

Auszug aus Hauptgutachten XVIII (2008/2009)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

3. Novellierung des Telekommunikationsgesetzes

Inhaltsverzeichnis

3. Novellierung des Telekommunikationsgesetzes.....	61
3.1 Verbesserung der Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb.....	61
3.2 Optimierung der Regulierungsinstrumente.....	63
3.3 Verfahrensrechtliche Änderungen.....	64
3.4 Frequenzregulierung.....	65

Sollte die Befürchtung aus Sicht des Gesetzgebers berechtigt sein, so ist aus Sicht der Monopolkommission eine Regulierung von Pick-up-Stellen bzw. die Vorgabe von Mindeststandards gegenüber einem vollständigen Verbot vorzugswürdig und auch dem Problem in der Eingriffstiefe eher angemessen. Eine Regulierung von Pick-up-Stellen könnte sich z. B. auf Anforderungen an die Lagerung von Arzneimitteln und die Schulung des Personals beziehen.

3. Novellierung des Telekommunikationsgesetzes

54. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im März 2010 erste Vorschläge für eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vorgelegt.⁴⁷ Im Mittelpunkt der Novelle soll die Anpassung des nationalen Rechts an den geänderten europäischen Rechtsrahmen für Telekommunikationsnetze und -dienste stehen. Darüber hinaus sollen Probleme ausgeräumt werden, die sich bei der Anwendung des Telekommunikationsgesetzes ergeben haben. Das Gemeinschaftsrecht, bestehend aus dem sog. Richtlinienpaket⁴⁸ (Rahmen-, Zugangs-, Universaldienst-, Genehmigungs- sowie Datenschutzrichtlinie) war im November 2009 geändert und ergänzt worden⁴⁹ und muss bis spätestens Mai 2011 in nationales Recht umgesetzt werden. Die Monopolkommission spricht sich mit Blick auf die rasche Herstellung von Rechtssicherheit für die zeitnahe Umsetzung in nationales Recht aus.⁵⁰ Sie begrüßt die Initiative des Bundeswirtschaftsministeriums, frühzeitig Eckpunkte für die

⁴⁷ Vgl. Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Eckpunkte zur TKG-Novelle 2010, die auf der Homepage des Ministeriums zu finden sind, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/eckpunkte-tdg-novelle-2010,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>

⁴⁸ Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG und 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7, 21, 33, 51 sowie ABl. EG Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37.

⁴⁹ Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 37 („Better Regulation“-Richtlinie); Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 11 („Citizen's Rights“-Richtlinie); Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl. EU Nr. L 337 vom 18. Dezember 2009, S. 1.

⁵⁰ Vgl. dazu bereits Monopolkommission, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Sondergutachten 56, Baden-Baden 2010, Tz. 264.

Novelle zu veröffentlichen, stellt aber fest, dass die Detaildiskussion um die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes erst auf der Grundlage eines begründeten Gesetzentwurfs geführt werden kann. Ein solcher lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Hauptgutachtens noch nicht vor.

55. Die Vorschläge des Bundeswirtschaftsministeriums betreffen die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb, das Regulierungsinstrumentarium sowie Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der Einrichtung eines Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK). Darüber hinaus werden Änderungen zu einer technologie-neutralen Ausgestaltung und Flexibilisierung der Frequenznutzung vorgeschlagen und Maßnahmen zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz diskutiert. Die Monopolkommission hat sich zu einem Teil der Vorschläge – in der Sache – bereits in ihrem letzten Sondergutachten geäußert, in dem sie sowohl zu den wesentlichen Bestandteilen der Reform des europäischen Telekommunikationsrechts als auch zu der von der Bundesregierung vorgeschlagenen Breitbandstrategie und dort speziell zu den Bestandteilen einer wachstums- und innovationsorientierten Regulierung Stellung genommen hat.⁵¹ Nicht kommentiert, aber ausdrücklich begrüßt werden von der Monopolkommission die in den Eckpunkten gemachten Vorschläge zur Stärkung der Verbraucherrechte und zum Datenschutz bzw. zur Datensicherheit.

56. Grundsätzlich anzumerken ist, dass sich der gegenwärtige Rechtsrahmen für die Regulierung der Telekommunikationsmärkte bewährt hat. Eine Neuausrichtung der Regulierung ist weder notwendig noch wünschenswert. Stabile Rahmenbedingungen sind eine Grundvoraussetzung für Investitionen der Unternehmen in neue Netze und Dienste. Nur auf dieser Grundlage kann der Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten gesichert und fortentwickelt werden. Gleichwohl ist alleine zur Anpassung an das geänderte europäische Recht eine Vielzahl von Änderungen im Detail notwendig. Die Monopolkommission empfiehlt eine möglichst enge Orientierung an den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Allein auf diese Weise lassen sich Konflikte mit der Europäischen Kommission um die Umsetzung der Vorschriften vermeiden, die letztlich nicht nur die Regulierung lähmen, sondern auch zulasten der Rechtssicherheit gehen.

3.1 Verbesserung der Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb

57. Die Rahmenbedingungen für Infrastrukturinvestitionen und Wettbewerb sollen insbesondere verbessert werden durch

- die Ergänzung der Ziele der Regulierung um Regulierungsgrundsätze,

⁵¹ Vgl. ebenda, Tz. 140 ff., 202 ff.

- die Befugnis, regionale Telekommunikationsmärkte abzugrenzen,
- die Verlängerung der Laufzeiten der Marktanalyse auf drei Jahre,
- den Erlass von Verwaltungsvorschriften über die zu verfolgenden Regulierungskonzepte,
- die Ausweitung der Zugangsregulierung auf vorgelagerte Infrastrukturen,
- die Berücksichtigung spezifischer Innovationsrisiken bei der Entgeltregulierung.

58. Entsprechend dem neu eingeführten Artikel 8 Absatz 5 Rahmenrichtlinie sollen die Ziele der Regulierung um Regulierungsgrundsätze ergänzt werden, die bei allen Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur zu beachten sind. Genannt werden unter anderem die Grundsätze (1) Förderung der Vorhersehbarkeit der Regulierung, (2) Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen, auch durch die Berücksichtigung von Investitionsrisiken und die Zulassung von kartellrechtlich unbedenklichen Vereinbarungen zur Verteilung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern, sowie (3) Förderung des Wettbewerbs und gegebenenfalls des infrastrukturorientierten Wettbewerbs. Die Regulierungsgrundsätze sollen neben die Ziele der Regulierung treten. Offen bleibt, welchen Stellenwert die Regulierungsgrundsätze haben werden, in welchem Verhältnis sie zu den Regulierungszielen stehen und in welcher Weise sie die Regulierungsentscheidungen letztlich beeinflussen sollen. Offen bleibt auch, ob gleich oder ähnlich lautende Regulierungsziele, etwa die Förderung eines chancengleichen Wettbewerbs und effizienter Infrastrukturinvestitionen sowie die Unterstützung von Innovationen gemäß § 2 Absatz 2 Nummer 2 und 3 TKG angepasst oder entfallen sollen. Ohne die Kenntnis solcher Zusammenhänge ist eine Kommentierung der Einführung von Regulierungsgrundsätzen nicht möglich.

59. Ferner in das Telekommunikationsgesetz aufgenommen werden soll die Befugnis, regionale Märkte abzugrenzen. Damit will das Ministerium die Voraussetzung schaffen, die Regulierung an regional unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und Investitionsrisiken anzupassen. Die Monopolkommission teilt die Auffassung, dass die regional unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnisse bei der Regulierung berücksichtigt werden müssen.⁵² So sind etwa auf dem Vorleistungsmarkt für den Bitstromzugang und auf dem Endkundenmarkt für Teilnehmeranschlüsse die Bedingungen für die Abgrenzung regionaler Märkte vermutlich bereits gegeben. In einer auf die Marktabgrenzung folgenden Marktanalyse ist sodann zu klären, ob einzelne regionale Märkte aus der Regulierung zu entlassen sind oder ob regional unterschiedlich reguliert werden muss. Die Monopolkommission ist allerdings nicht der Auffassung, dass es einer ausdrücklichen Befugnis zur Definition regionaler Telekommunikations-

märkte im Telekommunikationsgesetz bedarf. Das geltende Telekommunikationsgesetz steht der Abgrenzung regionaler Märkte nicht entgegen. Dafür spricht, dass die Abgrenzung räumlich relevanter Telekommunikationsmärkte nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts erfolgt und dort die Bestimmung subnationaler Märkte zulässig und üblich ist. Auch ist nicht ersichtlich, dass sich die Bundesnetzagentur bisher daran gehindert gesehen hätte, eine entsprechende regionale Marktabgrenzung vorzunehmen. Auf dem Markt für den Bitstromzugang hat sie diese Möglichkeit jedenfalls diskutiert und die Beibehaltung eines bundesweit abgegrenzten Marktes ausdrücklich begründet.⁵³ Sollte die Implementierung einer expliziten Befugnis zur Abgrenzung regionaler Märkte im Telekommunikationsgesetz anderen Zwecken dienen, etwa dem Ziel, die Marktabgrenzung stärker an regulierungspolitischen Zielen zu orientieren, lehnt die Monopolkommission das nachdrücklich ab.

60. Das Ministerium beabsichtigt, die Planungssicherheit der Unternehmen im Telekommunikationssektor dadurch zu erhöhen, dass die Laufzeit von Marktanalysen von zwei auf drei Jahre verlängert wird und dass die Behörde Verwaltungsvorschriften über die von ihr zu verfolgenden Regulierungskonzepte erlassen kann. Die Monopolkommission steht beiden Vorhaben grundsätzlich positiv gegenüber, da ein Mehr an Planungssicherheit die Bereitschaft der Unternehmen erhöhen kann, in neue Netze zu investieren.⁵⁴ Die Verlängerung der Regulierungsperioden auf drei Jahre kann hier einen Beitrag leisten, wird aber das Investitionsverhalten der Unternehmen nicht nachhaltig beeinflussen, da sich dieses an deutlich längeren Laufzeiten orientiert. Eine weitergehende Verlängerung der Perioden auf fünf oder zehn Jahre wäre allerdings abzulehnen, da sich die Regulierung dann nur verzögert an die sich ändernden Rahmenbedingungen des Wettbewerbs auf dynamischen Telekommunikationsmärkten anpassen könnte. Die Folge wäre eine Zementierung der Regulierung. Ob und in welchen Bereichen Verwaltungsvorschriften geeignet sind, für mehr Planungssicherheit bei den Unternehmen zu sorgen, ist vorab kaum einzuschätzen. Es ist durchaus denkbar, dass Regulierungskonzepte, Auslegungsgrundsätze oder Eckpunkte der Bundesnetzagentur zu bestimmten Fragen der Regulierung mehr Verbindlichkeit erlangen, wenn sie in Form einer Verwaltungsvorschrift erlassen werden. Ob dies ausreicht, die Planungssicherheit der Unternehmen im Hinblick auf zukünftige Regulierungsentscheidungen im Einzelfall zu erhöhen, ist allerdings zweifelhaft.

61. Die Vorschriften zur Regelung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen der marktbeherrschenden Unternehmen sollen zukünftig auch auf vorgelagerte Infrastrukturen, wie Leerrohre oder die Verkabelung in Gebäuden, anwendbar sein. Die Monopolkommission begrüßt diese gesetzliche Klarstellung. Für den Zugang zu Leerrohren entspricht sie der geltenden Rechtslage. Die Bundesnetzagentur hatte die Deutsche Telekom AG be-

⁵² Vgl. ebenda, Tz. 106 ff.

⁵³ Vgl. ebenda, Tz. 104.

⁵⁴ Vgl. ebenda, Tz. 236 f.

reits im Juni 2007 dazu verpflichtet, Wettbewerbern den Zugang zu den Leerrohren zwischen Kabelverzweigern und Hauptverteilern zu gewähren.⁵⁵ Das Bundesverwaltungsgericht hat die Rechtmäßigkeit der Regulierungsverfügung inzwischen bestätigt.⁵⁶

62. Um Investitionen in neue Netze zu fördern, soll der Bundesnetzagentur vorgegeben werden, im Rahmen der Entgeltregulierung die spezifischen Risiken bei der Ermittlung der Renditen für das eingesetzte Kapital zu berücksichtigen. Dabei ist nach den Vorstellungen des Ministeriums gleichzeitig zu gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden. Nach geltender Rechtslage – § 31 Absatz 4 Nummer 3 TKG – „kann“ die Regulierungsbehörde bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals berücksichtigen. Zukünftig soll sie offenbar dazu verpflichtet sein. Die Monopolkommission steht einer solchen Verpflichtung kritisch gegenüber, da einer Regulierungsbehörde oftmals die notwendigen Informationen fehlen, um die spezifischen Risiken von Investitionen in neue Netze zu bestimmen.⁵⁷ Werden die Risiken falsch eingeschätzt, können daraus Fehlanreize für Investitionen in neue Netze resultieren. Werden die Risiken eines neuen Netzes zu hoch eingeschätzt, kommt es wegen der dann tendenziell überhöhten Zugangsentgelte zu einer ineffizienten Doppelung von Infrastrukturen. Umgekehrt sinken Investitionsanreize, wenn die Zugangsentgelte infolge unterschätzter Risiken niedriger als optimal sind.

3.2 Optimierung der Regulierungsinstrumente

63. Die geplanten Anpassungen bei den Regulierungsinstrumenten sind im Wesentlichen durch das Gemeinschaftsrecht vorgegeben. Im Einzelnen soll die funktionale Trennung als zusätzliches Instrument eingeführt, die Verpflichtung zur Auferlegung der Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl ausgesetzt sowie die Vorschrift über die Regulierung neuer Märkte gestrichen werden. Das bestehende abgestufte Konzept der Zugangs- und Entgeltregulierung soll nach Auffassung des Ministeriums im Grundsatz erhalten bleiben. Bei der Entgeltregulierung gilt das sowohl im Hinblick auf die Kriterien für die Anwendung der Ex-ante- und der Ex-post-Regulierung als auch für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab im Entgeltgenehmigungsverfahren. Die Monopolkommission begrüßt dies nachdrücklich, da sich Zugangs- und Entgeltregulierung in der gegenwärtigen Form bewährt haben und geeignet sind, den Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation weiterhin zu sichern und zu stärken.

64. Die Monopolkommission hat die Einführung der funktionalen Trennung als zusätzliches Instrument der Regulierung von Telekommunikationsmärkten mehrfach

kritisiert.⁵⁸ Gemeint ist die Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens, seine Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Zugangsprodukten auf der Vorleistungsebene in einen unabhängig arbeitenden Geschäftsbereich auszugliedern. Die Regulierungsbehörde soll gemäß dem neuen Artikel 13a Zugangsrichtlinie eine entsprechende Verpflichtung als Ultima Ratio dann verhängen können, wenn die übrigen Regulierungsinstrumente nicht zu einem wirksamen Wettbewerb führen. Gegen die Einführung der funktionalen Trennung spricht vor allem, dass es keine Notwendigkeit gibt, ein derart restriktives Instrument in einem fortgeschrittenen Stadium der Wettbewerbsentwicklung einzuführen. Einen Beitrag zur Entwicklung des Wettbewerbs kann die funktionale Trennung vor allem zu Beginn der Liberalisierung von Märkten leisten oder in Situationen, in denen aus strukturellen Gründen kein oder nur wenig Wettbewerb entsteht. Auf den Telekommunikationsmärkten ist das nicht der Fall. Hier hat die Wettbewerbsentwicklung in den vergangenen Jahren dazu geführt, dass bereits ein Teil der Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden konnte. Immerhin betont Artikel 13a Zugangsrichtlinie den Ausnahmecharakter der funktionalen Trennung als Instrument der Regulierung. In diesem Sinne sollte auch die aus europarechtlicher Sicht unvermeidbare Umsetzung in nationales Recht erfolgen.

65. Bisher sehen die Universaldienstrichtlinie (Artikel 19 Absatz 1) und das Telekommunikationsgesetz (§ 40) für marktmächtige Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz die obligatorische Verpflichtung vor, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit durch sog. Call-by-Call und Preselection zu ermöglichen. Im europäischen Recht entfällt diese Vorschrift.⁵⁹ Die Begründung dafür lautet, dass die obligatorische Verpflichtung zur festen und fallweisen Betreiber Auswahl technischen Fortschritt behindern kann. Stattdessen soll die Betreiber Auswahl und -vorauswahl – wie die übrigen Regulierungsinstrumente auch – fakultativ im Anschluss an ein Marktanalyseverfahren auferlegt werden, wenn dies für die Entwicklung von Wettbewerb erforderlich und angemessen ist. Die Eckpunkte zur TKG-Novelle des Bundeswirtschaftsministeriums sehen vor, diese Regelung mit der Maßgabe in nationales Recht umzusetzen, dass bestehende Geschäftsmodelle dadurch nicht infrage gestellt werden. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorgehen. Call-by-Call und Preselection haben in den ersten Jahren der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte eine wichtige Rolle für die Wettbewerbsentwicklung gespielt. Ihre Bedeutung geht jedoch zurück: Im Jahr 2009 betrug der Anteil der mittels Call-by-Call und Preselection erbrachten Verbindungsminuten im Festnetz nur noch etwa 20 Prozent nach 38 Prozent im Jahr 2007 und 72 Prozent im Jahr 2005.⁶⁰ Gleichwohl bedeutet dieser Rückgang nicht, dass Betrei-

⁵⁵ BNetzA, BK 4a-07-002, ABl. BNetzA 2007, 2620.

⁵⁶ Vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2010, 6 C 22.08, Rn. 27 ff.

⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 229 ff.

⁵⁸ Vgl. zuletzt ebenda, Tz. 115 f.

⁵⁹ Richtlinie 2009/136/EG, a. a. O., Erwägungsgrund 20.

⁶⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 18.

berauswahl und Betreiber vorauswahl für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs nicht mehr notwendig sind. Immerhin kann damit ein schneller und kostengünstiger Marktzutritt auf den Verbindungsmärkten gewährleistet werden. Für die Bundesnetzagentur ist dies bisher ein wesentliches Argument, von einer Regulierung des Marktes für Festnetzverbindungen abzusehen.⁶¹ Es reicht allerdings aus, wenn die Regulierungsbehörde über die Verpflichtung des marktbeherrschenden Anbieters zur Gewährleistung der Betreiber vorauswahl und -vorauswahl im Rahmen der Marktanalyse von Fall zu Fall entscheidet. Einer obligatorischen gesetzlichen Verpflichtung bedarf es nicht mehr.

66. Gestrichen werden sollen die Vorschrift über die Regulierung neuer Märkte (§ 9a TKG) sowie die entsprechende Legaldefinition in § 3 Nummer 12b TKG. Die Streichungen sind notwendig, da die geltende gesetzliche Regelung gegen das Gemeinschaftsrecht verstößt. Gemäß § 9a TKG unterliegen neue Märkte nur in Ausnahmefällen der Regulierung. Der Europäische Gerichtshof hatte festgestellt, dass diese Vorschrift nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, da sie die Ermessensspielräume der Bundesnetzagentur bei der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit neuer Märkte in unzulässiger Weise eingeschränkt.⁶² In der Sache spricht sich die Monopolkommission weiterhin für die Möglichkeit aus, neue Märkte für eine gewisse Zeit von der Regulierung zu befreien (Regulierungsferien), weil insbesondere die Zugangsregulierung die Anreize für Investitionen in neue und verbesserte Netze schmälern kann.⁶³ Der europäische Rechtsrahmen für Telekommunikationsmärkte lässt dies auch grundsätzlich zu, indem an unterschiedlichen Stellen Aussagen derart gemacht werden, dass bei der Regulierung neuer Märkte Vorsicht geboten ist.⁶⁴ Diese Aussagen sind allerdings weder eindeutig noch ausreichend, um damit Regulierungsferien zu begründen. Die Monopolkommission bedauert, dass der europäische Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Rechtsrahmens in dieser Frage keine Klarheit geschaffen hat.

3.3 Verfahrensrechtliche Änderungen

67. Verfahrensrechtliche Änderungen des Telekommunikationsgesetzes ergeben sich aus

- der Errichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und dessen Einbeziehung in das Konsolidierungsverfahren gemäß § 12 Absatz 1 TKG,
- dem zusätzlich eingeführten Ko-Regulierungsverfahren gemäß Artikel 7a Rahmenrichtlinie, welches der

Europäischen Kommission einen größeren Einfluss bei der Bestimmung der Regulierungsinstrumente einräumt,

- den verstärkten Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde.

68. Die Monopolkommission hat die Einrichtung einer behördenähnlichen europäischen Regulierungsstelle für elektronische Kommunikation sowie das zusätzliche Ko-Regulierungsverfahren bereits in früheren Gutachten deutlich kritisiert.⁶⁵ Gegen die Zentralisierung der Regulierung spricht vor allem, dass die Mehrzahl der zu regulierenden Telekommunikationsmärkte weiterhin nationale Märkte sind und die Regulierung durch nationale Behörden eher die nationalen und regionalen Besonderheiten der Wettbewerbsentwicklungen berücksichtigen kann. Durch das sog. Ko-Regulierungsverfahren, welches die Einheitlichkeit der Regulierungsmaßnahmen befördern soll, wird das ohnehin schon langwierige Beteiligungsverfahren auf der Gemeinschaftsebene komplexer und bürokratischer. Die Verfahrensdauer verlängert sich zusätzlich.

69. Die Monopolkommission begrüßt den Vorschlag, die Unabhängigkeit der Regulierung weiter zu stärken, indem die Vorgaben zur Entlassung des Präsidenten der Bundesnetzagentur überarbeitet werden. Bisher kann der Präsident durch Beschluss der Bundesregierung aus wichtigem Grund entlassen werden. Nach Artikel 3 Absatz 3a Rahmenrichtlinie ist dagegen eine Entlassung nur dann möglich, wenn der Leiter einer nationalen Regulierungsbehörde die vorab festgelegten Voraussetzungen für die Ausübung seines Amtes nicht mehr erfüllt. Der Entlassene hat das Recht auf eine Begründung. Die Entscheidung über die Entlassung muss zum Zeitpunkt der Entlassung veröffentlicht werden. Dasselbe gilt für die Entlassungsbegründung, wenn der Betroffene das wünscht.

70. Nicht in den Eckpunkten adressiert, aus Sicht der Monopolkommission aber unerlässlich ist die Anpassung der Vorschriften über das Weisungsrecht des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie gegenüber der Bundesnetzagentur.⁶⁶ Gemäß Artikel 3 Absatz 3a Rahmenrichtlinie holen nationale Regulierungsbehörden im Zusammenhang mit der Umsetzung ihrer Aufgaben weder Weisungen einer anderen Stelle ein noch nehmen sie solche entgegen. Damit unvereinbar ist das bestehende nationale Recht. Das Telekommunikationsgesetz geht bisher davon aus, dass Weisungen des Bundesministers für Wirtschaft und Technologie an die Bundesnetzagentur zulässig sind. Das gilt für Weisungen im Einzelfall wie für allgemeine Weisungen. Gemäß § 117 TKG sind sie lediglich im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Nach Auffassung der Monopolkommission erfordert der geänderte europäische Rechtsrahmen ein grundsätzliches Verbot

⁶¹ Vgl. ebenda, Tz. 73.

⁶² EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, Rs. C-424/07, Kommission/Deutschland.

⁶³ Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 199 ff.

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Sondergutachten 50, Baden-Baden 2008, Tz. 234; EuGH, Urteil vom 3. Dezember 2009, Rs. C-424/07, „Kommission/Deutschland“ Rn. 69 ff.

⁶⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 50, a. a. O., Tz. 203 ff; Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 142 ff.

⁶⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 56, a. a. O., Tz. 149.

von Weisungen an die Bundesnetzagentur im Telekommunikationsgesetz.

3.4 Frequenzregulierung

71. Die Regelungen des Gemeinschaftsrechts zur Frequenznutzung sind umfänglich überarbeitet worden. Zur Umsetzung der neuen bzw. geänderten Artikel 8a, 9 und 9a Rahmenrichtlinie sowie Artikel 5 und 6 Genehmigungsrichtlinie soll die Frequenznutzung technologie- und diensteneutral gestaltet und die Flexibilität der Frequenznutzung erhöht werden. Technologie- und Diensteneutralität bedeutet, dass es möglichst wenig Vorgaben im Hinblick auf die verwendete Technologie und die angebotenen Dienste geben soll. Für bestehende Frequenznutzungsrechte soll ein Übergangszeitraum von fünf Jahren eingeräumt werden. Beschränkungen bei der Frequenznutzung, etwa zur Vermeidung von funktechnischen Störungen oder von Gesundheitsbeeinträchtigungen, sind weiterhin möglich. Die Inhaber der Frequenznutzungsrechte können beantragen, dass Beschränkungen bei bereits erteilten Nutzungsrechten auch innerhalb des geplanten Übergangszeitraums von fünf Jahren überprüft werden.

72. Ferner beabsichtigt das Ministerium, dem Horten von Frequenzen stärker als bisher vorzubeugen. Dazu sollen Sanktionsinstrumente wie Bußgelder und die schnellere Widerrufbarkeit der Frequenzzuteilung eingeführt werden. Bisher kann eine Frequenzzuteilung gemäß § 63 Absatz 1 TKG widerrufen werden, wenn nicht innerhalb eines Jahres nach der Zuteilung mit der Nutzung der Frequenz begonnen wurde oder diese länger als ein Jahr nicht im Sinne des mit der Zuteilung verfolgten Zwecks genutzt worden ist. Offen bleibt, an welche (verkürzten) Fristen das Ministerium bis zum Widerruf denkt oder wie der Bußgeldrahmen konkret aussehen könnte. Die Monopolkommission begrüßt das Vorhaben im Grundsatz, gibt aber zu bedenken, dass es durchaus gute Gründe dafür geben kann, eine Frequenz temporär nicht zu nutzen. So könnte etwa eine Technologie zur Frequenznutzung zwar in der Entwicklung stehen, kurzfristig aber noch nicht verfügbar sein. Würde das Unternehmen gezwungen, die Frequenz anderweitig zu verwenden, würde eine möglicherweise effizientere Nutzung zu einem späteren Zeitpunkt verhindert oder verzögert. Das Horten von Frequenznutzungsrechten könnte aktuell an Bedeutung gewinnen, da die Bundesnetzagentur im Wege der Versteigerung gerade ein historisch großes Bündel an unterschiedlichen Frequenznutzungsrechten auf die vier eingessenen Mobilfunkunternehmen verteilt hat.⁶⁷ Es ist kaum zu erwarten, dass die Unternehmen das gesamte erworbene Spektrum kurzfristig nutzen wollen oder können. Dazu bedarf es planerischer, technischer und finanzieller Ressourcen, die in dem notwendigen Umfang vielleicht gar nicht zur Verfügung stehen. Vor diesem Hintergrund erscheint es zwar sinnvoll, die Fristen für den möglichen Widerruf einer Frequenzzuteilung kurz zu

gestalten, den Widerruf selbst aber von strengen Voraussetzungen abhängig zu machen.

73. Weiterhin soll die Übertragbarkeit von Frequenzen offener gestaltet und als Mittel für eine effizientere Frequenznutzung eingesetzt werden. Unter anderem sollen die Rahmenbedingungen für Handel, Vermietung und die gemeinsame Nutzung von Frequenzen verbessert werden. Details dazu nennt das Ministerium nicht. Gemäß § 62 Absatz 1 TKG kann die Bundesnetzagentur Frequenzbereiche auch bisher schon für den Handel freigeben. Auch die Nutzung von Frequenzen durch Dritte, etwa in Form des sog. National Roaming, ist seit Längerem üblich und lediglich von einer kartellrechtlichen Prüfung abhängig. Neu ist die Vermietung von Frequenznutzungsrechten. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich, ein solches Recht im Telekommunikationsgesetz vorzusehen. Eine effiziente Frequenznutzung setzt voraus, dass Nutzungsrechte möglichst unbeschränkt an Dritte übertragbar sind. Denkbar wäre auch, die Veräußerung, Vermietung oder die Mitnutzung vorzuschreiben, wenn Frequenzen nicht innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Fristen im Sinne des mit der Zuteilung verfolgten Zwecks genutzt werden.

4. Neue Kooperationswege mit dem Statistischen Bundesamt

74. Bei der Erstellung der Konzentrationsstatistik arbeitet die Monopolkommission weiterhin eng mit dem Statistischen Bundesamt zusammen. Nach ersten positiven Erfahrungen mit der Verwendung des Unternehmensregisters als Datengrundlage für Auswertungen der Unternehmenskonzentration im letzten Hauptgutachten basiert auch die aktuelle Konzentrationsstatistik wieder auf dieser Datenbasis. Erstmals hatte die Monopolkommission die Möglichkeit, mit faktisch anonymisierten amtlichen Mikrodaten zu arbeiten.

4.1 Zugang zu amtlichen Mikrodaten

75. Ein direkter Zugang zu Mikrodaten ist für eine effiziente Erstellung anspruchsvoller empirischer Auswertungen von nicht zu überschätzender Bedeutung. Bereits bei der Erstellung deskriptiver Statistiken sind stets umfangreiche Vorarbeiten nötig. Darunter fallen – soweit möglich – z. B. die Überprüfung der Validität der Daten, die datentechnische Aufbereitung für eine Weiterverarbeitung mit einer Statistiksoftware oder Sortierungen und Bereinigungen für spezifische Untersuchungen. Diese Vorarbeiten sind zwingend nötig. Sie werden in der Regel nur kurz beschrieben, sind aber für den Großteil des Aufwands bei der Erstellung von statistischen Ergebnissen verantwortlich. Ineffizienzen auf der Ebene der Vorarbeiten schlagen sich daher in hohem Maße in den zu investierenden personellen und finanziellen Ressourcen nieder. Ohne einen direkten Datenzugang können einzelne Arbeitsschritte prohibitiv stark erschwert werden.

76. Bis zum März dieses Jahres hatte die Monopolkommission in Bezug auf amtliche Daten lediglich die Möglichkeit, an einer kontrollierten Datenfernverarbeitung

⁶⁷ Vgl. BNetzA, Pressemitteilung vom 20. Mai 2010, „Frequenzversteigerung in Mainz beendet“.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.