmeranschlüssen noch als hinreichende Substitute ansehen. Somit herrscht nach wie vor ein spürbarer Preisdruck auf die Vorleistungsentgelte im Glasfasermarkt durch die (regulierten) Vorleistungsentgelte im Kupfernetz, sodass der potenziell preistreibende Effekt auf die Vorleistungsentgelte derzeit als gering anzusehen ist. Sollte dieser Preisdruck in Zukunft spürbar abnehmen, kann die Bundesnetzagentur gemäß § 38 TKG erwägen, sich Vorleistungsentgelte zur Genehmigung vorlegen zu lassen. Dieses Drohpotenzial einer zukünftigen Regulierung kann ebenso einen Druck auf die Vorleistungspreise erzeugen.

92. Neben Zugangsverpflichtungen verpflichten die Ausbauzusagen die Deutsche Telekom AG und EWE Tel, bis 2023 mindestens 300.000 Haushalte und Unternehmensstandorte durch FTTB/FTTH anzuschließen. Dabei müssen mindestens 30 Prozent der Ausbaugebiete im ländlichen Raum liegen und mindestens 20 Prozent nicht bereits durch Kabelinfrastruktur erschlossen sein. Das OLG Düsseldorf sieht in diesen Ausbauzusagen jedoch keinen wettbewerbsfördernden Effekt, sondern gar einen wettbewerbsbeeinträchtigenden, strukturellen Effekt. In Erfüllung der Zusagen würden die Netzgebiete auf lange Sicht dem Wettbewerb entzogen, da Glasfasernetze in aller Regel nicht wirtschaftlich durch Wettbewerber überbaut werden können.

93. Die Monopolkommission hat bereits in vergangenen Gutachten anerkannt, dass die Ausbauusage den Ausbauwettbewerb durch Dritte erschweren kann.¹⁵⁵ Sie sieht dieses jedoch nach wie vor als hinnehmbar an, wenn ohnehin kein Infrastrukturwettbewerb zu erwarten ist. Daher sollten Ko-Investitionsvorhaben unter Beteiligung marktmächtiger Unternehmen auf solche Gebiete beschränkt werden, in denen ein Netzausbau nur gemeinschaftlich durchführbar ist.¹⁵⁶

94. Das OLG Düsseldorf legt somit hohe kartellrechtliche Hürden für Ko-Investitionsvorhaben, vor allem unter Beteiligung der Deutsche Telekom AG. Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen der Beschluss auf zukünftige Ko-Investitionsvorhaben insbesondere unter Beteiligung der Deutsche Telekom AG haben wird. Wie dargelegt, können aus Sicht der Monopolkommission Ko-Investitionsvorhaben in Gebieten, in denen sehr wahrscheinlich kein Infrastrukturwettbewerb entstehen wird, den Glasfaserausbau befördern. Diese Kooperationen sollten mit wettbewerbssichernden Auflagen flankiert werden, sodass eine Balance zwischen dem Glasfaserausbau und der Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs gefunden werden kann. Das Bundeskartellamt sollte hier möglichst

¹⁵² Zur kartellrechtlichen Würdigung der Entscheidung siehe Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), Tz. 446 ff.

¹⁵³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2021, VI-Kart 5/20 (V), Tz. 120.

¹⁵⁴ Siehe Abbildung 1.6.

¹⁵⁵ Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 461.

¹⁵⁶ Monopolkommission, 23. Hauptgutachten (2020), a. a. O., Tz. 462. Zu den Kosten des Netzausbaus siehe bspw. WIK consult (2017), a. a. O.

bald überarbeitete Leitlinien entwickeln, aus denen die Anwendungspraxis bezüglich der kartellrechtlichen Bewertung von Ko-Investitionen hervorgehen, an denen sich die Marktteilnehmer orientieren können.¹⁵⁷

1.4.5 Fazit: Leitlinien für wettbewerbskonforme Ko-Investitionen erarbeiten

95. Der „Regulierung light“-Ansatz der Bundesnetzagentur bietet aus Sicht der Monopolkommission eine gute Balance zwischen den Ausbau- und Wettbewerbszielen. Durch die Aufhebung des Beschlusses des Bundeskartellamts im Fall Glasfaser Nordwest durch das OLG Düsseldorf besteht derzeit eine Unsicherheit über die kartellrechtliche Behandlung von Ko-Investitionen, vor allem mit Beteiligung marktmächtiger Unternehmen. Hier sollte das Bundeskartellamt schnellstmöglich neue Leitlinien entwickeln, aus denen hervorgeht, in welchem Rahmen Ko-Investitionen kartellrechtlich grundsätzlich möglich sind.

96. Aus Sicht der Monopolkommission sind Ko-Investitionen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen besonders kritisch zu beurteilen, da hier die Gefahr besteht, dass der Ausbauwettbewerb verdrängt wird. Sie sollten daher auf Gebiete beschränkt bleiben, in denen sich sehr wahrscheinlich kein Infrastrukturwettbewerb entwickeln wird. Andernfalls droht eine Verdrängung des Infrastrukturwettbewerbs, der aus Sicht der Monopolkommission der wesentliche Treiber des Glasfaserausbaus ist. Ko-Investitionen ohne Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen dürften hingegen weniger spürbaren Einfluss auf den Wettbewerb haben, und eine Freistellung ist aus Sicht der Monopolkommission eher erwägenswert. Hier dürften die Vorteile, vor allem Kosten- und Risikoteilung, die potenziell wettbewerbsbeschränkenden Effekte überwiegen.

¹⁵⁷ Das Bundeskartellamt hat zuletzt 2010 „Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland“ veröffentlicht, siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2010/19_01_2010_Positionspapier_Breitbandausbau.html, Abruf am 23. November 2021.

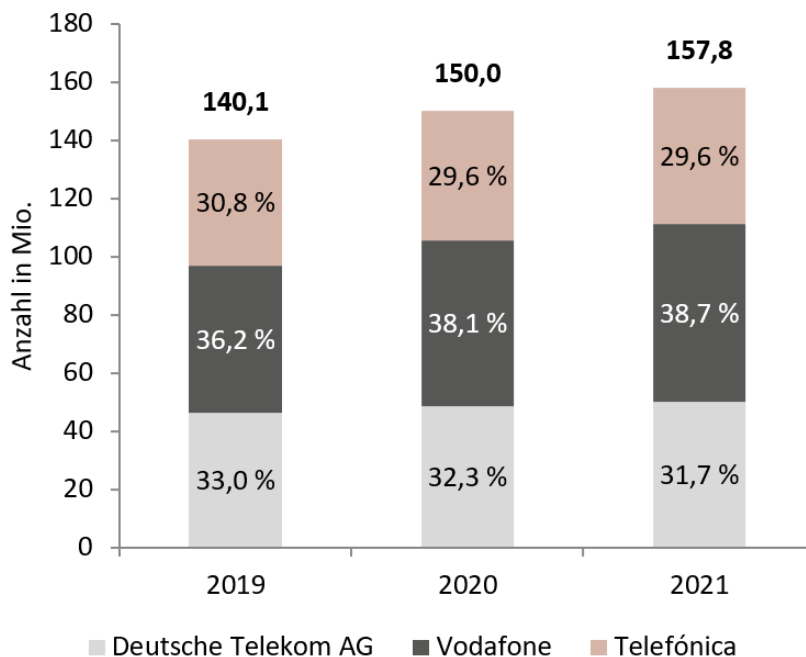
Kapitel 2

Mobilfunk

2.1 Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Mobilfunkbereich

97. In Deutschland betreiben derzeit die Deutsche Telekom AG, Telefónica und Vodafone ein eigenes unabhängiges Mobilfunknetz. Daneben besitzt 1&1 Frequenzspektrum und plant in Kürze, mit dem Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes zu beginnen. Innerhalb der letzten beiden Jahre ist die Anzahl der aktiven SIM-Karten um etwa 13 Prozent auf 157, 8 Mio. gestiegen.¹⁵⁸ Gemessen an aktiven SIM-Karten kommt das Mobilfunknetz von Vodafone derzeit auf den höchsten Marktanteil (38,7 Prozent), gefolgt von der Deutsche Telekom AG (31,7 Prozent) und Telefónica (29,6 Prozent). Wie Abbildung 2.1 zeigt, hat es seit 2019 keine größeren Verschiebungen bei den Marktanteilen gegeben. Vodafone konnte seinen Marktanteil leicht um 2,5 Prozentpunkte steigern, während die Deutsche Telekom AG (minus 1,3 Prozentpunkte) und Telefónica (minus 1,2 Prozentpunkte) leichte Rückgänge der Marktanteile zu verzeichnen haben. Der Wettbewerb auf der Mobilfunknetzebene wird folglich weiterhin durch drei Betreiber von ähnlicher Größe geprägt.

Abbildung 2.1: Marktanteile nach aktiven SIM-Karten



Quelle: Dialog Consult/VATM, 22. TK-Marktanalyse Deutschland 2020, Köln 2020, S. 22; Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 21; eigene Darstellung

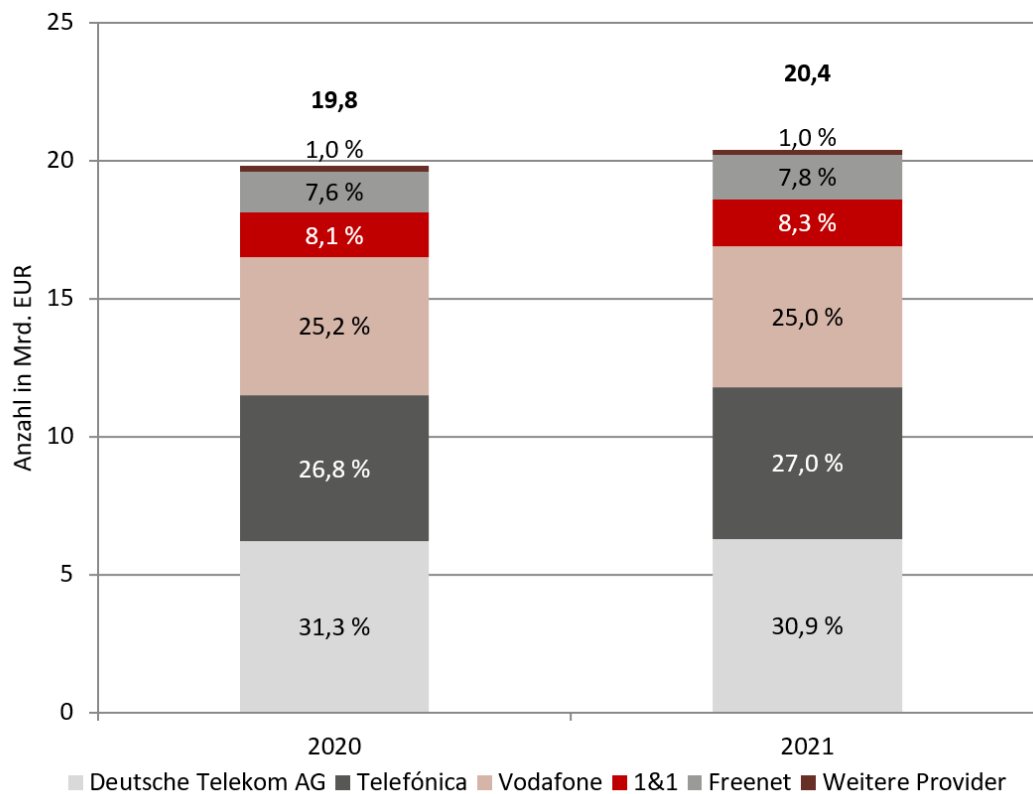
Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

98. Auch gemessen an den Service-Umsätzen zeigen sich nur sehr geringfügige Verschiebungen der Marktanteile. Die Deutsche Telekom AG vereint wie im Vorjahr etwa 31 Prozent der Service-Umsätze auf sich. Die anderen beiden Netzbetreiber Vodafone (27 Prozent) und Telefónica (25 Prozent) folgen auf einem ähnlichen Niveau. Insgesamt konzentrieren sich knapp 83 Prozent der Service-Umsätze im Mobilfunk auf die drei Netzbetreiber. Von den alternativen Diensteanbietern ohne eigenes Mobilfunknetz verzeichnen lediglich

¹⁵⁸ SIM steht für Subscriber Identity Module. Aktive SIM-Karten sind Karten, die in den letzten drei Monaten entweder genutzt wurden oder zu denen eine Rechnung gestellt wurde. Sofern nicht explizit unterschieden, umfassen aktive SIM-Karten sowohl M2M-Karten als auch persönliche SIM-Karten.

1&1 (8,3 Prozent) und Freenet (7,8 Prozent) nennenswerte Marktanteile. Ausgeprägte Aufholttendenzen sind jedoch nicht ersichtlich.

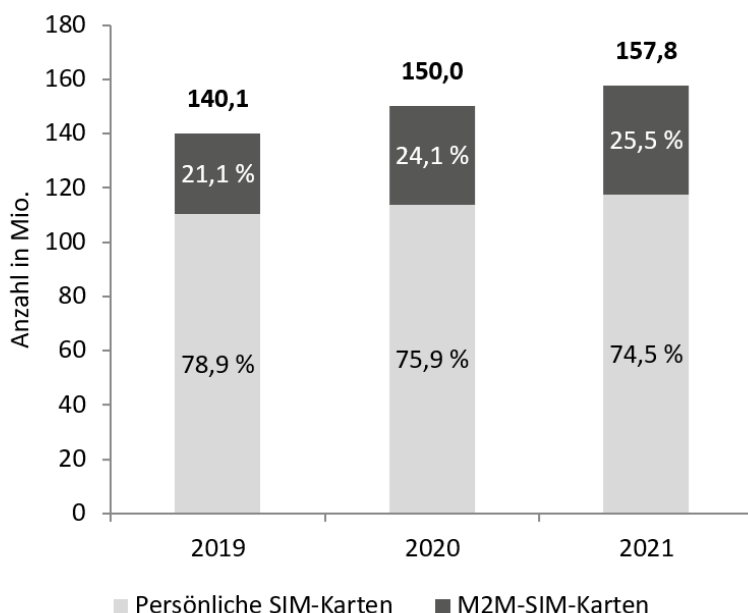
Abbildung 2.2: Marktanteile nach Service-Umsätzen



Quelle: Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 23; eigene Darstellung

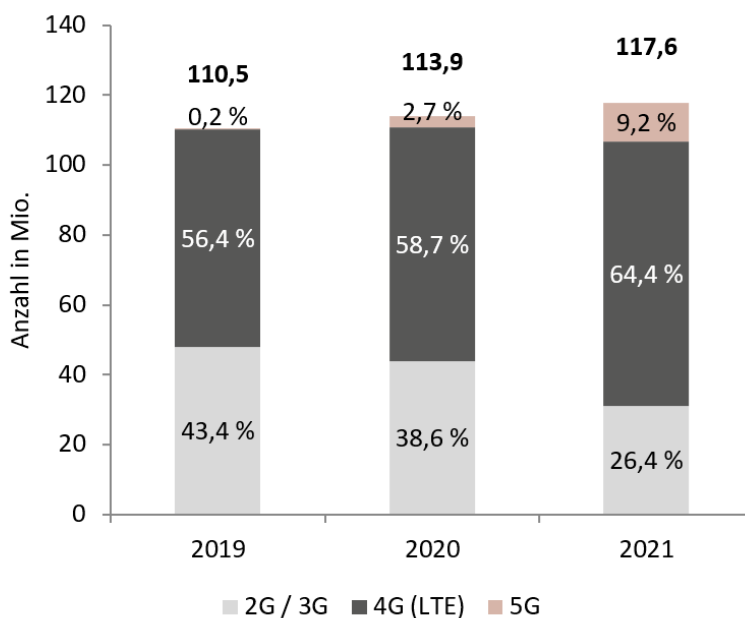
Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung. Der VATM unterscheidet erst seit der 23. TK-Marktanalyse 2021 nach Service-Umsätzen und Sonstigen Umsätzen. Demnach ist die Vergleichbarkeit der Daten für die Jahre 2020 und 2021 mit denen der Vorjahre nicht gegeben.

99. Der größte Teil des Wachstums bei den aktiven SIM-Karten seit 2019 entfällt auf Maschine-zu-Maschine (M2M)-SIM-Karten (plus 4,4 Prozentpunkte). M2M-SIM-Karten werden für Anwendungen im Bereich des Internet der Dinge (Internet of Things, IoT) und für die datenbasierte Kommunikation zwischen Maschinen verwendet. Mittlerweile sind, wie in Abbildung 2.3 ersichtlich, über 25 Prozent aller aktiven SIM-Karten M2M-SIM-Karten. Dies zeigt, dass M2M-Kommunikation für den Mobilfunkwettbewerb an Bedeutung gewinnt. Daneben stieg auch die Anzahl persönlicher SIM-Karten weiter um etwa 3,5 Mio. Karten pro Jahr.

Abbildung 2.3: Marktanteile nach SIM-Kartentyp

Quelle: Dialog Consult/VATM, 22. TK-Marktanalyse Deutschland 2020, a. a. O., S. 23; Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 22; eigene Darstellung

Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

Abbildung 2.4: Anteile am Markt Persönlicher SIM-Karten (ohne M2M) nach Netzgenerationen

Quelle: Dialog Consult/VATM, 22. TK-Marktanalyse Deutschland 2020, a. a. O., S. 23; Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland 2021, a. a. O., S. 22; eigene Darstellung

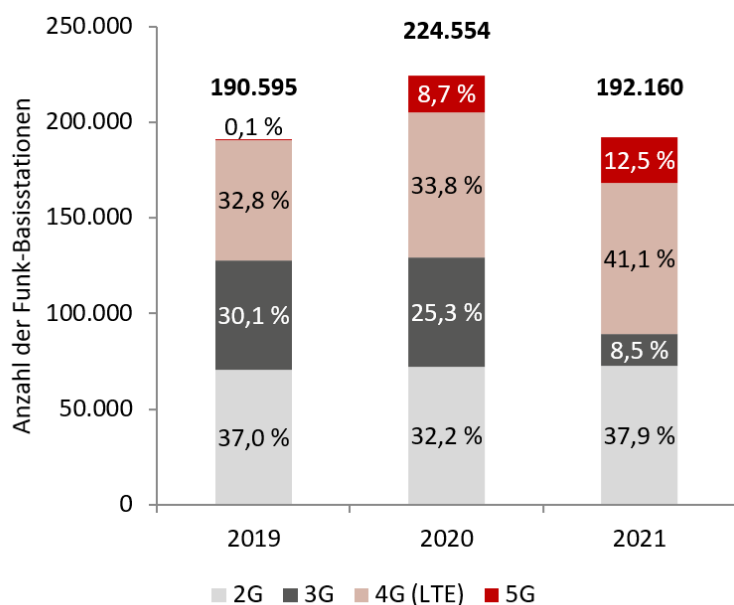
Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

100. Von den aktiven persönlichen SIM-Karten – ohne M2M – gewinnen 5G-fähige SIM-Karten zunehmend an Bedeutung. Ihr Anteil liegt 2021 bereits bei 9,2 Prozent an allen persönlichen SIM-Karten (vgl. Abbildung 2.4). Allein gegenüber dem Vorjahr ist die Anzahl 5G-fähiger Karten um 7 Prozentpunkte gewachsen, was einem Zuwachs von 7,7 Mio. Karten im letzten Jahr entspricht. Den höchsten Anteil an allen persönlichen

SIM-Karten verzeichnen nach wie vor 4G-fähige Karten mit 64,4 Prozent, deren Anzahl deutlich um 9 Mio. Karten zugenommen hat. Der Anteil von 2G/3G-Karten nimmt hingegen kontinuierlich ab und liegt derzeit bei etwa 26 Prozent, das ist etwa ein Drittel weniger als 2019.

101. Auch die Umstellung der Mobilfunknetze auf 4G und 5G macht Fortschritte (vgl. Abbildung 2.5). Der Anteil der in Betrieb befindlichen 5G-Basisstationen an allen Mobilfunkbasisstationen betrug im zweiten Quartal 2021 12,5 Prozent, das entspricht einem Zuwachs von ca. 24.000 5G-Funk-Basisstationen seit dem Jahr 2019.¹⁵⁹ Auch der Anteil an LTE-Basisstationen (4G) stieg im Vergleich zu 2019 um 8,3 Prozentpunkte. Durch den Aufbau der LTE-Basisstationen konnte die Versorgungsquote mit Mobilfunkdiensten der 4. Generation weiter auf 99,7 Prozent der Haushalte gesteigert werden. Im Jahr 2020 gab es somit in Deutschland eine fast vollständige Versorgung der Haushalte mit LTE. Auch bei der räumlichen Verteilung gibt es keine nennenswerten Unterschiede bei der Versorgung. In den ländlichen Regionen lag die Quote mit 98,6 Prozent nur geringfügig niedriger als im Durchschnitt aller Regionen.¹⁶⁰ Im Gegenzug wurden allein 2020 etwa 40.000 3G-Basisstationen abgeschaltet.¹⁶¹

Abbildung 2.5: Anteile an Funk-Basisstationen nach Netzgenerationen



Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 46; eigene Darstellung

102. Mit durchschnittlich 121 Gesprächsminuten pro Monat und aktiver SIM-Karte, legte das Wachstum der Gesprächsminuten in 2020 um 22 Prozent zu. In den Jahren vor der Covid-19-Pandemie lag die durchschnittliche Anzahl der Gesprächsminuten pro Monat nahezu unverändert um die 90 Minuten.¹⁶² Ein deutlicher Anteil des jüngsten Wachstums dürfte auf die Kontaktbeschränkungen infolge der Covid-19-Pandemie zurückzuführen sein. Noch deutlicher wächst die mobile Datennutzung. Im Vergleich zum Vorjahr hat das Datenvolumen im Mobilfunk um 30 Prozent zugelegt und liegt derzeit bei 5,1 Mrd. Gigabyte (GB). Das entspricht einem durchschnittlichen Datenvolumen pro aktiver SIM-Karte von 3,27 GB, im Vergleich zu 2,59 GB im Vorjahr. Das gesamte Datenvolumen ist dabei seit 2018 um das 2,5-fache angewachsen (vgl. Abbildung

¹⁵⁹ Eine Basisstation dient als Send- und Empfangsanlage, die ein begrenztes Gebiet in ihrem Umkreis, die sog. Funkzelle, mit Mobilfunkdiensten versorgt.

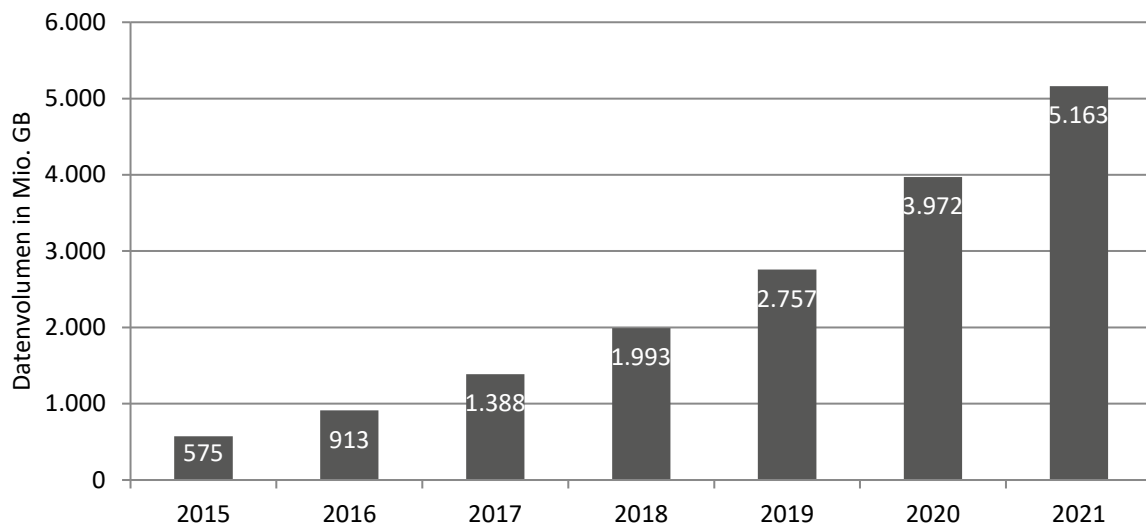
¹⁶⁰ EU-Kommission, Digital Scoreboard.

¹⁶¹ EU-Kommission, Digital Scoreboard.

¹⁶² BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 43.

2.6). Die klassischen Telekommunikationsunternehmen stehen hier zunehmend unter einem Wettbewerbsdruck durch OTT-Kommunikationsdienste wie WhatsApp, Signal, Skype und Threema. Deren Anteile an versendeten Nachrichten und Sprachverbindungsminuten ist in den letzten Jahren rasant gewachsen. Auf die Rolle der OTT-Kommunikationsdienste wird in Kapitel 3 näher eingegangen.

Abbildung 2.6: Datenvolumen im Mobilfunk in Mio. GB (2015 bis 2021)



Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 42; eigene Darstellung

2.2 Versteigerung für Mobilfunkfrequenzen auch ohne Vorrang beibehalten

103. Mit der zum 1. Dezember 2021 in Kraft getretenen Novelle des Telekommunikationsgesetzes ist der Vorrang der Versteigerung als Regelvergabeverfahren für Frequenzen bei Knappheit aufgehoben worden.¹⁶³ Bisher hatte das Versteigerungsverfahren Vorrang, soweit es geeignet war, die Regulierungsziele des TKG sicherzustellen. Das am 7. Mai 2021 vom Bundesrat verabschiedete Telekommunikationsmodernisierungsgesetz enthielt den Vorrang noch. Dieser wurde erst mit dem am 23. Juni 2021 verabschiedeten Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien aus der Novelle gestrichen.¹⁶⁴ Damit heißt es im Gesetzestext des neuen TKG-2021, dass dasjenige Vergabeverfahren durchzuführen ist, welches die Erreichung der Regulierungsziele des Gesetzes am besten gewährleistet. Dies könnte Auswirkungen auf zukünftige Vergabeverfahren haben.

104. Da die Nutzungsrechte für die Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 2,6 GHz und teilweise bei 1,8 GHz bis Ende 2025 befristet sind, steht deren Neuvergabe an. Insbesondere die Frequenzen im 800-MHz-Bereich sind für die Mobilfunknetzbetreiber von hoher Relevanz, weil sie aufgrund ihrer guten Ausbreitungseigenschaften für die Flächenversorgung genutzt werden können. Solche Flächenfrequenzen (< 1 GHz) sind wichtig für die Einhaltung der von der Bundesnetzagentur im Rahmen vergangener Versteigerungen ausgesprochenen Versorgungsaufgaben. Derzeit stehen für den Mobilfunk Flächenfrequenzen im 700-MHz-, 800-MHz- und 900-MHz-Bereich zur Verfügung. Perspektivisch ist es möglich, dass auf der Weltfunkkonferenz 2023 beschlossen wird, dass weitere Flächenfrequenzen für den Mobilfunk nutzbar gemacht werden. Die etablierten Netzbetreiber haben in jüngster Zeit geäußert, dass sie das derzeit verfügbare Flächenspektrum für die Einhaltung der bis 2040 laufenden Versorgungsaufgaben benötigen und dass daher nicht genügend Flächenspektrum zur Verfügung stehe, damit der neue Netzbetreiber 1&1 ein viertes flä-

¹⁶³ Telekommunikationsmodernisierungsgesetz vom 23. Juni 2021, BGBl. I Nr. 35 vom 28. Juni 2021, 1858.

¹⁶⁴ Art. 13 Gesetz zur Regelung des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre in der Telekommunikation und bei Telemedien vom 23. Juni 2021, BGBl. I Nr. 35 vom 28. Juni 2021, 1982.

chendenkendes Netz aufbauen kann.¹⁶⁵ Folglich sei es notwendig, dass die Frequenzuteilungen im 800-MHz-Bereich verlängert werden.¹⁶⁶

105. Die Bundesnetzagentur hat im Juni 2021 ein Szenarienpapier veröffentlicht, in dem sie mögliche Szenarien für die Vergabe, insbesondere des Spektrums im 800-MHz-Bereich, vorschlägt. Diese umfassen eine Versteigerung, eine Verlängerung der 800-MHz-Frequenzuteilungen, ein monopolistisches Ein-Betreiber-Modell im 800-MHz-Bereich, eine Kombination aus Elementen einer Verlängerung und Versteigerung und eine Ausschreibung. Die Monopolkommission hat sich in einer Stellungnahme zu diesem Szenarienpapier geäußert und für die Versteigerung ausgesprochen.¹⁶⁷ Diese Empfehlung entsprach auch der des Zentrums für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW).¹⁶⁸ Eine möglichst kurze Verlängerung der Frequenznutzungsrechte im 800-MHz-Bereich wurde für den Fall erwogen, dass eine zeitliche Harmonisierung der Vergabe mit später zur Verfügung stehendem Flächenspektrum im 700-MHz-, 800-MHz- und 900-MHz-Bereich angestrebt werden soll. Ein harmonisierter Vergabezeitpunkt hat den Vorzug, dass bei der Neuvergabe für keinen Netzbetreiber Vor- oder Nachteile bestehen, weil er bereits über Flächenspektrum in anderen Frequenzbereichen verfügt oder nicht verfügt. Aus diesem besonderen Grund kann daher eine Verlängerung der 800-MHz-Frequenzen ausnahmsweise sinnvoll sein. Zu beachten ist jedoch, dass diese Verlängerung mit rechtlichen Unsicherheiten behaftet wäre. Hier ist zu berücksichtigen, dass „die hoheitliche Verteilung knapper Ressourcen [...] in einem durch Grundrechte (Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG) geschützten Raum [stattfindet]“.¹⁶⁹ Wenn sich mehrere Unternehmen um ein knappes Gut bewerben, das nicht alle erhalten können, gewährleistet die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, dass jeder Bewerber eine faire Chance erhält, entsprechend den gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen zum Zuge zu kommen („Recht auf chancengleiche Teilhabe am Vergabeverfahren“).¹⁷⁰ Eine bloße Verlängerung versagt Neubewerbern jegliche Chance, die knappen Güter selbst zu erlangen. Eine Verlängerung ist daher umso problematischer, je länger der Verlängerungszeitraum andauert, da für diesen Zeitraum Neubewerber keine Möglichkeit haben, überhaupt Frequenznutzungsrechte zu erhalten. Aus diesem Grund ist bei Frequenzknappheit vor einer Zuteilung regelmäßig ein Vergabeverfahren,¹⁷¹ d. h. eine Versteigerung oder eine Ausschreibung durchzuführen.¹⁷²

¹⁶⁵ Redaktionsnetzwerk Deutschland, Vodafone-Chef: „Vier Millionen Mobilfunkkunden könnten plötzlich in einem Funkloch leben“, <https://www.rnd.de/wirtschaft/interview-vodafone-chef-hannes-ametsreiter-fuer-verlaengerung-von-mobilfunklizenzen-GOUVMOTQ2BGBTLCADEUUEMYUA.html>; teltarif, Abruf am 10. August 2021.; Höttges: Mobilfunk-Lizenzen verlängern, nicht versteigern, 2021, <https://www.teltarif.de/hochwasser-5g-lizenzen-verlaengerung-hoettges/news/85408.html>, Abruf am 10. August 2021; Verivox, Telekom und Co. fordern Verzicht auf Mobilfunkauktion, 2021, <https://www.verivox.de/nachrichten/telekom-und-co-fordern-verzicht-auf-mobilfunkauktion-1118199/>, Abruf am 10. August 2021.

¹⁶⁶ Ebenda.

¹⁶⁷ Monopolkommission, 2021, Stellungnahme der Monopolkommission im Rahmen der öffentlichen Konsultation der Bundesnetzagentur zum Thema: Grundsätze und Szenarien für die Bereitstellung der Frequenzen 800 MHz, 1,8 GHz und 2,6 GHz, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/StellungnahmenSzenarienpapier2021.zip?__blob=publicationFile&v=3, Abruf am 11. November 2021.

¹⁶⁸ Gretschko/Wambach, 2021, Stellungnahme zu Grundsätzen und Szenarien für die Bereitstellung der Mobilfunkfrequenzen, <https://www.zew.de/publikationen/stellungnahme-zu-grundsätzen-und-szenarien-für-die-bereitstellung-der-mobilfunkfrequenzen>, Abruf am 10. August 2021.

¹⁶⁹ BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011, 6 C 2/10, juris, Rz. 15.

¹⁷⁰ Vgl. dazu BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Oktober 2010, 1 BvR 1425/10, juris, Rz. 10.

¹⁷¹ Siehe zum Ablauf einer Frequenzuteilung genauer unten, 2.2.1.

¹⁷² BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011, 6 C 2/10, a. a. O., Rz. 25, zuletzt bestätigt durch BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020, 6 C 3/19, juris, Rn. 26.

106. Ob es sich bei der Zuteilung um eine Neuzuteilung oder eine Verlängerung handelt, kann im Ergebnis keinen Unterschied machen,¹⁷³ da in beiden Fällen die Grundrechte von Bewerbern gleichermaßen beeinträchtigt werden. Eine Verletzung der genannten Grundrechte liegt jedoch dann nicht vor, wenn deren Beeinträchtigung durch eine gesetzliche Grundlage gedeckt ist und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird. Gesetzliche Rechtsgrundlagen für Verlängerungen sind in § 92 Abs. 2 und Abs. 3 TKG-2021 vorgesehen. Da diese Vorschriften jedoch durch die genannten Grundrechte überlagert werden und somit grundsätzlich jedem Bewerber zumindest die Möglichkeit verschafft werden muss, die begehrten knappen Güter zu erhalten, kommt eine Verlängerung nur in Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher Grund kann etwa darin gesehen werden, dass durch eine begrenzte Verlängerung die Einbeziehung weiterer Frequenzblöcke in das Vergabeverfahren ermöglicht und dadurch die Chancengleichheit der Bewerber verbessert wird. Selbst in diesen Fällen gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch, dass der Ausschluss von Neubewerbern abgemildert werden muss, z. B. durch eine zeitlich eng begrenzte Verlängerung und/oder weitere Maßnahmen wie ein National Roaming oder eine Diensteanbieterverpflichtung.

107. Abgesehen von diesem Sonderfall, in dem eine Verlängerung ausnahmsweise in Betracht kommen kann, sieht das Telekommunikationsgesetz zwei mögliche Vergabeverfahren für Frequenzen bei Knappheit vor. Dies ist zum einen die Versteigerung und zum anderen die Ausschreibung. Die Monopolkommission hat sich im vorangegangenen Gutachten bereits detailliert zu den Vorteilen der Versteigerung bei der Vergabe von Mobilfunkfrequenzen geäußert.¹⁷⁴ Versteigerungen gewährleisten bei richtiger Ausgestaltung eine effiziente Zuteilung der Frequenzen, bieten Neueinsteigern die Möglichkeit Frequenzen für den Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes zu erwerben, der Vergabeprozess ist objektiv und für alle Teilnehmer nachvollziehbar. Das aufgrund dieser Vorteile eine Versteigerung der Ausschreibung im Mobilfunkbereich vorzuziehen ist, zeigt auch der Blick in andere europäische Staaten. Für die Vergabe von UMTS-Lizenzen nutzten sieben der damals zwölf EU-Länder ein Ausschreibungsverfahren. Jedes dieser sieben EU-Länder hat bei der aktuellen Vergabe der 5G-Frequenzen eine Versteigerung durchgeführt. Dies deutet darauf hin, dass die Erfahrungen aus Ausschreibungsverfahren in diesen Ländern zu dem Schluss geführt haben, dass eine Versteigerung das geeignetere Vergabeverfahren für Mobilfunkfrequenzen ist.

108. Das nachfolgende Kapitel wird die Gründe beleuchten, warum insbesondere das Ausschreibungsverfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen ungeeignet ist. Zunächst wird grundsätzlich dargelegt, welche Verfahren nach § 91 TKG-2021 für die Zuteilung von Frequenzen genutzt werden können. Anschließend werden die nach § 100 Abs. 6 TKG-2021 in einer Ausschreibung zu prüfenden Kriterien erläutert. Auf dieser Basis werden schließlich Probleme thematisiert, die in der Praxis mit Ausschreibungsverfahren im Mobilfunkbereich verbunden sind und dazu führen, dass eine effiziente Vergabe der Frequenzen mit einem solchen Verfahren nicht gewährleistet werden kann.

2.2.1 Bei einer Knappheit von Frequenzen ist grundsätzlich ein Vergabeverfahren durchzuführen

109. Gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 TKG-2021 bedarf grundsätzlich jede Frequenznutzung, d. h. auch der Betrieb von Mobilfunknetzen, einer vorherigen Frequenzzuteilung. Soweit es (technisch) möglich ist, werden Frequenzen als Allgemeinzuteilung für die Nutzung durch die Allgemeinheit oder einen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis zugeteilt (§ 91 Abs. 2 Satz 1 TKG-2021). Ein Beispiel hierfür ist der Betrieb von WLAN-Geräten.¹⁷⁵ Soweit eine Allgemeinzuteilung nicht möglich ist, was vor allem bei der Möglichkeit funktechnischer Störungen der Fall sein kann, hat eine Einzelzuteilung an Einzelpersonen zu erfolgen (§ 91 Abs. 3 TKG-2021).

¹⁷³ In diese Richtung auch Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013, § 55 Rn. 67.

¹⁷⁴ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a.a.O., Tz. 214 ff.

¹⁷⁵ BNetzA, siehe https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/Allgemeinzuteilungen/allgemeinzuteilungen-node.html, Abruf am 25. August 2021.

110. Sofern für die Einzelzuteilungen jedoch nicht in ausreichendem Umfang verfügbare Frequenzen vorhanden sind oder für bestimmte Frequenzen mehrere Anträge gestellt werden, kann die Bundesnetzagentur anordnen, dass der Einzelzuteilung ein Vergabeverfahren nach § 100 TKG-2021 voranzugehen hat (§ 91 Abs. 9 Satz 1 TKG-2021). Um zu ermitteln, ob eine solche Knappheit besteht, hat die Bundesnetzagentur zunächst eine Bereitstellungsentscheidung nach § 91 Abs. 5 Satz 2 TKG-2021¹⁷⁶ zu treffen, in der der Bezugspunkt der Knappheitsprüfung, d. h. der konkrete Frequenzbereich, festgelegt wird.¹⁷⁷ Denn erst nachdem festgelegt worden ist, welche Frequenzen bereitgestellt werden, kann geprüft werden, ob bezüglich dieses konkreten Frequenzbereichs überhaupt eine Knappheit besteht. Wie diese Knappheitsprüfung im Einzelnen abläuft, ist im TKG-2021 nicht geregelt, sie wird jedoch in der Praxis von der Bundesnetzagentur im Rahmen eines förmlichen Bedarfsermittlungsverfahrens durchgeführt, bei dem die Behörde öffentlich dazu auffordert, Bedarfsmeldungen in Bezug auf die fraglichen Frequenzen einzureichen.¹⁷⁸ Bei diesem Bedarfsermittlungsverfahren wird der von den Unternehmen angemeldete, subjektive, d. h. der aus ihrer Sicht bestehende Bedarf grundsätzlich als gegeben hingenommen und nicht bewertet, es sei denn, dass dieser offensichtlich nicht besteht.¹⁷⁹ Gemäß § 91 Abs. 3 TKG-2021 sind die betroffenen Kreise anzuhören, bevor eine Entscheidung über eine Vergabe erfolgt. Zwar steht der Bundesnetzagentur bei der Frage, ob einer Einzelzuteilung ein Vergabeverfahren vorgeschaltet wird, dem reinen Wortlaut der Norm nach („kann“) ein Ermessensspielraum zu. Dieses Ermessen ist aber bei Frequenzknappheit infolge der Grundrechtsbindung, d. h. dem Recht auf chancengleiche Teilhabe aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG (siehe dazu bereits oben, Tz. 105) und dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot (Art. 48 Abs. 2 und Art. 55 Abs. 6 EKEK¹⁸⁰) regelmäßig im Sinne des Erlasses einer Vergabeanordnung vorgeprägt, auch wenn im Einzelfall unter besonderen Umständen davon abgesehen werden kann.¹⁸¹ Dies bedeutet, dass bei Frequenzknappheit grundsätzlich ein Vergabeverfahren nach § 100 TKG-2021 durchzuführen ist, es sei denn, es sprechen gewichtige Gründe dagegen. Sofern keine Neuerteilung von Frequenznutzungsrechten im Raum steht, sondern es um die Verlängerung von bereits zugeteilten, befristeten Frequenznutzungsrechten geht, ist grundsätzlich¹⁸² § 92 Abs. 2 TKG-2021 einschlägig, der auf § 91 Abs. 9 TKG-2021 verweist und einige zusätzliche Abwägungskriterien enthält. Bei einer Verlängerung von Frequenznutzungsrechten ohne ein Vergabeverfahren wird – genauso wie bei ihrer erstmaligen Zuteilung – das Recht auf chancengleiche Teilnahme am Vergabeverfahren aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG tangiert: Da einige Unternehmen keinerlei Möglichkeiten haben, Frequenznutzungsrechte zu erhalten, kann eine Verlängerung nur in Ausnahmefällen unter besonderer Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfolgen.

111. Sofern die Bundesnetzagentur entschieden hat, ein Vergabeverfahren durchzuführen, kommen gemäß § 100 Abs. 1 Satz 1 TKG-2021 entweder das Versteigerungsverfahren oder das Ausschreibungsverfahren in Betracht. Der Wegfall des bisher bestehenden Vorrangs des Versteigerungsverfahrens ist aus zwei Gründen

¹⁷⁶ Die Norm ist inhaltsgleich zu § 55 Abs. 5 Satz 2 TKG a.F., zu der das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, dass sie zwar „normstrukturell als Grundlage für die Versagung der Zuteilung einer Frequenz im Einzelfall aus Gründen der Unvereinbarkeit der beabsichtigten Nutzung mit den Regulierungszielen“ ausgestaltet sei, jedoch auch „als materielle Grundlage [...] für die hier in Rede stehenden, über den Einzelfall hinausweisenden regulatorischen Bereitstellungsentscheidungen [herangezogen werden kann], die die Bundesnetzagentur im Vorfeld von Entscheidungen mit Außenwirkung trifft.“, BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020, a. a. O., 6 C 3/19, Rn. 33.

¹⁷⁷ BVerwG, Urteil vom 24. Juni 2020, a. a. O., 6 C 3/19, Rn. 29.

¹⁷⁸ Siehe dazu ausführlich Hahn/Hartl/Dorsch in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG, 3. Auflage, München 2018, § 55 Rn. 87 ff.

¹⁷⁹ BVerwG, Beschluss vom 20. Februar 2017, 6 B 36/16, juris, Rn. 14 f. Siehe dazu auch Hahn/Hartl/Dorsch in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 55 Rn. 91 mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹⁸⁰ Zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung waren die Regelungen noch in vormalis Art. 5 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3 der Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG verankert.

¹⁸¹ BVerwG, Urteil vom 26. Januar 2011, 6 C 2/10, a. a. O., Rz. 25.

¹⁸² Sofern in einer Frequenzzuteilung künftig Verlängerungskriterien aufgenommen werden, so richtet sich diese Verlängerung nach § 92 Abs. 3 Satz 3 TKG-2021. In der Frequenzvergabe 2010 waren keine Verlängerungskriterien vorgesehen, sodass diese Vorschrift nicht anwendbar ist, vgl. BNetzA, Entscheidung vom 12. Oktober 2009, BK 1a-09/002, S. 5.

problematisch: Erstens ist das Versteigerungsverfahren aus ökonomischer Sicht dem Ausschreibungsverfahren vorzuziehen und mit Blick auf die Ziele nach den §§ 2 und 87 TKG-2021 in der Regel das am besten geeignete Verfahren zur Vergabe knapper Frequenzen im Mobilfunkbereich (siehe dazu die Kapitel 2.2.3 - 2.2.5). Zweitens steigt mit dem Wegfall des Vorrangs das Risiko, dass die Verfahrenswahl Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen wird und sich die Frequenzvergabe verzögern könnte. Tendenziell wird so die Rechtsunsicherheit erhöht.

2.2.2 Auswahlkriterien in Ausschreibungsverfahren

112. Die Ausschreibung zeichnet sich dadurch aus, dass anhand verschiedener Kriterien das am besten geeignete Unternehmen für eine Frequenzzuteilung bestimmt wird. Gemäß § 100 Abs. 6 TKG-2021 sind als abschließende¹⁸³ Kriterien die Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit von Bewerbern, die Eignung der Planungen zur Frequenznutzung, die Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes und der räumliche Versorgungsgrad vorgesehen. Diese grundsätzlich gleichrangigen¹⁸⁴ Kriterien werden nachfolgend näher erläutert.

Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit der Bewerber

113. Die in § 100 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 TKG-2021 genannten Kriterien werden bereits im Zulassungsverfahren nach § 100 Abs. 4 TKG-2021 geprüft,¹⁸⁵ welches dem Vergabeverfahren vorgeschaltet ist. Während dort bloße Mindestvoraussetzungen zu prüfen sind, die sämtliche Bewerber zu erfüllen haben, ist im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens selbst eine vergleichende Bewertung der zugelassenen Unternehmen vorzunehmen.¹⁸⁶ Bei der Zuverlässigkeit kommt es insbesondere darauf an, ob ein Bewerber gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen hat und ob derzeit Verfahren gegen ihn anhängig sind.¹⁸⁷ Außerdem werden unter diesem Kriterium z. B. in der Vergangenheit entzogene Frequenzzuteilungen, Auflagen wegen Nichterfüllung von Verpflichtungen aus Frequenzzuteilungen, Verstöße gegen das Telekommunikations- oder Datenschutzrecht, verwaltungs-, bußgeld-, oder strafrechtliche Verfahren berücksichtigt.¹⁸⁸ Die Fachkunde kann danach bewertet werden, welche Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten das beim Aufbau und Betrieb tätige Personal verfügt.¹⁸⁹ Dazu werden in der Praxis unter anderem Lebensläufe, Zeugnisse und Zertifikate von Mitarbeitern oder vertraglich gebundenen externen Beratern geprüft.¹⁹⁰ Unter dem Kriterium der Leistungsfähigkeit prüft die Bundesnetzagentur, ob „ausreichende finanzielle Mittel (...) dauerhaft zur Verfügung stehen (...)“, sowie die „mittelfristige geschäftliche Planung“.¹⁹¹ In der Praxis heißt dies, dass mit Blick auf die finanziellen Mittel z. B. belegte Bürgschaften, Kredite, Eigenmittel, Gewährleistungen und Patronatserklärungen gewürdigt werden.¹⁹² Bei der geschäftlichen Planung werden z. B. Markt- und Marketinganalysen sowie mittelfristige Prognosen zu Marktgröße, Marktwachstum und Preisgestaltung gewürdigt.¹⁹³

¹⁸³ Ruthig in: Fetzner/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Auflage, Berlin 2021, § 61 Rn. 16 mit weiteren Nachweisen.

¹⁸⁴ Hahn/Hartl/Dorsch in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 63.

¹⁸⁵ Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 42.

¹⁸⁶ Ebenda.

¹⁸⁷ Ebenda.

¹⁸⁸ BNetzA, BK1-20/001, 2020, Tz. 402.

¹⁸⁹ Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 42.

¹⁹⁰ BNetzA, BK1-20/001, 2020, Tz. 411 ff, Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 42.

¹⁹¹ BNetzA, BK1-20/001, S. 8.

¹⁹² Ebenda, Tz. 419.

¹⁹³ Ebenda, Tz. 421 ff.

Eignung der Planungen zur Frequenznutzung

114. Ferner hat die Bundesnetzagentur zu beurteilen, welcher Bewerber am besten geeignet ist, die Bedürfnisse der Nutzer im Hinblick auf die zu realisierenden Telekommunikationsdienste zu befriedigen.¹⁹⁴ Diese Eignung wird anhand des von den Bewerbern zur Verfügung gestellten Frequenznutzungskonzeptes geprüft.¹⁹⁵ In der Praxis umfasst dies z. B. eine Prüfung, ob die technische Planung erkennen lässt, „(...) dass der Bewerber die geplante Vorgehensweise beherrscht (...)“ und ob die Annahmen, auf denen die technische Planung beruht, schlüssig und nachvollziehbar sind.¹⁹⁶

Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes

115. Unter diesem Punkt prüft die Bundesnetzagentur die Darlegungen der Bewerber, wie sie „einen nachhaltigen wettbewerbsorientierten Markt im Sinne des § 2 Abs. 2 TKG“ fördern.¹⁹⁷ Dabei muss die Behörde eine Prognose aufstellen, wie sich die sachlich und räumlich relevanten Märkte entwickeln würden, wenn die Bieter ihr jeweiliges Konzept umsetzen.¹⁹⁸ Mit diesem Kriterium kann ein etwaiger Neueinsteiger mangelnde technische Erfahrungen bei der Gesamtabwägung ausgleichen.¹⁹⁹ Denkbar wären hier in der Praxis viele weitere Aspekte, z. B. eine Würdigung von Zugangsvereinbarungen mit Diensteanbietern, Differenzierungsstrategien zur Erweiterung der Auswahl für Endkunden usw.

Räumlicher Versorgungsgrad

116. Dem Kriterium des räumlichen Versorgungsgrads kommt bei der Ausschreibungsentscheidung ein etwas höheres Gewicht zu, da bei ansonsten gleicher Eignung derjenige Bewerber mit dem höheren Versorgungsgrad auszuwählen ist (§ 100 Abs. 6 Satz 3 TKG-2021). Dieses höhere Gewicht kommt jedoch erst dann zum Tragen, wenn ansonsten eine gleiche Eignung festgestellt wird.²⁰⁰ Üblicherweise wird in vergleichbaren internationalen Verfahren sowohl die angestrebte Flächenversorgung als auch die Geschwindigkeit, mit der die angestrebte Flächenversorgung erreicht werden soll, berücksichtigt.

2.2.3 Ausschreibungen sind ungeeignet, um die Frequenzbedarfe von Unternehmen gegeneinander abzuwägen

117. Eines der wesentlichen Ziele der Frequenzregulierung ist gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 TKG-2021 die effiziente Verwaltung von Frequenzen. Im Mobilfunkbereich bedeutet dies, dass mehrere trennbare Frequenzblöcke zwischen mehreren Mobilfunknetzbetreibern so aufzuteilen sind, dass der größte volkswirtschaftliche Nutzen realisiert wird. Um dieses Ziel in einem Ausschreibungsverfahren zu erreichen, müssten die das Frequenzangebot üblicherweise übersteigenden Frequenzbedarfe der Unternehmen bewertet und gegeneinander abgewogen werden.²⁰¹ Der Frequenzbedarf jedes Mobilfunknetzbetreibers ist durch einen grundlegenden Trade-off gekennzeichnet. Je weniger Frequenzen ein Betreiber erhält, umso mehr Mobilfunkstandorte benötigt er, um die gleiche Netzqualität (Netzabdeckung und Übertragungsrate) zu gewährleis-

¹⁹⁴ Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 43.

¹⁹⁵ BNetzA, BK1-20/001, S. 8.

¹⁹⁶ Ebenda, Tz. 429 ff.

¹⁹⁷ Ebenda, S. 8.

¹⁹⁸ Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 44.

¹⁹⁹ Sörries in Säcker (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 44, so auch Ruthig in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 16.

²⁰⁰ Hahn/Hartl/Dorsch in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 61 Rn. 63.

²⁰¹ Im der Versteigerung regelmäßig vorgeschalteten Bedarfsermittlungsverfahren wird lediglich geprüft, ob der von den Unternehmen angemeldete Bedarf offensichtlich nicht besteht. Vgl. BVerwG, Beschluss vom 20. Februar 2017, 6 B 36/16, a. a. O., Rn. 14 f.

ten.²⁰² Ein Mobilfunknetzbetreiber, der in einem Vergabeverfahren weniger Frequenzspektrum erhält, wird folglich mehr in seine Netzinfrastruktur investieren müssen als ein vergleichbarer Mobilfunknetzbetreiber, der über mehr Frequenzspektrum verfügt. Dies bedeutet auch, dass ein Betreiber, der in der Lage ist, seine Infrastruktur kostengünstiger als seine Konkurrenten zu erweitern, tendenziell weniger dringenden Frequenzbedarf hat als diese. Grundsätzlich ist es also nicht das Ziel einer effizienten Vergabe, die Bedarfe einzelner Unternehmen vollständig zu decken, sondern die Bedarfe der Unternehmen so zu decken, dass der Trade-off der einzelnen Unternehmen zwischen Investitionskosten in Infrastruktur, zugeteiltem Frequenzspektrum und angestrebter Netzqualität volkswirtschaftlich optimal gelöst wird.²⁰³

118. Dieser Trade-off ist komplex. Ein einfacher Vergleich der Bewerber anhand von Kriterien, wie sie § 100 Abs. 6 S. 2 TKG vorsieht, reicht nicht aus. Dies gilt selbst dann, wenn in einem solchen Vergleich die Bewerber mit dem höchsten Frequenzbedarf, d. h. dem besten Geschäftsmodell für den Betrieb einer Mobilfunkinfrastruktur, identifiziert würden. Für eine solche Identifikation könnte prinzipiell das Kriterium der Leistungsfähigkeit²⁰⁴ nach § 100 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 TKG-2021 geeignet sein, sofern man außer Acht lässt, dass der Regulierer die Validität der von den Unternehmen zur Verfügung gestellten Informationen generell nur eingeschränkt prüfen kann. Unter dem Kriterium der Leistungsfähigkeit legen die Bewerber ihre geschäftliche Planung offen. Die Bewerber mit der höchsten Leistungsfähigkeit gemäß ihrer geschäftlichen Planung erhielten dann, unter der Maßgabe der anderen Kriterien und insbesondere des räumlichen Versorgungsgrades, den Zuschlag. Es genügt jedoch nicht, mittels eines einfachen Vergleichs zwischen den Bewerbern auszuwählen. Es muss auch entschieden werden, wie viele Betreiber überhaupt Frequenzspektrum erhalten und wie viel Frequenzspektrum jeder einzelne dieser Betreiber erhält. Der Bedarf der potenziellen Netzbetreiber ist nicht zwangsläufig gleich groß. Daher müsste jede denkbare Allokation aller zu vergebenden Frequenzblöcke und der Bedarf jedes Bewerbers für jeden einzelnen Frequenzblock geprüft werden.

119. Es genügt auch nicht, z. B. die Leistungsfähigkeit²⁰⁵ der vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber in einer Situation, in der alle Netzbetreiber Frequenzen im Flächenspektrum erhalten, mit der Leistungsfähigkeit dieser Unternehmen in der Situation zu vergleichen, in der nur die drei etablierten Betreiber Flächenspektrum erhalten. Insbesondere die Leistungsfähigkeit einzelner Unternehmen, aber auch die aller Unternehmen auf einem Markt insgesamt, ist in der Regel stets höher, wenn der Wettbewerbsdruck geringer ist. Die Unternehmen haben dann geringere Infrastrukturkosten, weil sie mehr Spektrum zu Verfügung haben. Außerdem können sie höhere Preise und damit insgesamt höhere Gewinne durchsetzen. Ihre geschäftliche Planung kann entsprechend optimistischer ausfallen. Ein solcher, simpler Vergleich würde also immer zu dem möglicherweise falschen Ergebnis führen, dass eine Situation mit drei Netzbetreibern einer Situation mit vier Netzbetreibern vorzuziehen sei.

120. Die Komplexität einer Ausschreibung, die tatsächlich eine effiziente Allokation gewährleisten will, lässt sich anhand eines theoretischen Beispiels verdeutlichen. Es sei angenommen, dass bei einer Vergabe von zwei gleichwertigen Frequenzblöcken A und B mit zwei Bewerbern mittels einer Ausschreibung geklärt werden soll, ob es effizient ist, dass einer der Bewerber alle Frequenzblöcke erhält oder beide jeweils einen

²⁰² Durch das Aufteilen eines Areals in eine größere Anzahl von Mobilfunkzellen kann derselbe Frequenzkanal jeweils in mehreren Mobilfunkzellen durch unterschiedliche Nutzer verwendet werden. Gibt es in dem Areal nur eine Mobilfunkzelle, so kann nur ein Nutzer, einen bestimmten Frequenzkanal störungsfrei nutzen. Folglich werden in diesem Fall mehr Kanäle, d. h. mehr Spektrum benötigt, um dieselbe Anzahl an Nutzern zu versorgen. Durch eine größere Anzahl von Mobilfunkzellen kann daher Frequenzspektrum eingespart werden. Rappaport, TS. 2002, *Wireless Communications – Principles & Practice*, S. 14.

²⁰³ Nimmt man als Beispiel die eingangs in diesem Kapitel geschilderte aktuelle Fragestellung, ob genügend Flächenspektrum für den Mobilfunk zur Verfügung steht, damit vier Unternehmen jeweils ein flächendeckendes Mobilfunknetz bei Einhaltung der bis zum Jahr 2040 laufenden Versorgungsaufgaben betreiben können, so müsste der Bedarf des neuen Netzbetreibers und die einzelnen Bedarfe der drei etablierten Netzbetreiber gegeneinander abgewogen werden.

²⁰⁴ Siehe dazu Tz. 113.

²⁰⁵ Siehe dazu Tz. 113.

Frequenzblock erhalten. Dazu müsste zunächst für jeden Bewerber jeweils die Leistungsfähigkeit ermittelt werden, wenn dieser keinen, einen oder beide Frequenzblöcke erhält. Auf Basis der Leistungsfähigkeit in diesen drei verschiedenen Konstellationen können für jeden Bewerber verschiedene Bedarfe bestimmt werden: (1) Der Bedarf eines Bewerbers für einen Frequenzblock durch den Vergleich der Leistungsfähigkeit des Bewerbers mit und ohne diesen Frequenzblock. (2) Sein Bedarf an einem zweiten zusätzlichen Frequenzblock mittels Vergleich der Leistungsfähigkeit mit und ohne diesen zusätzlichen Frequenzblock. (3) Der Bedarf des Bewerbers an beiden Frequenzblöcken insgesamt, mittels Vergleich der Leistungsfähigkeit mit beiden Frequenzblöcken und der Leistungsfähigkeit, wenn der Bewerber keinen der beide Frequenzblöcke erhält. Bei der anschließenden Analyse wäre dann Folgendes zu prüfen:²⁰⁶

- a) Unter der Annahme, dass der erste Bewerber den Frequenzblock A erhält, ist sein Bedarf am Frequenzblock B höher als der Bedarf des zweiten Bewerbers den Frequenzblock B zu erhalten?
- b) Unter der Annahme, dass der zweite Bewerber den Frequenzblock A erhält, ist sein Bedarf am Frequenzblock B höher, als der Bedarf des ersten Bewerbers den Frequenzblock B zu erhalten?
- c) Unter der Annahme, dass a) oder b) erfüllt ist, ist der Bedarf des ersten Bewerbers, beide Frequenzblöcke zu erhalten höher als der des zweiten Bewerbers?

121. Sind weder a) noch b) erfüllt, sollten, unter Berücksichtigung aller weiteren Vergabekriterien, beide Bewerber einen Frequenzblock erhalten. Sind a) oder b) erfüllt, und ist zugleich c) erfüllt, so sollte der erste Bewerber beide Frequenzblöcke erhalten. Sind a) oder b) erfüllt und ist zugleich c) nicht erfüllt, so sollte der zweite Bewerber den Zuschlag für beide Frequenzblöcke erhalten.

122. Die Komplexität dieser Problemstellung nimmt mit der Zahl der Bewerber und der Zahl der Frequenzblöcke exponentiell zu. Eine Ausschreibung von Mobilfunkfrequenzen gemäß § 100 Abs. 6 TKG-2021 kann folglich schon deshalb keine effiziente Frequenzvergabe im Mobilfunkbereich gewährleisten, weil es nicht möglich ist, die Komplexität des Problems im Auswahlverfahren praktikabel abzubilden. Fragestellungen wie jene, ob vier oder drei Netzbetreiber Spektrum im Bereich der Flächenfrequenzen erhalten sollten oder ob z. B. einzelne Netzbetreiber mehr und andere Netzbetreiber weniger Frequenzspektrum in bestimmten Frequenzbereichen benötigen, lassen sich mit diesem Verfahren nicht klären. Daher kann die Allokation des durch Ausschreibung zugeteilten Frequenzspektrums ineffizient sein. Eine Versteigerung führt bei richtiger Ausgestaltung der Regeln hingegen zu einer effizienten Allokation des Frequenzspektrums, weil für jeden der zu vergebenden Frequenzblöcke jeweils derjenige Mobilfunknetzbetreiber das höchste Gebot abgibt und den Zuschlag erhält, der den höchsten Bedarf hat.²⁰⁷ Dadurch werden volkswirtschaftliche Verluste vermieden.

2.2.4 Eingeschränkte Transparenz in Ausschreibungen kann zu willkürlichen Ergebnissen führen

123. Die in § 100 Abs. 6 TKG-2021 festgeschriebenen Kriterien sind nur eingeschränkt transparent objektivierbar. Betrachtet man z. B. das Kriterium Fachkunde, stellt sich in der Praxis die Frage, welche nachgewiesenen Qualifikationen des Personals berücksichtigt werden sollen, ob Qualifikationen in einzelnen Fragen höher gewichtet werden sollen und wie viel höher sie zu gewichten sind, ob zwei Beschäftigte mit derselben nachgewiesenen Qualifikation vorteilhafter sind als eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter, weil das

²⁰⁶ Eine sukzessive Prüfung der einzelnen Bedarfe pro Frequenzblock ist notwendig. Es ist z. B. nicht zielführend, eine durchschnittliche Leistungsfähigkeit der beiden Unternehmen für jede mögliche Frequenzallokation zu berechnen und jene Allokation zu wählen, bei der die Unternehmen im Durchschnitt die höchste Leistungsfähigkeit aufweisen. Dieser Durchschnitt wäre, da Leistungsfähigkeit die Kosten und Unternehmensgewinne umfasst, üblicherweise in einem Monopol am höchsten.

²⁰⁷ Gebhardt/Wambach, 2008, Auctions to implement the efficient market structure. International Journal of Industrial Organization, 26(3), S. 846-859.

Unternehmen dann z. B. gegen den Ausfall einer solchen Person abgesichert ist. Unklar ist ferner, mit welchem Gewicht eine zweite sachverständige Person gewürdigt werden soll und ob eine dritte Person mit derselben Qualifikation eventuell ebenfalls Relevanz hat. In einem vollständig transparenten Verfahren müssten diese Details inklusive Gewichtung vorab allen Bewerbern transparent mitgeteilt werden, damit sie die Gelegenheit haben, für ihre Bewerbung entsprechende Vorbereitungen zu treffen. In der Praxis dürfte es aufgrund der hohen Komplexität und technologischen Heterogenität der Mobilfunknetze schwierig bis unmöglich sein, solche transparenten Kriterien vorab sinnvoll detailliert festzulegen. Auch bei dem Kriterium der Förderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes erscheint es sehr schwierig, im Vorfeld einer Ausschreibung den Bewerbern klare und konkrete Bewertungsparameter darzulegen und eine Gewichtung vorzunehmen, da in der Praxis viele Aspekte, z. B. der Eintritt von Neueinsteigern, eine Würdigung von Zugangsvereinbarungen mit Diensteanbietern, Differenzierungsstrategien zur Erweiterung der Auswahl für Endkunden usw. denkbar sind.

124. In einem nicht vollständig transparenten Verfahren besteht indes die Gefahr, dass der Bewerber den Zuschlag erhält, der zufällig am besten den nicht vollständig bekannten Kriterien des Auswahlverfahrens entspricht. Zudem besteht die Gefahr, dass dem Regulierer unterstellt wird, dass er die Auswahlkriterien oder ihre Gewichtung so gewählt habe, dass ein politisch gewünschtes Ergebnis zustande gekommen ist. Die mögliche Willkürlichkeit der praktischen Ergebnisse bei vorab nicht vollständig transparenten Auswahlkriterien lässt sich exemplarisch an der UMTS-Vergabe in Schweden illustrieren. Hier scheiterte der größte schwedische Mobilfunknetzbetreiber Telia mit seiner Bewerbung, weil die dortige Regulierungsbehörde feststellte, dass die von Telia zugesagte Mobilfunknetzabdeckung nicht mit der von Telia vorgelegten Frequenznutzungsplanung realisierbar sei, da Telia den Bau zu weniger Basisstationen vorsehe, um die notwendigen Signalstärken zu erreichen.²⁰⁸ Zugleich war die Bewerbung von zwei Mobilfunkunternehmen erfolgreich, die zum Zeitpunkt der Vergabe noch über kein bestehendes Mobilfunknetz verfügten. Deren Zusage sah zwar den Bau von mehr Basisstationen vor, die Realisierung dieser Zusagen hätte jedoch den Bau von 700 Basisstationen pro Monat erfordert, was von Beobachtern als ebenso unrealistisch betrachtet wurde.²⁰⁹ Objektiv ließ sich folglich auch die Plausibilität der erfolgreichen Bewerbungen infrage stellen. Dieses Extrembeispiel illustriert, dass es unter anderem vom Zufall abhängt, ob ein Bewerber nicht vollständig transparente Auswahlkriterien in einem Vergabeverfahren richtig antizipiert.

125. Auch in diesem Punkt zeigt sich die Überlegenheit der Versteigerung als Vergabeverfahren. Die Ausgestaltung einer solchen Versteigerung lässt sich vorab klar und detailliert kommunizieren. Zugleich bildet, bei richtiger Ausgestaltung der Versteigerung, die Höhe des Gebotes eines Bieters die gesamte unternehmerische und technische Komplexität der zukünftigen Nutzung des jeweiligen Frequenzblocks durch diesen Bieter ab.

2.2.5 Die Verbindlichkeit von Angeboten kann bei Ausschreibungen kaum gewährleistet werden

126. Ausschreibungsverfahren können Unternehmen zu sehr ambitionierten Zusagen verleiten, wenn im Verfahren z. B. jene Unternehmen einen Zuschlag erhalten, die das ehrgeizigste Ausbauziel formulieren. Dies hat in Finnland und Schweden, die sich bei der Vergabe der UMTS-Frequenzen – soweit möglich – um eine transparente und objektive Ausschreibung bemüht haben, dazu geführt, dass alle erfolgreichen Bewerber die maximale im Ausschreibungsverfahren erzielbare Punktzahl erreichten.²¹⁰ Auch die Bundesnetzagentur hat sich in ihrer Planung für die Vergabe eines einzelnen Frequenzblocks im 450-MHz-Bereich mit dem Fall befasst, dass mehrere Bewerber in der Ausschreibung die maximale Punktzahl und eine identische

²⁰⁸ Andersson/Hulten/Valiente, 2005, Beauty contest licensing lessons from the 3G process in Sweden, Telecommunications Policy, 29(8), S. 586.

²⁰⁹ Ebenda, S. 587.

²¹⁰ Börgers/Dustmann, 2003, Awarding telecom licences: the recent European experience, Economic Policy, 18(36), S. 248.

Flächenversorgung erreichen. Für diesen Fall hatte die Bundesnetzagentur eine Vergabe per Los vorgesehen.²¹¹

127. Den möglichen ambitionierten Zielen in den Bewerbungen der Unternehmen steht gegenüber, dass Regulierer die Realisierung der Zusagen insbesondere auch in der im Ausschreibungsverfahren angekündigten Form nur mit begrenzter Effektivität durchsetzen können. Als Beispiel für mögliche Probleme kann erneut Schweden dienen. Dort gingen die vier erfolgreichen Bewerber nach der Vergabe der UMTS-Lizenzen Kooperationen ein, die nicht in ihrer Bewerbung angekündigt worden waren. Tele2, das über eine der UMTS-Lizenzen verfügte, ging eine Kooperation mit Telia ein, das nicht zum Zuge gekommen war.²¹² Beide Unternehmen erwarben später zusätzlich die Lizenz von Orange, das kein UMTS-Netz in Schweden aufbaute.²¹³ Europoliten und Hi3G, die jeweils über eine UMTS-Lizenz verfügten, vereinbarten ebenfalls eine Kooperation.²¹⁴ Faktisch wurde das ursprüngliche Ziel, vier im Wettbewerb stehende UMTS-Netze aufzubauen, verfehlt, da nur zwei unabhängige UMTS-Netze realisiert wurden. Auch in Deutschland zeigen Erfahrungen mit Versorgungsaufgaben aus der Frequenzversteigerung 2015, dass trotz bestehender Sanktionsmechanismen keineswegs sichergestellt ist, dass Ausbaupläne, wie mit den Mobilfunknetzbetreibern vereinbart, eingehalten werden. Keiner der drei Mobilfunknetzbetreiber hatte am Stichtag 1. Januar 2020 die Versorgungsaufgaben vollständig erfüllt.²¹⁵ In einer Ausschreibung könnten daher solche Unternehmen begünstigt werden, welche die Nichteinhaltung von Zusagen trotz möglicher Sanktionen billigend in Kauf nehmen.

128. Zwar droht bei einer Ausschreibung in gleichem Maße wie bei einer Versteigerung als Ultima Ratio²¹⁶ der Widerruf einer Frequenzzuteilung nach § 102 Abs. 1 Nr. 4 TKG-2021, wenn gegen eine Verpflichtung, die sich aus der Frequenzzuteilung ergibt, schwer oder wiederholt zuwidergehandelt oder ihr trotz Aufforderung nicht nachgekommen wird. Gleichwohl ist das Risiko, das ein Unternehmen bei der Nichterfüllung seiner Verpflichtungen eingeht, bei einer Versteigerung ungleich höher, da es zuvor unter Umständen beträchtliche Summen für die Ersteigerung von Frequenzen ausgegeben hat, die im Falle eines Widerrufs unwiederbringlich verloren sind.²¹⁷ Etwaige Frequenzzuteilungsgebühren, die bei einer Ausschreibung einen ähnlichen Effekt wie Versteigerungserlöse haben könnten, werden gemäß § 223 Abs. 1 Satz 6 TKG-2021 nicht erhoben. Zudem erscheint die gleichermaßen bei beiden Verfahren mögliche Durchsetzung von Verpflichtungen über Zwangsgelder wenig abschreckend, da die Höhe der Zwangsgelder auf EUR 10 Mio. begrenzt ist (§ 202 Abs. 5 TKG-2021).

²¹¹ BNetzA, BK1-20/001, 2020, Tz. 458 ff.

²¹² Tele2 Group, Press release: Tele2 and Telia UMTS network cooperation accepted by the Swedish competition authority, 2002, <https://www.tele2.com/media/news/2002/tele2-and-telia-umts-network-cooperation-accepted-by-the-swedish-competition-authority/>, Abruf am 24. August 2021.

²¹³ COMMS Update, Orange sells 3G licence, 2004, <https://www.commsupdate.com/articles/2004/01/05/orange-sells-3g-licence/>, Abruf am 24. August 2021.

²¹⁴ Hi3G Access AB, Press Release: Capital savings due to Hi3G and Europoliten Vodafones common infrastructure company - 3G Infrastructure Services, 2021, https://www.ckh.com.hk/en/media/press_each.php?id=563, Abruf am 24. August 2021.

²¹⁵ BNetzA, Pressemitteilung vom 14. April 2020, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/20200414_Versorgungsaufgabe.html, Abruf am 10. August 2021.

²¹⁶ Ruthig in: Fetzer/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, a. a. O., § 63 Rn. 11.

²¹⁷ Siehe hierzu das Beispiel Quam, bei dem das Unternehmen für eine UMTS-Lizenz insgesamt EUR 8,5 Mrd. bezahlt hatte. Da das Unternehmen nach Auffassung der Bundesnetzagentur nach der Zuteilung der Frequenzen keine (ausreichenden) Versorgungsaktivitäten entwickelt hatte, wurden ihm die Frequenznutzungsrechte entzogen, ohne dass die Versteigerungserlöse erstattet wurden. Dieser entschädigungslose Widerruf wurde vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt und auch vom Bundesverfassungsgericht gebilligt, siehe dazu BVerfG, Beschluss vom 25. Juni 2015, 1 BvR 2553/11, E-CLI:DE:BVerfG:2015:rk20150625.1bvr255311.

2.2.6 Keine Indizien für spürbare Beeinträchtigung des Mobilfunkausbaus durch Kosten aus Frequenzversteigerungen

129. Seit der TKG-Novelle 2021 werden gemäß § 223 Abs. 1 Satz 6 TKG-2021 bei Ausschreibungen keine Gebühren für die Frequenzzuteilung mehr erhoben. Das am häufigsten genannte Argument für eine Ausschreibung ist daher, dass die Betreiber die Frequenzzuteilung ohne einen Zuschlagspreis erhalten und folglich im Vergleich zu einer Versteigerung mehr Mittel in den Ausbau der Mobilfunknetze investieren können sowie die Ausgaben für die Versteigerung nicht durch hohe Endkundenpreise refinanzieren müssen.

130. Ausgaben für Mobilfunkfrequenzen sind versunkene Kosten²¹⁸, d. h. Kosten, die unwiderruflich bei Frequenzerwerb anfallen. In der ökonomischen Literatur ist allgemein anerkannt, dass solche Kosten aufgrund ihrer Unwiderruflichkeit keinen direkten Einfluss auf die anschließende Preisbildung auf dem Mobilfunkmarkt haben.²¹⁹ Die Preisbildung wird vielmehr von der Wettbewerbsintensität bestimmt.²²⁰ Auch ein indirekter Einfluss auf die Mobilfunkpreise ist daher nur denkbar, wenn ein Zusammenhang zwischen den Kosten des Frequenzerwerbs und der Wettbewerbsintensität besteht. Ein solcher Zusammenhang bestünde, wenn der Wegfall der Kosten für den Frequenzerwerb, z. B. bei einer Ausschreibung, dazu führen würde, dass sich ein Marktzutritt für einen weiteren Wettbewerber rentiert.²²¹ In so einem Fall könnte die größere Anzahl von Mobilfunknetzbetreibern zu einer höheren Wettbewerbsintensität und möglicherweise zu niedrigeren Preisen führen. Dem entgegen steht jedoch die aktuelle Frequenzknappheit. Diese macht den Marktzutritt eines fünften Mobilfunknetzbetreibers unabhängig vom Vergabeverfahren und den damit verbundenen Kosten eher unwahrscheinlich.

131. In Bezug auf die Auswirkungen von Mobilfunkfrequenzausgaben auf die Investitionen ist die Literatur weniger eindeutig. Eine empirische Studie von Zaber und Sirbu (2012) hat den Zusammenhang zwischen der Verbreitung einer Mobilfunknetztechnologie und dem Vergabeverfahren untersucht. Die Autoren finden in ihrer Untersuchung keinen Zusammenhang zwischen Diffusion der 3G-Nutzung²²² in einzelnen Ländern und der Vergabe mittels Ausschreibung bzw. Versteigerung.²²³ Eine weitere Studie von Kuroda und Forero (2017) findet bei der Untersuchung desselben Sachverhaltes unter Nutzung komplexer statistischer Modelle einen negativen Effekt von Versteigerungen auf die Diffusion der 3G-Nutzung.²²⁴ Die Robustheit der Ergebnisse dieser Studie ist jedoch kritisch zu betrachten. Zum einen finden die Autoren keinen Effekt, wenn sie sich in ihrer Analyse auf EU-Staaten beschränken und zum anderen schwankt bei Einbeziehung anderer OECD-Länder oder Einbeziehung von Nicht-OECD-Ländern die Effektstärke je nach Schätzmodellspezifikation erheblich zwischen 1 Prozent und 13 Prozent.²²⁵ Dies könnte darauf hindeuten, dass in der Analyse nicht berücksichtigte Unterschiede zwischen den sehr heterogenen Ländern zu den Ergebnissen geführt haben.

²¹⁸ Versunkene Kosten sind Kosten, die irreversibel sind, d. h. unwiderruflich anfallen. Die Irreversibilität der Ausgaben für Frequenzen ist zwar insofern eingeschränkt, als z. B. ein Handel mit Frequenzen unter den Voraussetzungen des § 101 TKG-2021 möglich ist. Das Unternehmen muss jedoch einen Abnehmer mit entsprechender Zahlungsbereitschaft finden. Außerdem würde ein solcher Handel durch die Bundesnetzagentur geprüft, um z. B. Wettbewerbsverzerrungen zu unterbinden.

²¹⁹ Tirole, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Auflage, München 1999, S. 625.

²²⁰ Ebenda.

²²¹ Ebenda.

²²² Zunahme der Zahl der 3G-Nutzer im Zeitverlauf im Verhältnis zur Gesamtzahl der Mobilfunknutzer.

²²³ Zaber/Sirbu, 2012, Impact of spectrum management policy on the penetration of 3G technology, Telecommunications Policy, 36(9), S. 762-782.

²²⁴ Kuroda/Forero, 2017, The effects of spectrum allocation mechanisms on market outcomes: Auctions vs beauty contests, Telecommunications Policy, 41(5-6), S. 341-354.

²²⁵ Ebenda, S. 352 f.

132. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Unternehmen, das z. B. aufgrund von Ausgaben in einer Versteigerung mehr Fremdkapital aufnehmen muss, insgesamt tendenziell eine schlechtere Bonität hat als ein vergleichbares Unternehmen, das weniger Fremdkapital benötigt. Dieses höhere unternehmerische Risiko könnte dazu führen, dass höhere Zinsen an Kapitalgeber gezahlt werden müssen. Davon könnten auch die Kapitalkosten für den Netzausbau betroffen sein, was sich wiederum negativ auf die Anreize zum eigenwirtschaftlichen Ausbau auswirken würde. Der Monopolkommission liegen derzeit jedoch keine Indizien vor, die darauf hindeuten, dass die Ausgaben für die in Deutschland stattfindenden Versteigerungen ein wesentlicher Faktor für das unternehmerische Risiko der deutschen Mobilfunknetzbetreiber sind.

133. Hinzu kommt, dass der eigenwirtschaftliche Ausbau derzeit nicht die treibende Kraft des Mobilfunkausbaus insbesondere in der Fläche ist, sondern dass in erster Linie die Erfüllung der von der Bundesnetzagentur im Rahmen vergangener Versteigerungen ausgesprochenen Versorgungsaufgaben bei den Ausbauentscheidungen maßgeblich ist. Solche Auflagen können unabhängig von der Art des Vergabeverfahrens ausgesprochen werden, sind jedoch aus Sicht der Monopolkommission generell nicht das am besten geeignete Verfahren, um eine Versorgung auch in den Gebieten sicherzustellen, in denen kein rentabler Ausbau möglich ist. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Gutachten empfohlen, Aufträge zur Versorgung solcher Gebiete an die Netzbetreiber durch Rückwärtsauktionen zu vergeben.²²⁶ Durch eine Rückwärtsauktion lassen sich die Fördermittel für den Ausbau zielgerichtet an dasjenige Unternehmen vergeben, dass das betroffene Gebiet am kostengünstigsten erschließen kann und daher die geringste Förder-summe benötigt. Auch dieses Instrument kann sowohl in Kombination mit einer Versteigerung als auch mit einem Ausschreibungsverfahren eingesetzt werden.

2.2.7 Fazit: Die Versteigerung ist das am besten geeignete Verfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen

134. Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass Ausschreibungen aus mehreren Gründen nicht geeignet sind, den Mobilfunknetzbetreibern entsprechend ihres Bedarfes Frequenzspektrum zuzuweisen. (1) Ausschreibungen sind nicht geeignet, den Frequenzbedarf der Unternehmen sachgerecht gegeneinander abzuwägen; (2) Unternehmen können in einem nicht vollständig transparenten Ausschreibungsverfahren nur eingeschränkt antizipieren, welche Kriterien sie wie zu erfüllen haben; (3) Unternehmen, die bereit sind, spätere Sanktionen in Kauf zu nehmen, um dank umfangreicher Zusagen den Zuschlag zu erhalten, werden in Ausschreibungsverfahren bevorzugt. All diese Probleme können durch eine Versteigerung als Vergabeverfahren umgangen werden. Die Monopolkommission empfiehlt daher auch weiterhin die Versteigerung als das am besten geeignete Verfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen bei Knappheit. Um die Rechtsicherheit bei der Wahl dieses Verfahrens zu erhöhen, sollte der Vorrang der Versteigerung in § 100 Abs. 2 TKG-2021 wieder aufgenommen werden.

135. Der bundesgesetzlich angeordnete grundsätzliche Vorrang des Versteigerungsverfahrens verstößt auch nicht gegen Unionsrecht, solange die Letztentscheidungskompetenz bei der Bundesnetzagentur verbleibt. Zwar sieht Art. 55 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden – und nicht die Mitgliedstaaten – das Auswahlverfahren bestimmen und begründen. Jedoch dürfen gemäß Art. 55 Abs. 2 UAbs. 1 EKEK die Mitgliedstaaten – d. h. auch die nationalen Gesetzgeber – die mit dem Auswahlverfahren verfolgten Ziele bestimmen und quantifizieren. Dies zeigt, dass auch die Gesetzgeber einen gewissen Einfluss auf das Verfahren nehmen dürfen, solange die Letztentscheidungskompetenz bei den jeweiligen Regulierungsbehörden verbleibt. So war dies bislang in Deutschland auch geregelt. Für diese Auslegung spricht auch die endgültige Fassung des Art. 55 Abs. 6 EKEK, der ebenfalls Vorgaben zur Frequenzvergabe enthält. Auch diese Bestimmung richtet sich an die Mitgliedstaaten und nicht nur an die nationalen Regulierungsbehörden. Während in Art. 54 Abs. 6 des EKEK-Kommissionsentwurfs,²²⁷ noch eine Entscheidungskompetenz

²²⁶ Monopolkommission, 11. Sektorgutachten Telekommunikation (2019), a. a. O., K.36.

²²⁷ EU-Kommission, COM(2016) 590 final.

der nationalen Regulierungsbehörden vorgesehen war, haben dies die Mitgliedstaaten nicht mitgetragen. Der Unionsgesetzgeber wollte den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten folglich gewisse Ausgestaltungsspielräume belassen.

2.3 Wettbewerbsfähigkeit der Diensteanbieter im Mobilfunk erhalten

136. Diensteanbieter sind Mobilfunkanbieter, die über kein eigenes Mobilfunknetz verfügen (sog. Mobile Virtual Network Operator – MVNO). Diese Anbieter sind daher darauf angewiesen, dass sie Zugang zu einem oder mehreren Mobilfunknetzen der etablierten Mobilfunknetzbetreiber haben. Unabhängige, in Deutschland aktive Diensteanbieter sind unter anderem 1&1,²²⁸ Freenet, Lebara, Sipgate und Transatel. Diese bieten teilweise Verträge für Privatkundinnen und Privatkunden an, sind aber mitunter auch im Bereich des Internet der Dinge und Industrie 4.0 tätig und tragen daher aktiv zu Innovationen am Markt bei.

137. Bei funktionierendem Wettbewerb zwischen Mobilfunknetzbetreibern auf dem Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen können Diensteanbieter einen angemessenen Vorleistungspreis und angemessene technische Zugangsbedingungen mit einem oder mehreren Netzbetreibern aushandeln. Für den Netzbetreiber ist es in einer solchen Situation vorteilhaft mit dem jeweiligen Diensteanbieter einen Vertrag abzuschließen, weil er an den Umsätzen und Gewinnen partizipiert. Schließt er den betreffenden Vertrag hingegen nicht ab, läuft er Gefahr, dass die Umsätze einem konkurrierenden Netzbetreiber zufallen, mit dem der Diensteanbieter stattdessen einen entsprechenden Zugangsvertrag abschließt. Ein solcher Wettbewerb zwischen Netzbetreibern um Diensteanbieter auf dem Vorleistungsmarkt versetzt Diensteanbieter in die Lage, Vorleistungen günstig einzukaufen. Auf dieser Grundlage können sie auf den verschiedenen Endkundenmärkten wettbewerbsfähige Telekommunikationsdienstleistungen anbieten und den Wettbewerb auf diesen Märkten beleben.

138. Die Befragung von Diensteanbietern durch die Monopolkommission hat Zweifel aufgeworfen, ob ein funktionierender Wettbewerb auf dem Vorleistungsmarkt für den Zugang zu öffentlichen Mobilfunknetzen in Deutschland existiert. Die Diensteanbieter berichten übereinstimmend von im europäischen Vergleich außerordentlich hohen Vorleistungspreisen in Deutschland und Problemen bei Verhandlungen mit den etablierten Netzbetreibern.²²⁹ Insbesondere wird berichtet, dass bei Verhandlungen über den Zugang zu 5G aufseiten der drei Mobilfunknetzbetreiber nicht erkennbar sei, dass ein erfolgreicher Vertragsabschluss angestrebt wird. Nach Informationen der Monopolkommission verfügt unter den unabhängigen Diensteanbietern derzeit lediglich 1&1 über einen Vorleistungszugang zu einem 5G-Netz. Für den Erfolg von 1&1 bei den betreffenden Verhandlungen mit Telefónica könnte indes ausschlaggebend gewesen sein, dass Telefónica entsprechende Auflagen für den Zugang zu seinem Mobilfunknetz im Rahmen der Fusion mit E-Plus gegenüber 1&1 als die Rechtsnachfolgerin der Drillisch AG zu erfüllen hat.

139. Die genannten Indizien könnten auf ein Marktversagen hindeuten. Dafür spricht auch eine nationale Besonderheit im deutschen Mobilfunkmarkt. Die drei in Deutschland aktiven Mobilfunknetzbetreiber Deutsche Telekom AG, Telefónica und Vodafone gehören zu den größten Telekommunikationsunternehmen in Europa. Das bedeutet, dass diese auf einer Vielzahl von nationalen Telekommunikationsmärkten aufeinandertreffen. Empirische Studien zeigen, dass solche Multi-Markt-Kontakte in Mobilfunkmärkten eine sog.

²²⁸ Da 1&1 Stand Dezember 2021 noch über kein aktives eigenes Mobilfunknetz verfügt, handelt es sich faktisch immer noch um einen Diensteanbieter.

²²⁹ Es wurde z. B. berichtet, dass bei Verhandlungen von den Netzbetreibern keinerlei Angebot vorgelegt wurde. In einem Fall wurden Verhandlungen gänzlich verweigert. BNetzA, 2021, BK2b-21-005, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK2-GZ/2021/BK2-21-0005/BK2-21-0005_Antrag.html, Abruf am 23. August 2021, S. 71.

„stillschweigende Kollusion“ begünstigen können.²³⁰ In einer solchen Situation steht ein Mobilfunknetzbetreiber exemplarisch z. B. vor der folgenden Wahl:

(a) Der Netzbetreiber kann mit einem Diensteanbieter einen Vertrag abschließen. Durch diesen Vertragsabschluss partizipiert der Netzbetreiber an dem vom Diensteanbieter generierten Umsatz. Gleichzeitig erhöht sich der allgemeine Wettbewerbsdruck am Endkundenmarkt durch die Präsenz des Diensteanbieters. Während der Netzbetreiber, der den Vertrag abgeschlossen hat, unter dem Strich durch den höheren Umsatz profitiert, erleiden die konkurrierenden Netzbetreiber durch den allgemein höheren Wettbewerbsdruck einen Nachteil. Außerdem signalisiert der Netzbetreiber durch den Vertragsabschluss den konkurrierenden Netzbetreibern, dass er auch in anderen Ländern bereit sein könnte, solche Verträge mit Diensteanbietern abzuschließen und dadurch den allgemeinen Wettbewerbsdruck am Endkundenmarkt auch in diesen Ländern zu erhöhen. Die Reaktion der Wettbewerber auf einen solchen Vertragsabschluss wird folglich so ausfallen, dass sie ihrerseits in den anderen Ländern vergleichbare Verträge mit Diensteanbietern abschließen, um dort selbst von höheren Umsätzen zu profitieren. Dadurch wird auch in diesen Ländern der Wettbewerbsdruck erhöht.

(b) Der Netzbetreiber kann davon absehen, mit einem Diensteanbieter einen Vertrag abzuschließen. Dadurch signalisiert er seinen Konkurrenten, dass er auch in anderen Ländern auf solche Vertragsabschlüsse verzichten wird. Wenn alle Netzbetreiber entsprechend dieser Strategie handeln, kann der von potenziellen Diensteanbietern ausgehende Wettbewerbsdruck zum Vorteil aller Mobilfunknetzbetreiber vermieden werden.

140. Die Bundesnetzagentur hat das möglicherweise bestehende Marktversagen im Rahmen der Mobilfunkfrequenzvergabe im Jahr 2019 adressiert, indem sie den Mobilfunknetzbetreibern ein Verhandlungsgebot gegenüber Diensteanbietern auferlegt hat.²³¹ Die Bundesnetzagentur hat zudem zugesichert, dass sie die Verhandlungen in einer „Schiedsrichterrolle“ begleitet.²³² Das Verhandlungsgebot beinhaltet lediglich eine Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen und stellt keinen Anspruch auf einen erfolgreichen Abschluss dieser Verhandlungen dar.²³³ Dementsprechend ist bisher nicht ersichtlich, dass die Bundesnetzagentur in ihrer Schiedsrichterrolle Einfluss auf den Inhalt der Verhandlungen nimmt. Es scheint dem Verständnis der Bundesnetzagentur zu entsprechen, dass sie in erster Linie sicherstellt, dass die Netzbetreiber mit den Diensteanbietern generell Verhandlungen aufnehmen.

141. Derzeit ist für die Monopolkommission nicht klar erkennbar, ob dieses Vorgehen ausreicht, um das möglicherweise vorhandene Marktversagen zu beheben. Sollten positive Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot weiterhin ausbleiben, empfiehlt die Monopolkommission zu prüfen, ob ein schärferes Regulierungsinstrument notwendig ist. Beispielsweise könnte bei der nächsten Frequenzvergabe den Mobilfunknetzbetreibern eine Diensteanbieterverpflichtung auferlegt werden. Diese sollte sowohl Full-MVNOs, die über ein eigenes Kernnetz verfügen, als auch Light-MVNOs, die sich auf den Wiederverkauf spezialisiert haben, einschließen. Eine solche Diensteanbieterverpflichtung hatte es bereits bei der Vergabe der UMTS-Frequenzen gegeben. Entsprechend § 4 Abs. 2 Satz 2 TKV-alt²³⁴ durfte ein Netzbetreiber den Diensteanbietern keine ungünstigeren Zugangsbedingungen einräumen als dem eigenen Vertrieb oder verbundenen Unternehmen, es sei denn, dass dies sachlich gerechtfertigt ist.²³⁵

²³⁰ Parker/Röller, 1997, Collusive conduct in duopolies: multimarket contact and cross-ownership in the mobile telephone industry, *The RAND Journal of Economics*, S. 304-322; Busse, 2000, Multimarket contact and price coordination in the cellular telephone industry, *Journal of Economics & Management Strategy*, 9(3), S. 287-320.

²³¹ BNetzA, 2018, BK1-17/001, III.4 Nr. 15.

²³² Ebenda, S. 4.

²³³ Ebenda, Tz. 502.

²³⁴ Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11. Dezember 1997, BGBl. I 2910.

²³⁵ BNetzA, 2000, BK1b-98/005 – 1, Anlage 1, Musterlizenz, Teil C, Punkt 15.

142. Die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung wäre gemäß § 105 TKG-2021 möglich. § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 TKG-2021 nennt die Gewährung des Vorleistungszugangs und nationales oder regionales Roaming als mögliche Maßnahmen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb. § 105 Abs. 2 S. 3 TKG-2021 verlangt für die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit (1) die objektive und vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, (2) die Beurteilung, ob die Maßnahme zur Erhaltung und Erreichung eines wirksamem Wettbewerbs erforderlich ist und (3) die Beurteilung der Wirkung auf Investitionen in den Netzausbau. Insgesamt ist davon auszugehen, dass der Bundesnetzagentur bei der Bewertung, ob die Voraussetzungen für die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung vorliegen und wie diese gegebenenfalls auszugestalten wäre, ein weitreichendes Regulierungsermessen zusteht. Dies folgt zum einen daraus, dass die Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen in hohem Maße wertungsoffen sind. Zudem ist dem Erwägungsrund 133 des EKEK zu entnehmen, dass der Unionsgesetzgeber bei der Schaffung von Art. 52 EKEK, der die Grundlage für § 105 TKG-2021 bildet,²³⁶ Wert darauf gelegt hat, dass die Maßnahmen von Behörden beschlossen werden sollen, „*die über die erforderlichen Kenntnisse der Wirtschaft, Technik und des Marktes verfügen*“. Daraus folgt, dass die Entscheidung weitgehend in der Kompetenz der Bundesnetzagentur liegt und nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist.

2.4 Amtspraxis der Bundesnetzagentur: Schnelle Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zu Zero-Rating wünschenswert

143. Traditionelle mobile Telekommunikationsdienste sind einem starken Wettbewerbsdruck durch internetbasierte Over-The-Top-(OTT)-Dienste ausgesetzt. Infolgedessen haben die Mobilfunknetzbetreiber ihre Strategie angepasst und die Preisgestaltung in Mobilfunknetzen von sprach- und textnachrichtenzentrierten Tarifen hin zu datenzentrierten Tarifen und von linearen Tarifen hin zu Tarifen mit Datenkontingenten einschließlich Datenobergrenzen umgestellt. Zudem haben manche Mobilfunknetzbetreiber sog. Zero-Rating-Angebote eingeführt. Zero-Rating ist eine Zubuchoption, die den Datenverkehr bestimmter Anbieter von Inhalten und Diensten bzw. von Dienstekategorien wie z. B. Chat, Spiele, Musik- und Videostreaming, von der Anrechnung auf das monatliche Inklusiv-Datenvolumen der Endnutzerinnen und Endnutzer ausnimmt. Diese Inhalteanbieter müssen als Partnerunternehmen mit dem Mobilfunknetzbetreiber einen Vertrag schließen, der etwa hinsichtlich technischer Voraussetzungen von den Teilnehmern des Zero-Rating-Programms zu erfüllen ist. Es ist nicht bekannt, dass Inhalteanbieter für Zero-Rating-Angebote Zahlungen an die Mobilfunknetzbetreiber vornehmen. Zero-Rating ist daher eine nicht-neutrale Form der Datenabrechnung, weil der Mobilfunknetzbetreiber den zurechenbaren Datenverkehr der zugelassenen Inhalteanbieter von der Anrechnung auf das monatliche Inklusiv-Datenvolumen der Endnutzerinnen und Endnutzer befreit. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wurde intensiv diskutiert, ob diese Praktiken Effizienzgewinne darstellen oder ob sie die Wettbewerbslandschaft in unfairer Weise verändern, die Kosten für konkurrierende Dienste erhöhen und einen Grund für ein regulierendes Eingreifen darstellen.²³⁷

144. Die Monopolkommission hatte sich bereits in ihrem vorletzten Gutachten mit Zero-Rating-Angeboten befasst.²³⁸ Die Bundesnetzagentur hatte die Angebote Deutsche Telekom „StreamOn“²³⁹ sowie Vodafone

²³⁶ BT-Drs. 19/26108, S. 316.

²³⁷ Hildebrandt/Wiewiorra, 2019, Zero-Rating and Sponsored Data Strategies of Internet Service Providers: A Systematic Review of the Literature, Paper presented at the 47th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy (TPRC), Washington, D.C.; Krämer/Peitz, 2018, A Fresh Look at Zero-Rating, Telecommunications Policy, 42(7), S. 501-513; Greenstein/Peitz/Valletti, 2016, Net Neutrality: A Fast Lane to Understanding the Trade-Offs, Journal of Economic Perspectives, 30(2), S. 127-150.

²³⁸ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Telekommunikation (2017), a. a. O., S. 42-44.

²³⁹ BNetzA, Entscheidung zu „StreamOn“ der Telekom Deutschland GmbH vom 15.12.2017. Es wurden Teilaspekte (Throttling, Roaming) der Zubuchoption untersagt.

„Pass“²⁴⁰ in einer Marktuntersuchung geprüft und als mit der Netzneutralitätsverordnung weitgehend in Einklang stehend befunden.²⁴¹ Lediglich drei Teilaspekte wurden beanstandet und sorgten für Klärungsbedarf: 1) Throttling (Drosselung), 2) Roaming (Dienstennutzung im EU-Ausland) und 3) Tethering (Hotspot-Nutzung durch mobile Endgeräte). Bei Zero-Rating-Angeboten für Musik- und Videostreamingdienste sah beispielsweise „StreamOn Music & Video“ der Deutsche Telekom AG ursprünglich vor, dass die Datenübertragungsrate sämtlicher Videostreaminganbieter auf 1,7 Mbit/s reduziert wird (sog. Throttling),²⁴² was einer Standard-Definition-(SD)-Qualität und keiner High-Definition-(HD)-Qualität entspricht. Der Aspekt des Roaming bedeutet, dass Dienste im EU-Ausland zu den gleichen Konditionen wie im Inland angeboten werden müssen. So muss auch die Zero-Rating-Zubuchoption nicht nur im Inland unbegrenzt, sondern auch für die Nutzung im EU-Ausland offen sein, sodass Endnutzerinnen und Endnutzer ihr nationales Datenvolumen beim Roaming nicht verbrauchen.²⁴³ Tethering umfasst die Nutzung von Diensten über einen WLAN-Hotspot, den die Endkundinnen und Endkunden über ihr mobiles Endgerät einrichten. Der über die Nutzung eines Hotspots anfallende Datenverbrauch kann auf das im Tarif enthaltene Datenvolumen angerechnet werden.

145. Grundsätzlich enthalten die gesetzlichen Vorschriften der Netzneutralitätsverordnung keine expliziten Regelungen zu Zero-Rating-Angeboten. Nach Art. 3 Abs. 2 Netzneutralitätsverordnung sind Tarifgestaltungen auf Basis von Datenvolumen erlaubt und erfordern in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 Netzneutralitätsverordnung eine Einzelfallbeurteilung. Des Weiteren macht Art. 3 Abs. 3 Netzneutralitätsverordnung lediglich Vorgaben zum (un)zulässigen Datenverkehrsmanagement. Beiden Regelungen ist mit Blick auf Zero-Rating-Angebote gemein, dass sie unscharf formuliert und entsprechend auslegungsbedürftig sind. Für die Auslegung hat das Gremium Europäischer Regulierungsstellen für die elektronische Kommunikation (GEREK) Leitlinien zum offenen Internet erarbeitet und eine Überarbeitung dieser Leitlinien veröffentlicht.²⁴⁴ Diese neuen Leitlinien beinhalten einen detaillierten Prüf- und Kriterienkatalog für Zero-Rating-Angebote, welcher die wesentlichen Aspekte von Zero-Rating-Angeboten hinsichtlich der möglichen Auswirkungen auf Endnutzerinnen und Endnutzer als auch auf Anbieter von Anwendungen und Diensten adressiert.²⁴⁵

146. In einer Grundsatzentscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zu Zero-Rating-Angeboten im Fall Telenor/Nemzeti Media aus Ungarn vom 15. September 2020²⁴⁶ legte der EuGH erstmals die Netzneutralitätsverordnung aus und urteilte, dass *„Pakete, die Gegenstand von Vereinbarungen zwischen einem Anbieter von Internetzugangsdiensten und Endnutzern sind, wonach Letztere einen Tarif buchen können, der sie berechtigt, ein bestimmtes Datenvolumen uneingeschränkt zu nutzen, ohne dass die Nutzung bestimmter Anwendungen und Dienste, für die ein „Nulltarif“ gilt, angerechnet wird, und diese Anwendungen und Dienste weiterhin zu nutzen, nachdem das gebuchte Datenvolumen ausgeschöpft wurde, während die übrigen verfügbaren Anwendungen und Dienste blockiert oder verlangsamt werden“* mit Art. 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 Netzneutralitätsverordnung unvereinbar sind.²⁴⁷ Damit ist die Netzneutralitätsverordnung

²⁴⁰ BNetzA, Prüfung von „Pass“ der Vodafone GmbH. Nach Abschluss der Ermittlungen beanstandete die Bundesnetzagentur am 15. Juni 2018 Teilaspekte (Roaming, Tethering) der Zubuchoption, woraufhin Vodafone das Angebot angepasst und die Bundesnetzagentur in der Folge das Verfahren eingestellt hat.

²⁴¹ EU-Kommission, Verordnung (EU) 2015/2120 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet, 25. November 2015.

²⁴² In den aktuellen AGB ist eine Drosselung lediglich für den Fall vorbehalten, dass dies „den rechtlichen Regelungen entspricht“, <https://www.telekom.de/dlp/agb/pdf/48356.pdf>, S. 9, zuletzt Abruf am 10. November 2021.

²⁴³ Roaming-Anbieter dürfen die Nutzung von Daten im EU-Ausland aber mit einer angemessenen Nutzungsregelung (fair-use-policy) begrenzen.

²⁴⁴ Gremium Europäischer Regulierungsstellen für Elektronische Kommunikation (GEREK), Leitlinien zum offenen Internet, BoR (20) 112 vom 11. Juni 2020.

²⁴⁵ BEREC, BoR (20) 112, S. 55-57.

²⁴⁶ EuGH, Urteil vom 15.9.2020, Az. C – 807-18, C-39/19 - ECLI:EU:C:2020:708.

²⁴⁷ Siehe hierzu im Urteil unter Tz. 54.

mit Blick auf Zero-Rating-Angebote höchststrichterlich so ausgelegt worden, dass Zero-Rating eine nicht-neutrale Datenabrechnungspraxis ist, die eine unzulässige Diskriminierung des Datenverkehrs dann darstellt, wenn Mobilfunknetzbetreiber sie mit einer nicht-neutralen Datenobergrenze kombinieren. Seitdem ist es nicht mehr rechtmäßig, wenn die Teilnehmerdienste eines Zero-Rating-Programms auch dann noch ohne Bandbreitenbegrenzung konsumierbar sind, wenn das Inklusiv-Datenvolumen der Endnutzerinnen und Endnutzer bereits aufgebraucht ist.

147. In drei weiteren Urteilen zu den Fällen Deutsche Telekom „StreamOn“ und Vodafone „Pass“ vom 02. September 2021²⁴⁸ stellte der EuGH schließlich fest, dass „Nulltarif-Optionen“ gegen die Verordnung über den Zugang zum offenen Internet verstoßen. Der EuGH urteilte: *„Eine Tarifoption zum sogenannten „Nulltarif“ wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, nimmt jedoch auf der Grundlage kommerzieller Erwägungen eine Unterscheidung innerhalb des Internetverkehrs vor, indem der Verkehr zu bestimmten Partneranwendungen nicht auf den Basistarif angerechnet wird. Eine solche Geschäftspraxis erfüllt daher nicht die in Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 1 der Verordnung 2015/2120 genannte allgemeine Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln.“*²⁴⁹ Diese strenge Auslegung der Vorschriften bedeutet eine unmittelbare Unzulässigkeit der Teilaspekte Throttling, Roaming und Tethering.

148. Aus Sicht der Monopolkommission überrascht die Auslegung des Europäischen Gerichtshofes, insbesondere da die Stakeholder, GEREK und auch die Monopolkommission zu einer anderen Auslegung gelangt waren. Insofern steht nun eine erneute Überarbeitung der GEREK-Leitlinien zur Netzneutralitätsverordnung an, die diese Rechtsprechung reflektiert.²⁵⁰ Im Ergebnis ist damit der bisherigen Auslegung der nationalen Regulierungsbehörden mit Blick auf Zero-Rating-Angebote der Boden entzogen worden. So dürften Zero-Rating-Angebote nun insgesamt unzulässig und weitere Untersagungsverfügungen seitens der Bundesnetzagentur die Folge sein.²⁵¹ Eine schnelle Umsetzung der EuGH-Entscheidungen zu Zero-Rating-Angeboten durch die Bundesnetzagentur ist aus Sicht der Monopolkommission wünschenswert.

149. Kritisch zu beurteilen ist die lange Verfahrensdauer beim Vollzug der Netzneutralitätsverordnung: Die Bundesnetzagentur untersagte bereits im Dezember 2017 bestimmte Teilaspekte des „StreamOn“-Angebots der Deutsche Telekom AG. Der anschließende Rechtsstreit zwischen der Deutsche Telekom AG und der Bundesnetzagentur ist mit Stand Dezember 2021 jedoch immer noch nicht abgeschlossen. Zwar liegt nun eine Entscheidung des EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren vor. Eine rechtskräftige Entscheidung der nationalen Verwaltungsgerichte steht jedoch noch aus. Unternehmen könnten folglich einen Verstoß gegen die Netzneutralitätsverordnung zunächst in Kauf nehmen und über einen längeren Zeitraum davon profitieren, ohne Sanktionen befürchten zu müssen. Diesen Missstand hat der Gesetzgeber mit dem Telekommunikationsmodernisierungsgesetz zu Recht abgemildert,²⁵² indem er in § 228 Abs. 4 TKG-2021 Bußgeldtatbestände bei einer Verletzung der Netzneutralitätsverordnung eingeführt hat. Dies war auch unionsrechtlich geboten, da Art. 6 der Netzneutralitätsverordnung die Einführung abschreckender Sanktionen vorgibt. Bei künftigen Verstößen gegen die Netzneutralitätsverordnung sollte die Bundesnetzagentur jedenfalls in klaren Fällen neben einer Untersagung der rechtswidrigen Praxis zugleich ein Bußgeldverfahren einleiten.

²⁴⁸ EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-34/20 – ECLI:EU:C:2021:677, EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-854/19 – ECLI:EU:C:2021:675, EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-5/20 – ECLI:EU:C:2021:676.

²⁴⁹ Siehe hierzu die jeweiligen Urteile unter Tz. 146 und 147.

²⁵⁰ Mit einer Veröffentlichung erneut überarbeiteter GEREK-Leitlinien zu der Verordnung über den Zugang zum offenen Internet ist im Juni 2022 zu rechnen, vgl. <https://netzpolitik.org/2021/netzneutralitaet-eu-entscheidung-ueber-zero-rating-erst-naechstes-jahr/>.

²⁵¹ Diese Einschätzung teilt etwa auch Kiparski, CR 2021, 673, 676 f.

²⁵² Siehe zur Begründung BT-Drs. 19/26108, S. 383 f.

150. Insgesamt hat sich gezeigt, dass breit interpretierbare gesetzliche Vorschriften zu Rechtsunsicherheiten führen, die auch nicht dadurch gemildert werden, dass ein Regulierungsgremium wie GEREK mit der Konkretisierung der Vorschriften beauftragt wird. Wichtige Richtungsentscheidungen sollten daher so konkret sein, dass eine unmittelbare Umsetzung möglich ist. Die Bundesregierung sollte sich im Rat der EU dafür einsetzen, bereits auf Gesetzesebene hinreichend klare Regelungen zu schaffen.

Kapitel 3

Zur Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen bei interpersonellen Telekommunikationsdiensten

151. Eine wesentliche Neuerung des Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (EKEK) und der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes im Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG), die im Dezember 2018 bzw. Dezember 2021 in Kraft getreten sind, ist die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Telekommunikationsregulierung auf sog. Over-The-Top-(OTT-)Kommunikationsdienste. Die Definition von OTT-Diensten an sich ist weit, da der Begriff „Over-The-Top“ lediglich zum Ausdruck bringt, dass sie über das „offene Internet“, und nicht fest mit einer bestimmten Netztechnologie verbunden, erbracht werden. Erfasst sind damit grundsätzlich auch Inhaltsdienste wie z. B. Video- und Musikstreaming, soziale Netzwerke, Suchmaschinen, etc. Aus Sicht der Telekommunikationsregulierung sind jedoch primär die Dienste bedeutsam, die in Konkurrenz zu „klassischen“ Telekommunikationsdiensten stehen. Im Folgenden wird für diese der Begriff „OTT-Kommunikationsdienste“ verwendet, auf die sich die vorliegende Untersuchung konzentriert. Bei OTT-Kommunikationsdiensten handelt es sich also um Dienste, die über das (offene) Internet erbracht werden und eine Individualkommunikation ermöglichen. Anders als „klassische Kommunikationsdienste“ wie z. B. Telefonie und SMS verfügen die Anbieter derartiger Dienste in der Regel selbst kaum über Infrastrukturen, sondern greifen auf die bestehenden Internetzugangsverbindungen zurück, die die Telekommunikationsnetzbetreiber ihren Kundinnen und Kunden zur Verfügung stellen. Beispiele derartiger Dienste sind etwa WhatsApp, Skype und E-Mail-Dienste. Zwar ermöglichen diese Dienste genauso wie „klassische Telekommunikationsdienste“ eine Individualkommunikation. Im Gegensatz zu jenen können sie jedoch meist keine Verbindung zu einer Rufnummer des öffentlichen Telekommunikationsnetzes aufbauen. Es gibt jedoch auch Dienste, die dies ermöglichen, z. B. Skype-To-Phone und Viber Out. Dienste, die keine Verbindung zu öffentlich zugewiesenen Rufnummern aufbauen können (z. B. WhatsApp, Threema, Signal) werden in der Gesetzestermiologie als nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste bezeichnet (§ 3 Nr. 40 TKG-2021). Dienste, die dies können, werden als nummerngebundene interpersonelle Telekommunikationsdienste bezeichnet (§ 3 Nr. 37 TKG-2021). Zu den letztgenannten Diensten zählen einerseits solche, die eine Verbindung über das Internet aufbauen (z. B. Skype-To-Phone und Viber Out), aber auch die klassischen Telekommunikationsdienste, die eine Individualkommunikation ermöglichen (z. B. Telefonie, SMS, MMS, RCS). Auf weitere Einzelheiten und die genaue Abgrenzung zwischen diesen Kategorien wird in Abschnitt 3.2 eingegangen.

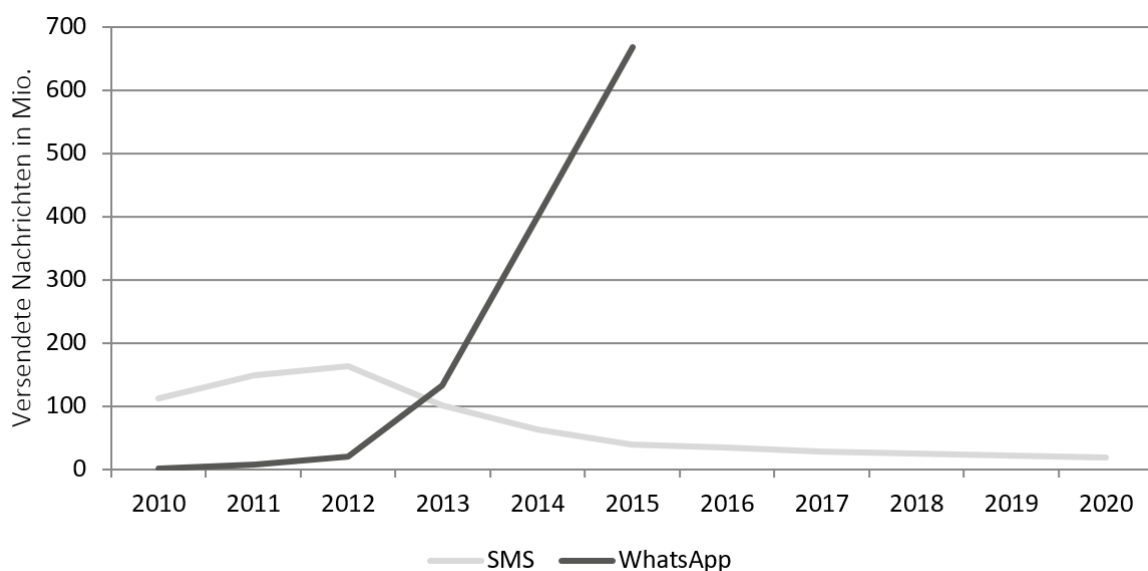
152. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des Telekommunikationsrechts auf OTT-Kommunikationsdienste stellt eine fundamentale Fortentwicklung dar und soll daher im Folgenden umfassend gewürdigt werden. Um eine Einordnung der Thematik zu ermöglichen, soll zunächst auf die Entwicklungen eingegangen werden, die zur Einbeziehung von OTT-Kommunikationsdiensten in die Telekommunikationsregulierung geführt haben (Abschnitt 3.1). Anschließend wird darauf aufbauend die neue, funktionale Definition von Telekommunikationsdiensten gewürdigt, mittels der die Erfassung von OTT-Kommunikationsdiensten erfolgt (Abschnitt 3.2). In der Folge wird untersucht, inwiefern es dem Gesetzgeber gelungen ist, ein chancengleiches Wettbewerbsumfeld zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und OTT-Kommunikationsdiensten zu schaffen, was ein erklärtes Ziel des Reformwerks war (Abschnitte 3.3 – 3.5). Dabei werden jeweils auch Handlungsoptionen der Vollzugsbehörden aufgezeigt.

3.1 Rolle der OTT-Kommunikationsdienste im Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten

153. Aus funktionaler Sicht ermöglichen OTT-Kommunikationsdienste wie WhatsApp, Signal, Skype und Threema eine Kommunikation genauso wie klassische Telekommunikationsdienste, d. h. Telefonie und SMS. Die Telekommunikationsbranche sieht sich einem Wettbewerbsdruck von Unternehmen ausgesetzt, die solche OTT-Kommunikationsdienste anbieten. Insgesamt zeigt die Entwicklung über die letzten Jahre ein ambivalentes Verhältnis zwischen den klassischen Telekommunikationsdiensten und den OTT-

Kommunikationsdiensten. Während die Anzahl versendeter SMS-Nachrichten stark rückläufig ist, nimmt die Anzahl versendeter Nachrichten über OTT-Kommunikationsdienste wie WhatsApp kontinuierlich zu, was auf ein Substitutionsverhältnis hindeutet (vgl. Abbildung 3.1). Anders ist das Verhältnis beim Vergleich der Sprachminuten, bei dem für das Jahr 2021 geschätzte 433 Millionen Minuten täglich über das Mobilfunknetz und 234 Millionen Minuten täglich über OTT-Kommunikationsdienste gesprochen wurden. Über die Zeit deutet sich hier eher ein komplementäres Verhältnis zwischen der (mobilen) Telefonie und Sprachverbindungen über OTT-Kommunikationsdienste an (vgl. Abbildung 3.2). Gleichzeitig ist zu beobachten, dass das über Festnetz- und Mobilfunkanschlüsse abgewickelte Datenvolumen stetig ansteigt (vgl. Abbildung 3.3). Dies liegt jedoch primär an OTT-Inhaltsdiensten, insbesondere an der zunehmenden Nutzung von Videostreamingdiensten wie z. B. Youtube, Netflix, etc. (vgl. Abbildung 3.4). Die über klassische Telekommunikationsdienste erzielten Umsätze stagnieren hingegen seit Jahren (vgl. Abbildung 3.3).²⁵³

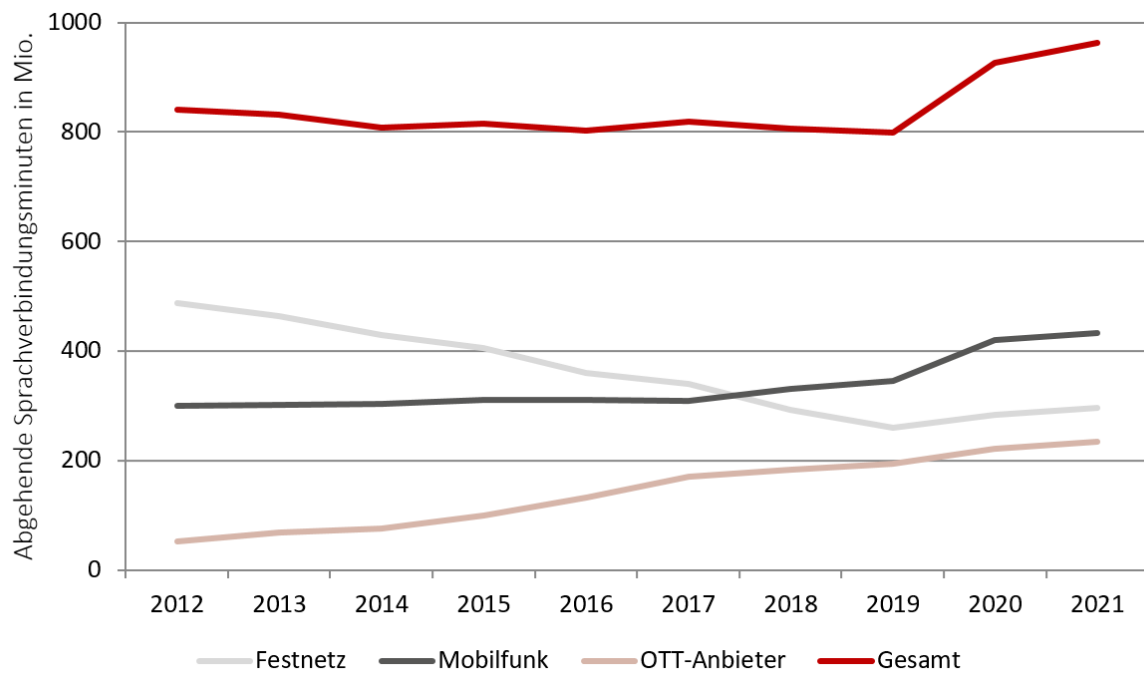
Abbildung 3.1: Versendete SMS- und WhatsApp-Nachrichten in deutschen Mobilfunknetzen pro Tag



Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 43; Dialog Consult/VATM, 17. TK-Marktanalyse Deutschland 2015, Düsseldorf 2015, S. 30; eigene Darstellung

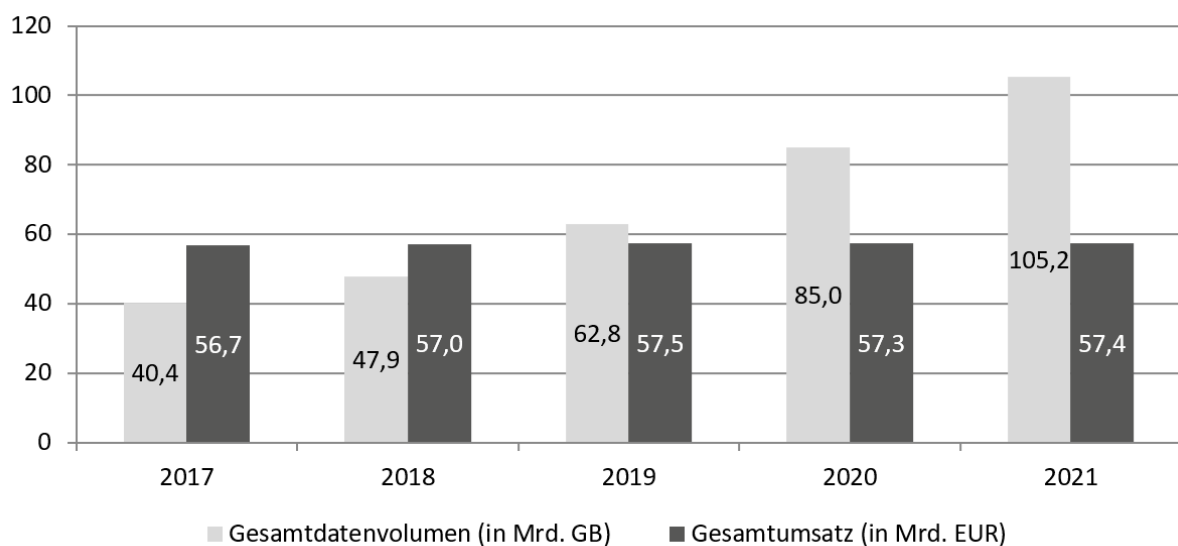
Anmerkung: Die hier dargestellten Zahlen der versendeten SMS wurden basierend auf den Angaben der Bundesnetzagentur zu den jährlich versendeten Kurznachrichten per SMS auf einen täglichen Mittelwert umgerechnet. Schätzung der WhatsApp-Nachrichten auf Basis globaler Nutzungsdaten, die bevölkerungsproportional auf Deutschland heruntergerechnet wurden.

²⁵³ BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 21.

Abbildung 3.2: Sprachverbindungsminuten pro Tag (2012 bis 2021)

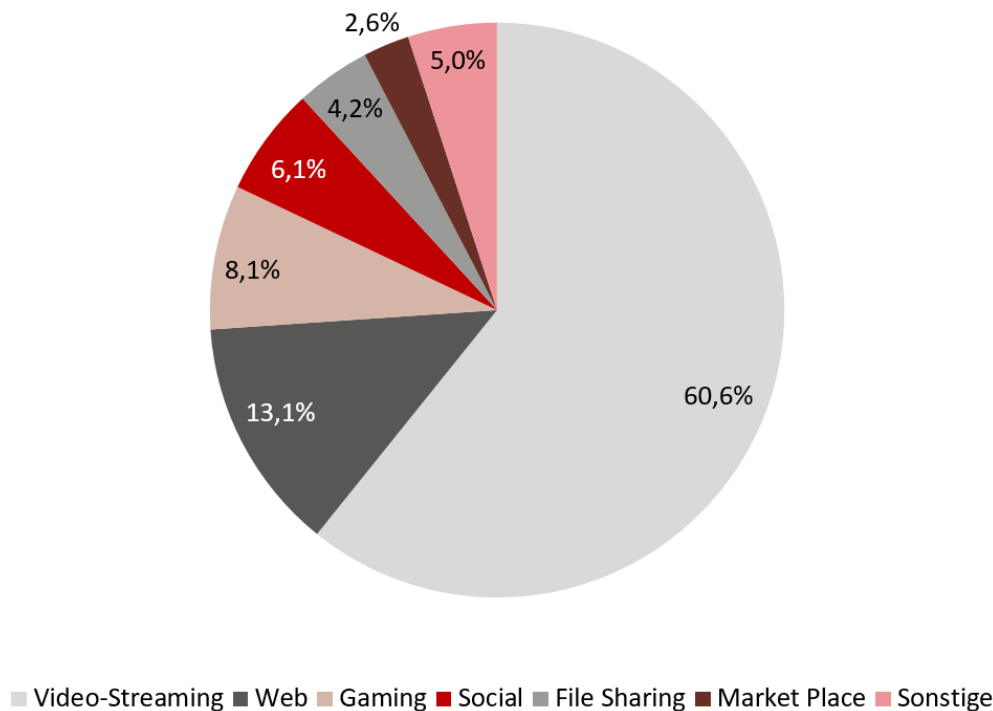
Quelle: Dialog Consult/VATM, 23. TK-Marktanalyse Deutschland, a. a. O., S. 8; eigene Darstellung

Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung. OTT-Verkehr = Geschätzte Verbindungsminuten, die nicht über einen Anschlussnetzbetreiber abgerechnet werden (OTT = Over-the-Top wie WhatsApp, Skype, etc.).

Abbildung 3.3: Gesamtdatenvolumen und Gesamtumsatz der TK-Branche (2017 bis 2021)

Quelle: Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2020/2021, a. a. O., S. 21, 42; eigene Darstellung

Anmerkung: Bei den Werten von 2021 handelt es sich um eine Schätzung.

Abbildung 3.4: Traffic-Anteile am Gesamtdatenvolumen (2019)

Quelle: Statista (20. März 2020), <https://de.statista.com/infografik/21188/zusammensetzung-des-weltweiten-downstream-internet-traffics/>; eigene Darstellung²⁵⁴

154. Seitens der etablierten Telekommunikationsunternehmen wurde²⁵⁵ und wird²⁵⁶ das Fehlen chancengleicher Wettbewerbsbedingungen („Level Playing Field“) zwischen „klassischen“ Telekommunikationsdiensten und OTT-Kommunikations- und -Inhaltsdiensten beklagt. Zum einen wird kritisiert, dass gerade OTT-Inhaltsdienste aufgrund ihres großen Datentransportbedarfs hohe Investitionskosten für Netzbetreiber verursachen, ohne an diesen Kosten beteiligt zu werden. Zum anderen wird moniert, dass OTT-Kommunikationsdienste klassische Kommunikationsdienste substituieren können, dabei aber nicht denselben (strengen) Regeln der Telekommunikationsregulierung unterliegen.

155. Der Gesetzgeber hat mittlerweile OTT-Kommunikationsdienste teilweise in die Telekommunikationsregulierung einbezogen: Ende des Jahres 2018 hat der EKEK die Rahmenbedingungen über die Einbeziehung dieser Dienste in den Telekommunikationsrechtsrahmen geschaffen. Diese unionsrechtlichen Vorgaben wurden in der TKG-Novelle 2021 mit Wirkung vom 1. Dezember 2021 (Art. 61 Abs. 1 TKMoG) in nationales Recht umgesetzt.

156. Insgesamt erscheint es durchaus nachvollziehbar, OTT-Kommunikationsdienste wegen der dargestellten Substitutions- und Komplementaritätsverhältnisse grundsätzlich in das Telekommunikationsrecht mit einzubeziehen. Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass alleine aus dieser Einbeziehung noch keine strenge Infrastrukturregulierung folgt. Viele der Vorschriften des TKG sind erst dann anwendbar, wenn in

²⁵⁴ Anmerkung: Unter Sonstige fallen „Sicherheit & VPN“ (1,6 Prozent), „Messaging“ (1,6 Prozent), „Cloud“ (1,4 Prozent) und „Audio-Streaming“ (0,4 Prozent).

²⁵⁵ <https://www.heise.de/newsticker/meldung/MWC-Carrier-vs-Internetkonzerne-Netzbetreiber-fordern-ein-Level-Playing-Field-2562493.html>, Abruf am 22. September 2021.

²⁵⁶ <https://www.mobileworldlive.com/featured-content/top-three/dt-boss-demands-level-playing-field-with-otts>, Abruf am 16. Februar 2022.

einem förmlichen Marktregulierungsverfahren festgestellt wird, dass einzelne OTT-Kommunikationsdiensteanbieter über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das ist aktuell nicht der Fall. So könnte möglicherweise der Drei-Kriterien-Test bereits nicht erfüllt sein. Die folgende Untersuchung legt daher die bestehende gesetzliche Wertungsentscheidung der grundsätzlichen Einbeziehung in das Telekommunikationsrecht zugrunde und unterbreitet Vorschläge zur Weiterentwicklung des Gesetzesrahmens und seines Vollzugs durch die Behörden. Hierbei ist darauf zu achten, eine Überregulierung auch hinsichtlich der klassischen Telekommunikationsunternehmen zu vermeiden. Daher sollte jeweils bei der Frage, ob OTT-Kommunikationsdienste einbezogen werden sollen, kritisch hinterfragt werden, ob eine Regulierung überhaupt noch erforderlich ist. Falls nicht, sollte hinsichtlich klassischer Telekommunikationsdienste eine Deregulierung erfolgen. Eine derartige Prüfung erscheint schon deshalb angezeigt, weil die Komplexität der Telekommunikationsregulierung durch eine stetige Erhöhung²⁵⁷ der Anzahl an Regelungen im TKG tendenziell eher zu- als abgenommen hat.

157. Im weiteren Verlauf der Untersuchung soll im Wesentlichen das Begriffspaar der nummernunabhängigen und der nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdienste verwendet werden, da es sich dabei um die Rechtsbegriffe handelt, die das Gesetz für OTT-Kommunikationsdienste wählt. Das Unterscheidungskriterium ist, ob ein Dienst eine Verbindung zu einer Rufnummer des öffentlichen Telefonnetzes aufbauen kann. Nummernunabhängige Dienste können dies nicht. Wie eingangs dargelegt, handelt es sich bei nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten (z. B. WhatsApp, Skype, E-Mail) um eine Teilmenge von OTT-Kommunikationsdiensten. Nummerngebundene interpersonelle Telekommunikationsdienste können hingegen ebenfalls OTT-Kommunikationsdienste sein, wenn sie eine Verbindung zu Rufnummern aufbauen können und über das Internet erbracht werden (z. B. Skype-To-Phone und Viber Out). Zu den nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdiensten zählen jedoch auch die „klassischen Telekommunikationsdienste“ wie z. B. Telefonie, SMS, MMS und RCS.

3.2 Gesetzliche Definitionen von Telekommunikationsdiensten unionsweit einheitlich schärfen

158. Mit der Novellierung des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens durch den EKEK ging eine grundlegende Neufassung der Definition von Telekommunikationsdiensten einher. Auch wenn die Monopolkommission eine diesbezügliche Anpassung an die technische Entwicklung grundsätzlich begrüßt (dazu 3.2.1),²⁵⁸ so ist doch zu konstatieren, dass die Änderungen eine Reihe von Problemen aufwerfen, die bislang noch nicht gelöst sind. So ist insbesondere noch zu klären, wie im Einzelfall Telekommunikations- von Inhaltsdiensten abgegrenzt werden können (dazu 3.2.2) und welche Folgen es hat, dass Telekommunikations- und Inhaltsdienste zunehmend miteinander verknüpft werden (dazu 3.2.3).

3.2.1 Funktionale Definition von (interpersonellen) Telekommunikationsdiensten sinnvoll

159. Eine wesentliche Änderung im EKEK war die Anpassung der Definitionen, die den Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts eröffnen. Der hierfür zentrale Begriff der Telekommunikationsdienste umfasst nun nach § 3 Nr. 61 TKG-2021 Internetzugangsdienste, interpersonelle Telekommunikationsdienste (im Folgenden ITD) und Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen, wie z. B. Übertragungsdienste für die Maschine-Maschine-Kommunikation und für den Rundfunk. Eine weitere Voraussetzung nach § 3 Nr. 61 TKG-2021 ist, dass die Dienste in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und weder Inhalte anbieten noch eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Die Entgeltlichkeit schließt

²⁵⁷ Enthielt das TKG-1996 noch 100 Paragraphen, so waren es im Jahr 2004 152 und im Jahr 2021 230.

²⁵⁸ Siehe dazu bereits frühere Empfehlungen der Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Telekommunikation (2015): Telekommunikation 2015: Märkte im Wandel (Sondergutachten 73), Baden-Baden 2015, Tz. 166.

auch Monetarisierungswege in Form von Nutzer- und Nutzungsdaten, durch Dritte bezahlte Werbung und andere geldwerte Formen für erhobene (personenbezogene) Daten mit ein.²⁵⁹

160. Damit ist es für die Einbeziehung von Diensten in den Telekommunikationsrechtsrahmen nicht mehr in jedem Fall erforderlich, dass sie ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen (§ 3 Nr. 24 TKG a.F.). Das ist relevant, weil der EuGH in der Vergangenheit dieses Tatbestandsmerkmal eher eng und technisch auslegte und OTT-Dienste als grundsätzlich nicht erfasst ansah, weil die Signalübertragung durch die Internetprovider erfolge.²⁶⁰ Der EU-Gesetzgeber hat bei der Novellierung des Telekommunikationsrechtsrahmens insbesondere interpersonelle Kommunikationsdienste²⁶¹ nunmehr anhand ihrer Funktionen beschrieben, damit auch OTT-Dienste grundsätzlich der Telekommunikationsregulierung unterliegen.

161. Ein interpersoneller Telekommunikationsdienst liegt gemäß § 3 Nr. 24 TKG-2021 vor, wenn dieser 1) gewöhnlich gegen Entgelt erbracht wird, und 2) einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über elektronische Kommunikationsnetze zwischen einer endlichen Anzahl von natürlichen Personen ermöglicht, die vom Sender der Kommunikation bestimmt werden. Dies schließt beispielsweise E-Mail-Dienste, Mitteilungsdienste und Gruppenchats mit ein und schließt linearen Rundfunk, Videoabrufdienste, Webseiten im World Wide Web, soziale Netzwerke, Blogs und Maschine-zu-Maschine Kommunikation aus, da diese entweder dem Empfänger der Kommunikation nicht die Möglichkeit zur Antwort geben, die Anzahl der Empfänger unbegrenzt ist oder keine natürlichen Personen an der Kommunikation beteiligt sind.

162. Weiter unterschieden werden interpersonelle Telekommunikationsdienste in nummerngebundene, von öffentlichen Nummerierungsressourcen für die Herstellung einer Verbindung Gebrauch machende ITD (§ 3 Nr. 37 TKG-2021, z. B. Skype-To-Phone, Viber Out und klassische Dienste wie SMS und Telefonie) und nummernunabhängige ITD (§ 3 Nr. 40 TKG-2021, z. B. WhatsApp, Signal, Threema, Wire). Hinsichtlich den nummernunabhängigen Diensten ist die Einbeziehung in die Telekommunikationsregulierung nur punktuell vorgesehen.²⁶² So sind nummerngebundene ITD nach Auffassung des Unionsgesetzgebers regulatorisch anders zu behandeln als nummernunabhängige ITD, da sie am „öffentlich gesicherten interoperablen Ökosystem“, d. h. dem öffentlich zugeteilten Nummernraum, beteiligt sind und somit auch Nutzen daraus ziehen.²⁶³ Da die Einbeziehung in die Regulierung im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfolgen muss, werden Kleinstunternehmen teilweise von der Regulierung ausgenommen.²⁶⁴ Die Monopolkommission begrüßt die stärker funktional ausgerichtete Definition, weil damit eine Flexibilisierung bei der Regulierung dynamischer technischer Entwicklungen ermöglicht wird. Es bestehen jedoch weiterhin Probleme bei der Abgrenzung zu Inhaltsdiensten und mit fortwährend neue Funktionalitäten integrierenden Diensten, die auf Unionsebene gelöst werden müssen (dazu im Folgenden Tz. 163 ff.).

3.2.2 Abgrenzung von Kommunikationsdiensten zu Inhaltsdiensten nicht eindeutig

163. Die vom Gesetzgeber gewählte Definition von ITD in § 3 Nr. 24 TKG-2021 ist in zwei Teile untergliedert: Zunächst ist gemäß Halbsatz 1 zu prüfen, ob ein Dienst eine Individualkommunikation im Sinne dieser Norm ermöglicht. An dieser Stelle erfolgt eine Abgrenzung zu Inhaltsdiensten (dazu sogleich Tz. 165 ff.). Da ein

²⁵⁹ Auf die bereits bisher bestehende Rechtsprechung des EuGH, die derartige Konstellationen für die Einstufung als „entgeltlich“ ausreichen lässt, nimmt Erwägungsgrund 16 EKEK nun ausdrücklich Bezug.

²⁶⁰ EuGH, Urteil vom 13.6.2019, Az. C – 193/18 - ECLI:EU:C:2019:498.

²⁶¹ Die Terminologie ist auf nationaler Ebene und Unionsebene leicht verschieden: Während der EKEK den Begriff „Kommunikationsdienste“ verwendet, bezeichnet das TKG sie als „Telekommunikationsdienste“.

²⁶² Gemäß der Gesetzesbegründung in Erwägungsgrund 18 EKEK soll eine Einbeziehung nur erfolgen, wenn es das öffentliche Interesse erfordert.

²⁶³ Siehe Erwägungsgrund 18 EKEK.

²⁶⁴ Siehe dazu Erwägungsgrund 255 EKEK.

Dienst neben Kommunikationsfunktionalitäten zugleich Inhalte anbieten kann, ist in einem weiteren Schritt in Halbsatz 2 zu entscheiden, wie mit Diensten zu verfahren ist, die dynamisch neue Funktionen integrieren (siehe dazu unten, Tz. 166 ff.).

164. Gemäß § 3 Nr. 24 Halbsatz 1 TKG-2021 ist ein interpersoneller Telekommunikationsdienst

„ein gewöhnlich gegen Entgelt erbrachter Dienst, der einen direkten interpersonellen und interaktiven Informationsaustausch über Telekommunikationsnetze zwischen einer endlichen Zahl von Personen ermöglicht, wobei die Empfänger von den Personen bestimmt werden, die die Telekommunikation veranlassen oder daran beteiligt sind“

165. Abgrenzungsprobleme treten etwa bei sozialen Netzwerkdiensten, wie z. B. Facebook und Instagram, auf. Hier ist nicht klar, ob die gesetzliche Definition – so wie Erwägungsgrund 17 EKEK erläutert – soziale Netzwerke tatsächlich nicht umfasst.²⁶⁵ Aus Sicht der Monopolkommission könnte eine Kontrollüberlegung bei der Einstufung von Diensten die Frage der funktionalen Austauschbarkeit sein, also ob sie in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten stehen. Dies war auch ein Hauptargument, um OTT-Kommunikationsdienste in die Telekommunikationsregulierung mit einzubeziehen.

3.2.3 Multifunktionsdienste werden tendenziell zu weitgehend erfasst

166. Eine wesentliche Frage ist auch, wie damit umgegangen werden soll, wenn bei einem Dienst kommunikative und inhaltliche Funktionalitäten verknüpft werden: Integriert etwa ein Online-Videospiel einen Kommunikationskanal oder umgekehrt ein Messenger ein Minispiel in den jeweiligen Dienst,²⁶⁶ stellt sich die Frage, ob und inwieweit das Telekommunikationsrecht anwendbar ist. Ein anderes Beispiel sind soziale Netzwerke wie Facebook und Instagram, die neben den eher inhaltlichen Komponenten auch Messenger anbieten, die mit den sozialen Netzwerken verbunden sind, indem sie auf deren Verzeichnisfunktion zurückgreifen und eine Individualkommunikation ermöglichen. Es werden also einerseits in Inheldienste Kommunikationsfunktionen integriert und andererseits Kommunikationsdienste um Inheldienste²⁶⁷ erweitert. Diese Abgrenzungsschwierigkeiten sind teilweise auch der Tatsache geschuldet, dass Anwendungen anders und flexibler genutzt werden, als es ursprünglich von den Anbietern geplant war: So wird etwa der Dienst Discord nicht mehr nur für eine Onlinekommunikation bei Videospielen genutzt, sondern darüber hinaus auch mitunter gleichzeitig als öffentliches Diskussionsforum und als Möglichkeit von Inheldiensteanbietern (z. B. von Spieleentwicklern, kleinen Streamingkanälen, usw.) mit ihren Kundinnen und Kunden sowie Fans in Kontakt zu treten.

167. Die soeben dargestellten Probleme könnten sich künftig verstärkt stellen, da Dienste, die derzeit noch hauptsächlich zur Individual- und Gruppenkommunikation eingesetzt werden, immer mehr Funktionen integrieren und nach und nach zu Plattformen ausgebaut werden. So werden etwa Bezahlendienste und Schnittstellen für die Kommunikation mit Unternehmen, z.B. über Chatbots²⁶⁸ und öffentlich zugängliche Gruppen²⁶⁹ hinzugefügt. Besonders ausgeprägt ist dies bei dem Dienst WeChat,²⁷⁰ der im Jahr 2021 welt-

²⁶⁵ Siehe zu diesen Bedenken bereits GEREK, High-level Opinion on the European Commission's proposals for a review of the electronic communications Framework, BoR (16) 213, S. 5 und Tas, S., Arnold, R., 2019, Auswirkungen von OTT-1-Diensten auf das Kommunikationsverhalten – Eine nachfrageseitige Betrachtung, WIK Diskussionsbeitrag, No. 440, S. 7 ff.

²⁶⁶ Dies ist z.B. beim Messenger WeChat möglich, der vor allem in Asien populär ist, vgl. <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.tencent.mm&hl=de&gl=US>, Abruf am 18. Mai 2021.

²⁶⁷ Aus diesem Grund wird auch eine Regulierung einzelner Messenger nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz diskutiert und es werden bereits behördliche Verfahren geführt, <https://www.golem.de/news/netzdg-justizministerium-will-telegram-regulieren-2106-157222.html>, Abruf am 18. Juni 2021.

²⁶⁸ Z. B. ermöglicht der Otto-Versandhandel die Abwicklung seines Kundendienstes über einen WhatsApp-Chatbot, <https://www.otto.de/newsroom/de/technologie/messenger-und-chatbots-im-kundenservice>, Abruf am 18. Mai 2021.

²⁶⁹ Z. B. Telegram.

weit von 1,2 Milliarden Menschen regelmäßig genutzt wird.²⁷¹ Diese App kann über Miniprogramme einfach erweitert werden. In China ist es daher unter anderem möglich, über WeChat Waren und Dienstleistungen zu bestellen und zu bezahlen, Kinoplätzte zu reservieren und teilweise sogar Bußgelder zu bezahlen.²⁷² Selbst amtliche Ausweisdokumente werden in China durch die App ersetzt.²⁷³ Eine ähnliche Entwicklung von Messengern hierzulande erscheint ebenfalls möglich, zumal auch WeChat als gewöhnlicher Messenger gestartet ist. Die über OTT-Dienste ansprechbare Nutzerbasis hat daher für Unternehmen einen hohen Wert, was zuletzt etwa ein von der Presse gemutmaßter Übernahmeversuch von Microsoft bei dem OTT-Kommunikationsdienst Discord für über 10 Mrd. US-Dollar zeigt.²⁷⁴

168. Diese fortwährende Integration von vielfältigen und neuen Funktionalitäten in OTT-Kommunikationsdienste dürfte die Anwendbarkeit des Telekommunikationsrechtsrahmens vor erhebliche Probleme stellen: Fasst man die Definition zu weit, könnten sehr weitgehend Dienste erfasst werden, die als bloße Nebenfunktion interpersonelle Telekommunikation anbieten. Die Bundesnetzagentur bezieht etwa Instagram als kombinierten Dienst in ihre Untersuchung der Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten mit ein.²⁷⁵ In der Konsequenz könnten zahlreiche weitere Dienste als (interpersonelle) Telekommunikationsdienste einzustufen sein, wie z.B. Dating-Apps (z. B. Tinder, Badoo und Lovoo), die neben Matching-Funktionen regelmäßig auch das Versenden von Textnachrichten und (Video-)Telefonie anbieten.

169. Wie mit einer derartigen fortwährenden Integration von Funktionalitäten umzugehen ist, versucht nunmehr²⁷⁶ § 3 Nr. 24 Halbsatz 2 TKG-2021 zu regeln: Danach zählen nicht zu den interpersonellen Telekommunikationsdiensten

„Dienste, die eine interpersonelle und interaktive Telekommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen“

170. Grundsätzlich findet also das Telekommunikationsrecht Anwendung, sofern nicht diese Ausnahme eingreift. Zum besseren Verständnis kann auf die Erläuterungen in der Gesetzesbegründung zum TKG-2021 und in Erwägungsgrund 17 des EKEK zurückgegriffen werden, die die Ausnahme weiter konkretisieren. Probleme wirft sowohl die Frage auf, wann ein Dienst „untrennbar“ mit einem anderen Dienst verbunden ist (dazu sogleich Tz. 171) und wann er lediglich eine „untergeordnete Nebenfunktion“ darstellt (dazu sogleich Tz. 173).

171. Das Tatbestandsmerkmal der *Untrennbarkeit* wird in Erwägungsgrund 17 EKEK so umschrieben, dass ein Dienst nicht erfasst sein soll,

²⁷⁰ So heißt es in der Beschreibung im Play Store von Google: „WeChat ist mehr als eine App für Messaging und soziale Medien – es ist ein Lebensstil für über eine Milliarde Benutzer auf der ganzen Welt. Chatten und Telefonieren mit Freunden, Nachrichten lesen und lokale Dienste in Offiziellen Konten und Miniprogrammen nutzen, Spiele mit Freunden spielen, mobile Zahlungsfunktionen mit WeChat Pay nutzen und vieles mehr bietet Ihnen WeChat.“, <https://play.google.com/store/apps/details?id=com.tencent.mm&hl=de&gl=US>, Abruf am 12. Mai 2012.

²⁷¹ <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/311381/umfrage/anzahl-der-monatlich-aktiven-nutzer-von-wechat-weltweit/>, Abruf am 21. Juni 2021.

²⁷² <https://www.wiwo.de/futureboard/chinas-maechtiger-messenger-wechat-die-app-die-das-ganze-leben-digitalisiert/23135062.html>, Abruf am 30. August 2021.

²⁷³ <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/chinas-ueberwachungsapp-wechat-draengt-in-die-welt-15400334.html>, Abruf am 30. August 2021.

²⁷⁴ <https://www.heise.de/news/Bericht-Discord-lehnt-Microsofts-Uebernahmeangebot-ab-6022370.html>, Abruf am 26. April 2021.

²⁷⁵ BNetzA, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 12, Fn. 12.

²⁷⁶ Vor der TKG-Novellierung 2021 wurde dieser Aspekt bei der Frage diskutiert, wie weit der Begriff des „Dienstes“ zu fassen ist und ob dieser ganz oder überwiegend in Signalübertragung besteht, siehe dazu Bulowski, Regulierung von Internetkommunikationsdiensten, Baden-Baden 2019, S. 56 ff.

„sofern es sich bei der interpersonellen und interaktiven Kommunikationseinrichtung lediglich um eine unbedeutende und mit einem anderen Dienst verbundene reine Nebenfunktion handelt, die aus objektiven technischen Gründen nicht ohne den Hauptdienst genutzt werden kann und sofern seine Integration nicht dazu dient, die Anwendbarkeit der Vorschriften für elektronische Kommunikation zu umgehen.“

172. Problematisch daran ist, dass für eine Auslegung des Begriffs „untrennbar“ technische Gründe maßgeblich sein sollen. Das ist inkonsistent zum neuen funktionalen Ansatz des EKEK. Das Tatbestandsmerkmal der Untrennbarkeit sollte daher nicht zu eng und rein technisch ausgelegt werden. Zwar legt ein erster Blick in den Erwägungsgrund 17 EKEK²⁷⁷ ein technisches Verständnis nahe. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass Erwägungsgründen zwar eine hohe Bedeutung für die Auslegung von Richtlinien zukommt, sie aber dennoch – anders als der Gesetzestext selbst – nicht rechtsverbindlich sind.²⁷⁸ Dieser schließt es jedenfalls nicht aus, das Tatbestandsmerkmal so zu verstehen, dass nicht nur technische Gründe maßgeblich sein müssen. Ein rein technisches Verständnis gerät in Konflikt mit dem Grundsatz der Technologieneutralität.²⁷⁹ Insofern kann die Formulierung des Erwägungsgrunds auch als ein Beispiel begriffen werden. Es erscheint sinnvoll, nicht nur technisch, sondern auch aus ökonomischer Sicht untrennbare, d. h. nicht separat marktfähige Bestandteile, von der Ausnahme als erfasst anzusehen. Das Konzept der isolierten Marktfähigkeit wurde bereits vor der TKG-Novellierung 2021 herangezogen, um den Umfang des Dienstebegriffs zu konkretisieren.²⁸⁰ Auch auf diese Weise kann einer missbräuchlichen Integration von Funktionen bzw. Diensten begegnet werden, die lediglich eine Umgehung der Telekommunikationsregulierung bezweckt und das in Erwägungsgrund 17 EKEK formulierte Ziel erreicht werden.

173. Auch das Tatbestandsmerkmal der *untergeordneten Nebenfunktion* bedarf weiterer Klärung: Es soll nach Erwägungsgrund 17 EKEK

„eng und vom objektiven Standpunkt des Endnutzers betrachtet ausgelegt werden. Ein Merkmal einer interpersonellen Kommunikation könnte als unbedeutend angesehen werden, wenn es nur einen sehr begrenzten objektiven Nutzen für den Endnutzer aufweist und in der Realität von Endnutzern kaum verwendet wird.“

174. Es ist also die Perspektive der Endnutzerinnen und Endnutzer einzunehmen und deren objektiver Standpunkt zu ermitteln. Dies erfordert es, eine generalisierende Betrachtung der typischen Endnutzerin bzw. des typischen Endnutzers vorzunehmen und zu prüfen, welchen objektiven Wert eine Funktion für sie einnimmt. Diese Prüfung erscheint im Einzelfall ohne die Durchführung aufwändiger empirischer Untersuchungen nur schwer durchführbar, da die Tatbestandsmerkmale hochgradig wertungs offen²⁸¹ sind.

175. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint die Einbeziehung von Diensten in die Telekommunikationsregulierung insgesamt unklar und tendenziell zu weit. In vielen Fällen könnte die Einbeziehung in die

²⁷⁷ Siehe zum Wortlaut oben, Tz. 171.

²⁷⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Juni 2014, C-345/13, ECLI:EU:C:2014:2013, Rz. 31.

²⁷⁹ Siehe etwa Erwägungsgrund 14 EKEK.

²⁸⁰ Siehe dazu Kühling/Schall/Biendl, Telekommunikationsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2014, Rn. 126.

²⁸¹ Dies soll anhand eines Beispiels verdeutlicht werden: Bereits bezüglich des in Erwägungsgrund 17 selbst gewählten Beispiels des Unionsgesetzgebers, nämlich Kommunikationskanäle in Online-Spielen, ist das Erfüllen der Tatbestandsmerkmale einer untergeordneten Nebenfunktion nicht eindeutig feststellbar. Zum einen können Spiele mit vielen Freiheiten („Open-World-Spiele“) sehr heterogen genutzt werden, sodass es schwierig ist, „typische“ Spielerinnen und Spieler zu ermitteln. Zudem kann der Wert einer Kommunikationsfunktion bei unterschiedlichen Spielen stark schwanken: Gerade bei Spielen, die ein kooperatives Vorgehen zwingend voraussetzen, kann ein Kommunikationskanal objektiv betrachtet sehr wichtig sein. Je nach Ausgestaltung des Spiels kann eine Kommunikation der Nutzerinnen und Nutzer untereinander erheblich zum Spielerlebnis beitragen. Letztlich müsste in diesem Beispiel also bewertet werden, ob und inwiefern die Nutzerinnen und Nutzer bei einem bestimmten Spiel auf dessen Kommunikationsfunktionen zurückgreifen. Je nach dem Ergebnis der Prüfung wäre es entweder überhaupt nicht oder insgesamt als ITD einzustufen.

Telekommunikationsregulierung verfehlt sein, da die betroffenen Dienste höchstens partiell in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten stehen (z. B. soziale Netzwerke, Dating-Apps, Videospiele). Die Herstellung eines chancengleichen Wettbewerbsumfeldes war aber ein Hauptargument für die Einbeziehung von OTT-Kommunikationsdiensten in das TKG. Es droht hier eine Telekommunikationsregulierung von Inhaltsdiensten. Gleichmaßen wird eine Inhaltsregulierung teilweise ausgeschlossen, da das Telemediengesetz (TMG) gemäß § 1 Abs. 1 TMG auf Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 61 TKG-2021 nicht anwendbar ist. Die Einstufung als ITD kann sich als besonders problematisch erweisen, weil das TKG an die Einstufung teilweise sehr weitreichende Rechtsfolgen knüpft, z.B. die Verpflichtung zu technischen und organisatorischen Schutzmaßnahmen nach den §§ 164 ff. TKG-2021, Vorgaben zu Kundenschutzvorschriften (§§ 51 ff. TKG-2021) sowie eine mögliche Einbeziehung in die Umlage zur Finanzierung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten (§ 163 Abs. 6 TKG-2021).

176. Insgesamt könnte daher eine Überregulierung von Diensten die Folge sein. Dabei ist zu bedenken, dass das Telekommunikationsrecht im Kern ein Recht der Regulierung von Infrastrukturen ist, die nicht ohne weiteres dupliziert werden können und damit zu einer natürlichen Monopolbildung neigen. Der Anwendungsbereich des TKG-2021 sollte daher enger und dafür klarer gefasst sein.²⁸² Die in § 3 Nr. 24 Halbsatz 2 TKG-2021 normierte Ausnahme sollte daher etwas weiter verstanden werden als Erwägungsgrund 17 des EKEK dies nahelegt. Die Monopolkommission empfiehlt daher, dass für das Erfüllen der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Ausnahme maßgeblich sein sollte, ob ein Dienstmerkmal aus technischen oder ökonomischen Gründen nicht voneinander getrennt werden kann und ob sich der Gesamtdienst aus der Sicht der Endnutzer in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten befindet. Wenn ein Sachverhalt vom Telekommunikationsrecht nicht erfasst wird, bleibt ohnehin das allgemeine Wettbewerbsrecht, Vorschriften zur Medienregulierung (z. B. nach dem Telemediengesetz und dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz) und das allgemeine Datenschutzrecht (insbesondere die DSGVO) anwendbar.

²⁸² Wie eine Klarstellung rechtstechnisch erfolgen könnte, soll im Folgenden unter Tz. 177 ff. erläutert werden.

3.2.4 Definitionen auf Unionsebene weiter konkretisieren

177. Insgesamt zeigt sich, dass eine trennscharfe Abgrenzung ohne eine weitere Konkretisierung nur schwer möglich ist. Nach der Gesetzesbegründung zur TKG-Novelle 2021 soll die Bundesnetzagentur – wohl auch wegen dieser Unklarheiten – „*weitere Abgrenzungskriterien im Benehmen mit den berechtigten Stellen und unter Beteiligung der Verbände und Hersteller festlegen, die bei der Einzelfallbeurteilung anzusetzen sind*“.²⁸³ Fraglich erscheint hier, auf welcher Rechtsgrundlage dies erfolgen soll und ob der nationale Gesetzgeber der Bundesnetzagentur insoweit einen Beurteilungsspielraum einräumen wollte. Dies erscheint besonders problematisch, da die potentiell erfassten Dienste regelmäßig unionsweit genutzt werden und unterschiedliche Auslegungen der nationalen Regulierungsbehörden zu einer Zersplitterung der Regulierung führen würden. Die Monopolkommission empfiehlt daher, auf nationale Alleingänge zu verzichten und stattdessen Lösungen zu den aufgezeigten Problemen auf Unionsebene zu suchen. In erster Linie ist der Unionsgesetzgeber gefragt, zu überprüfen, ob die gewählte Definition nicht zu weit bzw. die Ausnahme zu eng gefasst ist. Eine Konkretisierung könnte dadurch erfolgen, dass Beispiele (z. B. Messenger, Telefonie, Videotelefonie) für Dienste im Gesetzestext aufzählt und diese näher umschrieben werden. Dadurch steigt jedenfalls die Rechtssicherheit für die eindeutig einbezogenen Dienste. Bis zu einer möglichen Konkretisierung der Definition im EKEK könnte eine Präzisierung der Definitionen auch seitens des GEREK erfolgen.²⁸⁴

3.3 Regulierungsintensität an Schutzbedürftigkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer ausrichten

178. Der Gesetzgeber unterscheidet bei ITD weiter zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Diensten und knüpft in der Folge jeweils unterschiedliche Anforderungen an sie. Nummerngebunden sind Dienste, denen Nummern aus dem öffentlich zugeteilten Nummernraum zugeteilt werden oder die es ihren Endnutzerinnen und Endnutzern ermöglichen, diese Nummern anzuwählen (§ 3 Nr. 37 TKG-2021). Nummernunabhängige Dienste sind solche, die dies nicht können (§ 3 Nr. 40 TKG-2021).²⁸⁵ Es wird also danach differenziert, ob eine Verbindung in das öffentliche Telefonnetz (Public Switched Telephone Network, PSTN) hergestellt werden kann oder nicht.²⁸⁶ Zu den nummerngebundenen Diensten zählen also neben klassischen Telekommunikationsdiensten wie z. B. SMS und Telefonie auch OTT-Dienste, wie Skype-to-Phone und Viber Out die neben einer Verbindung über das offene Internet auch eine Verbindung zu den klassischen Telekommunikationsdiensten aufbauen können. Zu den nummernunabhängigen ITD zählen Dienste wie WhatsApp, Signal und Threema. Im Ergebnis deckt sich die Unterscheidung im Regelfall mit der Differenzierung zwischen OTT-0- und OTT-1-Diensten,²⁸⁷ so wie sie das GEREK bereits im Jahr 2016 vorgeschlagen hatte.²⁸⁸ Zudem ist noch die Kategorie der Sprachkommunikationsdienste nach § 3 Nr. 55 TKG-2021 zu nennen, bei denen es sich ebenfalls um Telekommunikationsdienste handelt, die Gespräche zu

²⁸³ BT-Drs. 19/26108, S. 232.

²⁸⁴ Ein Vorbild dafür könnten die auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 der VO (EU) 2015/2120 durch GEREK erlassenen Netzneutralitätsleitlinien (GEREK, BEREC Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation, BoR (20) 112) sein, die eine einheitliche Anwendung der in der genannten Verordnung enthaltenen Verpflichtungen sicherstellen sollen. Zur Klarstellung der Definitionen des EKEK könnte das GEREK ebenfalls Leitlinien erlassen. Dies ist gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. e GEREK-VO zur Sicherstellung der einheitlichen Umsetzung des Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation möglich, insbesondere zu Regulierungsfragen, die eine signifikante Anzahl von Mitgliedstaaten betreffen oder einen grenzüberschreitenden Bezug haben. Die nationalen Regulierungsbehörden müssten nach Art. 4 Abs. 4 GEREK-VO den Leitlinien weitestgehend Rechnung tragen. Ein solches Verfahren scheint unabhängig davon empfehlenswert, ob im EKEK nun konkretere Beispiele verankert werden, da der Unionsgesetzgeber ohnehin nicht sämtliche Entwicklungen über die jeweils langen Novellierungszeiträume vorhersehen kann.

²⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 233.

²⁸⁶ Für eine nähere Erläuterung dieses Unterschieds siehe bereits eingangs, Tz. 151.

²⁸⁷ BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation, 2018/2019, Bonn 2019, S. 104.

²⁸⁸ GEREK, Report on OTT services, BoR(16) 35, S. 15 ff.

nationalen oder internationalen Rufnummern ermöglichen. Diese Kategorie betrifft also einen Spezialfall der nummerngebundenen ITD, die etwa keine netzgebundenen Textnachrichten und multimediale Funktionen (z. B. SMS, MMS, RCS) umfassen.²⁸⁹

179. Als Begründung für die Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten führt Erwägungsgrund 18 EKEK an, dass nummerngebundene interpersonelle Dienste anders zu behandeln seien, da sie am öffentlich gesicherten interoperablen Ökosystem beteiligt sind und somit auch Nutzen daraus zögen. Dieses Argument ist zwar nicht völlig von der Hand zu weisen, erscheint jedoch für sich genommen nicht dazu geeignet, sämtliche Ungleichbehandlungen gleichermaßen zu rechtfertigen. Im Folgenden sollen daher exemplarisch einige Regelungsbereiche dahingehend untersucht werden, ob eine Differenzierung der Regulierung anhand dieses technischen Parameters angesichts des Ziels der Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen angemessen ist.

180. Inwieweit eine Einbeziehung der beiden Kategorien in einzelne Regelungsbereiche sinnvoll ist, wird im Folgenden bezüglich der Notruffunktionalität (dazu Tz. 181 ff.), dem Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten (dazu Tz. 183 ff.), den Vorschriften zum Datenschutz (dazu Tz. 192 ff.) und den Vorgaben zum Kundenschutz (dazu Tz. 199 ff.) untersucht. Insgesamt wird sich dabei zeigen, dass sich eine Differenzierung anhand dieses Kriteriums nur punktuell begründen lässt. Sie sollte daher perspektivisch weitgehend aufgehoben werden und die Anwendbarkeit von Vorschriften sollte stärker auf die dahinterstehende Bedrohung (z. B. überhöhte Entgelte durch Abrechnung für Drittanbieter) abstellen. Um einer möglichen Überregulierung nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste entgegenzuwirken, muss gleichzeitig darauf geachtet werden, dass der Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts nicht zu weit gefasst wird (siehe dazu Tz. 166 ff.). Gleichzeitig sollten die Gesetzgeber auf unionaler und nationaler Ebene bei der nächsten Reform überprüfen, ob einzelne Vorschriften noch erforderlich sind oder eine Deregulierung erfolgen sollte.

3.3.1 Erreichbarkeit von Notrufdiensten ist auch ohne Einbeziehung nummernunabhängiger ITD derzeit sichergestellt

181. § 163 Abs. 1 TKG-2021 verpflichtet in Umsetzung von Art. 109 Abs. 2 EKEK lediglich Anbieter nummerngebundener ITD dazu, Notrufverbindungen zu ermöglichen. Erwägungsgrund 284 des EKEK ergänzt, dass bei mangelnder technischer Möglichkeit eine Ausnahme von dieser Verpflichtung besteht, die Endnutzerinnen und Endnutzer dann aber im Vertrag darauf hinzuweisen seien. Gegen die Ausweitung auf nummernunabhängige ITD wird regelmäßig vorgebracht, dass bei diesen eine Aufenthaltsbestimmung über die Informationen des Mobilfunknetzes und in der Folge auch eine Standortübermittlung an die Notrufleitstellen nicht möglich ist.²⁹⁰ Eine Ortung ist jedoch bedingt durch den technischen Fortschritt nicht nur netzseitig, sondern – viel genauer als bei einer Funkzellenabfrage – auch über das Mobilgerät selbst (z. B. über WLAN und GPS) möglich. Mittlerweile werden diese vom Gerät ermittelten Daten auch über den klassischen Notruf über die Rufnummer 112 an die Leitstellen übermittelt.²⁹¹ Insgesamt erscheint es jedenfalls nicht als ausgeschlossen, dass die bestehenden technischen Probleme gelöst werden.

182. Gegen die Einbeziehung von nummernunabhängigen ITD spricht jedoch, dass die Erreichbarkeit von Notrufnummern derzeit über das klassische PSTN sichergestellt wird. Darüber hinaus ist die technische Umsetzung durchaus mit Aufwand verbunden. Eine Verpflichtung von nummernunabhängigen ITD würde somit derzeit Kosten verursachen und kaum Mehrwert bieten. Schließlich ist auch zu hinterfragen, ob es

²⁸⁹ BT-Drs. 19/26108, S. 235.

²⁹⁰ Siehe etwa auch Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Telekommunikation (2015): Märkte im Wandel, Baden-Baden 2016, Tz. 177.

²⁹¹ Siehe zu dieser als Advanced Mobile Location (AML) bezeichneten Technik etwa <https://www.teltarif.de/1-und-1-aml-notruf-mobilfunk/news/78662.html>, Abruf am 28. Juni 2021.

sinnvoll ist, wenn in jede einzelne Kommunikations-App Notruffunktionalitäten implementiert werden. Zudem müssten wohl kleinere Anbieter von der Pflicht ausgenommen werden, die dies aus finanziellen Gründen nicht umsetzen können. Beide zuletzt genannten Aspekte könnten für Unsicherheit bei den Endnutzerinnen und Endnutzern sorgen, was gerade bei der wichtigen Notruffunktionalität dringend vermieden werden sollte. Nummernunabhängige ITD sollten daher zunächst nicht dazu verpflichtet werden, Notrufverbindungen zu ermöglichen. Dies erscheint erst dann notwendig, wenn nummerngebundene ITD weitgehend von nummernunabhängigen ITD verdrängt sein sollten und dadurch die Erreichbarkeit von Notrufen gefährdet sein könnte.²⁹² Ein alternativer Ansatz dazu könnte sein, in die Betriebssysteme der Smartphones entsprechende Funktionen zentral zu integrieren.²⁹³ Dies könnte den Aktualisierungsaufwand senken und für bessere Auffindbarkeit bei den Endnutzern sorgen. Eine Entlassung klassischer Telekommunikationsdienste aus dieser Verpflichtung erscheint aufgrund der hohen Bedeutung der Abwicklung von Notrufen über das klassische PSTN hingegen nicht angezeigt.

3.3.2 Einbeziehung nummernunabhängiger ITD zur Finanzierung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten ist nicht zu empfehlen

183. Gemäß § 156 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 157 Abs. 2 TKG-2021 haben Endnutzer gegenüber den Telekommunikationsunternehmen grundsätzlich einen Anspruch auf Versorgung mit Sprachkommunikationsdiensten²⁹⁴ und einen schnellen Internetzugangsdienst²⁹⁵ für eine angemessene soziale und wirtschaftliche Teilhabe (sog. „Universaldienst“²⁹⁶). Soweit die Bundesnetzagentur feststellt, dass diese Versorgung derzeit nicht sichergestellt oder künftig gefährdet sein wird, so veröffentlicht sie diese Feststellung (§ 160 Abs. 1 TKG-2021). In diesem Fall können sich Unternehmen freiwillig über eine Verpflichtungszusage dazu verpflichten, die Versorgung ohne eine Ausgleichszahlung sicherzustellen (§ 160 Abs. 1, § 161 Abs. 1 TKG-2021). Geschieht dies nicht, so kann die Bundesnetzagentur einzelne Unternehmen gemäß § 160 Abs. 2, 3 TKG-2021 zu einer Versorgung verpflichten. Diese können in der Folge einen finanziellen Ausgleich über ein Umlageverfahren nach § 163 TKG-2021 verlangen, sofern die dabei entstehenden Kosten eine unzumutbare Belastung darstellen (§ 162 Abs. 1 TKG-2021). Ein solches Umlageverfahren hat bisher weder in der bis zum 1. Dezember 2021 bestehenden Fassung des Universaldienstes noch in der Fassung nach der Reform durch die TKG-Novelle 2021 stattgefunden.

184. Grundsätzlich sind zur Einzahlung in das genannte Umlageverfahren nur die Unternehmen verpflichtet, die nummerngebundene Sprachkommunikationsdienste oder Internetzugangsdienste zur Verfügung stellen (§ 163 Abs. 1 i. V. m. § 159 und § 157 Abs. 2 TKG-2021). Gemäß § 163 Abs. 6 TKG-2021 kann die Bundes-

²⁹² Vgl. hierzu auch die Erwägungen unten zur Erforderlichkeit von Interoperabilitätspflichten, Tz. 203 ff.

²⁹³ Siehe dazu auch Bulowski, a.a.O., Baden-Baden 2019, S. 184 ff.

²⁹⁴ Dabei handelt es sich gemäß § 3 Nr. 55 TKG-2021 um der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellte Telekommunikationsdienste, die das Führen aus- und eingehender Inlands- oder Inlands- und Auslandsgespräche direkt oder indirekt über eine oder mehrere Nummern eines nationalen oder internationalen Nummernplans ermöglicht. Es sind also nur nummerngebunden Dienste gemeint und nicht nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste. Siehe zur Systematik dieser Dienste auch oben, Tz. 159 ff. und Tz. 178.

²⁹⁵ Insbesondere die Frage, welche Voraussetzungen ein „schneller Internetzugangsdienst“ zu erfüllen hat, ist weiter konkretisierungsbedürftig. Zu diesem Zweck erlässt das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur gemäß § 157 Abs. 3 Satz 1 TKG-2021 im Einvernehmen mit dem Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestags eine Rechtsverordnung, welche Anforderungen an den Internetzugangsdienst zu stellen sind. Diese Verordnungskompetenz kann auch auf die Bundesnetzagentur übertragen werden (§ 157 Abs. 4 TKG-2021). Weitere Vorgaben zu dieser Konkretisierung sind § 157 Abs. 3 Sätze 2 ff. TKG-2021 zu entnehmen: So werden insbesondere die von mindestens 80 Prozent der Verbraucher im Bundesgebiet genutzte Mindestbandbreite, Uploadrate und Latenz berücksichtigt. Zudem müssen stets bestimmte Mindestfunktionen ermöglicht werden, zu denen der nationale Gesetzgeber insbesondere Teleheimarbeit und eine marktübliche Nutzung von Online-Inhaltendiensten zählt.

²⁹⁶ Die vormals im Gesetz verwendete Formulierung „Universaldienst“ wurde im Gesetzeswortlaut der TKG-Novelle 2021 nicht mehr aufgegriffen. Gleichwohl wird in der Gesetzesbegründung an vielen Stellen noch vom „Universaldienst“ gesprochen (BT-Drs. 19/28865, S. 348 ff.) und auch auf Unionsebene wird der Begriff in den Art. 84 ff. EKEK benutzt.

netzagentur jedoch auch Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste dazu verpflichten, in die Umlage einzubezahlen. Eine Einbeziehung nummernunabhängiger ITD in das Umlageverfahren ist möglich, wenn der jeweilige Dienst die Anforderungen des § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG-2021 erfüllt, d. h., wenn er eine nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis aufweist. Die Norm knüpft damit an eine Voraussetzung an, die auch für die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen erfüllt sein muss (siehe daher zu diesem Tatbestandsmerkmal auch unten, Tz. 240 ff.). Der Gesetzgeber hat die weitere Hürde aufgestellt, um nicht auch Start-Up-Unternehmen den Marktzutritt zu erschweren und um den Verwaltungsaufwand für die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung der relevanten Dienste möglichst gering zu halten.²⁹⁷ Darüber hinaus steht der Bundesnetzagentur bei der Frage der Einbeziehung von nummernunabhängigen ITD ausdrücklich ein Ermessensspielraum zu.

185. Die Einbeziehung in den Umlagemechanismus hat der Bundestag auf Anregung des Bundesrats angenommen, da die Bereitstellung einer Netzanbindung im Wege des Anspruchs auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten die Nutzung von Online-Diensten ermöglicht und dieser Anspruch damit über dem Allgemeinwohl insbesondere auch den Interessen der Anbieter von nummernunabhängigen Telekommunikationsdiensten dient.²⁹⁸ Gegen dieses Argument kann jedoch auch eingewendet werden, dass durch eine vermehrte Nutzung von nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten die Nachfrage nach Internetzugangsdiensten insbesondere im Mobilfunkbereich deutlich zugenommen hat. Aus wettbewerblicher Sicht könnte eine Einbeziehung daher eher damit begründet werden, dass nummernunabhängige ITD von den Endnutzerinnen und Endnutzern gleichermaßen genutzt werden wie klassische Telekommunikationsdienste, sie also in einem direkten Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen. Dann kann eine einseitige Verpflichtung einen ungerechtfertigten Wettbewerbsnachteil zulasten einzelner Marktteilnehmer darstellen, denn gerade diese Dienste mindern die für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendige Gewinnmarge der klassischen Telekommunikationsdiensteanbieter. Das liegt für die von Messengerdiensten weitgehend verdrängte SMS auf der Hand. Hinsichtlich einer Telefonie über nummernunabhängige ITD lässt sich dies jedoch nicht ohne Weiteres feststellen, da die Endnutzerinnen und Endnutzer nach wie vor hauptsächlich auf die PSTN-Telefonie setzen.²⁹⁹

186. Gegen eine Einbeziehung hatte sich noch im Gesetzgebungsverfahren die Bundesregierung ausgesprochen: Die Einbeziehung würde eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung des Umlageverfahrens und damit auch eine schnelle Realisierung des Anspruchs auf schnelles Internet erschweren, mit der Folge eines erhöhten Klagerisikos gegen die von der Bundesnetzagentur zu erlassenden Kostenbescheide.³⁰⁰ Es stellten sich zudem Vollzugsprobleme, da die betroffenen Anbieter keiner Meldepflicht unterlägen und unklar sei, auf welcher Datengrundlage ihr Anteil an der Umlage berechnet werden solle. Ferner stünde die Einbeziehung in keinem Verhältnis zum Sinn und Zweck des Rechtsanspruchs, der nicht dem allgemeinen Netzausbau diene. Schließlich sollte nach Auffassung der Bundesregierung das Umlageverfahren auf diejenigen Anbieter begrenzt bleiben, die selbst auf dem sachlichen Markt der Versorgung mit Telekommunikationsdiensten tätig sind und dementsprechend verpflichtet werden könnten, Internetzugangsdienste, Sprachkommunikationsdienste und/oder Anschlussdienste zu erbringen. Dadurch könnten Marktverfälschungen vermieden werden.

187. Aus unionsrechtlicher Sicht ist eine Einbeziehung nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste zulässig, da Art. 90 Abs. 1 lit. b EKEK keine Einschränkung auf nummerengebundene ITD verlangt. Zwingend ist es indes nicht: Erwägungsgrund 243 EKEK nennt explizit die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, eine Aufteilung auf bestimmte Anbietergruppen zu beschränken. Jedoch erscheint die Einbezie-

²⁹⁷ BT-Drs. 19/28865, S. 468.

²⁹⁸ Ebenda.

²⁹⁹ Siehe dazu etwa BNetzA, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 37, wonach sich 74 Prozent aller OTT-Nutzerinnen und Nutzer nicht vorstellen können, auf Mobilfunktelefonie zu verzichten.

³⁰⁰ Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26964, S. 60 f.

hung in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht unproblematisch. Hier ist darauf hinzuweisen, dass nicht einmal geklärt ist,³⁰¹ ob die bisher bestehende Universaldienstleistungsabgabe (§ 83 TKG a. F.) an sich finanzverfassungsrechtlich zulässig ist. Weitgehende Einigkeit besteht in der rechtswissenschaftlichen Literatur lediglich dahingehend, dass es sich bei ihr um eine Sonderabgabe handelt. An die Zulässigkeit von Sonderabgaben werden seitens des Bundesverfassungsgerichts hohe Anforderungen gestellt.³⁰² Als Erfordernis werden Gruppenhomogenität, Sachnähe und Finanzierungsverantwortung der Pflichtigen, gruppennützige Verwendung des Abgabeaufkommens, Überprüfung der fortlaufenden Legitimation der Abgabbeerhebung und besondere haushaltsrechtliche Dokumentation genannt.³⁰³ Kontrovers diskutiert wird in der Literatur vor allem die Finanzierungsverantwortung (dazu Tz. 188) und die Gruppennützigkeit (dazu Tz. 189). Einige Autoren sehen diese Merkmale als nicht erfüllt an und halten die Umlage daher für verfassungswidrig.³⁰⁴ Geht man dennoch von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Universaldienstumlage aus, so ist fraglich, ob dies auch für eine Erweiterung der Universaldienstumlage auf nummernunabhängige ITD gilt.

188. Für eine Sachnähe und Finanzierungsverantwortung von nummernunabhängigen ITD spricht, dass die Zulässigkeit einer derartigen Verpflichtung im Wesentlichen in der Vorgabe des Grundgesetzes angelegt ist, dass Dienstleistungen „im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation“ als privatwirtschaftliche Tätigkeiten erbracht werden (Art. 87f Abs. 2 Satz 1, Abs. 1 GG).³⁰⁵ Ob die Telekommunikation über fest mit einem Netz verbundene Funktionen oder über davon unabhängige nummernunabhängige ITD erbracht wird, ist dabei nicht entscheidend, da das Art. 87f Abs. 2 Satz 1 GG zu entnehmende Wettbewerbsprinzip grundsätzlich technologieneutral gewährleistet sein muss.³⁰⁶ Auch aus diesem Grund ist aber darauf zu achten, den Begriff der nummernunabhängigen ITD nicht zu weit zu fassen und Dienste zu erfassen, die eigentlich Inhaltsdienste darstellen (siehe dazu Tz. 163 ff.). Eine besondere Finanzierungsverantwortung lässt sich sonst verfassungsrechtlich jedenfalls nicht aus Art. 87f GG ableiten. So sehr auch eine Einbeziehung besonders datenintensiver Dienste wie Videostreamingdienste politisch gewünscht sein mag, da diese Dienste einen hohen Ausbaustand voraussetzen und die Netze insbesondere in Spitzenlastzeiten stark auslasten können,³⁰⁷ so ist doch darauf hinzuweisen, dass eine derartige Einbeziehung unionsrechtlich nicht vorgesehen ist und auch finanzverfassungsrechtlich höchst problematisch wäre.

189. Für eine gruppennützige Verwendung ist es zumindest erforderlich,³⁰⁸ dass die Umlage nur zur Erfüllung der jeweiligen Verpflichtung erfüllt wird. Darüber hinaus ziehen die nummernunabhängigen ITD auch einen Nutzen daraus, dass sie eine Internetverbindung voraussetzen, die durch die Abgabe finanziert werden soll. Die Anbieter profitieren also grundsätzlich vom Netzausbau durch eine höhere Erreichbarkeit der Endnutzerinnen und Endnutzer.³⁰⁹ Dabei ist jedoch zu bedenken, dass nummernunabhängige ITD bereits bei relativ geringen Übertragungsraten angeboten werden können. Wenn bereits eine Internetverbindung

³⁰¹ Siehe für den Meinungsstand in der Literatur etwa Fischer, in Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage, Berlin 2021, § 83, Rn. 17, Fn. 19.

³⁰² Für einen Überblick siehe etwa Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage, Berlin 2021, § 83, Rn. 17 ff.

³⁰³ BVerfG, Rn. 116 f., Beschluss vom 6. Mai 2014 - 2 BvR 1139/12, 2 BvR 1140/12, 2 BvR 1141/12, siehe zur Rechtsprechung des BVerfG auch Windthorst, in Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage, München 2018, § 83, Rn. 10.

³⁰⁴ So etwa Windthorst, in Scheurle/Mayen, TKG, 3. Auflage, München 2018, § 83, Rn. 11 ff. und Cornils, in Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013, § 83, Rn. 24 ff.

³⁰⁵ Vgl. dazu Fischer, in Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage, Berlin 2021, § 83, Rn. 23.

³⁰⁶ Siehe dazu Kühling, in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 175. Aktualisierung Oktober 2015, Heidelberg, Art. 87f, Rn. 94.

³⁰⁷ So verursachen gerade Videostreamingdienste (z.B. Netflix, Youtube, Twitch, Amazon Prime, usw.) große Datenströme und verursachen im Jahr 2019 etwa 60,6 Prozent des weltweiten Downstream-Traffics, im Gegensatz zu den 1,6 Prozent, die auf Messenger entfallen, <https://de.statista.com/infografik/21188/zusammensetzung-des-weltweiten-downstream-internet-traffics/>, Abruf am 6. September 2021.

³⁰⁸ Dies lässt Fischer, in Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Auflage, Berlin 2021, § 83, Rn. 24 bereits ausreichen.

³⁰⁹ Siehe dazu Mager, in Säcker, TKG, 3. Auflage 2013, § 83, Rn. 12 mit weiteren Nachweisen.

besteht, die die Nutzung von nummernunabhängigen ITD ermöglicht, über das Recht auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten jedoch eine erheblich über das dafür erforderliche Maß hinausgehende Übertragungsrate finanziert werden soll, könnte die Umlage an die Grenzen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit stoßen.³¹⁰

190. Etwas unklar erscheint auch das Verhältnis der Beitragspflicht der betroffenen Unternehmen. Zwar sind in § 163 Abs. 6 Satz 2 und 3 TKG-2021 Regelungen aufgenommen worden, wie sich die Beitragspflicht gegenüber den sonstigen Verpflichteten verteilen soll: Die Höhe der Abgabe bemisst sich nach dem Verhältnis der Anzahl der monatlich aktiven Nutzerinnen und Nutzer im Inland des jeweiligen Unternehmens zu der Summe der monatlich aktiven Nutzerinnen und Nutzer aller auf dem sachlich relevanten Markt Verpflichteten. Hier stellen sich aber einige Fragen: Bei der Bildung eines Verhältnisses innerhalb der nummernunabhängigen ITD erscheint eine solche Regel zwar grundsätzlich sinnvoll. Fraglich ist aber, ob dann auch bei den nummerngebundenen ITD grundsätzlich nach diesem Verfahren vorgegangen werden, oder ob es in diesem Verhältnis bei der Umsatzbetrachtung nach § 163 Abs. 2 TKG-2021 bleiben soll.³¹¹ Fraglich erscheint darüber hinaus, ob die Anzahl der monatlich aktiven Nutzerinnen und Nutzer eine sachgerechte Bemessungsgrundlage ist, da die Anbieter sehr unterschiedliche Geschäftsmodelle verfolgen (z.B. werbefinanziert, bloßes Zusatzfunktionalität, Bezahlmodelle, usw.).

191. Auf den ersten Blick erscheint eine Einbeziehung nummernunabhängiger ITD in die Abgabepflicht zwar naheliegend, da sie klassische Telekommunikationsdienstleistungen – und damit auch Sprachkommunikationsdienste im Sinne des § 157 Abs. 2 i. V. m. § 3 Nr. 55 TKG-2021 – zumindest teilweise ersetzen (können) und daher in einem Wettbewerbsverhältnis zu diesen stehen. Dagegen sprechen jedoch zum einen die erheblichen Probleme in der Umsetzungspraxis und zum anderen die finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten, die bislang seitens des Bundesverfassungsgerichts auch nicht geklärt worden sind. Die Einbeziehung nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste sollte daher zurückgenommen werden, indem § 163 Abs. 6 TKG-2021 aufgehoben wird. In der Zwischenzeit sollte die Bundesnetzagentur ihr Ermessen in einer möglichst verfassungskonfliktvermeidenden Art und Weise ausüben und eine Einbeziehung nicht vornehmen. Sofern der Gesetzgeber diese Bestimmung nicht streicht, sollte er zumindest die Berechnungsregeln bei der konkreten Ausgestaltung der Umlage noch einmal überdenken und klarer fassen. Bei der Anwendung der Norm sollte die Bundesnetzagentur in diesem Fall aus ökonomischen Gründen darauf achten, dass sie nur Dienste in die Umlage mit einbezieht, die klassische Telekommunikationsdienste tatsächlich ersetzen und nicht neuartige Dienste einbeziehen, die nicht in einem direkten Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen. Als eine Maßnahme zur Deregulierung kommt jedenfalls die Abschaffung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten nicht in Betracht, da dies gegen Unions- (Art. 84 ff. EKEK) und Verfassungsrecht (Art. 87f Abs. 1 GG) verstoßen würde. In Betracht käme hingegen, diese Verpflichtung nicht durch Mittel der Unternehmen, sondern öffentliche Mittel zu erfüllen (vgl. Art. 90 Abs. 1 EKEK). Da der Universaldienstmechanismus bisher ohnehin nicht aktiviert wurde, erscheint eine diesbezügliche Deregulierung aber jedenfalls nicht vordringlich. Vollkommen unabhängig davon ist die Universaldienstfinanzierung über eine Umlage bislang ohnehin noch nicht erfolgt und als subsidiärer Finanzierungsmechanismus zum Breitbandausbau gegenüber staatlichen Fördermitteln möglichst nicht zur Anwendung zu bringen.

³¹⁰ Siehe dazu auch Bulowski, a.a.O., Baden-Baden 2019, S. 191.

³¹¹ Darüber hinaus ist fraglich, ob dieser Vergleichsmaßstab gegenüber den Netzbetreibern überhaupt sinnvoll ist. Geht es um eine Ausbaupflichtung von Internetzugangsdiensten (Festnetz- oder Mobilfunk), so überschneidet sich die Anzahl der monatlichen Nutzerinnen und Nutzer bei den Netzbetreibern kaum, da sie jeweils regelmäßig nur über einen Anschluss verfügen. Da nummernunabhängige ITD einen Internetzugang voraussetzen, sind sie bei den Nutzungszahlen der Internet Service Provider als Teilmenge notwendig enthalten. Weitere Überschneidungen bestehen, wenn die Nutzerinnen und Nutzer jeweils mehrere nummernunabhängige ITD verwenden. Insgesamt besteht hier noch Klärungsbedarf seitens des Gesetzgebers.

3.3.3 Wettbewerbliche Implikationen des Datenschutzrechts berücksichtigen

192. Ein weiterer Aspekt bei der Debatte um die Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen ist die Ausgestaltung des Datenschutzrechts. Hier bestehen insbesondere vier Problemkreise: Erstens führt die Verzögerung bei der Verabschiedung der geplanten ePrivacy-Verordnung zu einer Verlängerung bestehender Rechtsunsicherheiten im Bereich der ITD (dazu sogleich Tz. 193). Zweitens stellt sich die Frage, ob mit der Neufassung der Definition von Telekommunikationsdiensten bereits chancengleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen worden sind (dazu Tz. 194) und drittens, welche Anpassungen durch die ePrivacy-Verordnung künftig vorgenommen werden sollten (dazu Tz. 195 f.). Viertens ist darauf hinzuweisen, dass eine unbeabsichtigte Schwächung des Wettbewerbs um ein hohes Datenschutzniveau durch zu pauschal gefasste Verpflichtungen für Anbieter interpersoneller Telekommunikationsdienste vermieden werden sollte (dazu Tz. 197). Schließlich könnte die Praxis von Anbietern, sich sehr weitreichende Einwilligungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten einzuholen, problematisch sein, wenn sie dies mittels ihrer Marktmacht erzwingen können.

193. Die Rechtslage hinsichtlich elektronischer Kommunikationsdienste ist derzeit ausgesprochen komplex: Seit dem 25. Mai 2018 gilt die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).³¹² Es war im Zuge dieses Gesetzgebungsverfahrens zwar auch geplant, die sektorspezifischen Datenschutzvorschriften im Bereich der elektronischen Kommunikation, d. h. die ePrivacy-Richtlinie³¹³ zeitgleich zu überarbeiten.³¹⁴ Da hinsichtlich der dort enthaltenen Regelungen jedoch keine Einigung erzielt werden konnte, wurde die Reform der ePrivacy-Richtlinie zunächst zurückgestellt. Sie ist daher weiterhin in unveränderter Form in Kraft und die auf sie gestützten nationalen Umsetzungsvorschriften des bereichsspezifischen Datenschutzrechts werden grundsätzlich nicht durch die DSGVO verdrängt (Art. 95 DSGVO). In Deutschland werden die derzeit bestehenden Regelungen der ePrivacy-Richtlinie durch das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutzgesetz (TTDSG) umgesetzt,³¹⁵ das zum 1. Dezember 2021 in Kraft getreten ist³¹⁶ und in dem die bisher im TKG und Telemediengesetz (TMG) verankerten Datenschutzvorschriften des Telekommunikations- und Telemediensrechts zusammengeführt wurden. Problematisch an der derzeitigen Situation ist, dass die Bestandsschutzregelung des Art. 95 DSGVO schwierige Abgrenzungsfragen aufwirft:³¹⁷ Erstens gilt sie nach ihrem Wortlaut grundsätzlich nur dann, wenn die zu beurteilende Regelung der ePrivacy-Richtlinie dasselbe Ziel verfolgt wie die der DSGVO. Dies birgt einige Auslegungsschwierigkeiten, da Normen in der Regel nicht ausdrücklich die Ziele benennen, die sie verfolgen. Zweitens sollte mit der ePrivacy-Richtlinie lediglich eine Mindestharmonisierung erreicht werden, sodass den EU-Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum verbleibt.³¹⁸ Umstritten ist, ob nationale Umsetzungsvorschriften auch dann nicht von der DSGVO verdrängt werden, wenn sie über diese Vorgaben der ePrivacy-Richtlinie hinausgehen.³¹⁹ Dieser Zustand der Rechtsunsicherheit sollte möglichst bald behoben werden. Die Europäische Kommission hat zwar bereits im Januar 2017 eine ePrivacy-Verordnung als *lex specialis* zur Datenschutz-Grundverordnung vorgeschlagen (ePrivacy-VO-KomE),³²⁰ die die Datenschutzvorschriften vereinheitlichen sollte. Nachdem sich das Europäische Parlament im Oktober

³¹² Verordnung 2016/679/EU.

³¹³ Richtlinie 2002/58/EG, zuletzt geändert am 18.12.2009.

³¹⁴ Siehe dazu Kühling/Raab, in Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, 3. Auflage, München 2020, Art. 95 Rn. 3.

³¹⁵ BT-Drs. 19/27441, S. 30.

³¹⁶ Bundesgesetzblatt, ausgegeben zu Bonn am 28. Juni 2021, Nr. 35, S. 2002.

³¹⁷ Siehe hierzu etwa Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 272 f.

³¹⁸ Siehe dazu unter Verweis auf Erwägungsgrund 8 Satz 2 ePrivacy-Richtlinie Braun, in Geppert/Schütz (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013, § 91, Rn. 5.

³¹⁹ Siehe hierzu etwa Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 273.

³²⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG, COM(2017) 10 final.

2017 auf einen gemeinsamen Standpunkt verständigt hatte, dauerte es bis Februar 2021, bis sich auch der Rat auf eine gemeinsame Position für Verhandlungen im Trilog der EU-Institutionen geeinigt hatte. Diese Verhandlungen könnten sich indes weiterhin als zeitaufwändig gestalten,³²¹ da die Positionen von Parlament und Rat weit auseinander liegen. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung, über den Rat der EU in den Trilogverhandlungen zur ePrivacy-Verordnung für eine möglichst zeitnahe Einigung einzutreten.

194. In der Sache ist hinsichtlich nummernunabhängiger ITD bereits mit der Reform durch den EKEK eine Gleichstellung zu nummerengebundenen Telekommunikationsdiensten erfolgt: Da die ePrivacy-Richtlinie gemäß Art. 3 grundsätzlich für sämtliche öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste gilt und sie somit nicht auf nummerengebundene interpersonelle Kommunikationsdienste beschränkt ist, sieht das Unionsrecht eine Gleichbehandlung nummergebundener und nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste durch eine Änderung der Definition im EKEK vor.³²² Die Definitionen des EKEK gelten gemäß Art. 2 Abs. 1 ePrivacy-Richtlinie i. V. m. Art. 125 Abs. 3 EKEK grundsätzlich auch im Rahmen der ePrivacy-Richtlinie. Da die in der ePrivacy-Richtlinie enthaltenen Bestimmungen zuletzt im Jahr 2009 geändert wurden und in der Zwischenzeit mit der DSGVO ein gänzlich neues Regelungswerk zum Datenschutzrecht geschaffen wurde, erscheint es dennoch dringend geboten, möglichst bald die veralteten Bestimmungen der ePrivacy-Richtlinie durch neue Regelungen auf Unionsebene zu ersetzen und hierbei auf Konsistenz zu den Bestimmungen der DSGVO zu achten. Eine einseitige Reform in Deutschland erscheint angesichts der Ubiquität der Dienste und begrenzter Umsetzungsspielräume der nationalen Gesetzgeber nicht sinnvoll.³²³ Hierbei sind vor allem Folgefragen zu klären, die sich im Zuge der Änderung der Definition von Telekommunikationsdiensten stellen. So sieht etwa der Kommissionsentwurf für die ePrivacy-Verordnung vor, bei der Anwendbarkeit der Datenschutzvorschriften nicht zu unterscheiden, ob eine Kommunikationsfunktion lediglich eine untergeordnete Nebenfunktion darstellt (Art. 4 Abs. 2 ePrivacy-VO-KomE), sondern er erfasst sämtliche Dienste mit Kommunikationsfunktionen. Das Europäische Parlament und der Rat teilen diesen Standpunkt.³²⁴ Dies erscheint insbesondere mit Blick auf das in § 3 TTDSG normiert einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis sinnvoll. Das in § 3 TTDSG verankerte Fernmeldegeheimnis ist einerseits geboten, um den verfassungsrechtlich begründeten Schutzauftrag des Staates aus Art. 10 GG zu gewährleisten,³²⁵ stellt andererseits aber auch eine Umsetzung³²⁶ von Art. 5 der ePrivacy-Richtlinie dar. Die ePrivacy-Richtlinie sieht eine Erweiterung des Fernmeldegeheimnisses auf derartige Dienste nicht vor, da nur auf die Begriffsdefinitionen des EKEK verwiesen wird.

195. Das bereichsspezifische Datenschutzrecht der ePrivacy-Richtlinie³²⁷ enthält im Übrigen insbesondere Regelungen zur Sicherheit von Kommunikationsnetzen (Art. 4), zur Verarbeitung von Verkehrsdaten (Art. 6), zu Einzelgebührennachweisen (Art. 7), zur Rufnummernanzeige (Art. 8), zu Standortdaten (Art. 9), zu Teilnehmerverzeichnissen (Art. 12) und unerbetenen Nachrichten (Art. 13). Damit wird eine Fülle von Aspekten adressiert, die sehr speziell Fragen der elektronischen Kommunikation betreffen. Es erscheint sachgerecht, die allgemein geltende DSGVO nicht mit derart spezifischen Gesichtspunkten zu überfrachten. Das gleiche gilt für die stark umstrittenen Regelungen dazu, wie Kommunikationsinhalte (verschlüsselt) abzusichern

³²¹ Medienberichten zufolge sollen die Trilogverhandlungen am 20. Mai 2021 begonnen haben, <https://dsgvo.expert/wp/eprivacy-verordnung-es-geht-voran/>, Abruf am 1. September 2021.

³²² So auch die Bundesregierung, BT-Drs. 19/27441, S. 33.

³²³ Der Spielraum des Bundesgesetzgebers ist denkbar gering, da er im Telekommunikationsbereich nur so weit reicht wie die Bereichsausnahme in Art. 95 DSGVO dies zulässt, siehe dazu zuletzt etwa Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 272 ff.

³²⁴ Siehe hierzu die Verfahrensdokumente A8-0324/2017 (Art. 4 Abs. 3 lit. ab Standpunkt des Parlaments) und 6087/21 (Art. 4 Abs. 2 Standpunkt des Rates) in 2017/0003 (COD).

³²⁵ Graulich in: Fetzter/Scherer/Graulich (Hrsg.), TKG, 3. Auflage, Berlin 2021, § 88 Rn. 4.

³²⁶ BT-Drs. 19/27441, S. 34.

³²⁷ Siehe zu den Unterschieden zwischen DSGVO und ePrivacy-Regelungen auch GEREK, BoR (21) 85, S. 15 f.

sind und wie in (Kommunikations-)Endeinrichtungen der Endnutzerinnen und Endnutzer gespeicherte Informationen geschützt werden sollen und unter welchen Voraussetzungen bestimmte Tracking-Technologien³²⁸ eingesetzt werden dürfen.

196. Hinsichtlich der Reform des Datenschutzrechts im Bereich der elektronischen Kommunikation ist im Übrigen auf Folgendes hinzuweisen: Gerade bei Datenschutzregelungen erscheint es zwar wenig überzeugend, unterschiedliche Regelungen für nummerngebundene und nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste anzuwenden, da sie aus Endnutzersicht jedenfalls teilweise substituierbar sind und sich ähnliche Gefährdungslagen³²⁹ zeigen. Der Datenschutz sollte jedoch primär als Instrument zur Sicherung der Privatsphäre und weniger als ein solches zur Herstellung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen³³⁰ begriffen werden. Aus diesem Grund sollte bei der Reform des bereichsspezifischen Telekommunikationsdatenschutzes vor allem darauf geachtet werden, dass keine Wertungswidersprüche zum Regelungsregime der DSGVO entstehen. Gleich schutzwürdige Sachverhalte sollten gleich strengen Datenschutzvorgaben unterliegen, egal ob sie unter die DSGVO oder die ePrivacy-Verordnung fallen.

197. Hinsichtlich der Erweiterung staatlicher Überwachung³³¹ auf nummernunabhängige ITD ist auf die damit möglicherweise verbundenen negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den ITD hinzuweisen. Die Frage danach, welche Überwachungsmöglichkeiten innerhalb des durch die Grundrechte vorgegebenen Rahmens aus sicherheitspolitischen Erwägungen geboten ist, ist zwar eine originäre Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Jedoch sollte der Gesetzgeber hierbei zielgerichtet vorgehen und nicht etwa durch eine zu breite Fassung der einzuhaltenden Verpflichtungen unbeabsichtigt Differenzierungsmöglichkeiten von Wettbewerbern von vornherein ausschließen, wenn dies aus sicherheitspolitischen Gründen nicht erforderlich ist. Damit ist nicht gemeint, dass der Staat einen Wettbewerb dahingehend ermöglichen sollte, in dem sich Dienste damit hervorheben können, dass legitime öffentliche Sicherheitsinteressen nicht mehr verfolgt werden können. Es geht vielmehr darum, dass Geschäftsmodelle von Diensten, die ein hohes Datenschutzniveau gewährleisten wollen und sich etwa durch Geldzahlungen statt Werbung und Datenhandel finanzieren, nicht ohne einen triftigen sicherheitspolitischen Grund erschwert oder unmöglich gemacht werden. Beispielsweise gibt es Dienste, die mit innovativen Verfahren das Erzeugen und Verarbeiten von Metadaten (z. B. die Teilnehmer einer Gruppenkommunikation) vermeiden. Diese technischen Vorteile einzelner Anbieter könnten etwa nivelliert und entsprechenden Investitionen entwertet werden, wenn eine Verpflichtung auferlegt würde, derartige Metadaten dennoch zu erzeugen und zu speichern. Dieser Aspekt sollte bei der Debatte über staatliche Eingriffsbefugnisse ebenfalls eine Rolle spielen. Zudem muss bei der konkreten Ausgestaltung von Überwachungsbefugnissen darauf geachtet werden, dass kleinere Anbieter nicht unverhältnismäßig belastet werden.

³²⁸ Z. B. hatte das EU-Parlament vorgeschlagen, sog. „Cookie-Walls“ zu verbieten (s. dazu Art. 8 Abs. 1a des Parlamentsentwurfs). Dabei handelt es sich um eine von einzelnen Online-Zeitungen verwendete Praxis, kostenlose Inhalte nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn die Endnutzerinnen und Endnutzer in bestimmte Trackingtechniken (in der Regel das Setzen von „Cookies“) einwilligen.

³²⁹ Bezüglich nummernunabhängiger ITD kann gegenüber klassischen Telekommunikationsdiensten sogar tendenziell von einer höheren Schutzwürdigkeit ausgegangen werden, da über diese Dienste nicht nur Text und Sprache ausgetauscht werden, sondern auch Fotos und Videos und eine Kommunikation über mehrere Endgeräte hinweg erfolgen kann.³²⁹

³³⁰ BNetzA, Konferenz über klassische Telekommunikationsnetzbetreiber und die Rolle der OTT-Anbieter, bei der gleiche Regeln insbesondere hinsichtlich Datenschutzvorschriften gefordert werden, um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, Konferenzband, S. 27, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2015/OTT_2015.pdf?_blob=publicationFile&v=2, Abruf am 21. Oktober 2021.

³³¹ Siehe dazu etwa das Gesetz zur Anpassung des Verfassungsschutzrechts, vom 5. Juli 2021, Bundesgesetzblatt, ausgegeben zu Bonn am 8. Juli 2021, Nr. 40, S. 2274, mit dem den Nachrichtendiensten ein Auslesen von Nachrichten von Smartphones ermöglicht wurde, um eine Verschlüsselung zu umgehen, siehe dazu BT-Drs. 19/24785, S. 26 und zuletzt den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Rechtsgrundlagen der Bundespolizei, BT-Drs. 19/26541, bei dem der Bundesrat am 25.6.2021 jedoch die erforderliche Zustimmung verweigert hat.

198. Im Rahmen der Anhörung der Monopolkommission für das Sektorgutachten wurde ferner darauf hingewiesen, dass einige nummernunabhängige ITD aufgrund ihrer starken Marktstellung ihre Nutzerinnen und Nutzer zu sehr weitgehenden Einwilligungen bezüglich der Verarbeitung personenbezogener Daten bewegen könnten, da diese ein hohes Interesse daran haben, nicht von ihren Kontakten abgeschnitten zu werden. Durch die Einbeziehung nummernunabhängiger ITD in den Anwendungsbereich des TKG ist es nun möglich, auch derartige Verhaltensweisen anhand der besonderen Missbrauchsaufsicht des § 50 TKG-2021 zu untersuchen. Durch die TKG-Novelle 2021 wurde in der Norm klargestellt, dass die Bundesnetzagentur einen Missbrauch nicht nur gegenüber anderen Unternehmen, sondern auch gegenüber Endnutzerinnen und Endnutzern unterbinden kann. Ein Eingreifen der Bundesnetzagentur gemäß § 50 TKG-2021 setzt jedoch die Feststellung beträchtlicher Marktmacht nach den §§ 10 ff. TKG-2021 voraus.³³² Daher ist insbesondere auch ein unionsweites Konsolidierungsverfahren durchzuführen.³³³ Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Möglichkeit der Bundesnetzagentur ein Vorgehen des Bundeskartellamts grundsätzlich nicht ausschließt (vgl. § 2 Abs. 4 TKG-2021), etwa wenn (noch) keine Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nach den §§ 10 ff. TKG-2021 erfolgt ist.³³⁴ Das Bundeskartellamt hat in der Vergangenheit bereits ein Verfahren gegen Facebook geführt, in dem Facebook untersagt wurde, Konditionen zu verwenden, die die Nutzung des gleichnamigen sozialen Netzwerks Facebook durch private Nutzer davon abhängig macht, dass nutzer- und gerätebezogene Daten anderer konzerneigener Dienste (z. B. WhatsApp und Instagram) erhoben werden, ohne Einwilligung der Nutzer mit den für das soziale Netzwerk geführten Nutzerkonten verknüpfen und verwenden kann.³³⁵ Dieses Verfahren wird derzeit gerichtlich überprüft.³³⁶ Da das Bundeskartellamt damit bereits über einen Erfahrungsschatz verfügt, erscheint es aktuell ohnehin nicht erforderlich, dass auch die Bundesnetzagentur tätig wird. Die Bundesnetzagentur sollte in dieser Sache besser auf die ihr zustehenden Aufsichtsbefugnisse im Datenschutzrecht nach dem TTDSG zurückgreifen. Gemäß § 30 Abs. 1 TTDSG-2021 ist die Bundesnetzagentur zuständige Aufsichtsbehörde für die Einhaltung der Vorschriften zum Datenschutz und Schutz der Privatsphäre in der Telekommunikation (Teil 2 TTDSG), soweit nicht die Zuständigkeit des oder der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit gegeben ist. Es handelt sich also um eine subsidiäre Zuständigkeit.

3.3.4 Unterschiedliche Kundenschutzanforderungen an Gefährdungspotenzial knüpfen

199. Es erscheint fraglich, ob innerhalb des Anwendungsbereichs von ITD so streng zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen Diensten unterschieden werden sollte, wie dies derzeit im Gesetz angelegt ist. Besonders deutlich wird das im Bereich der Vorschriften zum Kundenschutz. Kundenschutzvorschriften sind in Teil 3 des TKG-2021 und auch in Teil 7 zur Nummerierung enthalten. Sie sollen für Transparenz sorgen, etwa durch unabhängige Vergleichsinstrumente (§ 53 TKG-2021) und Informationsanforderungen für Verträge (§ 55 TKG-2021). Außerdem sollen sie unangemessene Bindungen von Kunden vermeiden, z. B. durch Vorgaben zu Vertragslaufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten (§ 56 TKG-2021) sowie der Möglichkeit des Anbieterwechsels und der Rufnummernmitnahme (§ 60 TKG-2021). Schließlich sind in den §§ 62 ff. und §§ 109 ff. TKG-2021 Regelungen enthalten, die die Endnutzerinnen und Endnutzer vor überhöhten Entgeltforderungen schützen sollen. Begründet wird eine unterschiedliche Erfassung damit, dass nummerngebundene ITD am öffentlich gesicherten interoperablen Ökosystem beteiligt seien und daraus

³³² BVerwG, Urteil vom 18. April 2007 – 6 C 21/06, juris, Rn. 17 ff.

³³³ Vgl. BVerwG, a. a. O., Rn. 25, wonach Beteiligungsrechte der EU-Kommission nicht unterlaufen werden dürfen.

³³⁴ Siehe zu diesem Konkurrenzverhältnis etwa Roth, in Scheurle/Mayen, 3. Auflage, München 2018, § 42, Rn. 158 ff.

³³⁵ BKartA, Fallbericht vom 15. Februar 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5, Abruf am 6. September 2021.

³³⁶ Siehe dazu zuletzt den Beschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24.3.2021, Az. Kart 2/19 (V), a. a. O., mit dem eine Entscheidung des EuGH mittels eines Vorabentscheidungsverfahrens herbeigeführt werden soll.

auch Nutzen zögen.³³⁷ Dieses Argument begründet jedoch nicht zwingend jede Ungleichbehandlung. Wenn es um Gefahrenabwehr geht, sollte für die Behandlung von Diensten die jeweiligen Gefahrenlagen ausschlaggebend sein, die sich auch kurz- und mittelfristig wandeln kann. Zudem geht mit der bisher recht kleinteiligen Anwendbarkeit von TKG-Vorschriften ein Teil der Flexibilität verloren, die durch die funktionale Definition von (interpersonellen) Telekommunikationsdiensten geschaffen worden ist. So sind etwa Normen, die sich mit einer Kostenkontrolle beschäftigen, teilweise nur auf nummerngebundene ITD anwendbar.³³⁸ Dies lässt sich aktuell zwar damit rechtfertigen, dass klassische Telekommunikationsdiensteanbieter für Drittunternehmen abrechnen und OTT-Kommunikationsdienste (derzeit) nicht. Jedoch werden auch in diese Apps in einigen Ländern Bezahlfunktionen – zum Teil über Drittanbieter – integriert (z. B. WhatsApp,³³⁹ WeChat) oder dies zumindest erprobt. Als Beispiel für Normen zur Kostenkontrolle seien hier die Vorschriften zur Nummerierung genannt, die in den §§ 109 ff. TKG-2021 umfangreiche Vorgaben zur Preistransparenz vorsehen, sich jedoch nur an bestimmte Dienste richten, die im öffentlichen Nummernbereich zur Verfügung gestellt werden. Da auch nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste Bezahlfunktionen in ihre Dienste integrieren, könnte die Problematik hoher Entgeltforderungen durch Drittanbieter auch bei diesen perspektivisch relevant werden.

200. Außerdem leiden die Vorschriften zum Kundenschutz an einer sehr uneinheitlichen, unübersichtlichen Formulierung: Die Anknüpfungspunkte für Vorschriften werden zum Teil positiv³⁴⁰, zum Teil negativ³⁴¹ formuliert und einzelne Kategorien mitunter auch über ihre gesetzliche Oberbegriffe einbezogen. Dies erschwert es gerade den von den Normen geschützten Endnutzerinnen und Endnutzern, die Reichweite der Kundenschutzvorschriften zu erfassen und erschwert den Vollzug der Vorschriften durch die Rechtsanwender. Neben einer Vereinfachung der Normtexte sollte bei künftigen Reformen auch hier stets im Blick behalten werden, inwieweit eine generelle Deregulierung möglich ist.

201. Insgesamt sollte daher der Begriff der ITD zwar eher eng ausgelegt werden (siehe dazu Tz.158 ff.), bei den dann anwendbaren Vorschriften des TKG aber möglichst auf weitere Unterscheidungen verzichtet werden. Hier sollte weniger auf die Art des Dienstes (d. h. nummerngebunden oder nummernunabhängig), sondern vielmehr auf die konkrete Gefahrenlage abgestellt werden, z. B. ob es ein Dienst ermöglicht, kostenpflichtige Verbindungen aufzubauen und abzurechnen oder Nutzer- und Nutzungsdaten abgreifen kann. Vorschriften zur Kostenkontrolle und Transparenz können unabhängig von der technischen Ausgestaltung eines Dienstes gleichermaßen notwendig sein. Aus Sicht der Monopolkommission sollte daher auf Unionsebene eine Flexibilisierung der im Telekommunikationsrecht enthaltenen Normen angestrebt werden und die Anwendung der Norm an die jeweilige Gefahrenlage geknüpft werden.

202. Dagegen spricht jedenfalls auch nicht grundsätzlich, dass einzelne Probleme so (noch) nicht bei sämtlichen Diensten auftreten: Sofern gesetzesunmittelbare Verpflichtungen bestehen, die nummernunabhängige Dienste nicht erfüllen können, so müssen sie diese Pflichten nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass niemand zu objektiv unmöglichen Leistungen verpflichtet werden kann, ohnehin nicht einhalten.³⁴² Zur

³³⁷ Erwägungsgrund 18 Satz 5 EKEK.

³³⁸ Ausdrücklich so geregelt ist dies etwa in § 63 TKG-2021. Weitere Normen, die die Kunden vor überhöhten Entgelten schützen sollen sind in §§ 109 ff. TKG-2021 geregelt und knüpfen an öffentlich zugeteilte Rufnummern an.

³³⁹ <https://www.lyra.com/de/bezahlen-via-whatsapp/>, Abruf am 6. September 2021.

³⁴⁰ Ein Beispiel hierfür ist § 59 Abs. 1 TKG-2021, der bei einem Anbieter- und Rufnummernwechsel den Anbieter von Internetzugangsdiensten und öffentlich zugänglichen nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdiensten Informationspflichten auferlegt.

³⁴¹ Teilweise werden grundsätzlich alle Telekommunikationsdienste in die jeweilige Norm einbezogen und dann Dienste für die Maschine-Maschine-Kommunikation ausgenommen (z. B. § 55 Abs. 1 TKG-2021). Diese Ausnahme wird in einigen Vorschriften auch auf nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste ausgedehnt (z. B. § 58 Abs. 1 Satz 2 TKG-2021).

³⁴² Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 284 EKEK, der als eine Ausnahme von der Verpflichtung, Zugang zu Notdiensten bereitzustellen technische Probleme anerkennt.

Vermeidung von Rechtsunsicherheiten könnte eine Rechtsgrundlage geschaffen werden, aufgrund der die Bundesnetzagentur auf Antrag der Anbieter verbindlich feststellt, ob und inwieweit ein Anbieter einzelnen Pflichten unterfällt. Hier könnte dann gegebenenfalls auch eine Präzisierung der einzelnen Pflichten erfolgen. Rechtstechnisch ist dies als feststellender Verwaltungsakt denkbar. Daneben könnte auch eine Verordnungsbefugnis zur weiteren Konkretisierung sinnvoll sein. Eine solche existiert beispielsweise in § 52 Abs. 4-6 TKG-2021 bezüglich Transparenzvorschriften für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, das diese Ermächtigung im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur auf die Bundesnetzagentur übertragen kann. Einer Abmilderung von Härten wird bereits dadurch entgegengewirkt, dass für Kleinstunternehmen,³⁴³ die nur nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste erbringen, gemäß § 71 Abs. 4 TKG-2021 Ausnahmen bei den Kundenschutzvorschriften vorgesehen sind. Diese müssten bei einer weitergehenden Gleichstellung nummernunabhängiger und nummerngebundener ITD ebenfalls erweitert werden.

3.4 Interoperabilitätsverpflichtungen sind derzeit abzulehnen

203. Eine Interoperabilitätsverpflichtung erfordert eine Rechtfertigungsgrundlage, da sie einen Eingriff in die unternehmerischen Freiheitsrechte der Betroffenen darstellt. Daher ist zunächst zu klären, welche Ziele mit einer Interoperabilitätsverpflichtung verfolgt werden können. Zunächst nennt Art. 1 Abs. 2 lit. a EKEK die Interoperabilität der elektronischen Kommunikation als ein eigenständiges, grundsätzliches Ziel des Telekommunikationsrechtsrahmens. In Art. 61 Abs. 2 UAbs. 1 lit. c EKEK wird eine Interoperabilität als wichtig anerkannt, um dadurch eine durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzerinnen und Endnutzern sicherzustellen. Die Gewährleistung der durchgehenden Konnektivität zwischen Endnutzerinnen und Endnutzern ist also ein wesentlicher Aspekt, der mit einer Interoperabilität erreicht werden soll. Einerseits sollen also damit Endnutzerinteressen verfolgt werden (vgl. Erwägungsgrund 148 Satz 1 EKEK). Andererseits bezweckt eine Interoperabilität gleichzeitig den Abbau von Marktzutrittsschranken und von Hindernissen für weitergehende Innovationen (vgl. Erwägungsgrund 149 Satz 3 EKEK) und dient damit originär der Wettbewerbsförderung (vgl. Erwägungsgrund 157 Satz 2 EKEK). Diese beiden gleichrangigen Aspekte (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a EKEK) stehen jedoch nicht im Gegensatz zueinander, sondern ergänzen sich, sind aber in einzelnen Normen mit einer unterschiedlichen Ausprägung angelegt.

204. Das Telekommunikationsrecht verfügt prinzipiell über zwei Rechtsgrundlagen, um Interoperabilitätsverpflichtungen anzuordnen, die beide grundsätzlich dazu geeignet sind, die soeben dargelegten Ziele zu fördern: Zum einen kann durch die Einbeziehung von nummernunabhängigen ITDs in das TKG nun im Wege der klassischen Marktregulierung vorgegangen werden, die dann anwendbar ist, wenn in einem förmlichen Verfahren festgestellt worden ist, dass ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dann ist die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen gemäß § 26 Abs. 3 Nr. 4, 8 TKG-2021 grundsätzlich möglich (siehe zu den Voraussetzungen hierfür im Einzelnen in Abschnitt 3.4.2.2). Zum anderen ist in § 21 Abs. 2 TKG-2021 eine neue Vorschrift in das TKG eingefügt worden, die zwar nicht an die förmliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht anknüpft, aber gleichermaßen als asymmetrisch einzustufen ist, d. h. auf marktmachtrelevante Faktoren Bezug nimmt. Auf diese Vorschrift, die stärker an das Ziel der durchgehenden Konnektivität anknüpft, wird unter Abschnitt 3.4.2.1 näher eingegangen. Neben diesen beiden zentralen Möglichkeiten des Telekommunikationsrechts weisen auch andere rechtliche Grundlagen Bezüge zur Interoperabilität auf und werden unter 3.4.2.3- 3.4.2.6 dargestellt. Im Folgenden wird zunächst dargelegt, was Interoperabilität ist, welche Möglichkeiten der Ausgestaltung es gibt und was die ökonomischen Implikationen für den Markt für interpersonelle Telekommunikationsdienste sein können (dazu Abschnitt 3.4.1). Im Anschluss dazu wird untersucht, ob das bestehende rechtliche

³⁴³ Der Gesetzgeber versteht darunter in Anlehnung an § 267a Absatz 1 HGB Unternehmen, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten: 350 000 Euro Bilanzsumme; 700 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und im Jahresdurchschnitt zehn Arbeitnehmer, BT-Drs. 19/26108, S. 298.

Instrumentarium ausreichend ist, um ein bestehendes oder ein künftig mögliches Marktversagen beheben zu können (dazu Abschnitt 3.4.2).

3.4.1 Interoperabilität: Ausgestaltungsmöglichkeiten und Implikationen

205. Daten und Inhalte, die bei der Nutzung von interpersonellen Telekommunikationsdiensten entstehen und ausgetauscht werden, können eine unterschiedliche Breite und Tiefe haben,³⁴⁴ je nachdem ob die Daten bzw. Inhalte von (gewerblichen) Nutzerinnen und Nutzern (freiwillig) bereitgestellt, durch Beobachtung generiert, durch Ableitung oder Folgerung weiterverarbeitet oder gekauft oder lizenziert werden.³⁴⁵ Unterschiedlich kann auch das Bedürfnis der Endnutzerinnen und Endnutzer sein, diese austauschen zu wollen. Daten und Inhalte können einmalig oder kontinuierlich (in Echtzeit) zwischen Anwendungen, Diensten, Systemen und Hardware ausgetauscht werden. Der Begriff der *Interoperabilität* hat daher viele Facetten und meint allgemein die Fähigkeit, dass zwei oder mehr Systeme oder Komponenten (z. B. Endgeräte, Netzwerkprotokolle, digitale Anwendungen und Dienste) Informationen austauschen und diese ausgetauschten Informationen dann nutzen können.³⁴⁶ Im Kontext der Regulierung von interpersonellen Telekommunikationsdiensten ist die Interoperabilität von Diensten und Anwendungen relevant.

206. Zu unterscheiden ist die horizontale Interoperabilität, bei der Daten/Inhalte mit konkurrierenden Diensten der selben Marktstufe ausgetauscht werden können, von der vertikalen Interoperabilität, bei der vor- und nachgelagerte Technologien, die Inhalte/Daten einbeziehen und/oder erzeugen, dann in den Dienst eingehen können. Die *vertikale Interoperabilität* beschreibt die Fähigkeit von Diensten, die Daten, Inhalte oder Funktionen eines vorgelagerten Anbieters einzubeziehen.³⁴⁷ Manchmal auch Protokollinteroperabilität genannt, ermöglicht sie Anbietern komplementärer Dienste den Zugang zu wesentlichen Funktionen, die wiederum die Entwicklung ihrer Dienste in der Regel über Schnittstellen (Application Programming Interface – APIs, siehe dazu unten, Tz. 209) zur Ergänzung der vom Anbieter angebotenen Dienste ermöglichen. So könnte beispielsweise ein soziales Netzwerk, das vertikal interoperabel mit einem Marktplatz ist, es den Nutzern ermöglichen, ihre Einkäufe nahtlos zu teilen und ihren Kontakten zu erlauben, denselben Kauf zu tätigen. Vertikale Interoperabilität ermöglicht es damit den Endnutzerinnen und Endnutzern, Produkte und Dienste zu kombinieren, anstatt sich auf einen einzigen Anbieter festlegen zu müssen. Die *horizontale Interoperabilität* dagegen bezieht sich auf die Fähigkeit eines Dienstes, mit konkurrierenden Diensten kommunizieren und sich austauschen zu können.³⁴⁸ Horizontale Interoperabilität kann den Endnutzerinnen und Endnutzern beispielsweise ermöglichen, direkt miteinander zu kommunizieren, ohne dabei denselben Messengerdienst nutzen zu müssen. So sind zum Beispiel E-Mail-Dienste horizontal interoperabel, da sie auf Basis offener und standardisierter Übertragungsprotokolle wie dem Internet Protocol (IP), dem Simple Mail Transfer Protocol (SMTP) und dem HyperText Transfer Protocol (HTTP)³⁴⁹ zwi-

³⁴⁴ Ein breiterer Datensatz bedeutet, dass Informationen über mehr Nutzer verfügbar sind, d. h. der Datensatz ist repräsentativer und enthält im Durchschnitt mehr Daten pro Item. Ein tieferer Datensatz bezieht sich auf den Umfang der Nutzerprofile, d. h. es sind im Durchschnitt mehr Daten je Nutzer verfügbar.

³⁴⁵ Krämer/Schnurr/Broughton-Micova, 2020, The Role of Data for Digital Markets Contestability: Case Studies and Data Access Remedies, CERRE Report, https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/08/cerre-the_role_of_data_for_digital_markets_contestability_case_studies_and_data_access_remedies-september2020.pdf; Kitchin, 2014, The data revolution: Big data, open data, data infrastructures and their consequences. London.

³⁴⁶ IEEE Standard Computer Dictionary: A Compilation of IEEE Standard Computer Glossaries, 1990, S. 42. http://www.mit.jyu.fi/ope/kurssit/TIES462/Materiaalit/IEEE_SoftwareEngGlossary.pdf.

³⁴⁷ Riley, 2020, "Unpacking interoperability in competition", Journal of Cyber Policy, Vol. 5:1, <https://doi.org/10.1080/23738871.2020.1740754>.

³⁴⁸ Brown, 2020, Interoperability as a Tool for Competition Regulation, <https://doi.org/10.31228/osf.io/fbvxd>.

³⁴⁹ Je nachdem, wie die Endnutzerinnen und Endnutzer ihre E-Mails abrufen, kann alternativ z. B. das Internet Message Access Protocol (IMAP) zum Einsatz kommen.

schen verschiedenen E-Mail-Diensten miteinander kommunizieren können.³⁵⁰ Horizontale Interoperabilität würde beispielsweise bedeuten, dass ein Anbieter eines nummernunabhängigen ITD bei Bedarf einige seiner Schnittstellen (d. h. APIs) öffnet oder integrierende Schnittstellen implementiert, damit andere konkurrierende Anbieter Zugang zu einigen gemeinsamen Funktionen wie Textnachrichten, Bilder, Videos und gegebenenfalls Zugang zur Kontaktliste erhalten und diese nutzen können. Da die verschiedenen Messengerdienste auf Basis unterschiedlicher Protokolle arbeiten, die oftmals nicht miteinander kompatibel sind,³⁵¹ könnte alternativ ein unabhängiger, neutraler und vertrauenswürdiger Intermediär eingerichtet werden, der als sog. Clearingstelle operiert und dabei Mitteilungen von einem versendenden Messengerdienst empfängt und entsprechend den technischen Anforderungen des empfangenden Messengerdienstes umwandelt und schließlich dorthin weiterleitet. Allerdings stoßen derartige Clearingstellen im Messengerumfeld an Grenzen, da beispielsweise Dienste wie Threema keine Rufnummern sondern anonymisierte Identifikationsnummern für ihr Adressierungsschema verwenden und auch sonst keine weiteren IDs oder Metadaten speichern, die das Senden und Empfangen über einen Intermediär ermöglichen könnten. Auch hinsichtlich der Funktionalitäten gibt es erhebliche Einschränkungen, da sämtliche Ende-zu-Ende-Verschlüsselungen wie Gruppenchats nicht über solche Intermediäre funktionieren.

207. Interoperabilität kann auch in Dateninteroperabilität und Inhaltsinteroperabilität unterteilt werden. *Dateninteroperabilität* ermöglicht es Endnutzerinnen und Endnutzern, sämtliche Daten mit anderen Anwendungen und Diensten gegebenenfalls in Echtzeit auszutauschen. So wird Dateninteroperabilität beispielsweise für das Teilen von Daten im Smart Home benötigt. *Inhaltsinteroperabilität* dagegen ermöglicht es, Inhalte über andere Anwendungen und Dienste hinweg zu versenden, anzusehen und mit diesen zu interagieren, ohne den Dienst bzw. die App dabei wechseln zu müssen. Ein Beispiel dafür ist Open Banking in Großbritannien: Hier können Endnutzerinnen und Endnutzer über eine einzige App Zugang zu ihren Bankkonten bei lizenzierten Banken und FinTechs erhalten und nach erfolgter Einwilligung darüber einen vordefinierten Bankdienstleistungsumfang nutzen.³⁵² So wurde ein chancengleiches Wettbewerbsumfeld durch eine einheitliche Schnittstelle und App für alle Banken und FinTechs durch Interoperabilität zugunsten der Endnutzerinnen und Endnutzer geschaffen.

208. Interoperabilität in diesem weiten Sinne kann *symmetrisch* sein, wie bei Kommunikationsstandards wie SMS, bei denen sich beide Parteien auf eine identische Formatierung einigen, sodass die Inhalte eines Dienstes ohne Änderung in einem anderen Dienst verwendet werden können. Die symmetrische Interoperabilität erfordert in der Regel weitgehende Standards für die Austauschprozesse über Protokolle, welche in der Regel durch Regulierer und/oder (technische) Standardisierungsgremien erarbeitet werden und dann markt- bzw. branchenweit gelten.³⁵³ Interoperabilität kann aber auch *asymmetrisch* sein, wenn einzelne Dienste, die eine dominante Stellung im Markt haben, eine Schnittstelle oder einen anderen Mechanismus wie eine Clearingstelle anbieten (oder durch einen Regulierer verpflichtet werden, diesen anzubieten), über

³⁵⁰ Die erforderlichen Standards wurden durch das „Internet Engineering Task Force (IETF)“ Standardisierungsgremium geschaffen und werden dort regelmäßig aktualisiert, um technologische Veränderungen zu berücksichtigen und die Interoperabilität zwischen E-Mail-Diensten fortwährend zu gewährleisten. Diese Fortentwicklung stößt jedoch auch an praktische Grenzen: So ist es bis dato nicht gelungen, bei E-Mails eine für Endverbraucherinnen und Endverbraucher praktikable Ende-zu-Ende-Verschlüsselung einzuführen. Auch ein Nachrüsten von Funktionalitäten über die De-Mail, die eine sichere, vertrauliche und nachweisbare Kommunikation ermöglichen sollte, hatte bis zum jetzigen Zeitpunkt kaum Erfolg.

³⁵¹ So basieren beispielsweise Signal und WhatsApp auf derselben Protokollarchitektur, nicht allerdings Threema oder Wire.

³⁵² OECD, 2019, Open banking - Selected developments and issues, Background note by the Secretariat, [https://one.oecd.org/document/DAF/CMF\(2019\)28/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/CMF(2019)28/en/pdf); S.7-8.

³⁵³ Mit Blick auf das aus sieben Schichten bestehende Open Systems Interconnection (OSI) Modell gilt, je weiter der Einsatz von Standards von der Netzschicht in Richtung Anwendungsschicht entfernt ist, desto mehr nimmt der Aufwand für deren Aufrechterhaltung und Einhaltung zu. So hat beispielsweise das standardisierte Mitteilungsübertragungsprotokoll XMPP (Extensible Messaging and Presence Protocol) die Herausforderung, dass führende Messengerdienste wie WhatsApp, Signal, Threema oder Wire unterschiedliche (proprietäre) Protokolle verwenden, die nicht ohne weiteres für eine Zusammenschaltung geeignet sind.

die bzw. den Dritte dann Daten in verschiedenen Formaten an den jeweiligen Dienst senden oder von ihm abrufen können.

209. Eine Anwendungsprogrammierschnittstelle (API) ermöglicht einem Dienst bestimmte Funktionalitäten sowie die Verwaltung und Kontrolle von Entscheidungsrechten.³⁵⁴ APIs sind wichtige technische Komponenten, die die Speicherung, den Austausch und die Verarbeitung von Daten und Inhalten bei Apps und Diensten regeln können. Sie erleichtern eine schnelle Integration von Funktionen in einen Dienst bzw. eine App und erfordern eine kontinuierliche Interaktion zwischen den API-Nutzern und dem Diensteanbieter. So können sie als eine Reihe von Programmieranweisungen für Softwareanwendungen für einen Dienst und für den Zugang zu relevanten Daten verstanden werden. Ein Diensteanbieter kann die Funktionalität der API durch Schlüssel, Signierung und Authentifizierungsmechanismen erweitern oder entfernen, um den Zugang zu beschränken. APIs ermöglichen daher nachgelagerten Diensteanbietern den Zugang zu wesentlichen Datenströmen und Funktionalitäten eines bestimmten Dienstes. So sind sie einerseits ein wichtiger Mechanismus zur (Wieder-)Verwendung von Daten bzw. Funktionalitäten, aber andererseits auch ein Mittel, um den Zugang technisch und/oder rechtlich durch Nutzungsbestimmungen beschränken oder verweigern zu können. Aus wettbewerblicher Sicht sind APIs daher grundsätzlich als besonders relevant und kritisch zu betrachten, da sie bei entsprechender Ausgestaltung (potentiell) wettbewerbsfördernde Wirkungen entfalten können, aber zugleich auch geeignet sind, um (potentiell) wettbewerbsschädigende Wirkungen zu entfachen.

210. Abzugrenzen ist *Interoperabilität*, die einen bidirektionalen Austausch ermöglicht, von *Datenportabilität*, die einen unidirektionalen Austausch vorsieht. Der Begriff der Datenportabilität meint die Datenübertragbarkeit personenbezogener Daten gemäß Datenschutz-Grundverordnung (Art. 20 DSGVO) wie auch von Nutzungsdaten und bezieht sich auf das Recht einer natürlichen oder juristischen Person, von einem Dateninhaber zu verlangen, dass er ihr oder einem bestimmten Dritten die sie betreffenden Daten in einem strukturierten, allgemein verwendeten und maschinenlesbaren Format ad hoc oder kontinuierlich übermittelt.³⁵⁵ Insbesondere sind darunter von Endnutzerinnen und Endnutzern veranlasste Datenübertragungen und nicht die Übertragung größerer Datensätze zwischen Diensteanbietern zu verstehen. Die kontinuierliche Datenportabilität erfordert hingegen Interoperabilität, um zu funktionieren. Dies verdeutlicht die Überschneidung der beiden Konzepte. Insbesondere erfordert eine solche (dynamische) „Echtzeit-Datenportabilität“ ein höheres Maß an Vernetzung zwischen den Systemen als eine (statische) einmalige Datenübertragung.

211. Bei Messengerdiensten erfahren Endnutzerinnen und Endnutzer Lock-In-Effekte, da sie Netzwerkeffekte³⁵⁶, die durch die darüber erreichbaren sozialen Kontakte entstehen, verlieren, wenn sie zu einem anderen Dienst wechseln (sog. Switching). Interoperabilitätsverpflichtungen können solche Lock-In-Effekte und die Wirkung von Netzwerkeffekten als Eintrittsbarrieren für Dritte Marktteilnehmer abschwächen, obwohl der Nutzen aus den Netzwerkeffekten für die Endnutzerinnen und Endnutzer erhalten bleibt. Insofern kann eine horizontale (asymmetrische) Interoperabilitätsverpflichtung prinzipiell unternehmenseigene Netzwerkeffekte in marktweite Netzwerkeffekte wandeln und somit die Stellung eines (dominanten) interpersonellen Telekommunikationsdienstes im Markt relativieren. Die Interoperabilität definiert somit in gewisser Weise die Eigentumsrechte an den Netzwerkeffekten von dem marktmächtigen Unternehmen hin zu den

³⁵⁴ Jacobson/Brail/Woods, 2011, *The Strategic Value of APIs*, Sebastopol, CA: O'Reilly.

³⁵⁵ OECD, 2021, *Data Portability: Analytical Report, Mapping data portability initiatives and their opportunities and challenges*.

³⁵⁶ Netzwerkeffekte geben an, wie sich der Nutzen aus einem Dienst für eine/n Nutzerin/Nutzer ändert, wenn sich die Anzahl anderer Nutzerinnen/Nutzer desselben Dienstes bzw. komplementärer Dienste ändert. Bei direkten Netzwerkeffekten ist der Nutzen aus dem Dienst einer/s Nutzerin/Nutzers unmittelbar abhängig von der gesamten Nutzerzahl, also der Größe des Netzwerks. Indirekte Netzwerkeffekte bedeuten, dass eine mittelbare Auswirkung auf den Nutzen des Dienstes durch die Anzahl der Nutzer vorliegt: Je mehr Nutzer einer Nutzergruppe angehören (z. B. Endnutzer), desto höher ist die Attraktivität des Dienstes für eine andere Nutzergruppe (z. B. Werbetreibende).

Endnutzerinnen und Endnutzern um. Eine solche Interoperabilitätsverpflichtung kann die Öffnung eines Marktes durch Verschiebung von „Wettbewerb um den Markt“ hin zu effizienterem „Wettbewerb im Markt“, also zwischen interpersonellen Telekommunikationsdiensten, bewirken. Grundsätzlich kann eine Interoperabilität also geeignet sein, um unternehmenseigene Netzwerkeffekte durch eine Abschwächung der durch Netzwerkeffekte verursachten Barrieren und Lock-in-Effekte sowie Koordinationsmängel bei Standards im Markt überwinden und Multihoming und Switching der Endnutzerinnen und Endnutzer erleichtern. So kann diese zu mehr Wettbewerb zwischen interpersonellen Telekommunikationsdiensten und mehr Möglichkeiten für Endnutzerinnen und Endnutzer beitragen, insbesondere wenn Multihoming schwach ausgeprägt ist.

212. Neben diesen möglichen Vorteilen einer Interoperabilitätsverpflichtung gibt es aber auch mögliche Nachteile. Bei Messengerdiensten erfolgt der Wettbewerb primär über unterschiedliche (technische) Standards (z. B. das Datenschutz- und Datensicherheitsniveau) und die Integration von innovativen Funktionalitäten zur Differenzierung gegenüber konkurrierenden Diensten. Eine Interoperabilität führt jedoch zu einer Homogenisierung der betroffenen Dienste. Dadurch können wichtige Differenzierungsmöglichkeiten im Wettbewerb entfallen.³⁵⁷ So könnte beispielsweise eine besonders datenschutzfreundliche Messengerlösung benachteiligt werden, wenn eine Interoperabilität mit Risiken für die Privatsphäre der Endnutzerinnen und Endnutzer einhergeht, weil sie das Datenschutzniveau der betroffenen Dienste vereinheitlicht und schließlich auf das Niveau des Dienstes mit dem niedrigsten Schutzniveau herabsenkt. Des Weiteren kann eine Interoperabilität auch die Innovationsanreize für besonders aufwendige und/oder innovative Funktionen bei Messengerdiensten verringern, weil solche Funktionalitäten möglicherweise (künftig) interoperabel zu machen und damit mit der Konkurrenz zu teilen wären. Auch dadurch könnten im Ergebnis die Differenzierungsmöglichkeiten im Wettbewerb durch neue innovative Funktionen bei Messengerdiensten verringert werden. Zudem bestehen unterschiedliche Geschäftsmodelle, von Werbefinanzierung und Datenweiterverarbeitung (z. B. WhatsApp) über Einmalzahlung für den Download (z. B. Threema) bis hin zu kostenlosen oder spendenfinanzierten Open Source Lösungen (z. B. Signal), die durch eine Interoperabilitätsverpflichtung unterschiedlich stark beeinträchtigt werden können.

213. Es kommt also auf die Rechtfertigung und schließlich auf die genaue Ausgestaltung einer Interoperabilitätsverpflichtung an, da mögliche Probleme bei Datenschutz, Sicherheit und Systemintegrität in Abhängigkeit von der Funktionalität, die interoperabel sein soll, zu bewerten sind. Insbesondere ist es relevant, wie beispielsweise im Fall von Messengerdiensten die Einteilung in sog. *Grundfunktionen* (z. B. Sprachanrufe, Text-, Bild- und Videomitteilungen, etc.) und sog. *Zusatzfunktionen* (z. B. Stickers, Banking, Shopping, Identifikation, Ende-zu-Ende verschlüsselter Gruppenchat, Selbstlöschung, etc.) erfolgen würde. So könnten die Grundfunktionen, über die Endnutzerinnen und Endnutzer erreichbar sein sollen, interoperabel gemacht werden, nicht aber die Zusatzfunktionen, sodass darüber eine Differenzierung und damit Wettbewerb zwischen den Messengerdiensten weiterhin möglich bleibt.³⁵⁸ Entscheidend dabei ist es, dass der Regulierer mit Augenmaß entscheidet, ob und gegebenenfalls welche Funktionen als „Standardfunktionalitäten“ (gegebenenfalls über eine API oder Clearingstelle) interoperabel zu gestalten sind, sodass die Einhaltung der Regulierungsziele der durchgehenden Konnektivität, des chancengleichen Wettbewerbs, der Förderung des Binnenmarktes durch Innovationen und Investitionen sowie der Interessen der Endnutzerinnen und Endnutzer gewährleistet ist. Daher kann es erforderlich sein, insbesondere bei einer asymmetrischen und horizontalen Interoperabilitätsverpflichtung bei Messengerdiensten umfangreiche Nichtdiskriminierungsregeln

³⁵⁷ So ist auch die überwiegende Sicht der von einer Interoperabilität betroffenen Unternehmen, siehe dazu im Einzelnen unten, Tz. 225.

³⁵⁸ Das eine horizontale Interoperabilität – zumindest zwischen Diensten desselben Konzerns – technisch realisierbar ist, zeigen die unternehmenseigenen Dienste Instagram, WhatsApp und Messenger von Facebook, Inc. in den USA, die bei den Mitteilungs- und Videofunktionen interoperabel gemacht wurden: Kaya Yurieff, 2020, Facebook takes a big step in linking Instagram, Messenger and WhatsApp, CNN BUSINESS, <https://www.cnn.com/2020/09/30/tech/instagram-messenger-messaging/index.html>, Abruf am 12. November 2021.

vorzusehen, die sicherstellen, dass die mit der API oder Clearingstelle verbindenden Entitäten nicht benachteiligt oder ausgeschlossen werden können, z. B. durch Änderungen des Schnittstellendesigns oder durch Updates.

214. Allerdings stellt die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen einen starken Eingriff in das unternehmerische Eigentum sowie die Handlungs- und Vertragsfreiheit dar und bedarf daher prinzipiell einer Rechtfertigung. Eine solche Rechtfertigung kann aus ökonomischer Sicht in einem Marktversagenstatbestand zu sehen sein, der an das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht anknüpft. Wenn beispielsweise ein Messengerdienst eine marktmächtige Stellung hat und somit über ihn sehr viele Endnutzerinnen und Endnutzer erreicht werden können, so kann eine horizontale und asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung, die nur diesen marktmächtigen Dienst adressiert, einen effizienten Markteintritt und eine Markterweiterung fördern, da nicht der Dienst (das Produkt) von konkurrierenden Anbietern selbst reguliert wird, sondern lediglich die Möglichkeit der Zusammenschaltung mit anderen Diensteanbietern des selben Typs geschaffen wird. In diesem Fall steht es den konkurrierenden Diensteanbietern dann frei, zu entscheiden, inwiefern sie mit dem führenden Dienst interoperabel sein wollen.

215. Die konkurrierenden Diensteanbieter können auch die technische Voraussetzung dafür schaffen und ihren Endnutzerinnen und Endnutzern im Einzelnen die Entscheidung durch Einstellungsmöglichkeiten überlassen, ob sie sich mit Endnutzerinnen und Endnutzern des marktmächtigen Dienstes austauschen wollen. In der Folge besteht dabei allerdings das Risiko, dass Endnutzinnen und Endnutzer, die beispielsweise einen die Privatsphäre schützenden Dienst nutzen und die Interoperabilität zum marktmächtigen Dienst mit einem geringeren Datenschutzniveau freischalten, dann im Ergebnis eine Herabsenkung ihres Schutzniveaus in Kauf nehmen, weil dieser möglicherweise Metadaten³⁵⁹ über die Kommunikation auswertet, um zum Beispiel zielgruppengerichtete Werbung anbieten zu können. Insofern sollte bei den Einstellungsmöglichkeiten dann auch sichergestellt werden, dass die Einwilligung informiert und freiwillig erfolgen kann. Zudem sollte eine Monetarisierung der Nutzer- und Nutzungsdaten von Endnutzerinnen und Endnutzern der anderen (konkurrierenden) Dienste untersagt werden, sodass durch die Interoperabilität keine Daten analysiert oder gesammelt werden dürfen, um sie später anderweitig zu monetarisieren, z. B. durch Datenhandel, Werbung, Verbesserung/Erweiterung des eigenen Dienstes. Dies würde eine unangemessene Wettbewerbsverzerrung darstellen.

3.4.1.1 Multihoming-Verhalten trägt zum Wettbewerb bei

216. Der von den Nutzern nummernunabhängiger ITD in Deutschland am häufigsten verwendete Dienst ist nach einer repräsentativen Umfrage der Bundesnetzagentur im Jahr 2020 mit 85,4 Prozent WhatsApp, mit einem weiten Abstand vor dem nächstplatzierten Facebook Messenger mit 4,0 Prozent, beide betrieben und bereitgestellt von Facebook.³⁶⁰ Im Rahmen der Umfrage gaben 93 Prozent³⁶¹ der Befragten als Begründung für ihre Wahl des hauptsächlich genutzten Dienstes an, dass sie über diesen einen Großteil ihrer Kommunikationspartner erreichen könnten.³⁶² Die Erreichbarkeit einer bestimmten Person oder Gruppe spielt für 80 Prozent der Befragten ebenfalls eine wichtige Rolle. Daneben ist ihnen die Einfachheit der Benutzung mit 85 Prozent relativ wichtig. Vergleichsweise wenig genannt wurde hingegen, dass der Dienst

³⁵⁹ Metadaten in der Telekommunikation sind Daten, die über Telekommunikationsdienste zum Zwecke der Übertragung, der Verteilung oder des Austauschs von Telekommunikationsinhalten verarbeitet werden; dazu gehören Daten, die zur Verfolgung und Identifizierung der Quelle und des Ziels einer Kommunikation verwendet werden, Daten über den Standort des Geräts, die im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten erzeugt werden, sowie Datum, Uhrzeit, Dauer und Art der Kommunikation.

³⁶⁰ BNetzA, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 15.

³⁶¹ Mögliche Antworten der Umfrage waren: „Trifft vollkommen zu“, „Trifft eher zu“, „Trifft eher nicht zu“, „Trifft überhaupt nicht zu“ und „Weiß nicht“. Für die hier vorgenommene Bewertung wurden die Anteile „Trifft vollkommen zu“ und „Trifft eher zu“ addiert.

³⁶² BNetzA, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 15.

über besondere Leistungsmerkmale (56 Prozent) oder ein hohes Datenschutzniveau (46 Prozent) verfügt. Insgesamt zeigt sich damit, dass den Netzwerkeffekten die größte Bedeutung bei der Wahl eines OTT-Kommunikationsdienstes zukommt.

217. Für die Anordnung von Interoperabilität spricht, dass die Endnutzerinnen und Endnutzer in der Folge mehr Alternativen haben. Wenn es nur einen sehr großen Anbieter von nummerngebundenen ITD gibt, könnten sie sich gezwungen sehen, diesen zu verwenden, um viele Personen überhaupt erreichen zu können. Dies kann dazu führen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) akzeptiert werden, obwohl die Endnutzerinnen und Endnutzer mit den im Einzelfall möglicherweise sehr weit reichenden Bestimmungen eigentlich nicht einverstanden sind. Auch wenn die Einführung neuer AGB besonders prominenter Dienste teilweise zu medialer Empörung führt, so werden diese doch regelmäßig akzeptiert.³⁶³ Wenn Endnutzerinnen und Endnutzer ihre Kontakte auch über andere Apps erreichen können, bestehen für die Anbieter Anreize, den Endnutzerinnen und Endnutzern günstigere AGB anzubieten. Auf diese Weise könnte ein Wettbewerb auch über möglichst datensparsame Angebote erfolgen. Andererseits könnte dies die Geschäftsmodelle der Anbieter erheblich beeinträchtigen und bislang Angebote, die ohne Geldzahlungsverpflichtungen der Endnutzerinnen und Endnutzer auskommen, unmöglich machen.

218. Im Umfeld der Kommunikationsdienste bedeuten hohe Marktanteile nicht zwangsläufig eine schwer angreifbare Marktposition: Die einst auf Computern sehr populären Dienste ICQ, MSN und Yahoo, die im Jahr 2008 in Deutschland immerhin noch über Marktanteile von 43,73 Prozent, 29,88 Prozent bzw. 10,33 Prozent bei Instant Messengern verfügten,³⁶⁴ wurden mittlerweile entweder eingestellt oder rangieren bei den Nutzungszahlen im Jahr 2020 nur noch innerhalb der Kategorie der sonstigen Dienste, die von 2 Prozent der Endnutzerinnen und Endnutzer regelmäßig genutzt werden.³⁶⁵ In jüngster Zeit gelang es beispielsweise Zoom neben dem etablierten Videotelefoniedienst Skype von Microsoft in kurzer Zeit relativ schnell hohe Popularität zu erlangen. Das gleiche gilt auch für den Mitteilungsdienst TikTok, der zunehmend auch den beliebten Diensten WhatsApp, Instagram und Messenger von Facebook, insbesondere in den jüngeren Altersgruppen, spürbar Konkurrenz macht.

219. Gegen die Auferlegung von Interoperabilitätspflichten kann auch der dafür gegebenenfalls erforderliche hohe technische Aufwand sprechen: Um eine Interoperabilität zwischen nummernunabhängigen ITD zu erreichen, müssten Übertragungsprotokolle standardisiert werden und/oder – je nach technischer Umsetzung – auch die (virtuellen) Netze der einzelnen Anbieter miteinander verbunden werden oder eine Anwendungsprogrammierschnittstelle (API) eingerichtet werden, auf die die anderen ITD zugreifen und sie nutzen können. Eine Standardisierung nummernunabhängiger ITD ist zwar prinzipiell möglich, wie das Beispiel des offenen Protokolls XMPP zeigt, aber sie kann eben auch mit hohem Aufwand verbunden sein. So ist die Verbreitung von XMPP an fehlender Koordinierung und rechtlicher Bedenken der Marktteilnehmer sowie unternehmerischer Sicherheits- und Integritätsabwägungen beispielsweise bei Audio- und Videochatfunktionen gescheitert.

220. Es gibt auch erhebliche technische Unterschiede darin,³⁶⁶ wie Messengerdienste ihre Gruppenkommunikation absichern: Bei einigen Diensten wird die Gruppenkommunikation unverschlüsselt auf den Servern der Anbieter zwischengespeichert, sodass der Anbieter sowohl Kenntnis über Inhalte als auch Teil-

³⁶³ Siehe zuletzt etwa <https://www.golem.de/news/facebook-viele-nutzer-bleiben-bei-whatsapp-2106-157460.html>, Abruf am 21. Juni 2021 und zu dieser Problematik im wettbewerbsrechtlichen Sinn auch Tz. 198.

³⁶⁴ Siehe dazu <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37694/umfrage/marktanteil-der-instant-messaging-anbieter-in-deutschland-in-2008/>, Abruf am 6. September 2021

³⁶⁵ Siehe dazu. <https://de.statista.com/prognosen/999735/deutschland-beliebteste-messenger>, Abruf am 6. September 2021.

³⁶⁶ Dazu und auch zu den folgenden Ausführungen siehe c't, Ausgabe 3/2021, S. 60, abrufbar unter <https://www.heise.de/hintergrund/Sicher-kommunizieren-Wie-moderne-Kommunikationsverschlüsselung-funktioniert-5023121.html?seite=all>, Abruf am 12. Mai 2021.

nehmerinnen und Teilnehmer der Kommunikation hat. Einige ITD verschlüsseln zumindest die übertragenen Inhalte. Andere Dienste ermöglichen es hingegen sogar, dass dem Anbieter weder Inhalt noch Teilnehmerinnen und Teilnehmer der Kommunikation bekannt werden können (Verschlüsselung auch auf der Metadatenenebene). Schließlich gibt es noch unterschiedliche technische Vorgehensweisen, die dazu führen, dass bei einer Kompromittierung einzelner Teilnehmer einer Gruppenkommunikation lediglich die ab diesen Zeitpunkt versendeten Inhalte kenntlich gemacht werden. Einige Dienste sind sogar „selbstheilend“: Dies führt dazu, dass „Eindringlinge“ durch das gewählte Verschlüsselungsverfahren automatisch wieder aus der Kommunikation ausgeschlossen werden. Derart unterschiedliche Ansätze können nicht ohne weiteres miteinander interoperabel gemacht werden.

221. Zudem müssten einige Probleme gelöst werden, die damit zusammenhängen, dass die einzelnen ITD verschiedene Adressierungsschemata verwenden: Teilweise wird ein Nutzerkonto fest an die Mobilfunknummer und/oder an E-Mail-Adressen gebunden, teilweise wird ein völlig anderes, eigenes Schema verwendet. Wenn ein diensteübergreifendes Merkmal wie z. B. die Telefonnummer verwendet wird, müsste eine Authentifikation stattfinden. Auch hier müssten sich die Anbieter auf einen gemeinsamen Standard einigen. Unklar ist zudem, wer diese gemeinsamen Standards definieren sollte: In Betracht käme das verpflichtete Unternehmen, das zum Beispiel sein eigenes Protokoll veröffentlichen müsste, die Regulierungsbehörde oder ein unabhängiges Standardisierungsgremium (z. B. ISO, ITU, IETF). Je nachdem, welche Stelle(n) einen Standard setzt bzw. setzen soll, droht eine Fragmentierung dieser zumeist weltweit verfügbaren Dienste.

222. Bedenken bestehen auch aus der Sicht des Datenschutzes: Mögliche Vorteile von Interoperabilitätsverpflichtungen könnten zwar darin zu sehen sein, dass die Endnutzerinnen und Endnutzer ihre Kontaktinformationen (d. h. Adresslisten in ihren Smartphones) nicht mehr mehreren Diensteanbietern zur Verfügung stellen müssen, wenn sie ihre Kontakte über unterschiedliche Dienste erreichen wollen. Je nach der technischen Ausgestaltung der Interoperabilität müssen diese Informationen dann jedoch von einem Diensteanbieter zum anderen Diensteanbieter übermittelt werden. Zudem stellen sich weitere technische Detailfragen und Probleme: Dienste mit einem hohen Datenschutzniveau verwenden eine konsequente Ende-zu-Ende-Verschlüsselung und versuchen, bei der Kommunikation entstehende Metadaten (z. B. an der Kommunikation beteiligte Personen, Kommunikationszeitpunkt und -dauer, usw.) gar nicht erst zu speichern. Beispielsweise verlangt nicht jeder Dienst eine Identifikation mit einer Mobilfunknummer. Stattdessen kann auch eine anonyme Identifikationsnummer (ID) verwendet werden, z. B. bei Threema. Je nach technischer Ausgestaltung der Interoperabilität müssten mehr Anbieter Zugriffsmöglichkeiten auf Kommunikationsinhalte und Metadaten erhalten. Das Datenschutzniveau könnte im Ergebnis möglicherweise auf das des schwächsten Anbieters absinken. Eine Interoperabilität müsste den Endnutzerinnen und Endnutzern gegenüber daher transparent gemacht werden, sodass sie abwägen könnten, ob sie andere Nutzerinnen und Nutzer kontaktieren wollen, die eine datenschutzrechtlich schlechter aufgestellten Dienst verwenden. Probleme könnten auch dadurch entstehen, dass Endnutzerinnen und Endnutzer durch eine Verknüpfung von Daten unterschiedlicher Dienste mehr Informationen über sich preisgeben, als sie überblicken können. Interoperabilitätsverpflichtungen müssten daher auch mit Transparenzpflichten einhergehen.

223. Ein Absinken des Datenschutzniveaus droht sowohl bei symmetrischen als auch asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtungen: Eine symmetrische Verpflichtung ist problematisch, wenn einzelne, kleinere Anbieter mit technisch innovativen Mitteln versuchen, ein hohes Datenschutzniveau zu erreichen, beispielsweise bei Gruppenchats.³⁶⁷ Derartige Vorstöße könnten zum Erliegen kommen.³⁶⁸ Aber auch bei einer asymmetrischen Regulierung droht insgesamt eine Abschwächung des Niveaus. Das ist einerseits der Fall, wenn kleinere Anbieter ein niedrigeres Datenschutzniveau einhalten als das marktmächtige Unternehmen.

³⁶⁷ Siehe dazu bereits oben, Tz. 220.

³⁶⁸ So auch die Befürchtung der Mehrheit der Unternehmen, die das Bundeskartellamt zu dem Aspekt befragt hat. Siehe BKartA, Sektoruntersuchung Messenger- und Videodienste, Zwischenbericht, November 2021, S. 65.

Die Gründe für ein niedrigeres Datenschutzniveau kleinerer Anbieter können in ihrem jeweiligen Geschäftsmodell begründet sein, aber auch schlicht darauf beruhen, dass die Implementierung hochwertiger Standards und regelmäßiger Updates einen hohen technischen und damit auch finanziellen Aufwand bedeutet. Andererseits ist dies auch der Fall, wenn der marktmächtige Dienst aufgrund seiner Stellung im Markt ein niedrigeres Schutzniveau anbietet, um die Nutzer- und Nutzungsdaten anderweitig zu monetarisieren und damit implizit einen höheren Nutzungspreis verlangen kann, z. B. durch Freizeichnen der AGB.

224. Zudem müsste berücksichtigt werden, welche Auswirkungen Interoperabilitätspflichten auf die Refinanzierung von Diensten haben. Die Bereitstellung von nummernunabhängigen ITD verursacht gewisse Kosten: Es müssen Server bereitgehalten werden, die zwischen Endgeräten vermitteln und Nachrichten zwischenspeichern und es entstehen Kosten durch die erforderliche Internetkonnektivität. Diese Kosten werden derzeit oftmals nicht pekuniär finanziert (z. B. durch Bezahlung pro Nutzung oder Abonnementlösung), sondern über Werbeeinnahmen, teilweise auch auf Drittmärkten. Wählen Endnutzerinnen und Endnutzer dann verstärkt alternative Dienste, so sinken die Einnahmen des zur Herstellung von Interoperabilität verpflichteten Dienstes, da er diesen Nutzern gegenüber keine Werbung anzeigen kann und auch keine oder weniger Daten erlangt, die er monetarisieren kann. Gleichzeitig profitieren die zur Herstellung von Interoperabilität berechtigten Dienste von dem zur Verfügung gestellten Netz und seinen Funktionen. Daher müsste geprüft werden, ob und inwieweit die zur Interoperabilität berechtigten Dienste an den Kosten zu beteiligen wären, etwa durch Terminierungsentgelte bei der Zustellung von Kurznachrichten, Anrufen und Bildern.

225. Zu berücksichtigen sind ferner die bereits angesprochenen negativen Auswirkungen auf Innovationsanreize und Differenzierungsmöglichkeiten.³⁶⁹ Im Rahmen der Sektoruntersuchung Messenger- und Video-Dienste des Bundeskartellamts, bei der 44 Unternehmen aus der Branche an einer Befragung teilgenommen hatten, äußerte der weit überwiegende Teil der Befragten, dass Interoperabilität und die damit einhergehende Standardisierung Innovationsprozesse hemmen und Produktdifferenzierungen schwächen würde.³⁷⁰ Besonders kleinere Anbieter würden aufgrund der hohen technischen Komplexität in ihrer Wettbewerbsfähigkeit benachteiligt, da sich größere Anbieter bei der Standardisierung durchsetzen würden und so ihre Vormachtstellung zementieren könnten.³⁷¹

226. Auch aus Sicht der Endnutzerinnen und Endnutzer ist derzeit kein eindeutiges Interesse an einer Interoperabilität der OTT-Kommunikationsdienste zu erkennen: So fanden es in einer Befragung der Bundesnetzagentur³⁷² zwar 49 Prozent der befragten OTT-Nutzer (eher) wichtig, dass sich Nutzerinnen und Nutzer verschiedener Dienste untereinander erreichen können, jedoch wurde diese Aussage von 48 Prozent nicht oder überhaupt nicht geteilt. 53 Prozent der Befragten sehen keinen Bedarf darin, Nachrichten an Nutzerinnen und Nutzer anderer Dienste versenden zu können, im Gegensatz zu 45 Prozent, die das gerne könnten. Auf der anderen Seite möchten 67 Prozent der Befragten grundsätzlich nicht von Nutzern anderer Dienste kontaktiert werden können. Diese eher ablehnende Haltung könnte zum einen daran liegen, dass eine parallele Nutzung von Diensten durch Multihoming vergleichsweise einfach möglich ist und eine durchgehende Erreichbarkeit auch über klassische Telekommunikationsdienste nach wie vor besteht. Außerdem ist bei der möglichen Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen zu bedenken, dass Dienste zu unterschiedlichen Zwecken genutzt werden: So legen Befragungen nahe, dass Endnutzerinnen und Endnutzer ihre Kontakte in unterschiedliche Dienste je nach Nähegrad organisieren und so ihre Kommunikation in Gruppen unterteilen und über verschiedene Messengerdienste bewusst verteilen, z. B. berufliches und

³⁶⁹ Siehe dazu bereits oben, Tz. 212.

³⁷⁰ BKartA, Sektoruntersuchung Messenger- und Videodienste, Zwischenbericht, November 2021, S. 60.

³⁷¹ Ebenda, S. 61.

³⁷² BNetzA, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 23 f.

privates Umfeld, Tiefe des persönlichen Kontakts.³⁷³ Eine Interoperabilitätsverpflichtung könnte ein derartiges Nutzerverhalten verhindern und Marktnischen verschließen.

227. Aus Sicht der klassischen Netzbetreiber stellt das Fehlen von Interoperabilitätspflichten zwar eine Ungleichbehandlung dar, da diese grundsätzlich zu einer Zusammenschaltung verpflichtet sind bzw. unter relativ niedrigen Voraussetzungen dazu verpflichtet werden können (vgl. §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 TKG-2021³⁷⁴). Andererseits stellt die Interoperabilität nummerngebundener interpersoneller Kommunikationsdienste auch einen Wettbewerbsvorteil dar, da viele Endnutzerinnen und Endnutzer gerade deswegen nicht auf die Verwendung klassischer Telekommunikationsdienste verzichten können oder wollen.³⁷⁵ Sie fragen daher bei den Netzbetreibern nicht nur Internetkonnektivität, sondern auch Telefonie und SMS nach.

3.4.1.2 Auswirkungen von nummernunabhängigen ITD als mehrseitige Plattformdienste untersuchen

228. Zunehmend mehr nummernunabhängige ITD entwickeln sich von Netzwerkdiensten (hier wirken direkte Netzwerkeffekte³⁷⁶) hin zu Plattformdiensten (hier wirken auch indirekte Netzwerkeffekte³⁷⁷) mit einem Zugang für dritte Unternehmen.³⁷⁸ So ermöglichen Messenger wie WhatsApp³⁷⁹ beispielsweise die Kommunikation mit sog. „Chatbots“ über Schnittstellen. Damit können automatisiert etwa Dienstleistungen erbracht (z. B. Kundenservice, Bezahlung und Geldtransfer) und Waren verkauft werden. WhatsApp begründete selbst Änderungen an seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Bedeutung der Kommunikation von Endnutzern mit Unternehmen.³⁸⁰ Im Rahmen einer repräsentativen Umfrage unter Online-Käuferinnen und -käufern gaben immerhin 36 Prozent der Befragten an, schon einmal wissentlich Kontakt zu einem Chatbot gehabt zu haben.³⁸¹ Diese Entwicklung gilt es bei der Ausgestaltung des Regulierungsrahmens für digitale Plattformen und Ökosysteme genau zu beobachten. Denn manche OTT-Kommunikationsdienste wie beispielsweise WeChat, welcher im Januar 2011 gegründet wurde, entwickeln sich zu sog. „Super-Apps“, mit denen sich sämtliche Alltagsangelegenheiten über eine einzige App mit Zugang zum Internet aussteuern lassen. Neben den klassischen Messengerfunktionen lassen sich bei WeChat unter anderem die folgenden Funktionen integrieren und nutzen: Identifikation und Authorisierung, E-Mails, Online-Suche, Online-Shopping, Online-Banking, Online-Jobsuche, Ticketbuchungen und Hotelübernachtungen, Sprachübersetzungsdienst, Kartendienst, Online-Spiele, Webbrowser und Netzwerke wie LinkedIn, etc.³⁸²

³⁷³ Arnold/Schneider/Lennartz, Interoperability of Interpersonal Communications Services – A Consumer Perspective, Telecommunications Policy, 44, 3.

³⁷⁴ Siehe dazu auch die Ausführungen unter Tz. 237 ff.

³⁷⁵ In der von der Bundesnetzagentur durchgeführten Befragung von OTT-Nutzern konnten sich 74 Prozent aller befragten OTT-Nutzer nicht vorstellen, vollständig auf die Nutzung von Mobilfunktelefonie zu verzichten, BNetzA, Nutzung von OTT-Kommunikationsdiensten in Deutschland, Bericht 2020, S. 37.

³⁷⁶ Siehe hierzu oben Fn. 356.

³⁷⁷ Siehe hierzu oben Fn. 356.

³⁷⁸ Arnold/Hildebrandt/Kroon/Tas, 2017, The Economic and Societal Value of Rich Interaction Applications (RIAs), WIK-Study for the Computer & Communications Industry Association (CCIA), https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2017/CCIA_RIA_Report.pdf.

³⁷⁹ So ermöglicht etwa der Otto-Versandhandel Kundendienstanfragen über einen WhatsApp-Chatbot, <https://www.otto.de/newsroom/de/technologie/messenger-und-chatbots-im-kundenservice>, Abruf am 25. Mai 2021.

³⁸⁰ Siehe dazu <https://blog.whatsapp.com/more-information-about-our-update>, Abruf am 29. Juni 2021.

³⁸¹ Idealo, E-Commerce-Trends 2020, abrufbar unter <https://www.ideal.de/unternehmen/pressemitteilungen/ecommerce-trends-2020>, S. 18, Abruf am 16. Februar 2022.

³⁸² Siehe dazu <https://www.wechat.com>.

229. Anders als bei den Endnutzerinnen und Endnutzern ist es für Unternehmen, die ihre Produkte über nummernunabhängige ITD vertreiben wollen, nicht ohne weiteres möglich, mehrere Messenger gleichzeitig zu benutzen, wenn sie sehr unterschiedliche proprietäre Schnittstellen für die Integration von Funktionen und damit Dienstleistungen verwenden. Die Schnittstellen werden mitunter von den marktmächtigen Unternehmen nicht oder nur teilweise offengelegt.³⁸³ Außerdem kann – anders als bei der Endnutzerkonnektivität – nicht auf klassische Telekommunikationsdienste zurückgegriffen werden, da diese weit weniger Interaktionsmöglichkeiten bieten, um weitere Funktionalitäten zu integrieren. Daher könnte es sinnvoll sein, marktmächtige Anbieter dazu zu verpflichten, offene Schnittstellen für die Unternehmenskommunikation bereitzustellen, damit Drittunternehmen ihre Waren und Dienstleistungen nicht nur über besonders marktmächtige Unternehmen anbieten, sondern auch kleinere Plattformdienste für ihr Angebot nutzen können.

230. Der Ausbau von Messengerdiensten zu Plattformdiensten könnte daher für einige der Anbieter nummernunabhängiger ITD der nächste logische Schritt sein, um die große Nutzerbasis zu monetarisieren. Derzeit sind jedoch hierzulande – anders als etwa in Asien – lediglich Ansätze einer derartigen Entwicklung zu beobachten und es bleibt abzuwarten, ob auch innerhalb der Europäischen Union die Endnutzerinnen und Endnutzer diese Angebote vermehrt wahrnehmen. Eine Interoperabilität der Standards zur Kommunikation von Unternehmen mit ihren Kundinnen und Kunden ist aus wettbewerblicher Sicht daher derzeit nicht notwendig. Die Monopolkommission empfiehlt, bei zunehmender Bedeutung der Entwicklung von Messengerdiensten hin zu „Super-Apps“ in Europa und Deutschland, eine diesbezügliche Anordnung einer asymmetrischen Interoperabilität als ein Mittel, um ein mögliches Marktversagen zu beheben, fortwährend zu prüfen.

3.4.1.3 Interoperabilität zwischen nummernunabhängigen und nummerngebundenen ITD ist nicht erforderlich

231. Im Rahmen der schriftlichen Anhörung der Monopolkommission für dieses Sektorgutachten wurde angeregt, eine Interoperabilität nicht nur innerhalb nummernunabhängiger Dienste anzuordnen, sondern auch zwischen nummernunabhängigen und nummerngebundenen Diensten. Es kann streng genommen zwischen den Diensten unterschieden werden, die nur eine nummernunabhängige Kommunikation ermöglichen (z. B. WhatsApp, Threema und Signal) und jenen, die *auch* eine Kommunikation *in* das PSTN unterstützen (z. B. Skype-To-Phone und Viber Out), jedoch nicht zwangsläufig auch *aus* dem PSTN erreichbar sind.³⁸⁴ Für eine Verpflichtung der letztgenannten Dienste zur vollständigen Interoperabilität, d. h. dass die Endnutzerinnen und Endnutzer auch aus dem PSTN angerufen werden können, spricht, dass sie genauso wie klassische Telekommunikationsdienste vom interoperablen Ökosystem des PSTN profitieren.³⁸⁵ Die Endnutzerinnen und Endnutzer können damit genauso weitgehend Personen und Unternehmen oder Behörden erreichen wie über klassische Dienste. Sie stehen daher stärker im Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten, da sie diese in Bezug auf ausgehende Gespräche vollständig³⁸⁶ ersetzen können.

232. Anders ist dies bei den nummernunabhängigen Diensten, die auch keine ausgehende Verbindung in das PSTN ermöglichen. Das Argument, dass nummernunabhängige ITD zumindest teilweise am interoperab-

³⁸³ „Um für Unternehmen und Nutzer ein hochwertiges Erlebnis sicherzustellen, ist die API derzeit nur begrenzt öffentlich verfügbar.“, <https://www.facebook.com/business/m/whatsapp/business-api>, Abruf am 27. April 2021.

³⁸⁴ Ein Beispiel für letzteren Dienst ist etwa Skype, bei der über Skype im PSTN angerufene Personen entweder die Mobilfunktelefonnummer des Kunden oder eine separat erworbene Skype-Nummer angezeigt bekommen, siehe hierzu <https://support.skype.com/de/faq/FA1248/was-ist-die-rufnummernanzeige-und-wie-richte-ich-sie-in-skype-ein>, Abruf am 15. Juni 2021.

³⁸⁵ Siehe dazu Erwägungsgrund 18 EKEK.

³⁸⁶ Derzeit sind teilweise Notrufe nicht oder nur eingeschränkt möglich, siehe z. B. <https://www.skype.com/de/legal/emergency-calling/>, Abruf am 1. Juli 2021.

len Ökosystem teilhaben, trifft für „reine“ nummernunabhängige ITD daher nicht zu. Sie profitieren allenfalls mittelbar davon, da ihnen wegen der Existenz der klassischen ITD keine Interoperabilitätspflichten auferlegt werden. Die Tatsache, dass eine Interoperabilität nicht besteht, scheint auch ein Wettbewerbsvorteil für die klassischen Telekommunikationsdienste zu sein, da diese als „Rückfalloption“ weiterhin nachgefragt werden.³⁸⁷ Aus Sicht der Monopolkommission sollten daher nummerngebundene und nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste nicht interoperabel werden.

233. Aus rechtlicher Sicht erscheint auch fraglich, ob eine Interoperabilität überhaupt zwischen nummernunabhängigen und nummerngebundenen Diensten angeordnet werden kann. Die Frage ist also, ob eine Verbindung in das klassische PSTN angeordnet werden können soll, d. h. ob z. B. die Möglichkeit bestehen sollte, WhatsApp dazu zu verpflichten, eingehende Verbindungen aus dem klassische Telefonnetz zuzulassen bzw. abgehende Verbindungen in dieses aufzubauen. Dagegen spricht, dass viele der im EKEK vorgesehenen Verpflichtungen interpersonellen Telekommunikationsdiensten nur deshalb auferlegt werden, da sie am öffentlich gesicherten interoperablen Ökosystem beteiligt sind und somit auch Nutzen daraus ziehen.³⁸⁸ Würde man nummernunabhängigen ITD Interoperabilitätsverpflichtungen zu nummerngebundenen ITD auferlegen, so reißt dieser Argumentationsstrang ab. Auch diese würden dann direkt und unmittelbar von diesem Ökosystem profitieren und man müsste in der Konsequenz nummernunabhängige und nummerngebundene ITD durchweg gleichbehandeln, was mit dem Wortlaut des EKEK jedoch unvereinbar ist. Die Regulierungsbehörden könnten faktisch nummernunabhängige ITD zu nummerngebundenen ITD umstufen. Daher ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber grundsätzlich keine Interoperabilität von nummerngebundenen zu nummernunabhängigen ITD über das öffentliche Rufnummernsystem vorsehen wollte.

3.4.1.4 Zwischenfazit: Interoperabilitätsverpflichtungen bei nummernunabhängigen ITD sind derzeit nicht geboten

234. Das Umfeld von nummernunabhängigen ITDs ist als sehr dynamisch, innovativ und bei den Geschäftsmodellen als ausdifferenziert anzusehen. Die Endnutzerinnen und Endnutzer betreiben Multihoming und wechseln den Dienst je nach Präferenz, z. B. von WhatsApp hin zu Signal aufgrund eines Updates, welches WhatsApp umfangreichere Datennutzungsmöglichkeiten einräumt. Aus Sicht der Monopolkommission kommt es zunächst auf das zu adressierende Problem und damit auf die tatsächliche Marktsituation an (z. B. Marktmacht durch direkte und gegebenenfalls indirekte Netzwerkeffekte, weitverbreitete Endnutzerpräferenzen und Verhaltensweisen wie Multihoming, etablierte Standards), um über die Eignung des Instrumentes der Interoperabilitätsverpflichtung entscheiden zu können. Sollte eine Rechtfertigungsgrundlage bestehen, so kommt es auf die genaue Ausgestaltung einer Interoperabilitätsverpflichtung (z. B. symmetrisch/asymmetrisch, horizontal/vertikal, erforderliche Standards, Schnittstellendesign und -updating) sowie die Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeiten des Regulierers an, um im Ergebnis nicht mehr Schaden als Nutzen zu stiften.

235. Eine symmetrische Interoperabilitätsverpflichtung, die auch gegenüber kleineren Anbietern greifen würde, wäre aus Sicht der Monopolkommission unverhältnismäßig und wettbewerbsschädlich. Von den betroffenen Unternehmen werden derartige Verpflichtungen auch weit überwiegend abgelehnt.³⁸⁹ Daher empfiehlt die Monopolkommission, symmetrische Ausgestaltungen bei nummernunabhängigen ITD grundsätzlich nicht anzustreben.

³⁸⁷ Dies hat sich etwa beim mehrstündigen Ausfall von WhatsApp im Oktober 2021 gezeigt, bei dem der Versand von SMS-Nachrichten sprunghaft angestiegen ist, <https://www.heise.de/news/SMS-Comeback-dank-Facebook-Ausfall-6209747.html>, Abruf am 26. Oktober 2021.

³⁸⁸ Siehe dazu Erwägungsgrund 18 EKEK.

³⁸⁹ So sprachen sich gegenüber dem Bundeskartellamt nur drei von 44 befragten Unternehmen hierfür aus, siehe BKartA, Sektoruntersuchung Messenger- und Videodienste, Zwischenbericht, November 2021, S. 58.

236. Eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung bei nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten kann allenfalls in engen Grenzen sinnvoll sein, etwa wenn aufgrund starker direkter und gegebenenfalls auch indirekter Netzwerkeffekte ein Diensteanbieter mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wird oder die Interoperabilität im Sinne einer durchgehenden Konnektivität sichergestellt werden muss. Eine derartige Situation ist derzeit jedenfalls nicht erkennbar. Aus Sicht der Monopolkommission sollten diese Fälle durch die Bundesnetzagentur untersucht werden, auch wenn gegenwärtig eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung nicht geboten erscheint, da sie nach jetziger Einschätzung in wettbewerblicher Hinsicht mit mehr Nachteilen als Vorteilen einhergehen würde. Auch die betroffenen Unternehmen sprechen sich überwiegend gegen eine asymmetrische Verpflichtung aus: Eine Verpflichtung für die größten Anbieter kann sich weniger als ein Fünftel der befragten Unternehmen vorstellen und auch an einer freiwilligen Interoperabilität würde sich weniger als die Hälfte der Befürworter beteiligen.³⁹⁰ Die Komplexität dieser Frage wird auch darin deutlich, dass die Befragten zahlreiche Anmerkungen, Voraussetzungen, Hinweise und Einschränkungen vorgenommen haben.³⁹¹ Des weiteren dürfte der Beitrag einer asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung für das Ziel der durchgehenden Konnektivität angesichts der einfachen Möglichkeit des Multihomings und der mit einer Interoperabilität verbundenen hohen technischen Hürden auch gering sein. Jedenfalls wäre bei der Ausgestaltung und Durchsetzung einer möglicherweise zukünftig erforderlichen asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung insbesondere darauf zu achten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthält und nicht bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen und dadurch die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstigt. Eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung bei nummernunabhängigen ITDs sollte sich, wenn sie doch erforderlich würde, auf zu definierende Basisfunktionen beschränken, sodass der Wettbewerb über innovative Zusatzfunktionen möglich bleibt, und durch Nichtdiskriminierungsregelungen für APIs/Clearingstellen und ihre Nutzungsbestimmungen sowie Updates flankiert werden.

3.4.2 Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen ist zu Recht an hohe Hürden geknüpft

237. Das Telekommunikationsrecht ist grundsätzlich für Interoperabilitätsanforderungen gerüstet, um ein mögliches Marktversagen zu beheben und bietet dafür zwei Regulierungsinstrumente. Wie eingangs bereits dargelegt (siehe dazu Tz. 203) könnte eine Interoperabilitätsverpflichtung grundsätzlich zwei Ziele verfolgen, die sich gegenseitig ergänzen: Zum einen sollen die Interessen der Endnutzerinnen und Endnutzer durch eine durchgehende Konnektivität gefördert werden. Aufbauend auf diesem Ziel ermöglicht § 21 Abs. 2 TKG-2021 unter hohen Voraussetzungen, nummernunabhängigen ITD Interoperabilitätsverpflichtungen aufzuerlegen (dazu sogleich 3.4.2.1). Die Norm richtet sich nur an Unternehmen, die eine nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis aufweisen (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG-2021), ist also als asymmetrisch einzustufen.³⁹² Gleichzeitig hat auch diese Norm die Interessen der Wettbewerber im Blick, da sie ausweislich der Erwägungsgründe auch einen Marktzutritt ermöglichen sollen. Als zweites Regulierungsinstrument zur Auferlegung von Interoperabilitätspflichten ist die allgemeine Marktregulierung nach den §§ 10 ff. TKG-2021 zu nennen, die sich grundsätzlich nur an Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht richtet (siehe dazu 3.4.2.2). Die Marktregulierung nach den §§ 10 ff. TKG-2021 dient primär der Wettbewerbsförderung. Jedoch ist auch hier der Aspekt der Förderung der Interessen von Endnutzerinnen und Endnutzern als allgemeines Regulierungsziel berücksichtigungsfähig. Der Ansatz des Telekommunikationsrechts ist insgesamt als asymmetrisch zu bezeichnen. Daneben existiert mit § 19a GWB (bzw. wird mit dem Digital Markets Act (DMA)) eine (weitere) Rechtsgrundlage (geschaffen), die Interoperabilitätsverpflichtungen prinzipiell ermöglichen (siehe dazu 3.4.2.3 und 3.4.2.4). Daneben bestehen mit der Möglichkeit einer Normung durch die Europäische Kommission (dazu 3.4.2.5) und dem Recht auf Datenübertragbarkeit der DSGVO (dazu 3.4.2.6)

³⁹⁰ BKartA, Sektoruntersuchung Messenger- und Videodienste, Zwischenbericht, November 2021, S. 58.

³⁹¹ Ebenda.

³⁹² So auch GEREK, BoR (21) 85, S. 15.

weitere Regelungen, die enge Bezüge zur Interoperabilität aufweisen. Abschließend wird ein kurzes Fazit gezogen (dazu 3.4.2.7).

3.4.2.1 Voraussetzungen für asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung zur Sicherstellung der Endnutzerkonnektivität konkretisieren

238. Ein grundsätzliches Ziel des EKEK ist es, Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsdienste zu fördern.³⁹³ In Umsetzung des Art. 61 EKEK sieht § 21 Abs. 2 TKG-2021 daher vor, dass die Bundesnetzagentur Anbieter nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste dazu verpflichten kann, ihre Dienste³⁹⁴ interoperabel zu gestalten. Die Norm bezweckt, die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzerinnen und Endnutzern zu gewährleisten (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG-2021). Endnutzer sind nach § 3 Nr. 13, 41 TKG-2021 natürliche oder juristische Personen, die einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst für private oder geschäftliche Zwecke in Anspruch nehmen und dabei selbst keine öffentlich zugänglichen Telekommunikationsnetze betreiben oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringen. Geschützt werden soll damit also sowohl die Erreichbarkeit von Privatpersonen untereinander, als auch die Möglichkeit von Unternehmen, mit ihren (potentiellen) Kunden in Kontakt zu treten. Es ist daher denkbar, auf diese Norm einerseits Verpflichtungen zu stützen, die eine Kommunikation von Privatpersonen ermöglichen soll. Andererseits sind auch Verpflichtungen möglich, die standardisierte Schnittstellen für die Kommunikation von Unternehmen anordnen können, damit mehr interpersonelle Telekommunikationsdienste derartige Funktionen gegenüber Unternehmen anbieten können. Der Anwendungsbereich der Norm ist daher breit und umfasst grundsätzlich alle unter 3.4.1.1 und 3.4.1.2 dargestellten Szenarien.

239. Die Auferlegung von Interoperabilitätsvorschriften gemäß § 21 Abs. 2 TKG-2021 setzt in materieller Hinsicht voraus, dass die betroffenen nummernunabhängigen ITD eine nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis aufweisen, die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzern wegen mangelnder Interoperabilität gefährdet ist und die Verpflichtungen zur Gewährleistung der durchgehenden Konnektivität zwischen Endnutzern erforderlich sind. Zudem muss die EU-Kommission dieses Instrument verfahrensrechtlich nach Art. 61 Abs. 2 UAbs. 2 lit. ii EKEK freigegeben haben.

240. Die Norm erfasst also nur Dienste, die eine „nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis“ aufweisen. Die Norm ist also als asymmetrisch einzustufen.³⁹⁵ Diese Einschränkung ist nach dem Willen des Unionsgesetzgebers so zu verstehen, dass „die geografische Abdeckung und die Zahl der Endnutzer des betreffenden Anbieters eine kritische Masse im Hinblick auf die Erreichung des Ziels der durchgehenden Konnektivität zwischen Endnutzern zu gewährleisten, darstellen“.³⁹⁶ Tendenziell sollen damit wohl nur Anbieter erfasst sein, die bei den Endnutzerinnen und Endnutzern weit verbreitet sind. Dieses Tatbestandsmerkmal ist sehr wertungsoffen und sollte – sofern es zukünftig doch notwendig werden sollte – bei einer Aktivierung dieses Instruments durch einen delegierten Rechtsakt der Kommission gemäß Art. 61 Abs. 2 UAbs. 2 lit. ii EKEK unbedingt präzisiert werden.³⁹⁷ Besser wäre es noch, den Normtext selbst zu konkretisieren. Für Anbieter, die keine nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis aufweisen, sollen die Interoperabilitätsverpflichtungen

³⁹³ Dieses Ziel ist im EKEK vielfach verankert, siehe etwa Art. 1 Abs. 2 lit a EKEK, Art. 3 Abs. 2 lit. c, Erwägungsgründe 148 f. EKEK.

³⁹⁴ Gemeint ist damit lediglich die Herstellung einer Interoperabilität zwischen nummernunabhängigen ITD (wie z. B. WhatsApp) untereinander, nicht jedoch auch zu nummerngebundenen ITD (wie z. B. der klassischen Telefonie). Eine Interoperabilität zu nummerngebundenen ITD kann nicht angeordnet werden, da dadurch die im EKEK angelegte Unterscheidung zwischen diesen beiden Diensten aufgehoben würde, siehe dazu auch Tz. 233.

³⁹⁵ So auch GEREK, BoR (21) 85, S. 15.

³⁹⁶ Erwägungsgrund 151 EKEK.

³⁹⁷ Siehe zu den Voraussetzungen für eine Aktivierung sogleich Tz. 240.

„in der Regel“ nicht gelten.³⁹⁸ Damit handelt es sich bei der Norm zwar nicht um ein asymmetrisches Regulierungsinstrument im engeren Sinn, da sie nicht an die förmliche Feststellung beträchtlicher Marktmacht anknüpft. In der Regulierungspraxis dürften hingegen – jedenfalls aktuell – nur sehr wenige Anbieter in Betracht kommen, die zur Herstellung von Interoperabilität gegenüber anderen Marktteilnehmern verpflichtet werden könnten.

241. Die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm sind hoch: So muss insbesondere die durchgängige Konnektivität zwischen Endnutzern mangels Interoperabilität zwischen interpersonellen Telekommunikationsdiensten bedroht sein. Diese durchgehende Konnektivität sieht der EKEK derzeit ausweislich seiner Erwägungsgründe als gewährleistet an, da nummerngebundene interpersonelle Kommunikationsdienste genutzt werden können.³⁹⁹ Bei einer derart engen Auslegung dieser Tatbestandsvoraussetzung käme die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen letztlich erst dann in Betracht, wenn nur noch Verträge über Internetzugangsdienstleistungen abgeschlossen würden, die keinen Zugang in das PSTN ermöglichen. Jedoch bedeutet dies keineswegs, dass die Auferlegung von Interoperabilitätspflichten aus rechtlicher Sicht in absehbarer Zeit nicht möglich wäre: Bei einem möglicherweise festgestellten Marktversagen können Interoperabilitätsverpflichtungen über die allgemeine Marktregulierung nach den §§ 10 ff. TKG-2021 unter den dort genannten Voraussetzungen auferlegt werden. Diese Möglichkeit wird separat im Abschnitt 3.4.2.2 gewürdigt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzeswortlaut des EKEK selbst bei der Beurteilung einer Bedrohung der durchgehenden Konnektivität nicht die Voraussetzung aufstellt, dass nummerngebundene ITD nicht oder kaum mehr genutzt werden, sondern nur die Erwägungsgründe dies als einen möglichen Anwendungsfall benennen. Es wäre also denkbar, dass die EU-Kommission bei einer Freigabe des Instruments des § 21 Abs. 2 TKG-2021 klärend feststellt, dass die Hürden für die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen nicht so hoch anzusetzen sind, wie dies die Erwägungsgründe zunächst nahelegen. Dies ist etwa dergestalt denkbar, dass es künftig für eine durchgehende Konnektivität auch als erforderlich angesehen wird, dass stärkere Multimedia- und Gruppen-Funktionen möglich sein müssen. Wenn dies nicht über Standards der Netzbetreiber (z. B. über Rich Communication Services, RCS) möglich ist, muss dies unter Umständen über nummernunabhängige ITD ermöglicht werden. Ein gewisser Ausgestaltungsspielraum der EU-Kommission erscheint dabei naheliegend, da ihr vom EU-Gesetzgeber eine bindende Entscheidungsbefugnis zugebilligt worden ist. Neben der grundsätzlichen Freigabe dieses Instruments hat die Kommission dabei Art und Umfang der auferlegbaren Verpflichtungen festzulegen. Dabei sollte auch die Frage geklärt werden, ob es für die durchgehende Konnektivität nicht ausreicht, dass sich die Endnutzer über Multihoming zwischen den Diensten erreichen können.

242. Insgesamt ist darauf zu achten, dass durch Interoperabilitätspflichten keine unerwünschten Wettbewerbsbeeinträchtigungen hervorgerufen werden. Daher setzt eine Freigabe zu Recht umfassende Untersuchungsmaßnahmen der Kommission in enger Kooperation mit dem GEREK voraus. Für die formale Freigabe des § 21 Abs. 2 TKG-2021 seitens der EU-Kommission wäre erforderlich, dass sie nach Konsultation des GEREK und unter weitestmöglicher Berücksichtigung seiner Stellungnahme festgestellt hat, dass die durchgehende Konnektivität zwischen Endnutzern in der gesamten Union oder in mindestens drei Mitgliedstaaten in nennenswertem Ausmaß bedroht ist. Die Reichweite einer Interoperabilitätsverpflichtung wird zudem durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt, der in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG-2021 besonders betont wird. Dies ist bei der konkreten Ausgestaltung einer Interoperabilitätsverpflichtung zu berücksichtigen.

243. Damit hat sich gezeigt, dass die als ökonomisch für nicht sinnvoll erachtete Anordnung einer Interoperabilität auch zu nummerngebundenen ITD rechtlich nicht möglich ist. Zudem begrüßt die Monopolkommission, dass eine – gegenwärtig aber ebenfalls nicht gebotene – Verpflichtung zur Interoperabilität gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 TKG-2021 asymmetrisch ausgerichtet ist. Allerdings zeichnen sich am Markt mit dem Ent-

³⁹⁸ Erwägungsgrund 151 EKEK.

³⁹⁹ Siehe dazu Erwägungsgrund 149 EKEK und TKG-2021, BT-Drs. 19/26108, S. 258.

stehen von „Super-Apps“ weitere Entwicklungen ab,⁴⁰⁰ die möglicherweise Interoperabilitätsverpflichtungen in näherer Zukunft erforderlich machen könnten. Das Erfordernis von Durchführungsrechtsakten unter intensiver Einbeziehung des GEREK erscheint hingegen sinnvoll, um unionsweit einheitliche Regelungen zu erreichen und nicht vorschnell möglicherweise wettbewerbsbehindernde Interoperabilitätsverpflichtungen aufzuerlegen. Im Rahmen dieses Durchführungsrechtsakts wäre die Klärung insbesondere von zwei Fragen angezeigt: Erstens sollte der Begriff der „nennenswerte[n] Abdeckung und Nutzerbasis“ konkretisiert werden. Zweitens sollte klargestellt werden, welche Voraussetzungen an die „durchgehende Konnektivität“ gestellt werden. Hier wäre insbesondere zu präzisieren, welche Basisfunktionalitäten diese Anforderungen abdecken soll. Darüber hinaus sollte eine Klarstellung auch im Gesetzeswortlaut des EKEK erfolgen. Dies ist unabhängig davon sinnvoll, dass eine Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen derzeit nicht angezeigt ist, da für zukünftig eintretende Entwicklungen bereits jetzt Rechtssicherheit geschaffen werden sollte.

3.4.2.2 Die Einleitung eines förmlichen Marktregulierungsverfahrens ist derzeit nicht angezeigt

244. Neben einer Anordnung von Interoperabilität gemäß § 21 Abs. 2 TKG-2021 käme auch ein Vorgehen über die allgemeinen Vorschriften zur Marktregulierung nach dem Teil 2 des TKG in Betracht,⁴⁰¹ wenn man eine Interoperabilität künftig für erforderlich halten würde. § 21 Abs. 2 TKG-2021 ist insofern auch nicht als abschließende *lex specialis* anzusehen, da das Unionsrecht die Norm gemäß Art. 61 Abs. 2 EKEK als unbeschadet neben der klassischen Marktregulierung einführt. Die Anordnung einer Interoperabilität zum klassischen PSTN ist im Übrigen nicht auferlegbar, da dann die unionsrechtlich vorgegebene Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen ITD durch den Regulierer aufgehoben werden könnte (siehe dazu Tz. 233). Wenn in diesem gestuften Marktregulierungsverfahren festgestellt würde, dass ein Unternehmen, das OTT-Kommunikationsdienste anbietet, über beträchtliche Marktmacht verfügt, könnten diesem Interoperabilitätspflichten nach § 26 Abs. 3 Nr. 4 und Nr. 8 TKG-2021 auferlegt werden. Dafür müsste zunächst geprüft werden, ob OTT-Kommunikationsdienste einen gemeinsamen Markt mit klassischen Telekommunikationsdiensten oder einen eigenständigen Markt bilden. Hierbei kommt es in erheblichem Maße darauf an, ob die Dienste aus Sicht der Nachfrager austauschbar sind.⁴⁰² Die Marktregulierung ist nach den §§ 10 ff. TKG-2021 auf eine umfassende Regulierung des Telekommunikationssektors gerichtet, mit der die Bundesnetzagentur die breit gefächerten Ziele des TKG-2021 fördern soll. Wie bei § 21 Abs. 2 TKG-2021 könnte durch eine Interoperabilitätsverpflichtung über diese Norm also die Erreichbarkeit von Privatpersonen untereinander, als auch die Möglichkeit von Unternehmen, mit ihren (potentiellen) Kunden in Kontakt zu treten, gefördert werden.

245. In verfahrensrechtlicher Hinsicht könnte die Bundesnetzagentur diesen Weg jedoch nur dann beschreiten, wenn die EU-Kommission in ihrer Märkteempfehlung eine unionsweite Regulierungsbedürftigkeit eines so definierten Marktes festgestellt hat oder keine Einwände gegen eine nationale Regulierung hat (§ 12 Abs. 4 f. TKG-2021). In der aktuell gültigen Märkteempfehlung vom 18.12.2020 (Empfehlung 2020/2245) sind nur zwei Vorleistungsmärkte für physische Verbindungen als sachlich relevant benannt. Davon sind OTT-Dienste nicht erfasst. Da nicht davon auszugehen ist, dass die Kommission diese erst kürzlich erlassene Empfehlung zeitnah aktualisieren wird,⁴⁰³ läge es an der Bundesnetzagentur, auf nationaler Ebene einen sachlich relevanten Markt zu definieren, in dem OTT-Kommunikationsdienste enthalten sind, sofern hierfür die rechtlichen⁴⁰⁴ und ökonomischen Voraussetzungen erfüllt sind. Dann käme es darauf an, dass die EU-

⁴⁰⁰ Siehe dazu oben, Tz. 228 ff.

⁴⁰¹ So auch GEREK zu den dem TKG insoweit zugrundeliegenden Vorschriften des EKEK, BoR (21) 85, S. 13 für die Ex-ante-Marktregulierung allgemein.

⁴⁰² Vgl. Nr. 33 ff. der Marktanalyseleitlinien der EU-Kommission 2018, 2018/C 159/01.

⁴⁰³ Die bisherigen Märkteempfehlungen wurden in den Jahren 2003, 2007, und 2014 veröffentlicht.

⁴⁰⁴ Maßgeblich hierfür sind im Wesentlichen die Marktanalyseleitlinien, 2018/C 159/01.

Kommission eine derartige Marktdefinition und -analyse nicht blockiert. Ein Veto der Kommission wäre jedoch nicht unwahrscheinlich, da sie aktuell keine Substituierbarkeit zwischen OTT-Kommunikationsdiensten und klassischen Telekommunikationsdiensten sieht⁴⁰⁵ und daher jedenfalls die Definition eines gemeinsamen Marktes ablehnen dürfte. Dass die Kommission gegen die Definition eines eigenen Marktes von OTT-Diensten zur Durchsetzung von Interoperabilitätspflichten keine Einwände erheben würde, erscheint derzeit ebenfalls eher unwahrscheinlich, da die EU-Kommission den Markt ausweislich der Märkteempfehlung 2020 nicht als regulierungsbedürftig eingestuft hat.

246. Für eine grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes kommt es darauf an, ob dieser den Drei-Kriterien-Test des § 11 Abs. 2 TKG-2021 erfüllt. Beim Drei-Kriterien-Test wird geprüft, ob 1) beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken bestehen; 2) Marktstrukturen angesichts des Infrastrukturwettbewerbs und des sonstigen Wettbewerbs innerhalb des relevanten Zeitraumes⁴⁰⁶ nicht zu einem wirklichen Wettbewerb tendieren; und 3) das Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem festgestellten Marktversagen angemessen zu begegnen. Eine weitere Möglichkeit wäre die Definition eines länderübergreifenden Marktes seitens der Kommission gemäß Art. 65 f. EKEK, die in enger Abstimmung zwischen den beteiligten Regulierungsbehörden und GEREK durchzuführen ist. Aus Sicht des GEREK könnten nummernunabhängige ITD grundsätzlich einen (ersten) Anwendungsfall für eine entsprechende Marktanalyse darstellen.⁴⁰⁷

247. Die Monopolkommission empfiehlt, dass die Bundesnetzagentur die weitere Entwicklung nummernunabhängiger ITD – insbesondere hinsichtlich sog. „Super-Apps“ – im Auge behält und die bereits begonnenen Untersuchungen fortsetzt. Jedoch erscheint die Einleitung eines förmlichen Marktregulierungsverfahrens nach den §§ 10 ff. TKG-2021 als verfrüht, da aus Sicht der Monopolkommission die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen derzeit nicht angezeigt ist. Für die Zukunft könnte die Einleitung eines derartigen Verfahrens jedoch die Möglichkeit bieten, eine Diskussion im EU-Regulierungsverbund über die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen anzustoßen.

3.4.2.3 Telekommunikationsrechtliche Vorschriften sind vorrangige und abschließende Spezialregelungen gegenüber dem GWB

248. Auch das GWB sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Auferlegung von Interoperabilitätspflichten vor. Gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GWB kann das Bundeskartellamt einem Unternehmen untersagen, die Interoperabilität von Produkten oder Leistungen oder die Portabilität von Daten zu verweigern oder zu erschweren und damit den Wettbewerb zu behindern. Dies setzt voraus, dass das Bundeskartellamt zuvor gemäß § 19a Abs. 1 GWB festgestellt hat, dass dem betroffenen Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.

249. Das Verhältnis von § 19a GWB zur Telekommunikationsregulierung erscheint problematisch, soweit beide Normen die Möglichkeit vorsehen, Interoperabilitätsverpflichtungen bezüglich nummernunabhängiger ITD aufzuerlegen. In diesem Verhältnis spricht einiges dafür, dass § 21 Abs. 2 TKG-2021 die speziellere Norm ist, die als abschließend anzusehen ist. Die Definition dieser Dienste ist ohnehin eher eng auszulegen,⁴⁰⁸ sodass § 19a GWB nur sehr eingeschränkt verdrängt wird. § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GWB erfasst gegenüber seinem telekommunikationsrechtlichen Pendant eine Vielzahl weiterer Märkte (z.B. Betriebssysteme, App-Stores, Bürosoftware, usw.) und ist mithin von seinem Anwendungsbereich her erheblich breiter gefasst (d. h. er adressiert Unternehmen von überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wett-

⁴⁰⁵ Siehe etwa Erwägungsgrund 16 der Märkteempfehlung 2020.

⁴⁰⁶ In Anlehnung an den in § 15 Abs. 3 Satz 1 TKG-2021 normierten regelmäßigen Überprüfungszeitraum von Regulierungsverfügungen wird man von etwa drei bis fünf Jahren auszugehen haben.

⁴⁰⁷ GEREK, BoR (21) 85, S. 13.

⁴⁰⁸ Siehe dazu oben, Tz. 166 ff.

bewerb). Auch die Zweckrichtung beider Normen ist sehr ähnlich, was für eine Spezialitätsverhältnis spricht: § 19a GBW erfasst grundsätzlich nur mehrseitige Märkte und Netzwerke im Sinne des § 19 Abs. 3a GBW und setzt eine marktübergreifende Bedeutung voraus. Nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste können ebenfalls mehrseitige Märkte darstellen, wenn – wie häufig – die Endnutzerinnen und Endnutzer dieser Dienste für deren Nutzung nicht mit Geldleistungen bezahlen sondern durch eine andere Plattformseite (z. B. Werbetreibende) quersubventioniert werden.⁴⁰⁹ Beide Regelungsmaterien haben daher insbesondere Netzwerkeffekte auf mehrseitigen Märkten im Blick und sollen Marktzutrittschranken und Hindernisse für Innovationen begegnen.⁴¹⁰ Art. 61 Abs. 2 EKEK bzw. § 21 Abs. 2 TKG-2021 ist in diesem Sinne die speziellere Norm, da sie nur an nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste gerichtet ist.

250. Zudem stellt sich bei der Möglichkeit, gemäß § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GBW Unternehmen Interoperabilitätspflichten aufzuerlegen, auch die Frage, ob der nationale Gesetzgeber im allgemeinen Wettbewerbsrecht eine Norm schaffen darf, die die strengen Vorgaben des Art. 61 Abs. 2 EKEK bezüglich nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste unterlaufen könnte. Zwar stellt auch § 19a GBW hohe Hürden auf, indem dem betroffenen Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung zukommen muss. Demgegenüber ist der Adressatenkreis bei § 21 Abs. 2 TKG-2021 relativ vage („nennenswerte Abdeckung und Nutzerbasis“), aber dennoch ebenfalls eher eng zu verstehen.⁴¹¹ Art. 61 Abs. 2 UAbs. 2 EKEK formuliert jedoch ausdrücklich, dass Interoperabilitätsverpflichtungen *nur* unter den dort abschließend aufgezählten Bedingungen auferlegt werden dürfen. Die Anordnung von Interoperabilität soll nach dem Willen des Unionsgesetzgebers letztlich nur dann in Betracht kommen, wenn eine Erreichbarkeit über klassische, nummerngebundene interpersonelle Telekommunikationsdienste nicht mehr möglich ist,⁴¹² etwa, weil die klassischen Fest- und Mobilfunknetze nicht mehr genutzt werden (können). Damit wird das Kriterium des EKEK, dass bei nummerngebundenen interpersonellen Telekommunikationsdiensten die Gefährdung der Ende-zu-Ende-Konnektivität vorliegen muss, unterlaufen. In formeller Hinsicht kann über § 19a GBW zudem das Erfordernis einer Durchführungsverordnung der Kommission umgangen werden. Der EKEK enthält für nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste insgesamt ein ausdifferenziertes Regulierungsregime, bei dem der Unionsgesetzgeber genau abgewogen hat, welche Verpflichtungen im Einzelnen von den nationalen Regulierungsbehörden auferlegbar sein sollen. Es spricht daher viel dafür, dass § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GBW wegen des Vorrangs von Unionsrechts von Art. 61 Abs. 2 EKEK verdrängt wird, soweit er Interoperabilitätsverpflichtungen gegenüber nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten zulässt. Denn ansonsten könnten die speziellen materiell- und verfahrensrechtlichen Hürden, die Art. 61 Abs. 2 EKEK für Interoperabilitätsverpflichtungen aufstellt, unterlaufen werden.

251. Zudem besteht bei einer Anwendung von § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 GBW auf nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste die Gefahr einer Rechtszersplitterung innerhalb der EU und die Möglichkeit, sich widersprechender⁴¹³ Interoperabilitätsbestimmungen. Während bei § 21 Abs. 2 TKG-2021 eine kohärente Anwendung dieser Verpflichtungen durch Durchführungsverordnungen der Kommission nach Art. 61 Abs. 2 UAbs. 2 lit. ii EKEK gefördert werden kann, fehlt ein derartiges Instrument bei § 19a GBW vollständig. Das Bundeskartellamt müsste daher – sofern man § 19a GBW nicht ohnehin von Art. 61 Abs. 2 EKEK für insoweit verdrängt hält – bei der Ausgestaltung von Interoperabilitätspflichten auf eine Kon-

⁴⁰⁹ Vgl. dazu Erwägungsgrund 16 EKEK.

⁴¹⁰ Siehe für Art. 61 Abs. 2 EKEK Erwägungsgrund 149 EKEK. Ähnlich sind die Beweggründe des Gesetzgebers zu § 19a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 GBW formuliert, wonach der Lock-In-Effekte adressiert werden sollen BT-Drs. 19/23492, S. 77.

⁴¹¹ Siehe zu diesem Tatbestandsmerkmal Erwägungsgrund 151 EKEK und die Ausführungen oben zu Tz. 240.

⁴¹² Vgl. Erwägungsgrund 149 EKEK, der sich auf Art. 61 Abs. 2 EKEK bezieht.

⁴¹³ Erhebliche Probleme würden etwa entstehen, wenn z. B. das Bundeskartellamt für die Interoperabilität ein bestimmtes Protokoll anordnet, das inkompatibel zu einem Protokoll ist, das die Kommission über Art. 61 Abs. 2 EKEK festlegt.

sistenz zu Konkretisierungen der Kommission über Art. 61 Abs. 2 UAbs. 2 lit. ii EKEK achten und zudem etwaige Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden berücksichtigen. Gegebenenfalls müsste es bereits angeordnete Interoperabilitätspflichten wieder abändern, falls sich die Regelungen widersprechen sollten.

252. Gegen eine Anwendung von § 19a GWB spricht ferner, dass mit dieser Norm keine Branchenlösung erreicht werden kann, sondern nur sehr punktuell bezüglich einzelner besonders marktmächtiger Unternehmen ein missbräuchliches Verhalten untersagt werden kann. Die Beförderung von Interoperabilität ist im Gegensatz zum Telekommunikationsrecht (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a EKEK) auch kein eigenständiges Ziel des Wettbewerbsrechts, dem damit auch andere Instrumente fehlen, wie z. B. die Förderung gemeinsamer Standards (vgl. Art. 39 EKEK).

253. Die Monopolkommission empfiehlt daher, Interoperabilitätsverpflichtungen jedenfalls nicht über das allgemeine Wettbewerbsrecht, sondern allenfalls gemäß den einschlägigen, spezielleren Regelungen des Telekommunikationsregulierungsrechts aufzuerlegen. Dafür spricht, dass die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften als *lege speciales* gegenüber den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften anzu sehen sind. Zudem kann über eine dort mögliche verfahrensrechtliche Beteiligung der EU-Kommission ein unionsweit einheitlicher Rechtsrahmen geschaffen werden.

3.4.2.4 Verhältnis des Telekommunikationsrechts zum geplanten Digital Markets Act

254. Mit dem geplanten Digital Markets Act (DMA) wird aktuell eine neue EU-Verordnung erarbeitet,⁴¹⁴ die sich mit Plattformdiensten und Ökosystemen befasst und möglicherweise ebenfalls auf nummernunabhängige ITD anwendbar sein wird.⁴¹⁵ Daher stellt sich die Frage nach einem Verhältnis dieser neuen Vorschriften zu jenen des Telekommunikationsrechts.⁴¹⁶ Da der DMA in Form einer EU-Verordnung erlassen werden soll, kann – anders als bei § 19a GWB (siehe dazu oben, 3.4.2.3) – gegen seine Anwendung jedenfalls nicht eingewendet werden, dass die Auferlegung einer Interoperabilitätsverpflichtung durch oder aufgrund des DMA gegen den Vorrang von Unionsrecht verstoßen würde. Gleichwohl gilt es, das Verhältnis des Telekommunikationsrechts zum DMA zu klären, um sich widersprechende Entscheidungen zu vermeiden.

255. Die Förderung von Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsdienste ist gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. a EKEK ein Ziel unter mehreren des Telekommunikationsrechtsrahmens. In einzelnen Normen wird dieses Ziel konkretisiert: Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG-2021 wird durch eine Interoperabilitätsverpflichtung eine durchgehende Konnektivität zwischen sämtlichen Endnutzerinnen und Endnutzern bezweckt, zu denen sowohl private als auch geschäftliche Endnutzerinnen und Endnutzer zählen (vgl. § 3 Nr. 13 und 41 TKG-2021). Demgegenüber soll der DMA etwas spezieller primär den Zugang von gewerblichen Nutzerinnen und Nutzern zu Endnutzerinnen und Endnutzern regeln, soweit dieser über Betreiber zentraler Plattformdienste, sog. Gatekeeper, ermöglicht wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b DMA). Gleichwohl soll die allgemeinere Regelung des Art. 61 EKEK ausdrücklich unberührt bleiben (Art. 1 Abs. 4 DMA). So sollen beide Regelwerke in einem komplementären Verhältnis zueinanderstehen. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass der DMA explizit Formen vertikaler Interoperabilität adressiert (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. f DMA zur Interoperabilität zwischen Betriebssystem und Apps), wohingegen das Telekommunikationsrecht horizontale Formen von Interoperabilität regelt (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG-2021 bzw. Art. 61 Abs. 2 lit. c EKEK zur Interoperabilität zwischen interpersonellen Kommunikationsdiensten).

⁴¹⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM (2020) 842 final.

⁴¹⁵ Monopolkommission, Sondergutachten 82: Empfehlungen für einen effektiven und effizienten Digital Markets Act, Baden-Baden 2021.

⁴¹⁶ Siehe zum Verhältnis zwischen DMA und EKEK bezüglich nummernunabhängiger ITD auch GEREK, BoR (21) 85, S. 16 ff.

256. Andererseits soll der DMA einen deutlich breiteren Anwendungsbereich haben, da er nicht nur interpersonelle Telekommunikationsdienste, sondern zahlreiche weitere Plattformdienste (innerhalb von Ökosystemen) erfassen soll (vgl. Art. 2 Nr. 2 DMA). Zudem sollen sich die Ziele und Regulierungsansätze von denen des EKEK unterscheiden: Erstens soll der DMA die Bestreitbarkeit und Fairness in den Mittelpunkt rücken (Art. 1 Abs. 1 DMA) und damit autonome, unabhängig vom EKEK, konkretisierungsbedürftige Ziele definieren. Zweitens soll eine Regulierung grundsätzlich nicht an ein förmliches Verfahren geknüpft sein, sondern bei Überschreiten gewisser Schwellen kraft Gesetzes erfolgen. Dadurch könnte der DMA das Telekommunikationsregulierungsrecht ergänzen und steht ihm nicht grundsätzlich entgegen. Dementsprechend sollte der Anwendungsbereich des DMA als eingeschränkter gegenüber dem des EKEK bzw. TKG zu verstehen sein, sofern hier auch ITD mit einbezogen werden. Als Abgrenzungskriterium könnte bei einer Einbeziehung von ITD darauf abgestellt werden, ob eine Interoperabilitätsverpflichtung dazu dient, gewerblichen Nutzern Zugang zu Endnutzerinnen und Endnutzern über Gatekeeper zu verschaffen (z.B. Öffnung einer Verkaufsschnittstelle auf Messengerdiensten; dann DMA) oder ob es eher darum geht, dass sich Privatpersonen untereinander erreichen können (dann EKEK/TKG).

257. Die Gefahr von Inkonsistenzen wird zudem dadurch gemindert, dass in beiden Fällen unionsweit gültige Entscheidungen der EU-Kommission erforderlich sind: Einerseits ist im Rahmen des DMA durch die Kommission einzustufen, welche Unternehmen als Gatekeeper anzusehen sind und welche konkreten Verhaltenspflichten für die Unternehmen bestehen (Art. 7 Abs. 2 DMA). Andererseits kommt die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen nach Art. 61 EKEK bzw. § 21 Abs. 2 TKG-2021 nur dann in Betracht, wenn die Kommission zuvor Art und Umfang der auferlegbaren Verpflichtungen festgelegt hat (Art. 61 Abs. 1 UAbs. 2 lit. ii EKEK a.E.). Wird eine Interoperabilität über die klassische Marktregulierung auferlegt, so hat die Kommission ebenfalls Einflussmöglichkeiten, insbesondere über § 14 TKG-2021, um eine Kohärenz zu gewährleisten. Es liegt also in der Hand der EU-Kommission, den Anwendungsbereich beider Regelungen konsistent auszugestalten, sodass sich diese ergänzen können und nicht zueinander im Widerspruch stehen.

3.4.2.5 Normung durch die EU-Kommission ist Vorstufe einer Interoperabilitätsverpflichtung

258. Gemäß Art. 39 Abs. 1 EKEK erstellt die EU-Kommission ein Verzeichnis nicht zwingender Normen oder Spezifikationen als Grundlage für die Förderung einer einheitlichen Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, wobei sie europäische Normungsorganisationen einbeziehen kann. Unter den Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 4 i. V. m. Art. 118 Abs. 4 EKEK i. V. m. Art. 5 der Verordnung 182/2011/EU kann die Kommission im *Komitologieverfahren*, d. h. unter Beteiligung der Mitgliedstaaten in Ausschussverfahren, bestimmte Normen und Spezifikationen verbindlich vorschreiben. Die Festlegung bestimmter Normen könnte als eine Vorstufe zu der Auferlegung von Interoperabilitätspflichten angesehen werden. Eine darauf erfolgende freiwillige Interoperabilität und Zusammenschaltung wäre dann leichter möglich. Auch die Existenz von Normen im Bereich der nummernunabhängigen ITD (z. B. XMPP, siehe dazu, Tz. 219) hat bislang jedoch nicht dazu geführt, dass sich Unternehmen auf einen einheitlichen Branchenstandard geeinigt haben.

3.4.2.6 Erweiterung der Datenportabilität ist milderer Mittel zu einer Interoperabilitätsverpflichtung

259. Art. 20 DSGVO normiert ein Recht auf Datenportabilität: Danach hat jede Person das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten. Die Vorschrift dient damit weniger der Information der Betroffenen über die sie betreffenden, erhobenen Daten, sondern eher der Erleichterung eines Anbieterwechsels und soll so Lock-In-Effekten entgegenwirken.⁴¹⁷ Der typische Anwendungsfall dieser

⁴¹⁷ Dix, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, Baden-Baden 2019, Art. 20 DS-GVO, Rn. 1.

Norm ist der Transfer eines Nutzerprofils von einem Dienst zu einem anderen.⁴¹⁸ Dabei werden die Anbieter nicht zu einer Zusammenschaltung der Dienste verpflichtet, sondern nur dazu, dass die gespeicherten Daten in einem maschinenlesbaren Format ausgegeben werden können. Die Endnutzer können sodann einfacher mit den Daten zu einem Konkurrenten wechseln. Bezüglich nummernunabhängiger ITD käme insbesondere die Übertragbarkeit von Kontaktlisten und Chatverläufen in Betracht. Wechselwillige Nutzer könnten dann vollständig von einem Dienst zu einem anderen „umziehen“ und müssten nicht mehr eine Anwendung installiert lassen, damit sie auf ihre Daten zurückgreifen können. In rechtlicher Hinsicht ist fraglich, ob dies vollumfänglich über Art. 20 DSGVO durchgesetzt werden kann, da die Norm gemäß Abs. 1 nur die Daten erfasst, die der Betroffene selbst dem Unternehmen zur Verfügung gestellt hat und auf die Rechte der Kommunikationspartner Rücksicht zu nehmen ist (vgl. Art. 20 Abs. 4 DSGVO). Es spricht daher vieles dafür, dass jedenfalls keine Chatverläufe übertragbar ausgestaltet werden müssen.⁴¹⁹

260. Es stellt sich also die Frage, ob in die ePrivacy-VO eine Bestimmung aufgenommen werden sollte, die derartige Pflichten vorsieht. Diesbezüglich stellen sich ähnliche Probleme wie bei Interoperabilitätspflichten (siehe dazu Tz. 203 ff.): Es müssten Standards definiert werden, z. B. bezüglich der Struktur der Nachrichten sowie der Dateiformate für Bilder, Videos, Sprachnachrichten, usw. Fraglich ist auch, wie wichtig für Endnutzerinnen und Endnutzer das Vorhalten der alten Chatverläufe und Kontaktdaten ist und ob sie überhaupt von einem Wechsel absehen, nur weil Kommunikationsverläufe nicht übertragbar sind. Die wichtigere Frage dürfte die nach einer verpflichtenden Interoperabilität darstellen. Nichtsdestotrotz könnten Vorgaben zur Datenportabilität ein milderes Mittel darstellen, um Lock-In-Effekte abzuschwächen. Eine solche Verpflichtung sollte – sofern sie in Betracht gezogen wird – asymmetrisch ausgestaltet sein, sodass die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Möglichkeit eines Datenexports verpflichtet wären und kleinere Anbieter einen Datenimport ermöglichen könnten. Der Dienst „WhatsApp“ bietet bereits eine Exportfunktion für einzelne Kontakte an.

3.4.2.7 Zwischenfazit: Telekommunikationsrechtliche Vorschriften zur Auferlegung von Interoperabilitätspflichten konkretisieren

261. Damit bietet das Telekommunikationsrecht bereits jetzt zwei Instrumente, um Interoperabilitätspflichten aufzuerlegen. Die Monopolkommission begrüßt, dass beide Instrumente grundsätzlich asymmetrisch ausgerichtet sind. Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, dass die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen im Rahmen des § 21 Abs. 2 TKG-2021 an das Erfordernis von Durchführungsrechtsakten seitens der EU-Kommission geknüpft ist. Dadurch kann sichergestellt werden, dass unionsweit einheitliche Regelungen geschaffen werden. Zudem wird durch die verfahrenstechnische Absicherung gewährleistet, dass nicht vorschnell Interoperabilitätsverpflichtungen auferlegt werden, die in ihrer konkreten Ausgestaltung wettbewerbsbehindernd sein können. Im Rahmen dieser Durchführungsrechtsakte sollten jedoch noch einige Fragen geklärt werden: Erstens sollte der Begriff der „nennenswerte[n] Abdeckung und Nutzerbasis“ konkretisiert werden. Zweitens sollte klargestellt werden, welche Voraussetzungen an die „durchgehende Konnektivität“ gestellt werden. Hier ist insbesondere zu präzisieren, welche Basisfunktionalitäten diese Anforderungen abdecken soll. Darüber hinaus sollte eine Klarstellung auch im Gesetzeswortlaut des EKEK erfolgen. Dies ist unabhängig davon sinnvoll, dass eine Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen derzeit nicht angezeigt ist, da für zukünftig eintretende Entwicklungen bereits jetzt Rechtssicherheit geschaffen werden sollte.

262. Neben einem Vorgehen nach § 21 Abs. 2 TKG-2021 könnte die Bundesnetzagentur Interoperabilitätsverpflichtungen auch über die allgemeine Marktregulierung anstreben. Sie müsste dazu untersuchen, ob die Voraussetzungen für die Definition eines Marktes von nummernunabhängigen ITD möglich ist, der die Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests des § 11 Abs. 2 TKG-2021 erfüllt. Sofern sie dies bejahen kann,

⁴¹⁸ Dix, in Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, a.a.O., Art. 20 DS-GVO, Rn. 1.

⁴¹⁹ Siehe dazu Bulowski, a.a.O., S. 116 ff.

was nach den derzeitigen Erkenntnissen nicht der Fall sein dürfte, könnte sie diesen Weg beschreiten, auch wenn die EU-Kommission in ihrer aktuellen Märkteempfehlung 2020 keinen derartigen Markt definiert hat. Sollte die EU-Kommission gegen die genannte Vorgehensweise dann in einem weiteren hypothetischen Schritt ein Veto einlegen, so würde doch im EU-Regulierungsverbund die Diskussion über die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen forciert werden. Vor der Auferlegung einer Interoperabilitätsverpflichtung im Rahmen einer konkreten Regulierungsverfügung müssten aber in jedem Fall sämtliche Auswirkungen sorgfältig abgewogen werden.

263. Die Anordnung einer Interoperabilität auch zu nummerngebundenen ITD ist nicht möglich, da dadurch die im EKEK angelegte grundsätzliche Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen ITD aufgehoben würde. Eine diesbezügliche Anordnung ist zudem aus ökonomischen Gründen nicht sinnvoll. Die Auferlegung von Interoperabilitätspflichten seitens des Bundeskartellamts erscheint im Übrigen ebenfalls nicht als empfehlenswert, da die telekommunikationsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten als abschließende Spezialregelungen anzusehen sind.

3.5 Mögliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf benachbarten Märkten untersuchen

264. Im Zuge der schriftlichen Anhörung der Marktteilnehmer durch die Monopolkommission für dieses Sektorgutachten wurde auf weitere Verhaltensweisen aufmerksam gemacht, die möglicherweise einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen können.

265. Insbesondere wurde vorgebracht, dass in mobilen Betriebssystemen Apps kleinerer Anbieter dahingehend benachteiligt würden, dass ihnen niedrigere Privilegien eingeräumt würden als anderen nummernunabhängigen ITD, wodurch Nachrichten vergleichsweise spät angezeigt würden. Darin läge eine Benachteiligung gegenüber eigenen Produkten der Betreiber von mobilen Betriebssystemen oder Produkten Dritter. Zwar ist der Markt für mobile Betriebssysteme und/oder App-Stores kein der Telekommunikationsregulierung unterfallender Markt. Jedoch kann nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts auch dann gemäß § 50 TKG-2021 vorgegangen werden, wenn die missbräuchliche Handlung nicht auf einem regulierten Markt erfolgt, sie aber Auswirkungen auf einen solchen hat.⁴²⁰ Ein Vorgehen nach § 50 TKG-2021 käme jedoch nur dann in Betracht, wenn die Betriebssystemhersteller auch nummernunabhängige ITD bereitstellen und nach den §§ 10 ff. TKG-2021 auf diesem Markt für marktbeherrschend eingestuft werden. Dies ist zumindest derzeit nicht der Fall. Da aktuell ohnehin gegen die zwei großen Anbieter mobiler Betriebssysteme Verfahren nach § 19a GWB laufen, könnte den erhobenen Vorwürfen im Rahmen dieser Verfahren nachgegangen werden. Möglicherweise könnten derartige Praktiken auch durch Verpflichtungen des DMA künftig adressiert werden, sofern es sich bei den betroffenen Anbietern um Gatekeeper handelt. In Betracht kämen etwa die Verpflichtungen gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c, e und f des DMA.

266. Zudem werden auch Bündelungspraktiken genannt, die möglicherweise problematisch sein könnten. So verknüpft etwa Microsoft die Software Teams mit ihren Office-Produkten und hat dies auch bei seinem Desktop-Betriebssystem Windows 11 umgesetzt.⁴²¹ Auch diese Verhaltensweisen dürften mangels beträchtlicher Marktmacht der entsprechenden Anbieter auf einem Telekommunikationsmarkt am besten durch das allgemeine Wettbewerbsrecht bzw. den DMA adressiert werden.

⁴²⁰ Vgl. BVerwG, a. a. O., Rn. 16.

⁴²¹ <https://news.microsoft.com/de-de/windows-11-eine-neue-aera-des-pcs-beginnt/>, Abruf am 26. Oktober 2021.

3.6 Fazit: Überregulierung bei interpersonellen Telekommunikationsdiensten vermeiden

267. Die Monopolkommission begrüßt die stärker funktional ausgerichtete Definition von (interpersonellen) Telekommunikationsdiensten, weil damit eine Flexibilisierung bei der Regulierung dynamischer technischer Entwicklungen ermöglicht wird. Allerdings gelingt weiterhin keine eindeutige Abgrenzung von Kommunikationsdiensten zu Inhaltsdiensten. Dies betrifft vor allem Dienste, die Kommunikationsfunktionen mit anderen Funktionen kombinieren. Aus Sicht der Monopolkommission erscheint die Einbeziehung derartiger Dienste in die Telekommunikationsregulierung insgesamt unklar und tendenziell zu weit. In vielen Fällen könnte sie verfehlt sein, da die betroffenen Dienste höchstens partiell in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten stehen (z. B. soziale Netzwerke, Dating-Apps, Videospiele). Eine Einbeziehung in die Telekommunikationsregulierung mit zum Teil einschneidenden Rechtsfolgen bei technischen Schutzmaßnahmen, Kunden- und Datenschutz erscheint dann nicht gerechtfertigt. Dies gilt insbesondere bei Multifunktionsdiensten wie z. B. WeChat, die regelmäßig neue Funktionalitäten integrieren.

268. Der Anwendungsbereich des TKG sollte daher insbesondere bezüglich Multifunktionsdiensten enger und klarer gefasst werden. Die Monopolkommission empfiehlt, dass für die Frage der Einordnung als Telekommunikationsdienst maßgeblich sein sollte, ob sich ein Dienst aus der Sicht der Endnutzerinnen und Endnutzer in einem Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten wie Sprachtelefonie und SMS befindet. Eine weitere Konkretisierung der Definition von Telekommunikationsdiensten sollte auf Unionsebene erfolgen, da die potentiell erfassten Dienste regelmäßig unionsweit genutzt werden. Um den in der vorliegenden Untersuchung identifizierten Problemen zu begegnen, könnten in der Definition zudem Beispiele (z. B. Messenger, Telefonie, Videotelefonie) genannt werden. Dies könnte durch den Unionsgesetzgeber und durch Leitlinien von GEREK erfolgen.

269. Chancengleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen klassischen Telekommunikationsdiensten und ITD entstehen aus einem harmonisierten Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungsbereiche wie z. B. Datenschutz, Datensicherheit und Kundenschutz. So sollten nummernunabhängige ITD zunächst nicht dazu verpflichtet werden, Notrufverbindungen zu ermöglichen. Dies erscheint erst dann notwendig, wenn nummerngebundene ITD weitgehend von nummernunabhängigen ITD verdrängt sein sollten und dadurch die Erreichbarkeit von Notrufen gefährdet sein könnte. Vorzugswürdig erscheint es dann jedoch, Notruffunktionalitäten zentral in das mobile Betriebssystem zu integrieren. Diskutiert wird auch eine Einbeziehung nummernunabhängiger ITD in die Umlage zur Finanzierung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten, da sie klassische Telekommunikationsdienstleistungen und damit auch Sprachkommunikationsdienste zumindest teilweise ersetzen (können) und daher in einem Wettbewerbsverhältnis zu diesen stehen. Dagegen sprechen jedoch zum einen Probleme in der Umsetzungspraxis. Zum anderen war bereits unklar, ob die Universaldienstumlage, so wie sie bis zum 1. Dezember 2021 ausgestaltet war, die Vorgaben des Grundgesetzes hinsichtlich der Zulässigkeit von Abgaben wahrte. Durch die Einbeziehung von nummernunabhängigen ITD erhöhen sich diese Unsicherheiten weiter. Die Einbeziehung nummernunabhängiger ITD sollte daher zurückgenommen werden. Vollkommen unabhängig davon ist die Universaldienstfinanzierung über eine Umlage bislang ohnehin noch nicht erfolgt und als subsidiärer Finanzierungsmechanismus zum Breitbandausbau gegenüber staatlichen Fördermitteln möglichst nicht zur Anwendung zu bringen. Beim Kundenschutz sollte weniger auf die Art des Dienstes (d. h. nummerngebunden oder nummernunabhängig), sondern vielmehr auf die konkrete Gefahrenlage abgestellt werden, z. B. ob es ein Dienst ermöglicht, kostenpflichtige Verbindungen aufzubauen und abzurechnen oder Nutzer- und Nutzungsdaten abgreifen kann.

270. Ein weiterer Aspekt bei der Debatte um die Schaffung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen ist die Ausgestaltung des Datenschutzes. Gerade bei Datenschutzregelungen erscheint es wenig überzeugend, unterschiedliche Regelungen für nummerngebundene und nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste anzuwenden, da sie aus Sicht der Endnutzerinnen und Endnutzer jedenfalls

teilweise substituierbar sind und sich ähnliche Gefährdungslagen⁴²² zeigen. Der Datenschutz sollte dabei primär als Instrument zur Sicherung der Privatsphäre und weniger als ein solches zur Herstellung chancengleicher Wettbewerbsbedingungen begriffen werden. Aus diesem Grund sollte bei der aktuell laufenden Reform des bereichsspezifischen Telekommunikationsdatenschutzes in der ePrivacy-Verordnung vor allem darauf geachtet werden, dass keine Wertungswidersprüche zum Regelungsregime der DSGVO entstehen. Gleich schutzwürdige Sachverhalte sollten gleich strengen Datenschutzvorgaben unterliegen, egal ob sie unter die DSGVO oder die ePrivacy-Verordnung fallen. Die Verzögerung bei der Verabschiedung der geplanten ePrivacy-Verordnung führt zu einer Verlängerung bestehender Rechtsunsicherheiten im Bereich der ITD, da insbesondere Folgefragen zu klären sind, die sich im Zuge der Änderung der Definition von Telekommunikationsdiensten stellen. Dieser Zustand der Rechtsunsicherheit sollte möglichst bald behoben werden. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung, über den Rat der EU in den Trilogverhandlungen zur ePrivacy-Verordnung für eine möglichst zeitnahe Einigung einzutreten. Abschließend ist hinsichtlich des Datenschutzrechts darauf hinzuweisen, dass eine unbeabsichtigte Schwächung des Wettbewerbs um ein hohes Datenschutzniveau durch zu pauschal gefasste Verpflichtungen für ITD-Anbieter hinsichtlich staatlich angeordneter Überwachungsmaßnahmen vermieden werden sollte.

271. Die Tatsache, dass eine Interoperabilität bei nummernunabhängigen ITD derzeit nicht besteht, scheint auch ein Wettbewerbsvorteil für die klassischen Telekommunikationsdienste zu sein, da diese als „Rückfalloption“ weiterhin nachgefragt werden. Aus Sicht der Monopolkommission sollten daher nummerngebundene und nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste nicht verpflichtend miteinander interoperabel werden.

272. Das Umfeld von nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten ist als sehr dynamisch, innovativ und bei den Geschäftsmodellen als ausdifferenziert anzusehen. Die Endnutzerinnen und Endnutzer betreiben Multihoming und wechseln den Dienst je nach Präferenz, z. B. von WhatsApp hin zu Signal aufgrund eines Updates, welches WhatsApp umfangreichere Datennutzungsmöglichkeiten einräumt. Aus Sicht der Monopolkommission kommt es zunächst auf das zu adressierende Problem und damit auf die tatsächliche Marktsituation an (z. B. Marktmacht durch direkte und gegebenenfalls indirekte Netzwerkeffekte, weitverbreitete Endnutzerpräferenzen und Verhaltensweisen wie Multihoming, etablierte Standards), um über die Eignung des Instrumentes der Interoperabilitätsverpflichtung entscheiden zu können. Sollte eine Rechtfertigungsgrundlage bestehen, so kommt es auf die genaue Ausgestaltung einer Interoperabilitätsverpflichtung (z. B. symmetrisch/asymmetrisch, horizontal/vertikal, erforderliche Standards, Schnittstellendesign und -updating) sowie die Kontroll- und Durchsetzungsmöglichkeiten des Regulierers an, um im Ergebnis nicht mehr Schaden als Nutzen zu stiften.

273. Eine symmetrische Interoperabilitätsverpflichtung, die auch gegenüber kleineren Anbietern greifen würde, wäre aus Sicht der Monopolkommission unverhältnismäßig und wettbewerbsschädlich. Von den betroffenen Unternehmen werden derartige Verpflichtungen auch weit überwiegend abgelehnt.⁴²³ Daher empfiehlt die Monopolkommission, symmetrische Ausgestaltungen bei nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten grundsätzlich nicht anzustreben.

274. Eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung bei nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten kann nur in engen Grenzen sinnvoll sein, etwa wenn aufgrund starker direkter und gegebenenfalls auch indirekter Netzwerkeffekte ein Diensteanbieter mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wird oder die Interoperabilität im Sinne einer durchgehenden Konnektivität sichergestellt werden muss. Eine derartige Situation ist derzeit jedenfalls nicht erkennbar. Aus Sicht der Monopolkommission

⁴²² Bezüglich nummernunabhängiger ITD kann gegenüber klassischen Telekommunikationsdiensten sogar tendenziell von einer höheren Schutzwürdigkeit ausgegangen werden, da über diese Dienste nicht nur Text und Sprache ausgetauscht werden, sondern auch Fotos und Videos und eine Kommunikation über mehrere Endgeräte hinweg erfolgen kann.⁴²²

⁴²³ So sprachen sich gegenüber dem Bundeskartellamt nur drei von 44 befragten Unternehmen hierfür aus, siehe BKartA, Sektoruntersuchung Messenger- und Videodienste, Zwischenbericht, November 2021, S. 58.

sollten diese Fälle durch die Bundesnetzagentur untersucht werden, auch wenn gegenwärtig eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung nicht geboten erscheint, da sie nach jetziger Einschätzung in wettbewerblicher Hinsicht mit mehr Nachteilen als Vorteilen einhergehen würde. Auch die betroffenen Unternehmen sprechen sich überwiegend gegen eine asymmetrische Verpflichtung aus.⁴²⁴ Des Weiteren dürfte der Beitrag einer asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung für das Ziel der durchgehenden Konnektivität angesichts der einfachen Möglichkeit des Multihomings und der mit einer Interoperabilität verbundenen hohen technischen Hürden auch gering sein. Jedenfalls wäre bei der Ausgestaltung und Durchsetzung einer möglicherweise zukünftig erforderlichen asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung insbesondere darauf zu achten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthält und nicht bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen und dadurch die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstigt. Eine asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtung bei nummernunabhängigen ITDs sollte sich, wenn sie doch erforderlich würde, auf zu definierende Basisfunktionen beschränken, sodass der Wettbewerb über innovative Zusatzfunktionen möglich bleibt, und durch Nichtdiskriminierungsregelungen für APIs/Clearingstellen und ihre Nutzungsbestimmungen sowie Updates flankiert werden.

275. Die Monopolkommission empfiehlt, etwaige Interoperabilitätsverpflichtungen jedenfalls nicht über das allgemeine Wettbewerbsrecht, sondern allenfalls gemäß den einschlägigen, spezielleren Regelungen des Telekommunikationsregulierungsrechts aufzuerlegen. Dafür spricht, dass die telekommunikationsrechtlichen Vorschriften als *leges speciales* gegenüber den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften anzusehen sind. Zudem kann über eine dort mögliche verfahrensrechtliche Beteiligung der EU-Kommission ein unionsweit einheitlicher Rechtsrahmen geschaffen werden.

276. Das Telekommunikationsrecht stellt zwei Instrumente zur Verfügung, um Interoperabilitätspflichten aufzuerlegen. Die Monopolkommission begrüßt, dass beide Instrumente grundsätzlich asymmetrisch ausgerichtet sind. Darüber hinaus erscheint es sinnvoll, dass die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen im Rahmen des § 21 Abs. 2 TKG-2021 an das Erfordernis von Durchführungsrechtsakten seitens der EU-Kommission geknüpft ist. Dadurch kann sichergestellt werden, dass unionsweit einheitliche Regelungen geschaffen werden. Zudem wird durch die verfahrenstechnische Absicherung gewährleistet, dass nicht vorschnell Interoperabilitätsverpflichtungen auferlegt werden, die in ihrer konkreten Ausgestaltung möglicherweise wettbewerbsbehindernd sind. Im Rahmen dieser Durchführungsrechtsakte sollten jedoch noch einige Fragen geklärt werden: Erstens sollte der Begriff der „nennenswerte[n] Abdeckung und Nutzerbasis“ konkretisiert werden. Zweitens sollte klargestellt werden, welche Voraussetzungen an die „durchgehende Konnektivität“ gestellt werden. Hier ist insbesondere zu präzisieren, welche Basisfunktionalitäten diese Anforderungen abdecken soll. Darüber hinaus sollte eine Klarstellung auch im Gesetzeswortlaut des EKEK erfolgen. Dies ist unabhängig davon sinnvoll, dass eine Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen derzeit nicht angezeigt ist, da für zukünftig eintretende Entwicklungen bereits jetzt Rechtssicherheit geschaffen werden sollte.

277. Neben einem Vorgehen nach § 21 Abs. 2 TKG-2021 könnte die Bundesnetzagentur Interoperabilitätsverpflichtungen auch über die allgemeine Marktregulierung anstreben. Sie müsste dazu untersuchen, ob die Voraussetzungen für die Definition eines Marktes von nummernunabhängigen ITD gegeben und die Voraussetzungen des Drei-Kriterien-Tests des § 11 Abs. 2 TKG-2021 erfüllt sind. Sofern sie dies bejahen kann, was nach bisherigen Erkenntnissen nicht der Fall sein dürfte, kann sie diesen Weg beschreiten, auch wenn die EU-Kommission in ihrer aktuellen Märkteempfehlung 2020 keinen derartigen Markt definiert hat. Sollte die EU-Kommission gegen die genannte Vorgehensweise dann in einem weiteren, hypothetischen Schritt ein Veto einlegen, so würde doch im EU-Regulierungsverbund die Diskussion über die Auferlegung von Interoperabilitätsverpflichtungen forciert werden. Vor der Auferlegung einer Interoperabilitätsverpflich-

⁴²⁴ BKartA, Sektoruntersuchung Messenger- und Videodienste, Zwischenbericht, November 2021, S. 58.

tung im Rahmen einer konkreten Regulierungsverfügung müssten aber in jedem Fall sämtliche Auswirkungen sorgfältig abgewogen werden.

278. Die Anordnung einer Interoperabilität auch zu nummerngebundenen ITD ist nicht möglich, da dadurch die im EKEK angelegte grundsätzliche Unterscheidung zwischen nummerngebundenen und nummernunabhängigen ITD aufgehoben würde. Eine diesbezügliche Anordnung ist im Übrigen auch aus ökonomischen Gründen nicht sinnvoll.

Kapitel 4

Zusammenfassung der Handlungsempfehlungen

Für die Regulierungs- bzw. Wettbewerbsbehörden ergeben sich die folgenden Handlungsempfehlungen:

279. In der endgültigen Regulierungsverfügung für den Markt Nr. 3a (EU-Märkteempfehlung 2014) sollten die folgenden Anpassungen vorgenommen werden:

- Layer-2-Bitstromentgelte für Kupferprodukte sollten auch künftig umfassend einer Genehmigungspflicht unterliegen. Die Genehmigungspflicht für diese Layer-2-Bitstromprodukte ist insbesondere notwendig, um den Preisdruck auf Glasfaserprodukte als „Kupferanker“ zu gewährleisten.
- Die Economic-Replicability-Test-(ERT)-Prüfungen auf wirtschaftliche Nachbildbarkeit sollten nicht nur anhand eines Produkts mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s erfolgen, sondern auch Produkte mit Übertragungsraten von 50, 250 und 500 Mbit/s miteinbeziehen.

280. Für den Migrationsprozess von Kupfer- auf Glasfasernetze gilt es, jetzt die Rahmenbedingungen zu setzen und dabei die Auswirkungen auf den Infrastruktur- und Dienstewettbewerb zu berücksichtigen sowie Planungssicherheit für die Marktteilnehmer zu schaffen:

- Kupferbasierte Vorleistungsentgelte sollten bis zum Abschluss des Migrationsprozesses real stabil gehalten und das Commitment-Modell der Deutsche Telekom AG hinsichtlich seiner Wettbewerbswirkungen untersucht werden.
- Es sollte ein verbindlicher Migrationsplan mit festgelegten Migrationsschritten und -zeitpunkten zusammen mit den Marktteilnehmern im Rahmen des Gigabit-Forums entwickelt werden.
- Im Glasfaserumfeld sollten die eingeführten Nichtdiskriminierungsregelungen nach dem EoI-Prinzip mit den Transparenzpflichten des § 25 TKG-2021 kombiniert werden.
- Die Preis-Kosten-Scheren-Tests sollten dahingehend überarbeitet werden, dass Aktionstarife (für kürzere Zeiträume) des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht sowie Bestandskundenlaufzeiten mit einer einheitlichen 24-Monatsbetrachtung einbezogen werden, um sachlich angemessene monatliche Durchschnittsentgelte bzw. -erlöse abbilden zu können.

281. Um bei Ko-Investitionen eine Balance zwischen der Beschleunigung des Glasfasernetzausbaus und dem Schutz des Wettbewerbs zu finden, sollte folgendes beachtet werden:

- Ko-Investitionen unter Beteiligung von marktmächtigen Unternehmen sollten auf Gebiete beschränkt bleiben, in denen sich sehr wahrscheinlich kein Infrastrukturwettbewerb entwickeln wird.
- Sofern kein marktmächtiges Unternehmen beteiligt ist, sollten neben Gleichbehandlungsverpflichtungen nach dem EoI-Prinzip weitere Auflagen sicherstellen, dass ein wirksamer Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt aufrechterhalten wird. Das Bundeskartellamt sollte dazu die Kriterien zur Freistellung von Ko-Investitionsvereinbarungen überarbeiten.

282. Im Mobilfunk ist Folgendes zu empfehlen:

- Auch weiterhin ist die Versteigerung das am besten geeignete Verfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen bei Knappheit. Die Bundesnetzagentur sollte dieses Verfahren daher auch bei künftigen Vergabeverfahren wählen.
- Sollten positive Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot weiterhin ausbleiben, sollte geprüft werden, ob ein schärferes Regulierungsinstrument wie z. B. eine Diensteanbieterverpflichtung gemäß § 105 TKG-2021 notwendig ist.

- Die Bundesnetzagentur sollte die EuGH-Entscheidungen zu Zero-Rating-Angeboten schnell umsetzen.

283. Bei nummernunabhängigen interpersonellen Telekommunikationsdiensten sind sowohl symmetrische als auch asymmetrische Interoperabilitätsverpflichtungen aktuell abzulehnen und sollten von der Bundesnetzagentur daher nicht angestrebt werden:

- Bei der Ausgestaltung und Durchsetzung einer möglicherweise zukünftig erforderlichen asymmetrischen Interoperabilitätsverpflichtung ist insbesondere darauf zu achten, dass sie umfassende Nichtdiskriminierungsbedingungen enthält und nicht bestimmte (proprietäre) Standards oder Schnittstellen und dadurch die Stellung eines Dienstes oder einer Gruppe von Diensten gegenüber Dritten begünstigt. Sie sollte sich auf zu definierende Basisfunktionen beschränken, sodass der Wettbewerb über innovative Zusatzfunktionen möglich bleibt. Zudem sollte sie durch Nichtdiskriminierungsregelungen für Application Programming Interfaces (APIs) bzw. Clearingstellen und ihre Nutzungsbestimmungen sowie Updates flankiert werden.
- Etwaige Interoperabilitätsverpflichtungen für interpersonelle Telekommunikationsdienste sollten nicht über das allgemeine Wettbewerbsrecht, sondern allenfalls gemäß den Regelungen des Telekommunikationsregulierungsrechts auferlegt werden (*leges speciales*) und eine unionsweit einheitlichere Umsetzung ermöglichen.

Aus der Regulierungspraxis ergeben sich die folgenden Handlungsempfehlungen für die Bundesregierung und den Gesetzgeber:

284. Die Bundesregierung sollte sich im Rat der EU dafür einsetzen, bestehende Rechtsunsicherheiten des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens zu beseitigen:

- Die bestehenden Netzneutralitätsregelungen sollten auf der Gesetzesebene klargestellt werden.
- Der Anwendungsbereich des Telekommunikationsrechts sollte bezüglich interpersoneller Telekommunikationsdienste insbesondere bei Multifunktionsdiensten noch klarer gefasst werden und auf das Wettbewerbsverhältnis zu klassischen Telekommunikationsdiensten abstellen.
- Bei der aktuell laufenden Reform der ePrivacy-Verordnung sollten keine Wertungswidersprüche zum Regelungsregime der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) entstehen.
- Beim Kundenschutz sollte künftig weniger auf die Art des Dienstes (d. h. nummerngebunden oder nummernunabhängig) abgestellt werden, sondern vielmehr auf die konkrete Gefahrenlage, z. B. ob es ein Dienst ermöglicht, kostenpflichtige Verbindungen aufzubauen und abzurechnen.
- Für hinreichende Klarheit über die gesetzlichen Voraussetzungen zu Interoperabilitätsverpflichtungen sollten wichtige Tatbestandsmerkmale des Art. 61 Abs. 2 EKEK präzisiert werden, bevor die Anwendung dieser Vorschrift erforderlich werden könnte.

285. Auf nationaler Ebene sollte der Gesetzgeber folgende Anpassungen vornehmen:

- Die Möglichkeit einer Einbeziehung nummernunabhängiger interpersoneller Telekommunikationsdienste in die Umlage zur Finanzierung des Rechts auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten sollte zurückgenommen werden.
- Die Versteigerung ist das am besten geeignete Verfahren für die Vergabe von Mobilfunkfrequenzen bei Knappheit. Um die Rechtsicherheit bei der Wahl dieses Verfahrens durch die Bundesnetzagentur zu erhöhen, sollte der Gesetzgeber den Vorrang der Versteigerung in § 100 Abs. 2 TKG-2021 wiederaufnehmen.