

**Wettbewerbsentwicklung  
bei Telekommunikation und Post 2001:  
Unsicherheit und Stillstand**

**Sondergutachten der Monopolkommission  
gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz  
und § 44 Postgesetz**



# INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort.....	5
--------------	---

## **Teil I:**

### **Zum Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten**

1 Gesetzlicher Auftrag und methodischer Rahmen der Untersuchung.....	11
1.1 § 81 Abs. 3 TKG und der Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs" .....	11
1.2 Die Stellungnahme der Monopolkommission vom Dezember 1999 und die nachfolgende Diskussion.....	17
1.3 Methodischer Rahmen der Untersuchung .....	22
1.4 Sind Telekommunikationsmärkte bestreitbar? .....	24
1.5 Deregulierung einzelner Bereiche und Teilmärkte?.....	32
2 Marktstrukturen und Wettbewerbsintensität im Festnetz.....	34
2.1 Entwicklung der Telekommunikationsdienste im Überblick .....	34
2.2 Sprachtelefondienste im Festnetz .....	37
2.2.1 Teilnehmeranschlüsse .....	39
2.2.2 Ortsgespräche.....	43
2.2.3 Fern- und Auslandsgespräche .....	44
2.3 Internetzugänge .....	50
2.4 Preisentwicklung .....	52
2.5 Konsolidierungsprozess.....	53
3 Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG.....	56
3.1 Zusammenschaltungsleistungen .....	57
3.2 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung .....	61

3.3	Mietleitungen.....	63
3.4	Fakturierung und Inkasso .....	64
4	Wettbewerbspotentiale des Mobilfunks .....	65
4.1	Marktstruktur und Wettbewerb .....	65
4.2	Substitutionsbeziehungen zwischen mobiler und festnetzgebundener Kommunikation.....	67
4.3	Folgerungen für die Beziehungen zwischen Mobilfunk und Festnetztelefonie.....	70
5	Regulierung und Wettbewerbsaufsicht .....	71
5.1	Zugang zu wesentlichen Vorleistungen.....	71
5.1.1	Voraussetzungen .....	71
5.1.2	Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten: Teilnehmeranschlussleitung.....	73
5.1.3	Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten: Zusammenschaltungsleistungen.....	74
5.1.4	Missbrauchsproblematik .....	79
5.2	Endkundenentgelte .....	82
5.2.1	Rechtslage und Ausgestaltung .....	82
5.2.2	Weiterentwicklung der Price-Cap-Regulierung 2002.....	85
5.2.3	Entscheidungspraxis: Präventive Entgeltregulierung.....	91
5.2.4	Entscheidungspraxis: Nachträgliche Entgeltregulierung.....	94
5.3	Marktabgrenzung und Marktbeherrschung .....	98
5.3.1	Entscheidungspraxis .....	99
5.3.2	Eckpunkte zur Marktabgrenzung und zur Marktbeherrschung .....	101
6	Europarechtliche Vorgaben.....	107
6.1	Kommunikationsbericht 1999 .....	107
6.2	Der neue Rechtsrahmen.....	109

6.3	Schlussfolgerungen und Anpassung des nationalen Rechts .....	116
7	Funktionsfähiger Wettbewerb und Rückführungspotentiale der Regulierung .....	118
7.1	Märkte für Vorleistungen .....	119
7.2	Märkte für Endkundenleistungen .....	120
7.2.1	Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche .....	120
7.2.2	Inlandsferngespräche .....	126
7.2.3	Auslandsgespräche.....	132
7.3	Rückführungspotentiale der Regulierung.....	133
8	Aktuelle Probleme.....	137
8.1	Bündelangebote und Regulierung .....	137
8.2	Schutz von Geschäftsgeheimnissen und gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen.....	140
8.3	Regelungslücken bei der Datenkommunikation und im Mobilfunk .....	144
8.4	Behinderungsmisbräuche .....	146
8.5	Entgelte für den Teilnehmeranschluss.....	148
9	Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen .....	150

## **Teil II:**

### **Kein Wettbewerb auf Postmärkten**

1	Vorbemerkungen.....	161
2	Regulatorische Rahmenbedingungen.....	162
2.1	Grundsätze und Verfahren der Entgeltregulierung.....	163
2.2	Umfang des Universaldienstangebots gemäß PUDLV .....	165
3	Wettbewerbsentwicklung in der Briefbeförderung .....	167

3.1	Marktentwicklung.....	167
3.2	Ursachen der unzureichenden Wettbewerbsentwicklung.....	171
3.2.1	Regulatorische Wettbewerbshemmnisse.....	171
3.2.2	Strukturelle Wettbewerbshemmnisse.....	173
3.3	Wettbewerbspolitische und -rechtliche Beurteilung.....	175
3.3.1	Verlängerung der Exklusivlizenz.....	175
3.3.2	Verwaltungs- und Gerichtspraxis im Umgang mit dem Höherwertigkeitserfordernis .....	181
3.3.3	Entgeltregulierung und Verdrängungsmissbrauch.....	184
3.3.4	Universaldienstregulierung .....	185
4	Fazit und Empfehlungen .....	187

## **Vorwort**

1. Nach § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) legt die Monopolkommission alle zwei Jahre einen Bericht zu der Frage vor, ob auf den Märkten der Telekommunikation funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Dabei kann sie auf aus ihrer Sicht notwendige Konsequenzen für einzelne Bestimmungen des TKG hinweisen. Sie soll insbesondere darlegen, ob die Vorschriften zur Entgeltregulierung weiterhin erforderlich sind.

Im Mittelpunkt der Untersuchungen stehen, wie bereits in dem vor zwei Jahren von der Monopolkommission vorgelegten ersten Bericht, die Vorleistungs- und Endkundenmärkte für Sprachtelefondienste im Festnetz.<sup>1</sup> Hier findet die eingriffsintensive präventive Entgeltregulierung statt, die aus ordnungspolitischer Sicht in besonderem Maß umstritten ist. Sie soll zurückgeführt werden, wenn ein funktionsfähiger Wettbewerb entstanden ist.

2. Das vorliegende Gutachten behandelt neben der Festnetztelefonie die Wettbewerbsentwicklungen im Mobilfunk und bei der Datenübertragung. Beim Mobilfunk geht es insbesondere um die Wettbewerbspotentiale, die auf den Bereich der Festnetztelekommunikation ausstrahlen und um die Frage nach der effizienten Regulierung von Mobilfunkdienstleistungen. Die Datenübertragung gewinnt in Relation zur Sprachtelekommunikation zunehmend an Bedeutung. Gleichzeitig ist eine strenge Unterscheidung von Übertragungsinhalten nicht mehr möglich.

Die Monopolkommission beschäftigt sich in diesem Gutachten zudem mit der Regulierungspraxis. Dies ist insbesondere deshalb notwendig, da die Entscheidungen der Regulierungsbehörde die Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten maßgeblich beeinflussen.

3. Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme hat die Monopolkommission das Wissenschaftliche Institut für Kommunikationsdienste (WIK) mit zwei Untersuchungen, „Abhängigkeit der Wettbewerber von den Vorleistungen der DTAG“ und „Wettbewerbsliche Auswirkungen des Mobilfunks auf die Sprachtelefonie und Datenübertragung im Festnetz“ beauftragt. Die Arbeitsergebnisse wurden am 15. Juni 2001 im Rahmen einer Sitzung der Monopolkommission mit den Autoren diskutiert. Die empirischen Daten zur Entwicklung der Telekommunikationsmärkte wurden wiederum von

<sup>1</sup> Vgl. Monopolkommission, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?, Sondergutachten 29, Baden-Baden 2000.

der Regulierungsbehörde erhoben und ausgewertet. Bei der Vorbereitung der Erhebung haben die Regulierungsbehörde und die Monopolkommission zusammengearbeitet. Der Zugriff der Monopolkommission blieb – wie vorab vereinbart – auf die aggregierten Daten beschränkt.

4. In zwei Anhörungen hat die Monopolkommission mit Vertretern von Unternehmen und Verbänden über deren Einschätzung der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten diskutiert:

- am 9. Februar 2001 mit Wettbewerbern und Verbänden,
- am 30. März 2001 mit der Deutschen Telekom AG und der Deutschen Telekom MobilNet GmbH.

Teilnehmer aus dem Kreis der Wettbewerber waren die Unternehmen:

- Broadnet Deutschland,
- debitel AG,
- e-plus Mobilfunk GmbH,
- Mannesmann Arcor AG & Co.,
- MCI WorldCom Deutschland GmbH,
- NetCologne GmbH,
- QS Communications AG,
- Talkline ID,
- Viag Interkom GmbH & Co.

Folgende Verbände waren vertreten:

- ANGA, Verband privater Kabelnetzbetreiber e.V.,
- breko, Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V.,
- vatm, Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.,
- BITKOM, Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V.

Die Deutsche Telekom AG und einige der angehörten Wettbewerber und Verbände haben ihre mündlichen Vorträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Eine weitere Stellungnahme wurde von der Energis GmbH abgegeben.



5. Nach § 44 Postgesetz in Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG umfasst der Untersuchungsauftrag der Monopolkommission auch die Märkte für Postdienstleistungen. Im zweiten Teil des Sondergutachten steht daher die Frage im Vordergrund, ob auf den Märkten des Postwesens bereits ein funktionsfähiger Wettbewerb erreicht ist.

Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme im Postbereich hat die Monopolkommission im Rahmen von zwei Anhörungen mit Vertretern von Unternehmen und Verbänden deren Einschätzung der Wettbewerbsentwicklungen diskutiert:

- am 23. April 2001 mit Wettbewerbern und Verbänden,
- am 18. Mai 2001 mit Vertretern der Deutschen Post AG.

Teilnehmer aus dem Kreis der Wettbewerber waren die Unternehmen:

- agil Postvertriebs GmbH & Co. KG,
- Darmstädter Echo,
- PIN AG.

Folgende Verbände waren vertreten:

- Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e.V. (AgV),
- Bundesverband Spedition und Logistik,
- Deutscher Direktmarketing Verband e.V. (DDV),
- Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger (BDZV),
- Bundesverband der Kurier-, Express- und Paket-Dienste e.V. (BIEK),
- Deutscher Verband für Post und Telekommunikation e.V. (DVPT).

Am 30. Mai 2001 hat ein Gespräch zwischen Vertretern des Bundesverbandes der Deutschen Postdienstleister und der Geschäftsstelle der Monopolkommission stattgefunden.

6. Der Präsident des Bundeskartellamtes, Herr Dr. Ulf Böge sowie Mitarbeiter seines Hauses haben mit der Monopolkommission am 16. Juli 2001 Fragen der Wettbewerbsentwicklung und der Regulierung auf den Telekommunikations- und Postmärkten diskutiert. Der Präsident der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Herr Matthias Kurth und Mitarbeiter seiner Behörde standen der Monopolkommission am 7. September 2001 zur Diskussion zur Verfügung.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen den zuständigen Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeitern der Regulierungsbehörde, des Bundeskartellamtes des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sowie den Unternehmen und Verbänden der Telekommunikationswirtschaft. Die Kommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

7. Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Dr. Klaus Holthoff-Frank und Frau Melanie Paulus, die die Stellungnahmen der Kommission zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikations- und Postmärkten federführend betreut haben.

# **TEIL I**

## **Zum Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten**



# **1 Gesetzlicher Auftrag und methodischer Rahmen der Untersuchung**

## *1.1 § 81 Abs. 3 TKG und der Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs"*

8. Hinter dem Auftrag des Gesetzgebers an die Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG, alle zwei Jahre über die Entwicklung des Wettbewerbs bei der Telekommunikation zu berichten, stand die Erwartung, dass der Telekommunikationssektor bei funktionsfähigem Wettbewerb weniger regulatorische Eingriffe benötige als zu Beginn der Liberalisierung bei noch bestehender Monopolstellung der Deutschen Telekom AG (DTAG) in der Festnetztelefonie. Im Idealfall könnten bei funktionsfähigem Wettbewerb die sektorspezifischen Regulierungsvorschriften weitgehend entfallen und durch das allgemeine Wettbewerbsrecht ersetzt werden, vielleicht könnte auch die Zuständigkeit für die wettbewerbliche Aufsicht im Telekommunikationssektor von der sektorspezifischen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) zu den Kartellbehörden wechseln.

9. In Anlehnung an diesen in der Gesetzesbegründung ausdrücklich genannten<sup>2</sup> legislativen Zweck des § 81 Abs. 3 TKG interpretiert die Monopolkommission „funktionsfähigen Wettbewerb“ als strukturell gesicherten Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt wird. Nach dieser Interpretation geht es nicht nur darum, zu erfassen, welche Wettbewerbsprozesse tatsächlich stattfinden, sondern auch und vor allem darum, zu prognostizieren, welche Wettbewerbsprozesse im Falle einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung weiterhin stattfinden werden. Dies erfordert eine Abschätzung darüber, inwiefern die tatsächlichen stattfindenden Wettbewerbsprozesse regulatorisch und inwiefern sie strukturell bedingt sind. Ein noch so intensiver Wettbewerb in einem Markt wird nicht als „funktionsfähig“ im Sinne des § 81 Abs. 3 TKG zu bezeichnen sein, wenn er allein auf der bestehenden sektorspezifischen Regulierung beruht.

In diesem Sinn hatte die Monopolkommission vor zwei Jahren in ihrer ersten Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG die Funktionsfähigkeit des

<sup>2</sup> Vgl. Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP, Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes /TKG), BT-Drs. 13/3609.

Wettbewerbs in den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche verneint und erläutert, dass sie und warum sie diesen Wettbewerb zu diesem Zeitpunkt als weitgehend regulierungsbedingt betrachtete.<sup>3</sup> In Kommentierungen dieser Stellungnahme ist verschiedentlich kritisiert worden, die Monopolkommission habe der Intensität des tatsächlich zu beobachtenden Wettbewerbs bei Fern- und Auslandsgesprächen zu wenig Rechnung getragen.<sup>4</sup> Diese Kritik greift zu kurz, wenn nicht gleichzeitig erläutert wird, warum – entgegen der begründeten Einschätzung der Monopolkommission – zu erwarten ist, dass dieser Wettbewerb auch bei einer Rückführung der Regulierung funktionsfähig sein wird.

10. Der Versuch der Prognose über das, was nach einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu erwarten ist, muss sich vor allem auf strukturelle Aspekte der Märkte stützen. Die Einschätzung der zugrundeliegenden Strukturen bildet die Grundlage für die Als-ob-Überlegung darüber, wie die Marktteilnehmer sich wohl verhalten würden und welche Ergebnisse sich im Markt einstellen würden, wenn die Regulierung anders ausgestaltet wäre, als sie es heute ist. Sie bildet auch den Ausgangspunkt für die Überlegung darüber, wie die Strukturen selbst sich gegebenenfalls weiter entwickeln würden.

In diesem Sinn hatte die Monopolkommission in ihrer Stellungnahme vor zwei Jahren den Infrastrukturinvestitionen der neuen Anbieter besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Dies ist mit dem Argument kritisiert worden, der intensive Wettbewerb bei Fern- und Auslandsgesprächen sei bisher in hohem Maße von Diensteanbietern ohne eigene Infrastrukturen getragen worden.<sup>5</sup> Auch diese Kritik greift zu kurz, wenn nicht gleichzeitig erläutert wird, warum zu erwarten ist, dass die bisherige Rolle der Diensteanbieter ohne eigene Infrastrukturen auch nach einer Rückführung der Regulierung fort dauern wird. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die US-amerikanische Federal Communications Commission (FCC) 1995 bei ihrer Entscheidung, den Ex-Monopolisten AT&T aus der Ex-ante-Entgeltregu-

<sup>3</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O.

<sup>4</sup> Vgl. Kruse, J., Müssen Telefongespräche noch reguliert werden? Anmerkungen zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Jg. 70 (2000), S. 765 ff.; Knieps, G., Rückführung der sektorspezifischen Regulierung auf dem deutschen TK-Markt. Die verpasste Chance des Sondergutachtens der Monopolkommission, in: Multi-Media und Recht, Jg. 3 (2000), S. 266 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Kruse, J., Deregulierungsbedarf bei Ferngesprächen, in: Wirtschaftsdienst, Jg. 80 (2000), S. 409.

lierung bei Ferngesprächen zu entlassen, vor allem darauf abstellte, dass die Firmen MCI und Sprint als die beiden wichtigsten Konkurrenten von AT&T im Ferngesprächsbereich soviel an Kosten in eigene Netze und eigene Kundenbindungen versenkt hatten, dass ein Verdrängungswettbewerb durch AT&T ausgeschlossen zu sein schien.<sup>6</sup>

11. Für die Strukturanalyse zur Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG kommt es grundsätzlich auf dieselben Dinge an wie bei der Analyse der Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB. Marktanteile, Finanzkraft, Zugänge zu Absatz- und Beschaffungsmärkten, Marktzutrittschancen usw. geben Anhaltspunkte darüber, welche Entwicklungen bei einer Rückführung der Regulierung zu erwarten sein könnten.

Gleichwohl ist "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" im Sinn von § 81 Abs. 3 TKG nicht gleichzusetzen mit der Abwesenheit von Marktbeherrschung. Abwesenheit von Marktbeherrschung ist weder notwendig noch hinreichend für eine "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" in dem Sinne, dass die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt werden kann. In Anbetracht des Umstands, dass es viele Sektoren gibt, in denen man sich trotz des Vorhandenseins von marktbeherrschenden Stellungen mit einer allgemeinen Wettbewerbsaufsicht begnügt und nicht etwa eine sektorspezifische Regulierung einführt, ist davon auszugehen, dass eine "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" im Sinn von § 81 Abs. 3 TKG vorliegen kann, auch wenn es ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von § 19 Abs. 2 GWB gibt. Ansonsten wäre zu fragen, ob nicht etwa die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, etwa eines Luftverkehrsunternehmens auf einer bestimmten Strecke, schon zur Forderung nach sektorspezifischer Regulierung führen müsste; dies wäre abwegig.

Umgekehrt ist aus dem Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung nicht notwendigerweise zu schließen, dass eine "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" im Sinn von § 81 Abs. 3 TKG gegeben ist. Lassen z. B. wichtige Aspekte der Marktstruktur vermuten, dass es sich nur um einen vorübergehenden Befund handelt, etwa weil Konsolidierungsprozesse zu erwarten sind, die die eingetretenen Wettbewerbsentwicklungen wieder umkehren werden, so kann man die Ratsamkeit einer Rückführung sektorspezifischer

<sup>6</sup> Viscusi, W.K., Vernon, J.M., Harrington, J.E., *Economics of Regulation and Antitrust*, Cambridge/Mass. u.a. 1996, S. 493 ff.

Regulierung verneinen, obwohl zum gegebenen Zeitpunkt eine Marktbeherrschung nach § 19 Abs. 2 GWB nicht zu belegen ist.

12. Die hier getroffene Unterscheidung zwischen der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und dem Fehlen einer marktbeherrschenden Stellung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Die Ex-ante-Entgeltregulierung ist nach § 25 TKG an die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gebunden und entfällt automatisch, wenn eine solche Stellung nicht vorliegt. Wenn die Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG feststellen soll, ob funktionsfähiger Wettbewerb vorliegt und daher die gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltregulierung geändert werden sollten, so wird implizit unterstellt, dass funktionsfähiger Wettbewerb im Sinne dieser Vorschrift auch dann vorliegen kann, wenn ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Gesetzes hat. Ansonsten wäre es nicht nötig, sich Gedanken über eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften über die Entgeltregulierung zu machen, da bei Fortfall der marktbeherrschenden Stellung das Entfallen der Entgeltregulierung sich schon aus dem Gesetz selbst ergibt.

13. In der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur wurde der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ eingeführt, um deutlich zu machen, dass „vollkommener Wettbewerb“ im Sinne der Marktformenlehre kein sinnvolles Ziel der Wettbewerbspolitik ist und dass Wettbewerbspolitik darauf achten muss, wie je nach den Gegebenheiten des Marktes verschiedene wettbewerbliche Funktionen – Allokationsfunktion, Anpassungsfunktion, Freiheitsfunktion, Kontrollfunktion, Innovationsfunktion, Verteilungsfunktion – erfüllt werden.<sup>7</sup> Der Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs" wurde dabei bewusst vage gehalten, um die durch die Begriffe des "vollkommenen" oder auch des "optimalen" Wettbewerbs suggerierte Illusion der Präzision zu vermeiden.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Vgl. Kantzenbach, E., Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1967. Kantzenbachs „funktionsfähiger Wettbewerb“ ist eng verwandt mit Clarks "workable competition", vgl. Clark, J.M., Toward a Concept of Workable Competition, in: American Economic Review 30 (1940), S. 241 ff.

<sup>8</sup> Kantzenbach (1967, S. 15) schreibt ausdrücklich: "...soll damit nicht eine nicht vorhandene und nicht erreichbare Präzision vorgetäuscht werden. Es soll vielmehr auf den graduellen Charakter der Probleme hingewiesen werden, darauf, dass es unterschiedliche Grade der Funktionserfüllung mit einem denkbaren, wenn auch nicht präzisierbaren Optimum gibt. Diese Grundvorstellung ist realistischer und für die Wettbewerbspolitik brauchbarer als die Alternative, die nur zwischen einer vorhandenen und einer nicht vorhandenen Funktionsfähigkeit unterscheidet."



Bei der Förderung der verschiedenen Wettbewerbsfunktionen durch die Wettbewerbspolitik ist mit Zielkonflikten zu rechnen, da die Förderung einer Funktion mit der Beeinträchtigung anderer Funktionen einhergehen kann, so etwa die Förderung der Innovationsfunktion des Wettbewerbs im Sinne dynamischer Effizienz durch Patentschutz mit der Beeinträchtigung der Allokationsfunktion im Sinne statischer Effizienz. Wenn ein solcher Zielkonflikt vorliegt, muss die Wettbewerbspolitik zwischen den verschiedenen Wettbewerbsfunktionen abwägen. Wie dies am besten geschieht, hängt von den jeweiligen Gegebenheiten, auch von der wettbewerbspolitischen Gewichtung der einzelnen Funktionen im jeweiligen Kontext ab. Dass die Abwägung von den jeweiligen Gegebenheiten abhängt, wird durch die Vagheit des Begriffs des "funktionsfähigen Wettbewerbs" zum Ausdruck gebracht.

14. Entsprechend dieser wirtschaftswissenschaftlichen Begriffsbildung hält die Monopolkommission es weder für möglich noch für sinnvoll, definitive Kriterien für eine Feststellung der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" nach § 81 Abs. 3 TKG anzugeben und vorab festzulegen, bei welchen Marktstrukturen eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zu empfehlen sein wird. Sie hält es vielmehr für angemessen, Empfehlungen zur Änderung des Regulierungsrahmens im jeweiligen Kontext zu formulieren und zu begründen. Dies entspricht der Einschätzung, dass die zu treffenden wettbewerbspolitischen Abwägungen jeweils von den Gegebenheiten abhängen. Im Übrigen muss es dabei bleiben, dass „funktionsfähiger Wettbewerb“ eine strukturelle Absicherung voraussetzt, die es wahrscheinlich macht, dass er auch bei Rückführung der Regulierung fortbesteht.

Bei der diesbezüglichen Prognose ist die wechselhafte Dynamik der Telekommunikationsmärkte von Bedeutung. Worauf die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse in den Telekommunikationsmärkten im Jahre 2003 oder 2005 abstellen muss, ist heute noch nicht abzusehen. Verschiedentlich wird erwartet, dass die Entwicklung alternativer Technologien schon bald die Wettbewerbsverhältnisse in den Telekommunikationsmärkten revolutionieren wird, dass etwa die starke Stellung der DTAG in den Märkten für Endkundenanschlüsse bedeutungslos wird, wenn Powerline oder andere neue Technologien Alternativen zum Festnetzanschluss bieten.<sup>9</sup> Wann das

<sup>9</sup> So etwa Knieps, G., Rückführung sektorspezifischer Regulierung auf dem deutschen TK-Markt, a.a.O., S. 269.

geschehen wird, welche Technologien sich dabei durchsetzen und wie die Substitutionsverhältnisse der verschiedenen Telekommunikationstechniken sich dadurch verändern werden, ist heute noch nicht vorhersehbar, zumal der für die Zukunft zu erwartende Wettbewerbsdruck alternativer Technologien in den Märkten bisher noch nicht erkennbar ist. Bemerkenswerterweise sind die Erwartungen zur Einführung von Powerline oder Wireless Local Loop heute pessimistischer als vor zwei Jahren. Die hier bestehende Unsicherheit lässt jeglichen Versuch, schon heute definitive und genaue Kriterien für eine zukünftige Deregulierung etwa der Märkte für Endkundenanschlüsse zu spezifizieren, als illusorisch erscheinen. Die Ratsamkeit einer Änderung des regulatorischen Rahmens wird im Einzelnen dann zu prüfen sein, wenn – im Jahre 2003 oder 2005 oder auch noch später – die eingetretene Entwicklung Anhaltspunkte dafür liefert, dass die Chancen einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung die Risiken überwiegen.

15. Die hier beschriebene Vorgehensweise der Monopolkommission ist in Kommentierungen ihrer ersten Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG verschiedentlich kritisiert worden. Es obliege der Monopolkommission, den unbestimmten Rechtsbegriff "funktionsfähiger Wettbewerb" genau zu definieren, etwa in Anlehnung an die wirtschaftswissenschaftliche Literatur zum "funktionsfähigen Wettbewerb", und dann im Sinne einer Sachverhaltssubsumtion zu prüfen, ob funktionsfähiger Wettbewerb vorliege oder nicht.<sup>10</sup> Eine derartige Vorgehensweise diene auch der Rechtssicherheit der Marktteilnehmer.

Diese Kritik beruht auf einem Missverständnis der Rolle des Terminus "funktionsfähiger Wettbewerb" im Gesetz wie auch in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur. Dass die wirtschaftswissenschaftliche Begriffsbildung gerade nicht auf die Möglichkeit einer Sachverhaltssubsumtion, d.h. einer Unterscheidung zwischen einer vorhandenen und einer nicht vorhandenen Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs abzielt, wurde bereits ausgeführt. Zur Verwendung des Terminus "funktionsfähiger Wettbewerb" im Gesetz ist anzumerken, dass weder die Nennung im Zielkatalog des § 2 TKG noch der Auftrag an die Monopolkommission in § 81 Abs. 3 TKG irgendeine unmittelbaren, gegebenenfalls auf dem Rechtsweg einzuklagenden oder in Frage zu stellenden Wirkungen nach sich zieht. Der Auf-

<sup>10</sup> Vgl. Koenig, C., Kühling, J., Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf Telekommunikationsmärkten, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, Jg. 50 (2000), S. 596 ff.

trag an die Monopolkommission verlangt eine wettbewerbspolitische Stellungnahme gegenüber der Bundesregierung bzw. dem Gesetzgeber zur Fortentwicklung des Ordnungsrahmens des Telekommunikationssektors de lege ferenda. Dass es bei einer solchen Stellungnahme auf ein gewisses Ermessen in der Abwägung verschiedener zu prognostizierender Effekte unter den jeweiligen Gegebenheiten ankommt, liegt in der Natur der Sache.

16. Ein Problem der Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer kann es in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht geben, weil die Entscheidung über etwaige Änderungen des Ordnungsrahmens beim Gesetzgeber liegt und es diesbezüglich keinen Rechtsanspruch der Marktteilnehmer gibt. Zwar wird in Kommentierungen des TKG unter Verweis auf § 81 Abs. 3 TKG und die im Gesetzgebungsprozess gegebene Begründung dieser Vorschrift regelmäßig darauf hingewiesen, der Gesetzgeber habe die sektorspezifische Regulierung, insbesondere die Entgeltregulierung, nur als Übergangsregime konzipiert.<sup>11</sup> Diese Übergangsvorstellung ist aber nicht schon im Gesetz selbst kodifiziert. Bei § 81 Abs. 3 TKG handelt es sich vielmehr um einen politischen Auftrag des Gesetzgebers an sich selbst, die Vorschriften des TKG in Auseinandersetzung mit den Tätigkeitsberichten der RegTP und den Stellungnahmen der Monopolkommission regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls zu reformieren. Das Gesetz selbst enthält keine Vorschriften über ein der Übergangsvorstellung des § 81 Abs. 3 TKG entsprechendes endgültiges Fortfallen von Regulierungsmaßnahmen und begründet insofern auch keine Ansprüche.

## *1.2 Die Stellungnahme der Monopolkommission vom Dezember 1999 und die nachfolgende Diskussion*

17. In ihrer im Dezember 1999 übergebenen ersten Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG teilte die Monopolkommission die Märkte für Sprachtelefonie in folgende Gruppen ein: Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche im Festnetz, Inlandsferngespräche im Festnetz, Auslandsferngespräche im Festnetz, Mobilfunk und Vorleistungen an andere Telekommunikationsunternehmen. Diese Einteilung beruhte zum einen auf traditionellen Überlegungen zur Abgrenzung von Märkten nach dem Bedarfsmarktkonzept, zum anderen auf der Einschätzung der jeweiligen Rahmenbedingungen der

<sup>11</sup> So etwa Immenga, U. u.a., Telekommunikation im Wettbewerb. Eine ordnungspolitische Konzeption nach erfolgreicher Marktöffnung, München 2001, S. 1.

Märkte. Die Zusammenfassung von Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen entsprach dem Umstand, dass im gegebenen regulatorischen Rahmen beides jeweils vom selben Anbieter bezogen wurde, die Zusammenfassung aller Inlandsferngespräche dem Umstand, dass die Anbieter von Ferngesprächsdienstleistungen im Festnetz hierfür bundesweit homogene Angebote machten. Die Trennung von Festnetztelefonie und Mobilfunk ergab sich aus der Einschätzung, dass es sich zu diesem Zeitpunkt um getrennte Märkte im Sinne des Bedarfsmarktkonzeptes handelte.

18. Für die einzelnen Gruppen von Märkten ergab sich folgender Befund:

- Bei *Teilnehmeranschlüssen* und *Ortsgesprächen* im Festnetz war das Monopol der DTAG bis zum Frühjahr 1999 mit mengenmäßigen Marktanteilen von durchschnittlich 98 % praktisch unangefochten erhalten geblieben. Alternative Anslusstechnologien (Kabel, Wireless Local Loop, Powerline) spielten keine Rolle. Die Preise waren in diesem Bereich seit Ende 1997 weitgehend unverändert geblieben.
- Bei *Inlandsferngesprächen* im Festnetz waren die mengenmäßigen Marktanteile der DTAG bis zum Frühjahr 1999 auf durchschnittlich 64,7 % gesunken, bei Auslandsferngesprächen sogar auf durchschnittlich 62,5 %. Die Marktanteilsgewinne der Wettbewerber wurden überwiegend durch Call-by-Call-Angebote erzielt. Die Preise waren in diesen Bereichen dramatisch gesunken, von Ende 1997 bis Mitte 1999 bei Inlandsferngesprächen um durchschnittlich 42,1 %, bei Auslandsferngesprächen um durchschnittlich 31 %, bei einem Zielland sogar um durchschnittlich 89 %.
- Bei den meisten *Vorleistungen* erschien die DTAG als praktisch alleiniger Anbieter. Dies galt insbesondere für die Teilnehmeranschlussleitung als Vorleistung an die Wettbewerber bei Teilnehmeranschlüssen und im Ortsnetz sowie für die lokale und regionale Zuführung und Terminierung als Vorleistung an die Wettbewerber bei Ferngesprächen. Bei der nationalen Zuführung und Terminierung als Vorleistung im Ferngesprächsbereich bestand ebenfalls eine Abhängigkeit der Wettbewerber von der DTAG, doch ließen die angekündigten Investitionsstrategien der Wettbewerber erwarten, dass diese Abhängigkeit relativ bald abnehmen würde. Bei Mietleitungen ergab sich ein ähnlicher Befund wie bei Terminierung und Zuführung: fast ausschließliche Abhängigkeit von der DTAG bei Leitungen mit kleinen Übertragungskapazitäten, ebenfalls deutliche, aber vermutlich geringere Abhängigkeit bei den für die Ferntrassen benutzten Leitungen mit großen Übertragungskapazitäten

und eine gewisse Aussicht, dass die Investitionsstrategien der Wettbewerber diese letztere Abhängigkeit bald weiter verringern würden.

- Die Wettbewerbsverhältnisse auf den *Mobilfunkmärkten* wurden von der Monopolkommission nicht weiter untersucht, da der Mobilfunk nicht der Entgeltregulierung unterliegt. Die der Stellungnahme der Monopolkommission zugrunde liegende empirische Untersuchung<sup>12</sup> ließ auf ein relativ stabiles Oligopol der vier Mobilfunkanbieter schließen, mit Marktanteilen von jeweils um 40% für Mannesmann Mobilfunk und DTAG und entsprechend kleineren Marktanteilen für E-Plus und Viag Interkom. Die Preise im Mobilfunk waren bis zum Herbst 1998 während mehreren Jahren bemerkenswert stabil geblieben.

19. Aufgrund dieses Befundes bestand für die Monopolkommission kein Zweifel, dass sowohl bei Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen als auch bei den meisten Vorleistungen von einer Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs *nicht* die Rede sein konnte. Die Wettbewerbsverhältnisse hatten sich seit der Liberalisierung praktisch nicht verändert.

Bei Ferngesprächen war eine genauere Bewertung der seit der Liberalisierung eingetretenen Entwicklung notwendig. Auch hier kam die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass der Wettbewerb noch nicht funktionsfähig sei, d.h. dass der Wettbewerb sich nicht ohne Regulierung selber tragen könnte. Für dieses Ergebnis waren folgende Erwägungen maßgeblich:

- Eine Marktstrukturanalyse nach den Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB wies die DTAG als deutlich *marktbeherrschend* aus, mit Marktanteilen, die um ca. 90% über der Vermutungsgrenze des § 19 Abs. 3 GWB lagen, überragender Finanzkraft, überragender Stellung auf den Vorleistungsmärkten und vor allem dem fast ausschließlichen Kontakt zu den Endkunden.
- Die Marktanteile, die die DTAG verloren hatte, waren überwiegend an Wettbewerber im Call-by-Call-Geschäft gegangen, die nicht in der Lage waren, Beziehungen zu den Endkunden aufzubauen und zu pflegen. Die Wettbewerber hatten bislang noch relativ wenig Investitionen in Endkundenbeziehungen und in Infrastruktur getätigt. Die Abhängigkeit

<sup>12</sup> Stumpf, U., Schwarz-Schilling, C., unter Mitarbeit von Kiesewetter, W., Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten, Studie im Auftrag der Monopolkommission, WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 197, November 1999.

von den Vorleistungen der DTAG implizierte, dass ein hoher Anteil der Erlöse auch der Wettbewerber letztlich an die DTAG zurückfloss.

- Aufgrund ihrer Strukturanalyse kam die Monopolkommission zu dem Ergebnis, dass der Wettbewerb im Ferngesprächsbereich anfällig gegenüber einem möglichen *Verdrängungsmissbrauch* sei. In Anbetracht der aus der Anwendungspraxis des GWB – wie auch der Praxis anderer Länder – bekannten Probleme der praktischen Handhabung der Ex-post-Missbrauchsaufsicht hielt sie es für angemessen, solchem Verdrängungsmissbrauch weiterhin dadurch vorzubeugen, dass die Endkundenentgelte des Marktbeherrschers der Ex-ante-Kontrolle nach § 25 TKG unterworfen werden.

20. Die Stellungnahme der Monopolkommission vom Dezember 1999 wurde von der DTAG, die auf eine baldige Deregulierung gehofft hatte, und von verschiedenen Wissenschaftlern heftig kritisiert. Neben den bereits oben in Tz. 9 und Tz. 10 behandelten Einwänden, die Monopolkommission habe dem aktuellen Wettbewerbsverhalten und den aktuellen Wettbewerbsergebnissen zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt, warfen die Kritiker der Monopolkommission vor allem vor, sie habe (i) der *Dynamik der Entwicklung* in den Telekommunikationsmärkten und (ii) der *Bestreitbarkeit* dieser Märkte zu wenig Rechnung getragen. Im Dezember 1999 ein Gutachten mit einer Marktstrukturanalyse aufgrund von Daten des ersten Quartals 1999 vorzulegen, sei einer Marktdynamik unangemessen, bei der die Marktanteile der DTAG bei Ferngesprächen vom dritten Quartal 1998 auf das erste Quartal 1999 um über zwanzig Prozentpunkte gepurzelt seien.<sup>13</sup> Im Übrigen seien Marktanteile für die Analyse der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in den Telekommunikationsmärkten nur von untergeordneter Bedeutung, da diese Märkte "bestreitbar" seien und die Macht der DTAG durch potentiellen Wettbewerb beschränkt werde.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Hefekäuser, H.W., Sondergutachten der Monopolkommission zum Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, Schreiben an Entscheidungsträger aus der Politik, der EU-, Bundes- und Landesebene, den Verbänden und der Wissenschaft vom 3. April 2000 (unveröffentlicht), König, C., Kühling, J., Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf den Telekommunikationsmärkten, a.a.O.

<sup>14</sup> Hefekäuser, H.W., Perspektiven für die kurz- und mittelfristige TK-Politik. Eine Stellungnahme zu den Eckpunkten des BMWi, in: MultiMedia und Recht Jg. 3 (2000), S. XII; Immenga, U., Relevante Märkte und Marktbeherrschung in der Regulierungspraxis, in: MultiMedia und Recht, Jg. 3 (2000), S. 196 ff., Knieps, G., Rückführung sektorspezifischer Regulierung auf dem deutschen TK-Markt, a.a.O., Kruse, J., Müssen Telefongespräche noch reguliert werden?, a.a.O.

Vorbildlich sei das Beispiel der US-amerikanischen Federal Communications Commission, die 1995 die Ex-ante-Entgeltregulierung für AT&T im Ferngesprächsbereich aufgehoben habe, obwohl der Marktanteil von AT&T zu diesem Zeitpunkt noch bei 55 % lag. Auch bei Teilnehmeranschlüssen und bei Ortsgesprächen ändere sich das Bild wesentlich, wenn man zu einer feineren Differenzierung der Märkte übergehe und etwa den Wettbewerb um Geschäftskunden in Ballungszentren gesondert analysiere. Grundsätzlich sei die Regulierung auf eine "maßgeschneiderte Bottleneck-Regulierung" zurückzuführen, die sich darauf beschränke, für eine kleine Zahl von genau spezifizierten Vorleistungen die Zugangsbedingungen für die Wettbewerber festzulegen.<sup>15</sup>

21. Die *Stellungnahme der Bundesregierung* zum Tätigkeitsbericht der RegTP und zu dem Sondergutachten der Monopolkommission hat demgegenüber differenziertere Akzente gesetzt.<sup>16</sup> Hinsichtlich der Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche teilt die Bundesregierung weitgehend die Auffassung der Monopolkommission. Hinsichtlich der Inlands- und Auslandsferngespräche im Festnetz hält die Bundesregierung mit Hinweis auf die in diesen Märkten bestehenden erheblichen Preisunterschiede die These von der Bestreitbarkeit der Märkte für widerlegt. Sie schätzt allerdings die Implikationen der aktuellen Wettbewerbsentwicklungen für die Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs bei Rückführung der Regulierung optimistischer ein als die Monopolkommission und geht davon aus, dass die präventive Entgeltregulierung der Endkundenpreise, zumindest hinsichtlich der Geschäftskunden, mittelfristig entfallen kann. Ein solcher Wegfall der präventiven Regulierung sei allerdings nicht gleichzusetzen mit unmittelbarem Übergang zur kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, deren Umsetzung in der Praxis Probleme aufweise. Stattdessen solle weiterhin ein sektorspezifischer Ansatz mit dem Vorteil der unmittelbaren Wirksamkeit von Entscheidungen verfolgt werden.

Um einen Übergang des Regulierungsregimes einzuleiten, sei es angebracht, vermittels genauerer Unterscheidungen einzelner Märkte schon im Rahmen des geltenden Gesetzes von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, dass die Ex-ante-Entgeltregulierung entfällt, wenn ein Unternehmen

<sup>15</sup> So etwa Knieps, G., Rückführung sektorspezifischer Regulierung auf dem deutschen TK-Markt, a.a.O., Immenga, U. u.a., Telekommunikation im Wettbewerb, a.a.O.

<sup>16</sup> Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post und zu dem Sondergutachten der Monopolkommission - Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten, BT-Drs. 14/4064.

nicht (mehr) marktbeherrschend ist. Dazu sei es nötig, genaue Kriterien für die Marktabgrenzung und die Beurteilung der Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor zu entwickeln und das Verhältnis zwischen dem Begriff der Marktbeherrschung und dem Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs" zu klären. Hierzu hat die Monopolkommission im Einleitungskapitel dieses Gutachtens dargelegt, dass diese Begriffe nur insofern miteinander zu tun haben, als beide anhand einer Marktstrukturanalyse zu beurteilen sind, dass aber die Einschätzung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Hinblick auf die Ratsamkeit einer Gesetzesänderung einer anderen Sphäre angehört als die Beurteilung der Marktbeherrschung im Rahmen einer Rechtsanwendung, sei es auf der Grundlage des GWB oder auf der Grundlage des TKG.

22. Die Stellungnahme der Bundesregierung enthält noch weitere Hinweise auf mögliche Weiterentwicklungen des Ordnungsrahmens für die Telekommunikation. Im Bereich der Vorleistungen sei es erwünscht, eine genaue Liste von wesentlichen Leistungen und von Zugangstatbeständen festzulegen, zu veröffentlichen und regelmäßig auf das Vorliegen der Wesentlichkeit zu überprüfen. Die Zusammenschaltungsverpflichtung und damit auch die Möglichkeit der RegTP, im Streitfall Entgelte für die Zusammenschaltung anzuordnen, könnte auf mittlere Sicht auf marktbeherrschende Unternehmen beschränkt werden. Allerdings sieht die Bundesregierung weiterhin die Notwendigkeit besonderer Regelungen für Teilnehmernetzbetreiber, da diese hinsichtlich der Terminierung in ihren Netzen jeweils Monopolanbieter sind. Dies hatte die Monopolkommission in ihrem im Sommer 2000 vorgelegten XIII. Hauptgutachten ebenfalls als Problem angesprochen und sich dafür ausgesprochen, die Ex-ante-Entgeltregulierung für Terminierungsleistungen auf andere Netzbetreiber, insbesondere auch die Mobilfunknetzbetreiber, auszuweiten.<sup>17</sup>

### *1.3 Methodischer Rahmen der Untersuchung*

23. In der vorliegenden Stellungnahme verwendet die Monopolkommission grundsätzlich dasselbe Argumentationsmuster wie zuvor: Sie versucht, anhand der empirischen Daten die strukturellen Aspekte der Entwicklung in den Telekommunikationsmärkten zu erfassen und daraus Rückschlüsse zu ziehen für die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei einer Rückführung der sektorspezifischen Regulierung. Dabei verwendet

<sup>17</sup> Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 41 ff.



sie wieder die Einteilung der Märkte für Sprachtelefonie in die Gruppen Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche im Festnetz, Inlandsferngespräche im Festnetz, Auslandsferngespräche im Festnetz, Mobilfunk und Vorleistungen an andere Telekommunikationsunternehmen. Wie zuvor beruht diese Einteilung auf traditionellen Überlegungen zur Abgrenzung von Märkten und auf der Einschätzung der jeweiligen Rahmenbedingungen der Märkte.

Die rasante Entwicklung des Mobilfunks hat die Frage aufkommen lassen, ob eine getrennte Untersuchung von Festnetztelefonie und Mobilfunk noch angemessen ist, ob nicht vielmehr die Substitutionsbeziehung zwischen beiden inzwischen so eng ist, dass beide als Teile eines Gesamtmarkts zu betrachten sind. So wäre das Monopol eines Unternehmens in einem Teilbereich der Festnetztelefonie nicht weiter von Belang, wenn die Handlungsspielräume dieses Unternehmens bei der Wahl seiner Preis- und Produktpolitik durch den Wettbewerb des Mobilfunks weitgehend eingeengt werden. Zur empirischen Untersuchung dieser Frage hat die Monopolkommission vom Wissenschaftlichen Institut für Kommunikationsdienste ein Gutachten erstellen lassen. Der Befund dieses Gutachtens wird in Teil IV der vorliegenden Stellungnahme diskutiert.

24. Bei der Erfassung und Auswertung struktureller Aspekte der Märkte orientiert die Monopolkommission sich weiterhin an den Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB, Marktanteilen, Finanzkraft, Zugangsmöglichkeiten zu Beschaffungs- und Absatzmärkten usw. Wie oben (Tz. 11) erwähnt, ist dies nicht als Gleichsetzung von Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs mit einem Fehlen von Marktbeherrschung zu interpretieren. Die Monopolkommission geht vielmehr davon aus, dass die "Als-ob-Beurteilung" der Funktionsweise des Wettbewerbs bei geänderten regulatorischen Rahmenbedingungen wie auch die Analyse der Marktbeherrschung bei der Marktstruktur ansetzen muss, auch wenn die Analyseziele jeweils verschieden sind. An der früheren Stellungnahme der Monopolkommission ist gelegentlich kritisiert worden, die Monopolkommission habe sich auf eine reine Marktbeherrschungsanalyse beschränkt, ohne dem Unterschied zwischen den Kriterien der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und des Fehlen von Marktbeherrschung Rechnung zu tragen.<sup>18</sup> Diese Kritik übersieht, dass die sei-

<sup>18</sup> Immenga, U., Entgeltregulierung von Endkundenmärkten als Sicherheitsnetz?, Anmerkungen zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: MultiMedia und Recht, Jg. 3 (2000), S. V f.; Koenig, C., Kühling, J., Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf Telekommunikationsmärkten, a.a.O.

nerzeit ermittelten Anteile der DTAG in den Märkten der Sprachtelefonie, von 62 % bis 98 %, so weit über dem kritischen Wert von 33 % für die Vermutung der Marktbeherrschung nach dem GWB liegen, dass hier nicht nur ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied vorliegt; sie übersieht auch, dass die Analyse der Monopolkommission über die Betrachtung der Marktanteile hinaus auch die Abhängigkeit von den Vorleistungen der DTAG und die unterschiedlichen Zugänge zu den Endkunden berücksichtigte.

25. Wie oben erwähnt, ist vor zwei Jahren kritisiert worden, die Monopolkommission trage der Dynamik der Entwicklung in den Telekommunikationsmärkten zu wenig Rechnung. Auch die vorliegende Stellungnahme stützt sich auf Daten, die nicht weiter gehen als bis zum ersten, allenfalls zum zweiten Quartal 2001. In Anbetracht der für die Erhebung und Aufbereitung erforderlichen Zeit stehen neuere Daten nicht zur Verfügung. Ein Spekulieren über die neuere Entwicklung läge vielleicht nahe, doch zeigt die Entwicklung von 1999 die Risiken eines solchen Spekulierens. Die Dynamik der Marktanteilsverschiebungen ab Herbst 1998 wurde ungefähr im ersten Quartal 1999 deutlich langsamer und kam etwa ein Jahr später zum Stillstand. Hätte die Monopolkommission, wie von einigen Kritikern gefordert, damals über die weitere Dynamik spekuliert und einfach extrapoliert, so hätte sie eine glatte Fehleinschätzung geliefert. Insofern soll auch in dieser Stellungnahme nicht über die verfügbaren Daten hinaus spekuliert und extrapoliert werden.

#### *1.4 Sind Telekommunikationsmärkte bestreitbar?*

26. Nach der Theorie "bestreitbarer Märkte" genügt die Möglichkeit des Marktzutritts, um die Verhaltensspielräume marktbeherrschender oder sogar monopolistischer Unternehmen wirksam durch potentiellen Wettbewerb zu kontrollieren, so dass – unabhängig von den Marktanteilen – jeglicher Ausbeutungsmissbrauch ausgeschlossen ist. Die Kunden würden den Versuch einer Ausbeutung mit einer Abwanderung zu anderen, gegebenenfalls neu in den Markt eintretenden Anbietern beantworten. Diese Theorie hat in der Telekommunikation freilich nur *begrenzte* Bedeutung. Sie ist nur unter sehr *speziellen Bedingungen* anzuwenden; bereits kleine Abweichungen von den Bedingungen implizieren dramatisch andere Marktergebnisse, im Extremfall bis hin zum reinen Monopolergebnis.

27. Damit ein Markt „vollkommen bestreitbar“ im Sinne der Theorie ist, müssen (i) alle beteiligten Unternehmen, die potentiellen neuen Unterneh-

men wie die bereits im Markt befindlichen Unternehmen dieselben Kostenbedingungen und dieselbe Information über das Verhalten der Nachfrager haben, muss (ii) ein Marktzutritt ohne vorheriges Versenken von Kosten erfolgen können und muss (iii) die Zeit, die es dauert, bis ein neu in den Markt eintretender Wettbewerber Nachfrage an sich zieht, kürzer sein als die Zeit, die es dauert, bis die im Markt befindlichen Unternehmen mit ihren Preis- und Produktstrategien auf den Marktzutritt reagieren können. Sind diese Bedingungen nicht genau, sondern nur näherungsweise erfüllt, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Marktergebnisse auch näherungsweise denen eines bestreitbaren Marktes entsprechen.<sup>19</sup>

Dies betrifft insbesondere die Annahme, dass es keine vor einem Marktzutritt zu versenkenden Kosten gibt. Gibt es solche Kosten, so hängt die Entscheidung, in den Markt einzutreten, davon ab, ob man erwartet, dass man diese Kosten nach einem Marktzutritt wieder hereinbekommt. Dafür kommt es nicht so sehr auf die absolute Höhe der Marktzutrittskosten an als vielmehr auf die Relation zwischen den Marktzutrittskosten und den Gewinnen, die man erzielen kann, ehe die schon vorher im Markt befindlichen Unternehmen auf den Marktzutritt reagieren. Ist diese Relation ungünstig, beispielsweise, weil die Nachfrager aufgrund von Wechselkosten eher träge auf den Marktzutritt reagieren und die schon im Markt befindlichen Unternehmen ihre Preisstrategien schnell anpassen können, so spielt der potentielle Wettbewerb keine Rolle. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann dann seine Marktmacht ausbeuten, ohne dass ein anderes Unternehmen in den Markt eindringt; für die Marktzutrittsentscheidung anderer Unternehmen kommt es nicht so sehr auf die Margen an, die der Marktbeherrscher erzielt, als vielmehr auf die Margen, die nach einer etwaigen Reaktion des Marktbeherrschers noch übrig bleiben. Wenn zu erwarten ist, dass diese Margen die Marktzutrittskosten nicht decken, so findet ein Marktzutritt nicht statt, auch wenn die Marktzutrittskosten selbst vergleichsweise gering sein mögen.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Vgl. Viscusi, W.K., Vernon, J.M., Harrington, J.E., *Economics of Regulation and Antitrust*, a.a.O., S. 163 ff. Anders Kruse, J., *Deregulierungsbedarf bei Ferngesprächen*, a.a.O., der seine von der Literatur abweichende Meinung allerdings nicht weiter begründet. Siehe auch: Kruse, J. *Regulierungsbedarf in der deutschen Telekommunikation?* in: Immenga, U. u.a., *Telekommunikation im Wettbewerb*, a.a.O., S. 73 ff.

<sup>20</sup> Vgl. Sutton, J., *Sunk Costs and Industry Structure*, Cambridge/Mass. u.a. 1991, Kapitel 2, insbes. Fn. 11, S. 36.

28. In diesem Kontext ist von Bedeutung, dass ein Teil der hier zur Diskussion stehenden Kosten eines Marktzutritts *nicht exogen* vorgegeben ist, sondern durch strategisches Verhalten im Markt bestimmt wird. Ob die zu versenkenden Marktzutrittskosten als „gering“ im Sinne der Theorie bestreitbarer Märkte anzusehen sind, hängt nicht allein von den technischen Gegebenheiten, etwa dem erforderlichen Aufwand für eine bestimmte Schaltvorrichtung ab, sondern auch von dem Werbeaufwand, den man betreiben muss, um im Wettbewerb mit den bereits im Markt befindlichen Unternehmen Kunden an sich zu ziehen. Dieser wiederum hängt davon ab, wie viel Werbeaufwand diese Unternehmen ihrerseits betreiben und welche Maßnahmen sie ergreifen, um gegebenenfalls einen Wechsel von Kunden zu einem neuen Anbieter zu erschweren. Dabei kommt es auch auf etwaige – durch psychische Disposition oder vertragliche Regelungen begründete – Wechselkosten der Kunden an.

In der Theorie bestreitbarer Märkte wird die Wirkung *endogener versunkener Kosten* überhaupt nicht diskutiert. Der ganze Denkansatz, von einer Annahme über die Höhe von Marktzutrittskosten auf die Wirkung potentiellen Wettbewerbs zu schließen, unterstellt, dass Marktzutrittskosten exogen sind. Aus der Industrieökonomik ist bekannt, dass endogene versunkene Kosten Marktzutrittsbarrieren begründen können, auch wenn es überhaupt keine exogenen (technisch bedingten) versunkenen Kosten gibt. Bei endogenen versunkenen Kosten prognostiziert die Theorie "natürliche Oligopolstrukturen" weitab von den Ergebnissen "vollkommen bestreitbarer" Märkte.<sup>21</sup>

29. Die Relevanz dieser Erwägungen für den Telekommunikationssektor liegt auf der Hand: Der Telekommunikationssektor ist derzeit einer der werbeintensivsten Wirtschaftszweige überhaupt; insofern spielen endogene Marktzutrittskosten eine wichtige Rolle. Auch Kundenwechselkosten sind von erheblicher Bedeutung für die Wettbewerbsverhältnisse. Dass die DTAG bei Ferngesprächen deutlich höhere Preise durchsetzen kann als die Wettbewerber, liegt letztlich daran, dass sehr viele Kunden, die ihren Festnetzanschluss bei der DTAG haben, die Kosten eines Wechsels zu einem anderen Anbieter bei Ferngesprächen scheuen, auch wenn diese Kosten zumindest materiell nur darin bestehen, dass sie fünf zusätzliche Ziffern wählen müssen. Dass ein solcher Unterschied in der Zahl der zu wählen-

<sup>21</sup> Ebenda, Kapitel 3; Sutton, J., *Technology and Market Structure*, Cambridge/Mass. u.a. 1998, Kapitel 1.

den Ziffern die Wechselbereitschaft der Kunden beeinträchtigt, ist spätestens seit der Erfahrung der siebziger Jahre in den USA bekannt. Berücksichtigt man schließlich, dass die DTAG durch das Inkasso besser über die Angebote der Wettbewerber und das Verhalten der Nachfrager informiert ist als jeder andere Marktteilnehmer, so erscheint die Theorie bestreitbarer Märkte als eine unzureichende Grundlage für eine Rückführung der Regulierung.

30. Die vielfach genannte amerikanische Deregulierung von 1995 lässt sich auch nicht als Beispiel für eine Deregulierung im Vertrauen auf die Bestreitbarkeit der Märkte heranzuführen. Immerhin hielt man es in den USA während mehr als zehn Jahren, von 1984 bis 1995, für erforderlich, den ehemaligen Monopolisten AT&T im Ferngesprächsbereich einer Ex-ante-Entgeltregulierung zu unterwerfen. Der Ex-Monopolist und seine Wettbewerber wurden bewusst asymmetrisch behandelt, um einen Ausgleich zu schaffen für vielfältige Wettbewerbsvorteile aus überkommenen Kundenbindungen und Informationsvorsprüngen, auch für vielfältige Möglichkeiten des Ex-Monopolisten, seine Wettbewerber auf nicht justiziable Weise missbräuchlich zu behindern. Die vertikale Zerschlagung selbst und die damit verbundene Trennung des Ferngesprächsbereichs vom Bereich der Teilnehmeranschlüsse und der Ortsgespräche war eine Reaktion auf die Erfahrung langjähriger Missbrauchspraktiken des Marktbeherrschers im Umgang mit den Wettbewerbern im Ferngesprächsbereich.

Bei der Abschaffung der Ex-ante-Entgeltregulierung für AT&T 1995 spielte, wie oben erwähnt, die Erwägung mit, dass MCI und Sprint, die wichtigsten Konkurrenten im Ferngesprächsbereich, inzwischen so viel an Ressourcen in eigene Netze und eigene Kundenbindungen investiert hatten und insgesamt so robust waren, dass die Möglichkeit eines Verdrängungsmissbrauchs von Seiten von AT&T vernachlässigbar zu sein schien. Im Vorfeld der Deregulierung spielte die Sorge um eine mögliche Ausbeutung der Endkunden durch überhöhte Preise eine deutlich geringere Rolle als die Sorge um eine mögliche Behinderung der Wettbewerber durch Kampfpreise oder diskriminatorische Preise.

31. Die DTAG und verschiedene Wissenschaftler, auf die sich die DTAG beruft, tendieren dazu, in Anlehnung an eine ältere Literatur<sup>22</sup> das hier angesprochene Problem des Verdrängungsmissbrauchs *herunterzuspielen*.

<sup>22</sup> Vgl. etwa McGee, J.S., Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case, in: Journal of Law and Economics, Vol. 1 (1958), S. 137 ff.

Die Verdrängung von Konkurrenten durch verlustbringende Kampfpreise, so heißt es, lohne sich nicht, da der Marktbeherrscher spätestens dann mit dem Marktzutritt neuer Wettbewerber rechnen müsse, wenn er versuche, die Früchte seines Erfolgs zu ernten und die erworbene Monopolposition durch hohe Preise auszunutzen. Im Endeffekt genüge ja der potentielle Wettbewerb durch etwaigen Marktzutritt, um den Monopolisten zu disziplinieren.<sup>23</sup>

32. Diese Sichtweise ist heute als weitgehend überholt zu betrachten.<sup>24</sup> Verursacht ein Marktzutritt versunkene Kosten, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass ein Monopolist durch potentiellen Wettbewerb diszipliniert wird. Die Argumentation der älteren Literatur enthält insofern einen Denkfehler, als die Marktzutrittsentscheidungen etwaiger neuer Wettbewerber sich nicht nach den derzeit im Markt vorherrschenden, sondern nach den im Falle eines Marktzutritts zu erwartenden Verhältnissen richtet. Wie schon bei der Diskussion der Theorie bestreitbarer Märkte erläutert, motiviert die Ausbeutung von Marktmacht durch einen Monopolisten andere Anbieter nur dann zum Marktzutritt, wenn diese damit rechnen können, dass die Kunden schnell auf ihre Angebote reagieren und sie ihre versunkenen Kosten wieder hereinbekommen, ehe der Monopolist selbst auf den Marktzutritt reagiert. Ist zu erwarten, dass der Monopolist schnell und hart auf Marktzutritt reagiert, so wird es auch dann nicht zum Marktzutritt kommen, wenn er sein Monopol schamlos ausbeutet.

In Anbetracht dessen, dass die Profitabilität des Marktzutritts von den erwarteten Reaktionen des Monopolisten abhängt, hat der Monopolist ein Interesse daran, für den Fall des Marktzutritts Reaktionen anzudrohen, die den Marktzutritt als unprofitabel erscheinen lassen. Diese Drohung nach erfolgtem Marktzutritt eines Wettbewerbers auch wahr zu machen, mag Verluste mit sich bringen, doch dient sie – über die Elimination des Wettbewerbers hinaus – dem Aufbau einer Reputation, die etwaige zukünftige

<sup>23</sup> Vgl. Kruse, J., Deregulierungsbedarf bei Ferngesprächen, a.a.O., Immenga, U. u.a., Telekommunikation im Wettbewerb, a.a.O.

<sup>24</sup> Vgl. Bolton, P., Brodley, J.F., Riordan, M., Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, in: Georgetown Law Journal, Vol. 88 (2000) sowie die nachfolgende Auseinandersetzung zwischen Elzinga, K.G., Mills, D.E., Predatory Pricing and Strategic Theory, in: Georgetown Journal, Vol. 89 (2001) und Brodley et al., Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy: Response to Critique and Further Elaboration, in: Georgetown Law Journal, Vol. 89 (2001).

Wettbewerber abschreckt. Dies kann sich sehr wohl lohnen, da es den Spielraum für zukünftigen Ausbeutungsmisbrauch erhöht.<sup>25</sup> Dabei kommt es nicht unbedingt darauf an, dass man die potentiellen Wettbewerber abschreckt. Es genügt schon, wenn man die etwaigen Kapitalgeber der potentiellen Wettbewerber abschreckt, so dass diese nicht die für einen Marktzutritt erforderlichen Mittel aufbringen können.<sup>26</sup>

Im Übrigen besteht die Strategie des Monopolisten nicht allein in der schnellen Reaktion auf die vollzogenen Marktzutritte. Er erhöht auch bereits *im voraus* die Kosten des Marktzutritts für Konkurrenten, indem er z.B. Verzögerungen bei der Realisierung von Zusammenschaltungen strategisch plant und auch bei Interventionen der RegTP grundsätzlich Rechtsmittel einlegt, indem er Rabattsysteme einführt, die Kundenbindungen zur Folge haben, oder Koppelangebote macht, die Zutritte zu Teilmärkten erschweren. Dass solche *Behinderungsstrategien* seitens des Marktbeherrschers nicht nur eine theoretische Möglichkeit sind, zeigt die Praxis der vergangenen zwei Jahre.

33. Zur Verhinderung von Verdrängungsmisbräuchen ist die von der DTAG und verschiedenen Wissenschaftlern<sup>27</sup> propagierte „maßgeschneiderte Bottleneck-Regulierung“ wenig tauglich. Zum einen betrifft eine solche „maßgeschneiderte Bottleneck-Regulierung“ nur den Zugang der Wettbewerber zu den wesentlichen Einrichtungen und erfasst nicht das Geschehen auf den Absatzmärkten selbst. Zum anderen ist die Vorstellung illusorisch, die Zugangsregulierung funktioniere so reibungslos, dass der Besitzer der wesentlichen Einrichtung nicht in der Lage ist, seine Macht über Zugangsmöglichkeiten zur Behinderung des Wettbewerbs in den Absatzmärkten zu nutzen. Die physischen Vorgänge bei der Gewährung des Zugangs sind insgesamt zu komplex, als dass es möglich wäre, durch eine genaue Beschreibung der Tatbestände jegliche Behinderungsmöglichkeit, etwa bei der Einhaltung von Fristen oder bei der Verlässlichkeit von Kli-

<sup>25</sup> Vgl. Selten, R., *The Chain Store Paradox*, Theory and Decision, Institute for Mathematical Economics, Working Papers 18, Rheda 1976. Der Fall *United States v. AMR Corp.*, Civ. Action No. 99-1180-JTM in den USA enthält hierzu konkretes Anschauungsmaterial, siehe auf dem Netz unter <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f2400/2438.htm>.

<sup>26</sup> Bolton, P., Brodley, J.F., Riordan, M., *Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy*, a.a.O., S. 2304 ff. belegen diese Möglichkeit durch verschiedene Beispiele aus der Geschichte des US-amerikanischen Telekommunikationssektors.

<sup>27</sup> Vgl. Knieps, G., *Rückführung sektorspezifischer Regulierung auf dem deutschen TK-Markt*, a.a.O., Immenga, U. u.a., *Telekommunikation im Wettbewerb*, a.a.O.

maanlagen in Kollokationsräumen, wirksam auszuschließen. Zum dritten schließlich wird die Zugangsregulierung überhaupt zumindest zeitweise ausgehebelt, wenn der Besitzer der wesentlichen Einrichtung durch das Verlangen nach einstweiligem Rechtsschutz die vom Gesetz vorgesehene sofortige Vollziehbarkeit von Anordnungen der RegTP aushebelt. Dass das Verlangen nach einstweiligem Rechtsschutz möglicherweise jeglicher Grundlage entbehrt und einige Monate später die Anordnung auf Zugangsgewährung gleichwohl rechtswirksam wird, ist dann unerheblich, wenn der Besitzer der wesentlichen Einrichtung die Zwischenzeit genutzt hat, um auf einem neu entstehenden Absatzmarkt eine Monopolstellung zu besetzen. Die Entwicklung der Märkte für breitbandigen Zugang zum Internet über den Teilnehmeranschluss (DSL) im Jahr 2001 liefert hierfür Anschauungsmaterial.

34. Die vorstehend geäußerte Skepsis hinsichtlich der Möglichkeit, den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen regulatorisch so genau zu spezifizieren, dass ein Verdrängungsmissbrauch auf den Absatzmärkten ausgeschlossen wird, betrifft auch die von der DTAG geforderte definitive Spezifizierung einer Liste von Tatbeständen, die der Zugangsregulierung unterliegen. Jegliche Liste von Zugangstatbeständen ist der Natur der Sache nach unvollständig; auch wenn eine solche Liste sehr umfangreich ist, wird es immer noch weitere Aspekte der physischen Vorgänge bei der Gewährung des Zugangs geben, die nicht auf der Liste stehen und bei denen die Zugangsmöglichkeiten behindert werden können. Um dem vorzubeugen, ist die vom Gesetz vorgesehene Pauschalkompetenz der Zugangsregulierung erforderlich, die der RegTP die Möglichkeit gibt, auch solche Tatbestände in die Zugangsregulierung einzubeziehen, die neu auftreten oder deren Bedeutung erst neu erkannt wird.<sup>28</sup> Dass jegliche Liste von Zugangstatbeständen unvollständig sein wird, sollte gerade denen einleuchten, die die Kompetenz staatlicher Behörden zu präziser und angemessener Intervention misstrauisch beurteilen und daher für einen raschen Abbau sektorspezifischer Regulierung plädieren; ihr Misstrauen müsste auch der Präzision und Angemessenheit einer „maßgeschneiderten“ Liste von „Bottle-necks“ gelten.

<sup>28</sup> Dies entspricht der in der Theorie „unvollständiger Verträge“ entwickelten Vorstellung, dass pauschale Kompezenzuweisungen dort angebracht sein können, wo detaillierte rechtliche oder vertragliche Regelungen Lücken aufweisen, da nicht alle Eventualitäten im vorhinein geregelt werden können, vgl. Hart, O., *Firms, Contracts, and Financial Structure*, Oxford 1995, insbesondere Kapitel 2 und 3.



35. Die Monopolkommission hatte in ihrer Stellungnahme vom Dezember 1999 die fortdauernde Notwendigkeit der Ex-ante-Entgeltregulierung im Ferngesprächsbereich damit begründet, dass die Ex-ante-Entgeltregulierung besser als jegliche Ex-post-Intervention dazu geeignet ist, Verdrängungsmisbräuche wirkungsvoll zu bekämpfen. Ex-post-Interventionen sind dazu schon deshalb weniger geeignet, weil sie oft erst greifen, wenn der Schaden schon geschehen ist. Der Marktbeherrscher hat vielfältige Möglichkeiten, im Zuge des Verfahrens darauf hinzuwirken, dass eine Ex-post-Intervention hinausgezögert wird. Die Zeit arbeitet dabei für ihn, zumindest wenn die strittigen Preise bis zum Abschluss des Verfahrens weiterhin gelten. Die Ex-ante-Regulierung kann demgegenüber dafür sorgen, dass die missbräuchlichen Preise gar nicht erst zugelassen werden.

Die Monopolkommission hat ferner ausgeführt, dass das mit der Ex-ante-Entgeltregulierung verbundene Verfahren der Bearbeitung der Anträge bei der RegTP automatisch Verzögerungen in der Reaktion der DTAG gegenüber Maßnahmen der Wettbewerber mit sich bringt. Die Wettbewerber bekommen die Möglichkeit, während einigen Wochen die Früchte ihrer Maßnahmen zu ernten, ehe der Marktbeherrscher reagiert. Aus der Perspektive der Theorie bestreitbarer Märkte wäre dieser Effekt zu begrüßen, da er die Problematik der durch versunkene Kosten begründeten Marktzutrittsbarrieren entschärft. Diese Sichtweise entspräche der von den Urhebern der Theorie bestreitbarer Märkte entwickelten Vorstellung, dass es sich bei dieser Theorie weniger um eine deskriptive Theorie handelt, die beschreibt, wie die Märkte funktionieren, als vielmehr um eine normative Theorie, die beschreibt, auf welche Funktionsweise der Märkte die Regulierung hinwirken sollte. Verzögerungen von Reaktionen des Marktbeherrschers, überhaupt Verhinderungen von "punitive pricing responses" durch den Marktbeherrscher stehen im Zentrum dieser normativen Interpretation der Theorie bestreitbarer Märkte.<sup>29</sup>

36. Wie die US-amerikanische Diskussion im Vorfeld der Deregulierungsentscheidung von 1995 zeigte, wird das Problem des Verdrängungsmisbrauchs entschärft, wenn die Wettbewerber des Marktbeherrschers so stark sind, dass ein Verdrängungsversuch allenfalls auf längere Sicht und unter großen Kosten gelingen könnte. Dies ist der Fall, wenn die Wettbewerber finanziell stabil sind und selbst so hohe Kosten in Kundenbindungen und

<sup>29</sup> Baumol, W., Panzar, J., Willig, R., *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, New York u.a. 1982, S. 361.

Infrastrukturinvestitionen versenkt haben, dass ein Marktaustritt für sie nicht attraktiv ist. Für die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist daher die Infrastrukturausstattung der Wettbewerber von zentraler Bedeutung. Infrastrukturbasierter Wettbewerb kann eher und umfassender auf Regulierung verzichten als ein reiner Dienstewettbewerb.

1999 haben die Wettbewerber der Monopolkommission gegenüber ausgeführt, sie seien dabei, umfassende Investitionen zu tätigen, um eigene Infrastrukturen aufzubauen und dadurch die Abhängigkeit von den Vorleistungen der DTAG zu verringern. Um festzustellen, inwiefern diese Pläne realisiert worden sind und welche Abhängigkeiten von den Vorleistungen der DTAG heute noch bestehen, hat die Monopolkommission das Wissenschaftliche Institut für Kommunikationsdienste mit einem weiteren empirischen Gutachten beauftragt. Die Ergebnisse dieser Untersuchung finden sich in Teil III der vorliegenden Stellungnahme.

37. Die Bedeutung der Infrastrukturinvestitionen der Wettbewerber für die Entschärfung der Verdrängungsproblematik und die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG sollte nicht zu dem Schluss führen, es komme darauf an, den infrastrukturbasierten Wettbewerb zu forcieren, gegebenenfalls zu Lasten des reinen Dienstewettbewerbs. Infrastrukturbasierter Wettbewerb und reiner Dienstewettbewerb ergänzen sich. Alternative Infrastrukturen sollten dort eingerichtet werden, wo dies gesamtwirtschaftlich effizient ist. Sind die volkswirtschaftlichen Kosten des Aufbaus alternativer Infrastrukturen aber höher als der daraus resultierende Nutzen, so ist Wettbewerb auf der Ebene der Dienste zu erreichen. Dieser erfordert allerdings ein größeres Maß an langfristiger wettbewerbsgestaltender Basisregulierung und insbesondere die fortlaufende Regulierung der infrastrukturabhängigen Vorleistungen.

### *1.5 Deregulierung einzelner Bereiche und Teilmärkte?*

38. Die schon 1999 feststellende Unterschiedlichkeit der Wettbewerbsentwicklung wirft die Frage auf, ob eine *bereichsweise* Deregulierung angebracht sein könnte, etwa eine Rückführung der Ex-ante-Entgeltregulierung bei Ferngesprächen im Festnetz bei Fortdauer der Ex-ante-Entgeltregulierung bei Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen. Ob eine solche Deregulierung eines Bereichs überhaupt angebracht ist, sei zunächst einmal dahingestellt. Unabhängig von dieser zweiten Frage hält die Monopolkommission eine bereichsweise Deregulierung grundsätzlich für möglich, sofern genügende *institutionelle Kautelen* geschaffen werden, um zu

verhindern, dass Quersubventionierungspotentiale zwischen den verschiedenen Bereichen missbraucht werden. In den USA bestand eine solche institutionelle Kautele darin, dass man, wie oben erwähnt, 1984 den Ferngesprächsbereich und den Bereich der Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche unternehmerisch getrennt hat und dass man auch bei der Gesetzesreform 1996 die Zulassung der lokalen Telefongesellschaften zum Wettbewerb bei Ferngesprächen an die Feststellung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im jeweiligen Ortsbereich gebunden hat. Bemerkenswerterweise ist dies noch für keine der lokalen Telefongesellschaften festgestellt worden. In Deutschland steht das Instrument der unternehmerischen Trennung nicht mehr zur Verfügung. Um so dringlicher ist es, durch entsprechende Maßgaben für die jeweiligen Kostenrechnungen der verschiedenen Bereiche dafür zu sorgen, dass die Quersubventionierungsproblematik entschärft wird.

39. Die vorstehend genannte Möglichkeit einer Deregulierung ist streng zu trennen von der Möglichkeit einer „marktweisen“ Deregulierung, bei der nicht nach großen Funktionsbereichen, sondern nach einzelnen Märkten unterschieden wird. Die Monopolkommission steht dieser Möglichkeit skeptisch gegenüber. Dabei verkennt sie nicht, dass eine solche „marktweise“ Deregulierung insofern dem Gesetz entspricht, als nach § 25 TKG die Ex-ante-Entgeltregulierung an das Vorhandensein einer marktbeherrschenden Stellung gebunden ist, und daher die Ex-ante-Entgeltregulierung Markt für Markt entfällt, wenn jeweils eine marktbeherrschende Stellung nicht mehr festzustellen ist.

Die Skepsis der Monopolkommission bezüglich der Möglichkeit einer „marktweisen“ Deregulierung gründet sich auf die Erwägung, dass die oben formulierte Forderung nach institutionellen Kautelen zur Entschärfung von Quersubventionierungspotentialen kaum zu realisieren ist. Verschiedene Telekommunikationsdienstleistungen, die nach ihrer Rolle im Unternehmen als gleichartig zu betrachten sind, werden unterschiedlichen Regulierungsregimes unterworfen sein, die einen mit, die anderen ohne Ex-ante-Entgeltregulierung, bei weitgehend willkürlicher Zurechnung von Gemeinkostenelementen auf die einzelnen Leistungen. Die in den letzten Monaten in Gang gekommenen Verfahren zur Herausnahme bestimmter Leistungen wegen Fehlens einer marktbeherrschenden Stellung lassen erwarten, dass der Versuch einer „marktweisen“ Deregulierung auch mit den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Schwierigkeiten der angemessenen Marktabgrenzung zu kämpfen hätte.

## 2 Marktstrukturen und Wettbewerbsintensität im Festnetz

### 2.1 Entwicklung der Telekommunikationsdienste im Überblick

40. Die Umsätze im Wirtschaftsbereich Telekommunikationsdienste sind in den Jahren 1999 und 2000 stark gestiegen und liegen zuletzt bei mehr als 108 Mrd. DM (vgl. Tab. 1). Treiber dieses Wachstums ist der Mobilfunk. Das Umsatzvolumen für Mobiltelefondienste liegt im Jahr 2000 mit 35,2 Mrd. DM fast doppelt so hoch wie im Jahr 1998. Ebenfalls stark gestiegen sind die Umsätze bei den Carriergeschäften. Dieser Anstieg ist vor allem auf die zunehmende Nachfrage nach Terminierungs- und Zuführungsleistungen aus und in Mobilfunknetze zurückzuführen.

Rückläufig ist das Umsatzvolumen bei den Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen; im Wesentlichen handelt es sich hier um Sprachtelefondienst und Internetzugang. Dies spiegelt Preisrückgänge bei Fern- und Auslandsgesprächen sowie beim Zugang zum Internet. Die Mengen an Verbindungsminuten sind weiterhin stark gestiegen.

41. Betrachtet man die Verteilung der Umsatzanteile insgesamt, zeigt sich, dass die Anteile der Wettbewerber *stetig gestiegen* sind und im Jahr 2000 bereits 40 % erreicht haben. Dieser Anstieg spiegelt weniger die Verschiebung von Marktanteilen innerhalb der einzelnen Bereiche als vielmehr das Wachstum der Mobilfunkmärkte relativ zu den Märkten der Festnetzkommunikation. Die Mobilfunkmärkte waren von Anfang an für den Wettbewerb geöffnet; hier haben die Wettbewerber die hohen Marktanteile, die sie von Anfang an hatten, im Zuge der Marktexpansion halten und sogar ausbauen können. In den Jahren 1999 und 2000 liegt ihr Anteil im Mobilfunk konstant bei etwa 70 % (vgl. Tab. 2). Sehr viel niedriger liegen die Umsatzanteile der Wettbewerber bei den Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen mit insgesamt 18 % und bei sonstigen Leistungen mit 22 % im Jahre 2000.

Ebenfalls stark zugenommen hat der Umsatzanteil der Wettbewerber bei den Mietleitungen. Dies ist die Folge des Aufbaus alternativer Verbindungsnetze durch die Wettbewerber der DTAG, was zu einem konkurrierenden Angebot von Mietleitungen vor allem auf den Haupttrassen geführt hat.

Tabelle 1:

**Entwicklung der Umsätze für Telekommunikationsdienste  
in Mrd. Euro (in Klammern: Mrd. DM)**

	1998 <sup>1</sup>	1999 <sup>1</sup>	2000
Gesamtmarkt	43,15 (84,4)	47,7 (93,3)	55,32 (108,2)
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen <sup>2</sup>	23,42 (45,8)	21,68 (42,4)	20,96 (41,0)
Mobiltelefondienst <sup>3</sup>	9,51 (18,6)	13,14 (25,7)	18 (35,2)
Mietleitungen	1,07 (2,1)	1,18 (2,3)	1,23 (2,4)
Carriergeschäft (Interconnection) <sup>4</sup>	1,79 (3,5)	3,68 (7,2)	5,27 (10,3)
Kabelfernsehen	2,3 (4,5)	2,45 (4,8)	2,56 (5,0)
Sonstige <sup>5</sup>	5,06 (9,9)	5,57 (10,9)	7,31 (14,3)

<sup>1</sup> Differenzen zu früheren Angaben (vgl. Monopolkommission, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten, a.a.O., S. 18) durch Neuberechnung der RegTP. Im Jahr 1998 tritt eine Verringerung des Gesamtmarktes ein, da nach neuer Systematik ausschließlich Umsatzerlöse in Deutschland betrachtet werden. Im Jahr 1998 noch enthaltene Umsätze infolge der Zusammenschaltung mit ausländischen Netzen wurden eliminiert (Auslandsumsatz). Die in Sondergutachten 29 angegebenen Marktvolumina zum Jahr 1999 stellten vorläufige Hochrechnungen aufgrund erhobener Daten des 1. Quartals 1999 dar. Nach den jüngsten Erhebungen sind diese übertroffen worden.

<sup>2</sup> Der Markt für Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen beinhaltet sämtliche Festnetzdienstleistungen der Lizenznehmer mit Endkunden und Wiederverkäufern, insbesondere die Bereitstellung des Anschlusses und das Herstellen von Wählverbindungen im Rahmen des Sprachtelefondienstes und des Internetzugangs. Wählverbindungen zu Mehrwertdiensten und in das Internet schließen Leistungen ein, die über das bloße Herstellen der Verbindung hinausgehen (Informationsinhalte). Die Umsatzerlöse der Wiederverkäufer sind eingeschlossen.

<sup>3</sup> Umsatzerlöse der Netzbetreiber und der Service-Provider.

<sup>4</sup> Zusammenschaltungsleistungen, Anmietung von Teilnehmeranschlussleitungen, Inkassoleistungen und Preselectionleistungen.

<sup>5</sup> Datenkommunikationsdienste. Leistungen für Corporate Networks, Rundfunkübertragungsdienste, Multimediadienste, Funkdienste, Mehrwertdienste. Enthalten sind u.a. auch Leistungen der Netzbetreiber wie Kollokationsleistungen (gemeinsame Nutzung von Gebäuden).

Quelle: RegTP

*Tabelle 2:*

**Umsatzanteile der Wettbewerber bei Telekommunikationsdiensten  
in Prozent**

	1998	1999	2000
Gesamtmarkt	26	34	40
Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen	6	14	18
Mobiltelefondienst	68	70	70
Mietleitungen	10	30	42
Carriergeschäft (Interconnection)	54	47	48
Kabelfernsehen	41	44	46
Sonstige	24	17	22

Quelle: RegTP

42. Die stürmische Expansion der Mobilfunkmärkte wirft die Frage auf, inwiefern eine getrennte Behandlung von Festnetz- und Mobilfunktelefonie noch den Verhältnissen in den Märkten gerecht wird. Zur Untersuchung dieser Frage hat die Monopolkommission, wie erwähnt, beim Wissenschaftlichen Institut für Kommunikationsdienste eine empirische Untersuchung in Auftrag gegeben.<sup>30</sup> Diese kommt zu dem Ergebnis, dass die bisherigen Entwicklungen noch nicht zu einer integrierten Behandlung von Festnetz- und Mobilfunkkommunikation Anlass geben. Beide sind weiterhin verschiedenen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen.

Auf der Ebene der Verbindungsleistungen gibt es zwar Substitution, doch ist diese nicht besonders stark. Bei Verbindungen zu Festnetzanschlüssen und bei Verbindungen in ausländische Netze bestehen erhebliche Preisvorteile im Festnetz; für die Preissetzung im Festnetz spielt der Wettbewerb des Mobilfunks allenfalls eine untergeordnete Rolle. Die geringe Substitution zwischen Festnetz- und Mobilfunkanschlüssen zeigt sich bei der Ent-

<sup>30</sup> Vgl. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, Wettbewerbliche Auswirkungen des Mobilfunks auf Sprachtelefonie und Datenübertragung im Festnetz, Bad Honnef, August 2001.

wicklung der Penetrationsraten. Das enorme Wachstum bei den Mobilfunkanschlüssen hat nicht zu einer Verringerung der Anzahl von Festnetzanschlüssen geführt. Integrierte Produkte mit fixen und mobilen Komponenten sind zu wenig verbreitet, als dass davon schon Wirkungen auf die sachliche Marktabgrenzung ausgehen könnten.

Die Monopolkommission untersucht daher die Wettbewerbsverhältnisse in den Märkten der Festnetztelefonie unabhängig von den Mobilfunkmärkten. Die Märkte der Festnetztelefonie werden, wie erwähnt, weiterhin in die Gruppe der Märkte für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche, der Märkte für Inlandsferngespräche im Festnetz, für Auslandsferngespräche im Festnetz und der Vorleistungsmärkte unterteilt.

## *2.2 Sprachtelefondienste im Festnetz*

43. Das Umsatzvolumen der Telekommunikationsdienste auf der Basis von Festnetzanschlüssen ist in den vergangenen zwei Jahren weiter rückläufig. Ihr Anteil an den Umsätzen bei den gesamten Telekommunikationsdiensten betrug im Jahr 2000 noch 37 %. Nach einer Prognose der RegTP auf Basis der Zahlen für das erste Quartal wird dieser Anteil am Ende des Jahres 2001 bei nur noch bei 33 % liegen.

44. Diese Entwicklung ergibt sich auf der Grundlage eines weiter steigenden Verkehrsvolumens. Im Jahr 2000 wurden im Festnetz 282 Mrd. Verbindungsminuten generiert (vgl. Tabelle 3). Davon entfielen 72 Mrd. Minuten auf die Wettbewerber, was einem Anteil von 25,8 % entspricht (vgl. Tabelle 4). Die Prognose der RegTP sieht für das Jahr 2001 ein weiterhin steigendes Verkehrsvolumen vor. Dabei geht die Behörde von einer Größenordnung von etwa 334 Mrd. Minuten und einem Anteil der Wettbewerber von 25,2 % aus.

45. Die Anteile der Wettbewerber an den Umsätzen liegen deutlich niedriger (vgl. Tabelle 4). Nach 14 % im Jahr 1999 erreichen die Konkurrenten der DTAG im Jahr 2000 bei den Festnetzdiensten einen Anteil von 17,8 %. Im ersten Quartal 2001 ist ihr Umsatzanteil mit 17,6 % sogar wieder leicht rückläufig. Ursache der Differenz zwischen den höheren Anteilen der Wettbewerber nach Verkehrsvolumen im Vergleich zum Umsatz ist das weiterhin bestehende Preisgefälle zwischen den Anbietern. Die Preise der DTAG für Sprachtelefondienste und Internetzugang liegen höher als die der Wettbewerber. Das spiegelt sich darin, dass die Marktposition der Wettbewerber nach Umsätzen schlechter ist als nach Verbindungsminuten.

Tabelle 3:

**Verbindungsminuten für Festnetzdienste insgesamt in Mrd. Min.**

	1998	1999	2000	2001 <sup>1</sup>
Gesamt	197	237	282	334
DTAG	185	192	210	251
Wettbewerber	12	45	72	83

<sup>1</sup> Schätzung auf der Grundlage der Ergebnisse für das 1. Quartal 2001.

Quelle: RegTP

Tabelle 4:

**Anteile der Wettbewerber bei den Telekommunikationsdiensten  
auf der Basis von Festnetzanschlüssen<sup>1</sup> in Prozent**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Verbindungsminuten	5,9	19,3	25,8	25,2
Umsätze	6,0	14,0	17,8	17,6

<sup>1</sup> Der Markt für Leistungen auf der Basis von Festnetzanschlüssen beinhaltet sämtliche Festnetzdienstleistungen der Lizenznehmer mit Endkunden und Wiederverkäufern, insbesondere die Bereitstellung des Anschlusses und das Herstellen von Wählverbindungen im Rahmen des Sprachtelefondienstes und des Internetzugangs. Wählverbindungen zu Mehrwertdiensten und in das Internet schließen Leistungen ein, die über das bloße Herstellen der Verbindung hinausgehen (Informationsinhalte). Die Umsatzerlöse der Wiederverkäufer sind eingeschlossen.

Quelle: RegTP

46. Wie in den Jahren zuvor sind auf den Märkten für Sprachtelefondienste im Festnetz unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse zu beobachten. Während es auf den Märkten für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche weiterhin kaum Wettbewerb gibt, haben die Wettbewerber in den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche und für Gespräche in Mobilfunknetze



beachtliche Marktanteile errungen. Insbesondere die Fernbereiche weisen eine im Vergleich zum Ortsnetz spürbar höhere Wettbewerbsintensität auf.

### 2.2.1 Teilnehmeranschlüsse

47. Die Gesamtzahl der Teilnehmeranschlüsse<sup>31</sup> im Festnetz lag Ende des ersten Quartals 2001 bei über 50 Mio. (vgl. Tabelle 5). Davon werden 49,85 Mio. Anschlüsse von der DTAG betrieben. Dies entspricht einem Marktanteil von 97,9 %.

Tabelle 5:

#### Anzahl der Teilnehmeranschlüsse<sup>1</sup> in Mio. und Anteile in Prozent

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Gesamt	46,53	48,21	50,22	50,9
DTAG	46,37 (99,7 %)	47,81 (99,2 %)	49,36 (98,3 %)	49,85 (97,9 %)
Wettbewerber	0,16 (0,3 %)	0,4 (0,8 %)	0,86 (1,7 %)	1,05 (2,1 %)

<sup>1</sup> Teilnehmeranschlüsse im Sinne von Telefonkanälen.

Quelle: RegTP; eigene Berechnungen

Der Marktanteil der Wettbewerber differiert je nach technischer Ausgestaltung der Anschlüsse (vgl. Tabelle 6). Den niedrigsten Marktanteil halten die Wettbewerber mit 0,6 % bei den analogen Anschlüssen. Der Grund dafür liegt in der Kosten-Preis-Schere, die sich aus dem Endkundenpreis der DTAG in Höhe von 21,39 DM (10,94 Euro) für den analogen Teilnehmeranschluss und dem mit 24,40 DM (12,48 Euro) höheren Entgelt für die Miete der TAL durch die Wettbewerber ergibt. Auf dieser Grundlage ist ein kostendeckendes Angebot auf der Basis der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung nicht möglich.

<sup>31</sup> Gemeint sind Teilnehmeranschlüsse im Sinne von Telefonkanälen. Der analoge Teilnehmeranschluss besitzt einen Telefonkanal; ISDN-Basisanschlüsse besitzen zwei Telefonkanäle und ISDN-Primärmultiplexanschlüsse 30 Telefonkanäle.

Tabelle 6:

**Marktanteile der Wettbewerber bei den Teilnehmeranschlüssen  
nach technischen Segmenten in Prozent**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Gesamt	0,3	0,8	1,7	2,1
Analog	-	0,2	0,5	0,6
ISDN-Basisanschlüsse <sup>1</sup>	1,0	1,5	2,8	3,3
ISDN-Primär-Multiplex-Anschlüsse <sup>2</sup>	2,1	5,9	9,3	9,8

<sup>1</sup> Zwei unabhängig voneinander nutzbare Sprachkanäle mit einer Bitrate von 64 kb/s je Anschluss.

<sup>2</sup> Dreißig unabhängig voneinander nutzbare Sprachkanäle mit einer Bitrate von 64 kb/s je Anschluss.

Quelle: RegTP

48. ISDN-Anschlüsse sind entweder Basis- oder Primär-Multiplex-Anschlüsse. Beide unterscheiden sich durch die Anzahl der verfügbaren Kanäle. Der Basisanschluss verfügt über zwei Kanäle und ist für die private und gewerbliche Nutzung geeignet. Primär-Multiplex-Anschlüsse verfügen über dreißig Kanäle und werden von größeren Unternehmen nachgefragt. Bei letzteren erreichen die Wettbewerber im ersten Quartal 2001 einen Marktanteil von 9,8 %, bei ersteren nur von 3,3 %. Letzteres ist deshalb verwunderlich, da es hier aufgrund des wesentlich höheren Endkundenpreises der DTAG keine Kosten-Preis-Schere gibt.<sup>32</sup> Als mögliche Ursachen für den weiterhin schleppenden Zugewinn an Marktanteilen bei den ISDN-Anschlüssen können die hohen einmaligen Kosten der Umstellung und die seitens der Wettbewerber immer wieder beklagten Verzögerungen bei der Umstellung der Anschlüsse durch die DTAG angeführt werden. In ihrer Untersuchung zum Ortsnetzettbewerb weist die RegTP für den

<sup>32</sup> Der Preis für den ISDN-Basisanschluss der DTAG liegt bei 22,95 Euro (44,89 DM). Im Vergleich dazu sind günstigere Angebote auf dem Markt; z. B. kostet der ISDN-Basisanschluss bei Arcor 20,40 Euro (39,90 DM). Der Anschluss ist allerdings nicht überall verfügbar.

Zeitpunkt Ende September 2000 auf mehr als 15.000 offene TAL-Bestellungen hin.<sup>33</sup> Im Zusammenhang mit dem nachträglichen Entgeltregulierungsverfahren für DSL-Anschlüsse, das Ende März 2001 abgeschlossen wurde, hat die DTAG allerdings den Abbau von Auftragsrückständen u. a. bei der TAL zugesagt.

49. Die Wettbewerber konzentrieren ihr Angebot auf ISDN-Anschlüsse. Ende 2000 lag die Relation von ISDN-Kanälen zu analogen Kanälen bei den Wettbewerbern bei 83 % zu 17 %. Bei der DTAG beträgt dieses Verhältnis zu demselben Zeitpunkt 35 % zu 65 %. Bezogen auf alle Kanäle beträgt der Anteil der analogen Kanäle Ende des 1. Quartals 2001 noch knapp zwei Drittel. Vergleicht man die Anzahl der analogen *Anschlüsse* mit der Anzahl der ISDN-Basisanschlüsse – was in aller Regel nicht gemacht wird – liegt der Anteil der Analoganschlüsse Ende des ersten Quartals 2001 sogar noch bei 75 %.<sup>34</sup> Ihr Anteil nimmt zwar im Zeitverlauf ab, da mehr und mehr Kunden den höherwertigen ISDN-Anschluss nachfragen. Dieser Rückgang vollzieht sich aber nur allmählich (vgl. Tabelle 7).

Tabelle 7:

**Verhältnis analoger Kanäle zu ISDN-Kanälen bei den Teilnehmeranschlüssen (analog/ISDN = 100 %)**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Wettbewerber analog/ISDN	15/85	21/79	17/83	17/83
DTAG analog/ISDN	78/22	72/28	65/35	63/37
Gesamt analog/ISDN	78/22	72/28	64/36	62/38

Quelle: RegTP

<sup>33</sup> Vgl. RegTP, Ortsnetzwettbewerb 2000, Situationsbericht zum deutschen Ortsnetzwettbewerb, Juli 2001, S. 24.

<sup>34</sup> Ende des ersten Quartal 2001 gab es insgesamt 31,4 Mio. analoge Anschlüsse sowie 7,9 Mio. ISDN-Basisanschlüsse. Die Anzahl der Primärmultiplexanschlüsse lag bei 116.885.

Kurzfristig ist das faktisch gegebene und zumindest teilweise auf die Kosten-Preis-Schere zurückzuführende Monopol der DTAG bei den Analoganschlüssen von erheblicher Bedeutung. Dieses Monopol macht es den Wettbewerbern schwer, ein Massengeschäft zur Erwirtschaftung von Deckungsbeiträgen zu entwickeln. Darüber hinaus beeinträchtigt es die Wettbewerbsverhältnisse in *allen* Endkundenmärkten, da (i) die Wettbewerber in anderen Endkundenmärkten auf die lokale Zuführung und Terminierung beim Teilnehmeranschluss angewiesen sind und (ii) die DTAG aus ihrem faktischen Monopol beim Teilnehmeranschluss auch im Hinblick auf den Wettbewerb in anderen Märkten erhebliche Vorteile zieht; so hat sie von vornherein mehr Information über das Kundenverhalten, und ist die Entwicklung bzw. Pflege dauerhafter Kundenbeziehungen für sie mit deutlich geringerem Aufwand verbunden.

50. Nach Auffassung der DTAG stellt sich die Wettbewerbssituation bei den Teilnehmeranschlüssen sowohl für unterschiedliche Kundengruppen – Privat-, Geschäftskunden – als auch für unterschiedliche Regionen differenziert dar. In Ballungsräumen und für Geschäftskunden stehen alternative Teilnehmeranschlussangebote zur Verfügung. Ab einer bestimmten Größe hätten Geschäftskunden sogar flächendeckend die Möglichkeit, Anschlüsse und Ortsverkehr von Wettbewerbern zu beziehen.<sup>35</sup> Über die regionale Wettbewerbsentwicklung bei den Teilnehmeranschlüssen liegen Ergebnisse aus der Ortsnetzstudie der RegTP für insgesamt vier Städte – Frankfurt, Berlin, Düsseldorf, Köln – vor.<sup>36</sup> In Berlin und Frankfurt weichen die Marktanteile der dort agierenden Wettbewerber mit 2 % und 4 % nur geringfügig von den bundesweiten Marktanteilen ab. In Köln und Düsseldorf, wo mit NetCologne und ISIS (Arcor) vergleichsweise bedeutende City-Carrier aktiv sind, sind die Marktanteile der Wettbewerber mit 16 % und 12 % höher, aber auch hier sind die Konkurrenten weit davon entfernt, die deutlich marktbeherrschende Stellung der DTAG zu erschüttern. Im bundesweiten Vergleich dürfte die Position von NetCologne und ISIS einmalig sein.

Für eine differenzierte Analyse nach Kundengruppen stehen keine Daten zur Verfügung, weder im Hinblick auf eine Unterscheidung Privatkunden - Geschäftskunden, noch im Hinblick auf eine Unterscheidung nach Umsätzen. Es liegt auf der Hand, dass alle Telekommunikationsanbieter ein be-

<sup>35</sup> Vgl. RegTP, Ortsnetzettbewerb 2000, a.a.O., S. 41.

<sup>36</sup> Vgl. ebenda, s. 42 ff.

sonderes Interesse an Geschäftskunden mit ihrem im Vergleich zu Privatkunden deutlich höheren Kommunikationsbedarf haben. Die von der DTAG behauptete höhere Wettbewerbsintensität bei Geschäftskunden spiegelt sich in dem etwas höheren Marktanteil der Wettbewerber bei ISDN-Primärmultiplex-Anschlüssen. Der hierfür vorliegende Wert von 9,8 % im ersten Quartal 2001 lässt aber vermuten, dass auch in diesem Bereich die Stellung der DTAG weiterhin unangefochten ist.

51. Der Großteil der von den Wettbewerbern betriebenen Teilnehmeranschlüsse ist von der DTAG *gemietet*. Dies hat zwei Gründe: Der Aufbau eigener Anschlussnetze erfordert im Vergleich zur Miete der TAL erhebliche Investitionen und ist außerordentlich zeitaufwendig. Eine Reduplizierung des Netzes der DTAG bis in alle Kapillaren der Anschlüsse in jedes Haus dürfte auch volkswirtschaftlich nicht sinnvoll sein. Eigene Anschlüsse der Wettbewerber dürften nur bei einer entsprechenden Umsatzhöhe pro Kunden und einer hohen Anschlussdichte profitabel und auch volkswirtschaftlich sinnvoll sein. Alternative Anslusstechologien wie Wireless Local Loop (WLL) oder Powerline stehen für eine umfassende und wirtschaftliche Nutzung auch weiterhin nicht zur Verfügung.

Im August 2001 bestanden 99 Verträge zwischen der DTAG und anderen Anbietern über den entbündelten Zugang zur TAL. Ende des ersten Quartals 2001 boten etwa 65 Unternehmen Teilnehmeranschlüsse an. Sie konzentrieren ihr Angebot allerdings weiterhin auf größere Städte und Ballungsräume. So können Ende 2000 die Kunden in knapp 50 % der Städte bis 50.000 Einwohner und immerhin noch in knapp 30 % der Städte bis 100.000 Einwohner ihren Teilnehmeranschluss nur bei der DTAG bestellen.

### 2.2.2 *Ortsgespräche*

52. Bei den Ortsverbindungen liegt der Marktanteil der Wettbewerber im ersten Quartal 2001 nach Verbindungsminuten bei 2,9 % und nach Umsätzen bei lediglich 2,2 % (vgl. Tabelle 8). Im Vergleich zu den vorhergehenden Zeiträumen ist eine Zunahme der Wettbewerbermarktanteile zu beobachten, das erreichte Niveau bleibt allerdings sehr niedrig.

53. Hauptursache für die geringen Marktanteile der Wettbewerber im Ortsnetz ist die nach wie vor gegebene Koppelung der Ortsgespräche an den Teilnehmeranschluss. Hier deuten sich für die Zukunft regulatorische Verbesserungen an, die zu einer Zunahme des Wettbewerbs bei den Orts-

gesprächen führen dürften. Entschieden hat die RegTP bereits über den Wiederverkauf (Reselling) von Teilnehmernetzleistungen (Anschlüsse, Orts- und Cityverbindungen) durch Dritte. Aktuell liegt allerdings noch kein konkretes Angebot der DTAG vor, da diese gegen den Beschluss des Regulierers Rechtsmittel eingelegt hat. Offen ist die Einführung der Verbindungsnetzbetreibervorauswahl im Ortsnetz, die für Ortsgespräche, wie auf der Fernebene, Call-by-Call und Preselection erlauben würde. Hier gibt es ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland. Die Bundesregierung hat die Einführung nach einer Übergangsphase zugesagt. Wann und unter welchen Voraussetzungen diese sein wird, ist allerdings weiterhin offen.

*Tabelle 8:*

**Marktanteile der Wettbewerber bei Ortsgesprächen in Prozent**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Verbindungsminuten	-	1	2,0	2,9
Umsätze	-	0,8	1,8	2,2

Quelle: RegTP

*2.2.3 Fern- und Auslandsgespräche*

54. Die Entwicklung des Umsatz- und Verkehrsvolumens bei den Fern- und Auslandsgesprächen zeigt, dass die Wettbewerber in den Jahren 1999 und 2000 weiterhin Marktanteile hinzu gewinnen konnten. Für das Jahr 2001 deutet sich allerdings ein Stillstand oder sogar eine rückwärtsgerichtete Entwicklung an.

Bei den Fernverbindungen inklusive der Nahverbindungen liegt der Marktanteil der Wettbewerber im Jahr 2000 nach Verkehrsvolumen bei gut 35 % und nach Umsätzen bei gut 30 % (vgl. Tabellen 9 und 10). Etwas höher liegen die Marktanteile der Wettbewerber, wenn die Fernverbindungen ohne Nahzonenverbindungen betrachtet werden. Nahzongespräche sind Verkehr in angrenzende Ortsnetze bzw. in Ortsnetze, die in einem 20 km-Radius liegen. Die Tarifierung entspricht den Ortsgesprächen, daher

werden sie oftmals den Ortsgesprächen zugerechnet. Im Unterschied zu den Ortsgesprächen ist allerdings eine Ortsvorwahl zu wählen, d.h. es besteht die Möglichkeit der Vorauswahl von Verbindungsnetzbetreibern. Da die Wettbewerbsbedingungen somit denen von Ferngesprächen entsprechen, gehören Nahverbindungen nach Auffassung der Monopolkommission eher zu den Ferngesprächen.<sup>37</sup> In den Tabellen 9 und 10 sind daher Nah- und Fernverbindungen sowohl einzeln als auch zusammengefasst ausgewiesen.

*Tabelle 9:*

**Marktanteile der Wettbewerber im Fernnetz nach  
Verbindungsminuten in Prozent**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Nahverbindungen	3	21	26	25
Fernverbindungen	16	34	41	41
Fernverbindungen inklusive Nahverbindungen	10,3	28,4	35,3	34,7
Verbindungen ins Ausland	20	48	56	51
Verbindungen in Mobilfunknetze	9	25	33	35

Quelle: RegTP; eigene Berechnungen

Die Unterschiede zwischen den Anteilen der Wettbewerber an den Verbindungsminuten und an den Umsätzen spiegeln den Umstand, dass die DTAG nach wie vor deutlich höhere Preise verlangen und durchsetzen kann als ihre Konkurrenten. Sie profitiert dabei von alten Kundenbindungen, die noch aus den Monopolzeiten bestehen, auch von dem Umstand,

<sup>37</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O. Tz. 20.

dass der Kunde, der den Teilnehmeranschluss bei ihr hat, bei einem Ferngespräch mit der DTAG weniger Ziffern wählen muss als bei einem Ferngespräch mit einem Call-by-Call-Wettbewerber.

Tabelle 10:

**Marktanteile der Wettbewerber im Fernnetz nach Umsätzen  
in Prozent**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Nahverbindungen	2	15	19	16
Fernverbindungen	11	28	34	33
Fernverbindungen inklusive Nahverbindungen	9,5	24,4	30,3	28,8
Verbindungen ins Ausland	16	27	39	37
Verbindungen in Mobilfunknetze	8	22,0	26	25

Quelle: RegTP; eigene Berechnungen

55. Die Umsatzanteile der Wettbewerber im Fernnetz werden in Tabelle 10 noch *überschätzt*. Nicht berücksichtigt wird, dass die DTAG bei Tarifen wie AktivPlus und XXL dem Kunden Verbindungen in Ortsnetze, Nah- und Fernverbindungen in der Form zur Verfügung stellt, dass die Gespräche nicht oder nur vermindert nach der Gesprächsdauer abgerechnet werden. Die Abrechnung erfolgt stattdessen durch ein monatliches Pauschalentgelt von 9,90 DM bei AktivPlus und weiteren 4,99 DM für AktivPlus in Verbindung mit XXL. In den Erhebungen der RegTP werden diese Pauschalen als gesprächsunabhängige fixe Entgelte, mithin als erhöhte Grundgebühr erfasst. Nach Auffassung der Monopolkommission ist dies nicht sachgerecht. Stattdessen sollte es eine dienstespezifische Zuordnung geben. Ein Tarif mit erhöhter Grundgebühr und niedrigeren verkehrsabhängigen Nutzungsentgelten oder einem ausschließlich pauschalen Entgelt ist



demnach in seine Einzelkomponenten aufzuteilen, d.h. in einen Normaltarif für den Teilnehmeranschluss und je einen zweistufigen Tarif für Fern- und Ortsgespräche.<sup>38</sup>

Eine dienstspezifische Zuordnung der im Rahmen von Optionstarifen erhobenen Pauschalentgelte auf die gesprächsabhängigen Umsätze würde zu einer spürbaren Erhöhung der Marktanteile der DTAG bei den Ferngesprächen führen. Mitte 2001 zählt die DTAG nach eigenen Angaben 6,8 Mio. AktivPlus-Kunden, die pro Jahr insgesamt ein Pauschalentgelt von etwa 810 Mio. DM entrichten. Wird dieser Betrag zu je einem Drittel den Orts-, Nah- und Ferngesprächen zugerechnet – genauere Informationen über die tatsächliche Aufteilung liegen der Monopolkommission nicht vor –, erhöht sich sowohl die Gesamtsumme der Umsätze mit Ferngesprächen inklusive der Nahgespräche als auch die der Umsätze der DTAG in diesem Bereich pro Jahr um jeweils 540 Mio. DM. Korrigiert man die von der RegTP erhobenen Umsatzzahlen für das Jahr 2000 um die genannte Größenordnung, führt das zu einer Erhöhung der Marktanteile der Telekom bei Ferngesprächen inklusive Nahgesprächen von bisher 68,7 % (Tabelle 10 weist die Marktanteile der Wettbewerber aus, hier 30,3 %) auf 71,4 % (Wettbewerber: 28,6 %). Würde man zusätzlich die Pauschalentgelte für den Tarif XXL, für den keine Nutzerzahlen vorliegen, entsprechend zurechnen, käme es zu einer weiteren Verschiebung der Marktanteile zugunsten der DTAG.

56. Die höchsten Marktanteile erreichen die Wettbewerber bei den Verbindungen ins Ausland. Im Jahr 2000 erwirtschafteten sie deutlich über 50 % aller Gesprächsminuten und knapp 40 % des Umsatzes. Der Monopolkommission liegen keine systematischen Informationen über Marktanteile für Gespräche in einzelne Länder vor. Solche Angaben gibt es für bestimmte Länder, z. B. für die Türkei und die USA, für die die DTAG die Feststellung des Nichtvorliegens der Marktbeherrschung beantragt und der RegTP konkrete Marktuntersuchungen vorgelegt hat. Die Beispiele der Verbindungen in die USA und in die Türkei zeigen, dass die Marktstrukturen auf diesen Märkten durchaus unterschiedlich sind. Auf beiden Märkten liegt der Marktanteil der DTAG zwar in etwa gleich, die Struktur der nachfolgenden Wettbewerber unterscheidet sich allerdings deutlich. Bei den Auslandsverbindungen in die Türkei gibt es einen zweiten marktstarken Anbieter mit annähernd gleich hohen Marktanteilen, wie sie die DTAG

<sup>38</sup> Vgl. Tz. 206.

hält, während es auf dem Markt für Gespräche in die USA ein stark zersplittertes Verfolgerfeld gibt.

57. Die Entwicklungen im ersten Quartal 2001 lassen ein Stagnieren, vielleicht sogar einen Rückgang der Wettbewerbsentwicklungen in den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche befürchten. Sowohl nach Verbindungsminuten als auch nach Umsätzen liegen die Marktanteile der Wettbewerber durchweg niedriger als im Jahr 2000. Auch wenn daraus nicht ohne weiteres auf die Entwicklung für das Jahr 2001 insgesamt geschlossen werden kann, deutet sich hier doch an, dass die Wettbewerbsdynamik in den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche deutlich nachgelassen hat. Berücksichtigt man die Marktaustritte von Wettbewerbern in den letzten Monaten (siehe unten Tz. 66 ff.) so spricht einiges dafür, dass die DTAG am Ende des Jahres 2001 gerade in den Bereichen Marktanteile zurückgewonnen haben wird, in denen bisher die Wettbewerbsintensität am höchsten war.

Betrachtet man die Wettbewerbsdynamik seit der Marktöffnung Anfang des Jahres 1998, zeigt sich, dass die DTAG im Bereich der Fern- und Auslandsgespräche vor allem im ersten Wettbewerbsjahr sehr rasch Marktanteile verloren hat.<sup>39</sup> Dies lag vornehmlich an der Preisgestaltung der DTAG, die mit den alten Monopolpreisen in den Wettbewerb gestartet war und dann von den neuen Anbietern deutlich unterboten wurde. Erst als es im dritten Quartal des Jahres 1998 zu einem vergleichsweise drastischen Einbruch der Preise und auch der Marktanteile kam, änderte die DTAG ihre Strategie und reduzierte die Preise für Fern- und Auslandsgespräche ihrerseits deutlich. In der Folge konnte sie die Marktanteilsverluste erkennbar reduzieren. Ungefähr seit Anfang des Jahres 2000 hat sich ihre Stellung im Ferngesprächsbereich inklusive Nahverbindungen bei ca. 70 % Umsatzanteil und ca. 65 % Verkehrsvolumenanteil stabilisiert. Von dieser Basis aus deutet sich jetzt eine *Rückgewinnung von Marktanteilen* an.

58. Ein Indiz für die Instabilität des Wettbewerbs im Fernbereich ist die geringe Kundenbindung. Die Untersuchungen der RegTP zeigen, dass nach wie vor ein großer Teil des Markterfolges der Wettbewerber auf Call-by-Call-Angeboten beruht (vgl. Tabelle 11). Dabei entsteht keine Kundenbindung, sondern eine zusätzliche Abhängigkeit von der DTAG, welche die Fakturierung und das Inkasso für diese Leistungen übernimmt. Nachfrager von Call-by-Call-Leistungen bleiben Kunden der DTAG und kehren

<sup>39</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz.35.

im Zweifel zu dieser zurück, wenn die Preisvorteile der neuen Anbieter entfallen oder wenn die Telekom attraktive Zusatzangebote macht.<sup>40</sup>

*Tabelle 11:*

**Kundenbindung; relativer Anteil der Nutzungsformen  
an den Verbindungsminuten in Prozent**

	1998	1999	2000	1. Quartal 2001
Offenes Call-by-Call <sup>1</sup>	61	46	39	38
Geschlossenes Call-by-Call <sup>2</sup>	1	6	6	5
Preselection <sup>3</sup>	35	34	39	39
Direkt <sup>4</sup>	3	8	10	13
Sonstige <sup>5</sup>	-	5	7	5
Gesamt <sup>6</sup>	100	100	100	100

<sup>1</sup> Verbindungsnetzbetreiberauswahl per Vorwahl einer Netzbetreiberkennzahl ohne vorherige Anmeldung.

<sup>2</sup> Verbindungsnetzbetreiberauswahl per Vorwahl einer Netzbetreiberkennzahl mit vorheriger Anmeldung.

<sup>3</sup> Dauerhafte Voreinstellung.

<sup>4</sup> Eigene Anschlüsse.

<sup>5</sup> Verbindungen, die sich nicht einer der genannten Kategorien zuordnen lassen, z.B. Freephone-Nummern.

<sup>6</sup> Differenzen zu vollen 100 Prozent beruhen auf Rundungsfehlern bei den einzelnen Positionen.

Quelle: RegTP

Zwar ist der Anteil des Call-by-Call an den vermittelten Gesprächsminuten in den Jahren 1999 und 2000 auf zuletzt 43 % (offenes plus geschlossenes Call-by-Call) zurückgegangen, er bleibt allerdings vergleichsweise hoch. Im Augenblick bedeutet dies, dass weiterhin fast die Hälfte der von den Wettbewerbern erbrachten Verbindungsminuten lediglich auf ungesi-

<sup>40</sup> Vgl. ebenda, Tz. 59.

cherten Geschäftsbeziehungen beruhen. Auf der anderen Seite ist zu sehen, dass der Preselection-Anteil sowie der Anteil der über eigene Anschlüsse vermittelten Gesprächsminuten zunimmt und Anfang 2001 zusammen bereits über 50 % an den gesamten Verbindungsminuten ausmacht. Dieser Teil des Geschäftes basiert auf einer deutlich höheren Kundenbindung.

Für die nähere Zukunft ist zu erwarten, dass der Marktanteil von Call-by-Call zurückgehen wird. Dafür sprechen die geringen Margen der Anbieter bei diesem Produkt und die zunehmende Zahl von Insolvenzen von Unternehmen, die ihren Schwerpunkt im Bereich der Call-by-Call-Angebote haben. Welche Auswirkungen dies für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs bei Fern- und Auslandsgesprächen haben wird, hängt maßgeblich davon ab, ob es den Wettbewerbern der DTAG gelingt, die ehemaligen Call-by-Call-Kunden in feste Vertragsverhältnisse einzubinden oder ob diese zur Telekom zurückwandern.

Die jüngste Untersuchung der Beratungsfirma Dialog Consult lässt vermuten, dass der Rückgang bei den Wettbewerbern im Call-by-Call-Geschäft durch eine Expansion bei Preselection und eigenen Teilnehmeranschlüssen kompensiert werden wird.<sup>41</sup> Für das Festnetzgeschäft insgesamt prognostiziert Dialog-Consult für 2001 einen geringfügigen Anstieg der Umsatzanteile der Wettbewerber von 21,4 % auf 22,8 %; dabei wird ein Rückgang des Call-by-Call-Geschäfts von ca. 38 % auf etwa 30 % der Wettbewerberanteile vorhergesagt, bei gleichzeitigem Anstieg der Anteile von Preselection und eigenen Teilnehmeranschlüssen von ca. 62 % auf 70 %.

### *2.3 Internetzugänge*

59. Internetzugänge werden vorwiegend auf der Basis des Telefonnetzes realisiert. Zugangsvarianten sind das Modem beim analogen Anschluss oder der ISDN-Anschluss. Für den breitbandigen und damit schnellen Internetzugang gibt es die Alternativen Digital Subscriber Line (DSL) und Breitbandkabel. Bei den verschiedenen DSL-Varianten (ADSL, SDSL, VDSL) wird das obere Frequenzband der Kupfer-Doppelader für die schnelle Datenübertragung und das untere Frequenzband für die Sprachtelefonie genutzt. Alternative Zugangsvarianten sind der so genannte Wireless Local Loop (WLL) über Richtfunk, Powerline über das Stromnetz so-

<sup>41</sup> Vgl. Dialog Consult/VATM: Dritte gemeinsame Marktanalyse zur Telekommunikation, Berlin 25. Oktober 2001, Abb. 6, [www.vatm.de](http://www.vatm.de).

wie Satellitenzugänge. Keiner der alternativen Zugangsmöglichkeiten kommt derzeit eine nennenswerte Bedeutung zu. Am ehesten ist für eine schnelle Verbreitung als alternative Infrastruktur das Breitbandkabel geeignet. Hier mangelt es gegenwärtig allerdings noch an der notwendigen technischen Aufrüstung. Nach der Ortsnetzstudie der RegTP boten Ende 2000 lediglich 9 der über 5000 Kabelnetzbetreiber in Deutschland einen alternativen Zugang für Internet bzw. Telefonie an.<sup>42</sup>

60. Der so genannte schnelle Internetzugang kann damit gegenwärtig vor allem über DSL realisiert werden. Der DTAG ist es auf der Grundlage ihrer Quasimonopolstellung beim Teilnehmeranschluss und der regulierungsbehördlich festgestellten, aber nicht beanstandeten Dumpingpreisstrategie beim Angebot von T-DSL gelungen, auch den Anschlussmarkt für den schnellen Internetzugang zu monopolisieren. Nach eigenen Angaben beträgt ihr Marktanteil hier Ende des Jahres 2000 bereits 99 %. Da die DTAG weiterhin eine massive DSL-Ausbaustrategie mit dem Ziel verfolgt, das vorhandene Marktpotential möglichst schnell und umfassend abzuschöpfen – Ende 2001 sollen 2,6 Mio. Anschlüsse vermarktet sein –, wird dieser Marktanteil Ende 2001 fast bei 100 % liegen.

Ein Einfallstor für den Wettbewerb bei den DSL-Anschlüssen kann das *Line sharing* werden. Dabei mieten die Wettbewerber lediglich das obere Frequenzband der Teilnehmeranschlussleitung und bieten darauf Internetzugänge an. Aus heutiger Sicht ist es allerdings mehr als zweifelhaft, dass die DTAG den Wettbewerbern hier Vorleistungsentgelte bieten wird, die es erlauben, mit den Endkundenpreisen der Telekom, die nach den Feststellungen der RegTP in ihrer Entscheidung vom 30. März 2001 Dumpingpreise sind, zu konkurrieren.

61. Nach den Erhebungen der RegTP ist der Marktanteil der Wettbewerber bei den Verbindungen in das Internet in den Jahren 1999 und 2000 deutlich gestiegen. Im ersten Quartal 2001 deutet sich auch hier eine rückwärts gerichtete Entwicklung an. Nach Verbindungsminuten lag der Anteil der Wettbewerber bei den Internetzugängen im Jahr 1999 bei 25 % und stieg im Jahr 2000 auf 28 %. Im ersten Quartal des Jahres 2001 ist ein Rückgang auf 25 % zu beobachten. Ähnlich verläuft die Entwicklung der Wettbewerbermarktanteile nach Umsätzen. Konnten die Wettbewerber im Jahr 2000 noch mehr als 31 % der Umsätze mit Verbindungen ins Internet auf

<sup>42</sup> Vgl. RegTP, Ortsnetzettbewerb 2000, a.a.O., S. 19 f.

sich ziehen, lag der Marktanteil Ende des ersten Quartals 2001 nur noch bei etwa 28 %.

## 2.4 Preisentwicklung

62. Die Preisentwicklung für die Telekommunikationsdienste im Festnetz ist in den vergangenen zwei Jahren unterschiedlich verlaufen. Weitere massive Preissenkungen hat es bei den Gesprächen ins Ausland gegeben. Nach den Ermittlungen des Statistischen Bundesamtes lagen die Preise für Auslandsgespräche im Januar 2001 um 36,5 % niedriger als im Januar 2000.<sup>43</sup> Diese Entwicklung hat sich, wenn auch in abgeschwächter Form, im Verlauf des Jahres 2001 fortgesetzt. Im August 2001 verbilligten sich die Auslandsgespräche im Jahresvergleich noch um 1,3 %.

63. Gesunken, wenn auch längst nicht so deutlich, sind die Preise für Inlandsferngespräche noch bis Mitte des Jahres 2001. Im Januar 2001 lagen die Ferngespräche im Vergleich zum Januar 2000 um 8,2 % niedriger. Im Mai 2001 war nur noch ein Rückgang von 0,6 % gegenüber Mai 2000 zu verzeichnen. Im Juni 2001 sind die Preise für Inlandsferngespräche erstmals seit der Liberalisierung im Januar 1998 wieder gestiegen. Im Vergleich zum Vormonat lagen die Preise im Juni um 0,2 % und im Juli sogar um 1,1 % höher. Diese Entwicklung hat sich im August mit einer Preissteigerung um weitere 0,4 % fortgesetzt. Im Jahresvergleich zum August 2000 ergibt sich damit für Inlandsferngespräche eine Preiserhöhung von 1,3 %.

Eine der Ursachen für die Preissteigerungen sind gestiegene Vorleistungskosten. So sind z. B. im Bereich der Call-by-Call-Verbindungen im Zusammenhang mit dem Schlichtungsspruch der RegTP vom 28. Februar 2001 die Entgelte für Fakturierung und Inkasso im Durchschnitt gestiegen. Solche, wenn auch vergleichsweise geringe, Preissteigerungen können offenbar auf dem bereits erreichten niedrigen Preisniveau nicht mehr von den Anbietern getragen werden, sondern müssen an die Kunden weitergegeben werden.

64. Weiterhin stabil geblieben sind die Preise für Festnetzanschlüsse und Ortsgespräche. Hier bezieht sich das Statistische Bundesamt auf die Preise der DTAG. Eine differenzierte Analyse der Preisentwicklung bei An-

<sup>43</sup> Vgl. Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindex für Telekommunikationsdienstleistungen, erscheint monatlich, hier Stand Januar 2001, Mitteilung Nr. 41/01 vom 31. Januar 2001.

schlüssen unterschiedlicher technischer Ausgestaltung (analog, ISDN, Primär-Multiplex) liegt nicht vor.

65. Deutliche Preisrückgänge im Vergleich zum Vorjahr stellt das Statistische Bundesamt beim Internet-Zugang fest. So lagen die Preise im April 2001 um 41,8 %, im Mai um 41,2 % und im August dieses Jahres immerhin noch um 20 % niedriger als in den jeweiligen Vorjahresmonaten. Im Monatsvergleich, d. h. im Vergleich zum jeweiligen Vormonat, sind die Preise für die Internetnutzung seit Januar 2001 weitgehend stabil geblieben.

## 2.5 Konsolidierungsprozess

66. Die Märkte für Telekommunikationsdienste, insbesondere die Märkte für festnetzgebundene Sprachtelefonien, stehen vor einem umfassenden Konsolidierungsprozess. Zu erwarten war diese Entwicklung bereits seit dem Frühjahr 1999.<sup>44</sup> Dass sie nicht früher eingetreten ist, dürfte u.a. mit der bis ungefähr Mitte 2000 vorherrschenden Technologieeuphorie der Finanzmärkte zu erklären sein, die gerade auch dem Telekommunikationsbereich großzügige Finanzierungsmöglichkeiten bot. Vor allem in den letzten Monaten hat sich die betriebswirtschaftliche Situation vieler Telekommunikationsanbieter deutlich verschlechtert, bedingt durch steigende Vorproduktpreise bei ohnehin niedrigen Endkundenpreisen. Bei einigen Anbietern liegen die Preise bereits nahe bei den Grenzkosten. Sie erzielen keine oder nur geringe Deckungsbeiträge zur Abdeckung ihrer verkehrs- und kapazitätsunabhängigen Fixkosten. Nach Angaben der Verbände gegenüber der Monopolkommission schreibt keiner der Wettbewerber im Bereich der Festnetztelefonie schwarze Zahlen. Der Umschwung der Stimmung an den Finanzmärkten seit ungefähr Mitte 2000 hat den Zugang zu neuen Finanzierungsmöglichkeiten weitgehend verschlossen. Von den etwa einhundert Unternehmen mit einem konkreten Marktangebot sollen nicht weniger als 80 % von der Insolvenz bedroht sein.<sup>45</sup>

67. Aus der Telekommunikation ausgeschieden sind zunächst die mit viel Vorschusslorbeeren und Euphorie gestarteten Energieversorger. Anders als zunächst erwartet, konnten sie aus ihren komparativen Vorteilen – den vor-

<sup>44</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz. 59.

<sup>45</sup> Vgl. Telekom-Konkurrenz warnt vor neuen Monopolen, in: Financial Times Deutschland-Online vom 20. August 2001.

vorhandenen modernen und umfänglichen Telekommunikationsnetzen, einem entsprechenden Anwender-Know-how sowie hohen finanziellen Ressourcen – keinen dauerhaften Nutzen ziehen.<sup>46</sup> So hat die von RWE und Veba gemeinsam beherrschte o.tel.o communications GmbH & Co. den Geschäftsbereich Festnetz, einschließlich des Markennamens, an die Mannesmann Arcor AG & Co. veräußert, VEW die Tochter Telnet an die niederländische Versatel und schließlich E.ON die in München ansässige Viag Interkom an British Telecom. Weiterhin in der Telekommunikation aktiv beteiligt, allerdings überwiegend auch mit dem Ziel, ihr Engagement zu beenden, sind regionale Versorgungsunternehmen an regional tätigen City-Carriern.

Nach der Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone Airtouch Plc. wird Arcor heute durch Vodafone und die Deutsche Bahn AG gemeinsam beherrscht. Im Herbst 2001 hat Arcor angekündigt, die bis dahin noch selbständig operierende o.tel.o GmbH zu integrieren und die Marke einzustellen. Im ersten Vierteljahr 2001 sind Konkurse von kleineren, im Call-by-Call-Geschäft tätigen Anbietern, wie Star Telecom, Callino, Teldafax und Viatel hinzugekommen. Bei Talkline, einem deutschen Tochterunternehmen des dänischen Telefonkonzerns Tele Danmark, wird im Verlauf des Jahres 2001 der Festnetz- und Internetbereich mit knapp 2,6 Mio. Kunden geschlossen.<sup>47</sup> Mit dieser Größenordnung gilt das Unternehmen als zu klein; ein Übernahmeinteresse liegt - so die zitierte Pressemeldung - lediglich für die Mobilfunksparte vor. Selbst bei Unternehmen wie BT Ignite (ehemals Viag Interkom) und Mobilcom stehen die Festnetzaktivitäten in Frage. Es ist damit zu rechnen, dass der Konsolidierungsprozess in den nächsten Monaten verstärkt voranschreiten wird.<sup>48</sup> Verbandsvertreter be-

<sup>46</sup> Die Monopolkommission hatte in ihrer Kommentierung des geplanten Telekommunikationsgesetzes im Jahr 1996 wegen der komparativen Vorteile der Energieversorger im Bereich der Telekommunikation in Verbindung mit dem Status als öffentliche Unternehmen sogar gefordert, den Marktzutritt für solche Unternehmen nur unter Bedingungen zuzulassen. Wegen der Gefahr, dass es zwischen ihnen und der Telekom als Betreiber von Telekommunikationsnetzen aufgrund gemeinsamer Monopoltraditionen eher zu einem abgestimmten statt wettbewerblichem Verhalten komme, sollte für Unternehmen der öffentlichen Hand und solche, die über Monopolstellungen in anderen Wirtschaftsbereichen verfügen, eine Beteiligung an Unternehmen der Telekommunikation lediglich in Höhe von 25 % minus eine Aktie möglich sein. Vgl. Monopolkommission, Die Telekommunikation im Wettbewerb, Sondergutachten 24, Baden-Baden 1996, Tz. 36 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Financial Times Deutschland, [www.ftd.de](http://www.ftd.de) vom 2.10.2001.

<sup>48</sup> Vgl. Neumann, K.-H., Konsolidierung im Telekommunikationsmarkt, WIK Newsletter, Nr. 43, Juni 2001, S. 1 f.



richten, dass eine Vielzahl von Eigentümern, speziell von kleineren Telekommunikationsunternehmen, Käufer für ihr Unternehmen suchen und dass auf der anderen Seite vergleichsweise wenige potentielle Übernehmer zur Verfügung stehen.

68. Ähnlich ist die Situation bei den City- und Regionalcarriern. Hier gibt es sowohl den Trend zur *Kooperation* als auch zu *Konzentration*, um die vorhandene Netzinfrastruktur besser zu nutzen. Im Verlauf der Jahre 2000 und 2001 hat es eine Reihe von Zusammenschlüssen und Übernahmen durch bundesweite Anbieter gegeben. Bisher sind u. a. die Übernahmen von Netcom Kassel durch Arcor, von wücom Würzburger Telekommunikationsgesellschaft ebenfalls durch Arcor, von NetCologne durch Callahan (kartellrechtlich noch nicht genehmigt), von Hansenet durch eBiscom Spa sowie der Zusammenschluss der fünf Citycarrier TeleBel (Wuppertal), CNE Telekommunikation (Essen), citykom (Münster), MEOCOM (Oberhausen) und TeleLev (Leverkusen) zu Tropolys zu nennen. Angekündigt für den Herbst 2001 ist die Erweiterung des Verbundes um die Ortsnetzbetreiber in Dresden, Frankfurt a.M., Hanau, Leipzig, Mainz, Potsdam und Saarbrücken. Mit im Boot ist die bundesweit agierende Kölner Telefonfirma ElisaNet, eine Tochter des finnischen Telekommunikationsunternehmens Elisa Communications Corp., welche die Verbindung der Stadtnetze untereinander organisieren soll. Daneben gibt es die Kooperation in so genannten Unternehmensverbänden wie RegioNet, Helinet oder dem Allgäu-Schwaben-Netz.

69. Das Ausmaß der Konsolidierung ist gegenwärtig noch nicht abzusehen. Nach Auffassung der Monopolkommission wird es zumindest kurzfristig, vielleicht auch mittelfristig zu einer *verstärkten* Konzentration auf den Telekommunikationsmärkten kommen. Wie weit diese gehen wird, bleibt abzuwarten. Derzeit nicht abzusehen sind auch die Auswirkungen der Konsolidierung auf den Wettbewerb. Ein weiteres Erstarren des Ex-Monopolisten DTAG ist insofern nicht auszuschließen, als dieser, wie erwähnt, aufgrund seiner Startvorteile immer noch höhere Preise durchsetzen und höhere Margen erwirtschaften kann als die Wettbewerber. Ob die durch die Konsolidierung bewirkte Konzentration auch zu einem Erstarren eines oder mehrerer Wettbewerber führt, die dann mit höherer Ertragskraft besser in der Lage sind, sich langfristig am Markt zu halten, ist derzeit noch nicht erkennbar.

### **3 Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG**

70. Die Wettbewerber der DTAG sind für das Angebot von Telekommunikationsdiensten auf der Endkundenebene weiterhin auf Vorleistungen des früheren Monopolisten angewiesen. Die Vorleistungen basieren in aller Regel auf der Verfügung über Infrastrukturelemente.<sup>49</sup> Dazu gehören die Teilnehmeranschlussleitung (TAL), die Übertragungswege und die Vermittlungseinrichtungen. Um den Kunden Anschlüsse anbieten zu können, bedarf es des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung. Der Aufbau eigener Netzinfrastrukturen erfolgt zu einem beträchtlichen Anteil weiterhin auf der Basis von Mietleitungen. Das Angebot von Orts-, Fern- und Auslandsverbindungen erfordert Zusammenschaltungsleistungen, d. h. lokale, regionale und nationale Zuführung und Terminierung. Daneben gibt es weitere wesentliche Leistungen, wie z. B. Fakturierung und Inkasso, auf die die Konkurrenten der Telekom zwingend angewiesen sind, um ein Endkundenangebot machen zu können.

71. Die Frage der Regulierungsnotwendigkeit bei Vorleistungen richtet sich danach, ob es sich bei den in Rede stehenden Leistungen um monopolistische Engpassbereiche (sog. bottlenecks) handelt. Der gleichberechtigte Zugang zu den entsprechenden Ressourcen (essential facilities) ist Voraussetzung für die Existenz von Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten. Vorleistungen sind „wesentlich“ im Sinne des essential-facility-Konzepts, wenn aktuelle und potentielle Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt keine Möglichkeit haben, den monopolistischen Bottleneck mit einem angemessenen Aufwand zu umgehen, sei es durch Duplizierung der notwendigen Einrichtungen, sei es durch den Bezug der Leistungen von Dritten.

72. Um das Ausmaß der weiterhin vorhandenen Abhängigkeiten der Wettbewerber von den Vorleistungen der DTAG einschätzen zu können, hat die Monopolkommission eine Studie in Auftrag gegeben.<sup>50</sup> Sie basiert auf einer empirischen Befragung von 125 Unternehmen, bei der quantitative und qualitative Informationen erhoben wurden. 41 Unternehmen hatten die Fragebogen beantwortet. Davon gingen 36 Unternehmen in die Auswertung ein. Die übrigen fünf Unternehmen konnten nicht berücksichtigt wer-

<sup>49</sup> Vgl. Immenga, U. u.a., Telekommunikation im Wettbewerb, a.a.O., S. 7.

<sup>50</sup> Vgl. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG, Bad Honnef, August 2001.

den, da sie erst ab 2001 Telekommunikationsdienste anbieten. Von den etwa 80 marktaktiven Inhabern einer Sprachtelefondienstlizenz konnten 45 % in die Untersuchung einbezogen werden. Dabei waren mit wenigen Ausnahmen alle führenden Anbieter, darunter auch die DTAG. Der größere Teil der Unternehmen hat seine Teilnahme an der Untersuchung davon abhängig gemacht, dass konkrete auf das Unternehmen beziehbare Informationen nicht genannt werden. Die Monopolkommission wird daher vor allem allgemeine Aussagen zu der Situation auf den Vorleistungsmärkten machen.

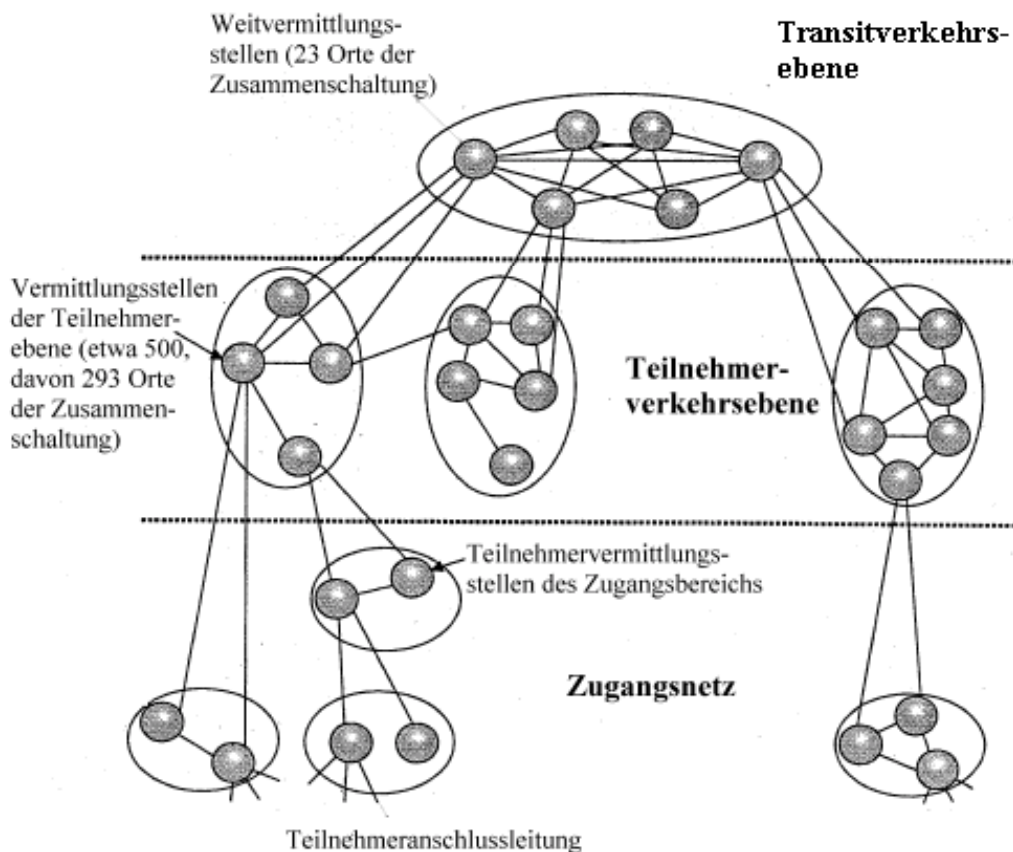
### *3.1 Zusammenschaltungsleistungen*

73. Bei Zusammenschaltungsleistungen im Festnetz wird zwischen Terminierung und Zuführung unterschieden. Im Fall der Terminierung stellt der Anbieter der Leistung eine Verbindung von einem Netzübergabepunkt zu dem angewählten Telefonanschluss her. Bei der Zuführung wird umgekehrt eine Verbindung vom rufenden Anschluss zu einem Netzübergabepunkt geschaltet. Je nachdem, auf welcher Netzebene Zusammenschaltungsleistungen erbracht werden, ist zwischen lokaler, regionaler und nationaler Zusammenschaltung zu unterscheiden. Lokale Zuführung und Terminierung betreffen unmittelbar den Zugang des Teilnehmeranschlusses zum Netz bzw. den Zugang vom Netz zum Teilnehmeranschluss des Gesprächspartners; insofern sind beide zwingend durch den jeweiligen Teilnehmeranschlussnetzbetreiber zu erbringen. Regionale und nationale Zusammenschaltungsleistungen betreffen den Zugang zu bzw. Abgang von den jeweiligen Verbindungsnetzen auf regionaler und nationaler Ebene (zur logischen Struktur des Verbindungsnetzes vgl. Abbildung 1). Diese Leistungen können alle Verbindungsnetzbetreiber anbieten. Gegebenenfalls komplettieren sie ihre Leistung, indem sie die fehlende regionale oder lokale Zusammenschaltung bei der DTAG beziehen.

74. Die Unterscheidung der verschiedenen Ebenen orientiert sich weitgehend an der Struktur des Netzes der DTAG. Zusammenschaltungsleistungen der Wettbewerber untereinander spielen nach den Erhebungen des WIK bislang nur eine untergeordnete Rolle. Die DTAG bietet nach ihrem bisherigen Konzept Netzzugänge an bis zu 293 Orten (Standardeinzugsbereiche) an. 23 dieser Orte sind Weitvermittlungsstellen, denen die DTAG so genannte Grundeinzugsbereiche zugeordnet hat. Die Wettbewerber sind *nicht* dazu verpflichtet, ihre eigenen Netze so auszubauen, dass sie auf eine bestimmte Mindestzahl von Übergabepunkten kommen. Es besteht aller-

Abbildung 1:

## Die logische Struktur des Verbindungsnetzes



Quelle: WIK Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste

dings eine Migrationspflicht auf bis zu 23 Übergabepunkte, wenn der Verkehr aus und in einen bestimmten Grundeinzugsbereich einen bestimmten Schwellenwert überschreitet. Ansonsten können sich Anbieter, die nur partiell über Infrastruktur und wenig Verkehr verfügen, auch an weniger als 23 Orten mit dem Netz der DTAG zusammenschließen. Bei einer weiteren Verdichtung der Netze können über die 23 Weitvermittlungsstellen hinaus noch weitere Zusammenschaltungspunkte hinzukommen. City- und regio-

nale Carrier können sich aus den 293 Orten diejenigen aussuchen, welche die relevanten Grund- oder Standardeinzugsbereiche abdecken. Ein Wettbewerber, der sich an weniger als den 23 Weitvermittlungsstellen mit dem Netz der DTAG zusammenschaltet, ist auf nationale Zuführungs- und Terminierungsleistungen von Seiten der DTAG angewiesen. Ein Wettbewerber, der sein eigenes Netz so ausbaut, dass er alle 23 Weitvermittlungsstellen der DTAG als Zusammenschaltungspunkte verwenden kann, benötigt grundsätzlich keine nationalen Zuführungs- und Terminierungsleistungen mehr. Regionale Zuführungs- und Terminierungsleistungen werden benötigt, solange man nicht alle 293 angebotenen Zusammenschaltungspunkte wahrnimmt.

75. Die Untersuchung des WIK zeigt, dass insbesondere auf der Fernebene alternative Infrastrukturen errichtet worden sind. Eine größere Anzahl von Wettbewerbern der DTAG hat inzwischen ein nationales Verbindungsnetz mit 23 und mehr Zusammenschaltungsorten aufgebaut. Bei ihnen ist davon auszugehen, dass sie kaum noch auf nationale Zusammenschaltungsleistungen der DTAG angewiesen sind, wenn überhaupt, dann nur noch bei Kapazitätsengpässen im eigenen Netz. Dies lässt vermuten, dass die vor zwei Jahren angekündigten Investitionspläne weitgehend umgesetzt worden sind.<sup>51</sup> City- und regionale Carrier haben sich ebenfalls weitgehend von Fernzusammenschaltungen unabhängig gemacht. Sie erreichen ein nationales Verbindungsnetz über Netzkooperationen mit benachbarten Unternehmen, den so genannten Regionalverbänden.

Das erreichte Ausmaß an Unabhängigkeit von den Zuführungs- und Terminierungsleistungen der DTAG im Fernbereich zeigt auch die Entwicklung des Volumens erbrachter Zusammenschaltungsleistungen. Bei den insgesamt von der DTAG erbrachten Zusammenschaltungsleistungen entfielen im September 2000 lediglich noch 1 % auf den Fernbereich. Auch die Leistungen im Bereich bis 200 km (Regio 200) gingen zurück, während der Anteil der regionalen und lokalen Zusammenschaltungsleistungen an den insgesamt erbrachten Zuführungs- und Terminierungsleistungen zugenommen hat.

76. Wettbewerber können sich von *regionalen* Zuführungs- und Terminierungsleistungen der DTAG unabhängig machen, wenn sie an 293 Orten mit dem Netz der DTAG zusammen geschaltet sind. Davon ist gegenwärtig selbst der größte Wettbewerber der DTAG, Mannesmann Arcor, noch

<sup>51</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz. 44 ff.

weit entfernt. Arcor verfügt über weniger als ein Drittel der dazu notwendigen Zusammenschaltungsorte. Alle übrigen Wettbewerber sind von einer solchen Netzverdichtung noch wesentlich weiter entfernt.

Bei der *lokalen* Zusammenschaltung besteht weiterhin eine fast ausschließliche Abhängigkeit von der DTAG. Dies entspricht dem Befund, dass die Stellung der DTAG bei den Teilnehmeranschlüssen bislang weitgehend unangefochten ist.

77. Weitgehend unabhängig sind die Verbindungsnetzbetreiber von Terminierungsleistungen der DTAG in das Ausland.<sup>52</sup> Nach den Erhebungen des WIK entfielen im Jahr 2000 lediglich noch 31 % der Ausgaben der Wettbewerber für Terminierung in ausländische Netze auf die DTAG.<sup>53</sup> Große Verbindungsnetzbetreiber wie Arcor, MobilCom oder VIAG Interkom haben sich direkt mit ausländischen Netzbetreibern zusammenschlossen und sind in der Lage, Verkehre ins Ausland zu terminieren. Gleichwohl wird der Verkehr in Länder mit eher geringerem Gesprächsvolumen weiterhin vor allem durch die DTAG terminiert. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass sie wie kein anderes Unternehmen Terminierungsleistungen mit hoher Qualität in nahezu alle Regionen der Welt zur Verfügung stellen kann.

78. Ähnliches gilt für die Terminierung von Festnetzgesprächen in Mobilfunknetze. Der Anteil der Ausgaben der Wettbewerber für Terminierung in Mobilfunknetze, der auf die DTAG entfällt, sank im Jahr 2000 auf 59 %.<sup>54</sup> Ein Teil der Verbindungsnetzbetreiber wie Colt Telecom, Arcor oder Viag Interkom sind direkt mit Mobilfunknetzbetreibern zusammenschaltet. Wettbewerber, die über keine direkten Zusammenschaltungen verfügen, können Terminierungsleistungen in Mobilfunknetze auch von diesen Netzbetreibern beziehen.

79. Bei Terminierungen innerhalb des Festnetzes ist solches Ausweichen auf andere Anbieter von Zusammenschaltungsleistungen selbst im Fernbereich kaum möglich. Dies liegt daran, dass die größeren Verbindungsnetzbetreiber keine nationale Zusammenschaltungsplattform am Markt anbieten. Sie orientieren sich nach eigenen Angaben bei ihrem Netzausbau vor

<sup>52</sup> Die Regulierungsbehörde hat bereits im Dezember 1999 entschieden, dass die Telekom bei der Terminierung in ausländische Netze nicht mehr marktbeherrschend ist.

<sup>53</sup> Vgl. Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG, a.a.O., S. 43 f.

<sup>54</sup> Ebenda, S. 42 f.

allem an dem *eigenen* Bedarf, der sich aus dem selbst generiertem Verkehr ergibt. Zusammenschaltungen mit Wettbewerbern werden zwar realisiert, nachgefragt oder angeboten werden Zusammenschaltungsleistungen allerdings nur im Fall vorübergehender Kapazitätsüberhänge und -defizite. Kleinere Verbindungsnetzbetreiber bleiben vor diesem Hintergrund selbst bei den nationalen Zusammenschaltungsleistungen auf die DTAG angewiesen.

80. Aus Sicht der alternativen Netzbetreiber ist die Zurückhaltung auf dem Markt für Zusammenschaltungsleistungen rational, da ein entsprechendes Angebot Risiken enthält: (i) Unternehmen, die die Zusammenschaltungsplattform der DTAG durch die eines anderen Netzbetreibers ersetzen, stehen vor Wechselkosten. Es müssten neue Orte der Zusammenschaltung mit dem Netz des alternativen Netzbetreibers eingerichtet werden, einschließlich der Errichtung oder Anmietung der notwendigen Übertragungswege. Die bisherigen spezifischen Investitionen durch die Zusammenschaltung mit dem Netz der DTAG wären abzuschreiben. (ii) Die DTAG verfügt bei vielen Unternehmen über eine hohe Reputation für gute Qualität der Zusammenschaltungsleistungen, die potentielle Wettbewerber erst aufbauen müssen. Insbesondere wegen solcher Risiken auf der Nachfrageseite unterlassen Wettbewerber bislang den Aufbau konkurrierender Angebote auf dem Markt für nationale Zusammenschaltungsleistungen.

### 3.2 Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

81. Die Wettbewerber bei Teilnehmeranschlüssen sind weiterhin *zwingend* auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der DTAG angewiesen. Der Ex-Monopolist verfügt Ende September 2001 inklusive der ISDN-Kanäle über 55 Mio. eigene Festnetzanschlüsse<sup>55</sup>, während die Anzahl der Festnetzanschlüsse bei den Wettbewerbern weiterhin vernachlässigbar gering ist. Der Großteil der von alternativen Teilnehmernetzbetreibern angeschlossenen Kunden basiert auf gemieteten Teilnehmeranschlussleitungen. Der Anteil gemieteter TAL an der Zahl der eigenen TAL liegt nach den Angaben der Unternehmen nur in Ausnahmefällen niedriger als 90 %. Der Marktanteil der DTAG auf dem Vorleistungsmarkt für den Zugang zur entbündelten TAL liegt praktisch bei 100 %. Nur zwei Unter-

<sup>55</sup> Pressemitteilung vom 31. Oktober 2001: Deutsche Telekom Konzern, Vorläufige Eckdaten für die ersten drei Quartale 2001 (01.01.2001 bis 30.09.2001), [www.dtag.de](http://www.dtag.de).

nehmen gaben in der Befragung durch das WIK an, TAL auch bei anderen Teilnehmernetzbetreibern als der DTAG anzumieten.

82. Die Abhängigkeit der Wettbewerber von dem Zugang zu der TAL der DTAG wird auch weiterhin *nicht* durch alternative Anschlusstechnologien verringert. Die Monopolkommission hat bereits vor zwei Jahren Zweifel an dem Wettbewerbspotential von Wireless Local Loop und Powerline geäußert.<sup>56</sup> Beide Technologien sind weiterhin nicht wettbewerbsfähig, zum Teil nicht einmal problemlos technisch umsetzbar. Auch hängt der Wettbewerber bei Wireless Local Loop weiterhin von der DTAG für den Zugang zur Inhouse-Verkabelung ab. Inzwischen sind bereits drei der Inhaber von WLL-Frequenzen, die TK-Unternehmen Callino, Deutsche Landtel und Firstmark in Konkurs gegangen. Andere kämpfen um das Überleben oder denken über einen Ausstieg aus der WLL-Technologie nach. Angesichts dieser Entwicklungen ist nicht auszuschließen, dass die funkgestützte Überbrückung der so genannten letzten Meile in Deutschland möglicherweise insgesamt in Frage steht.

Ähnliches dürfte für die Übertragung von Sprache und Daten über das Stromnetz, die so genannte „Powerline Communication“ (PLC), gelten. Dabei werden Kommunikationssignale gekoppelt mit Strom über das Niederspannungsnetz bis zum Teilnehmer übertragen.<sup>57</sup> Im Haus werden die Daten von einem PLC-Hauskoppler empfangen und auf die hausinterne Stromleitung gespeist. Auf diese Weise können die Kommunikationssignale an allen Steckdosen des Hauses empfangen werden. Das Hauptproblem bei der Nutzung von Powerline ist die Anfälligkeit des Niederspannungsnetzes für Störeinflüsse. Darüber hinaus gibt es weitere technische Probleme, so dass in überschaubarer Zeit nicht mit einer breiteren Anwendung zu rechnen ist.

Erfolgversprechender erscheint die Nutzung des Breitbandkabelnetzes als alternativer Infrastruktur für Telekommunikationsdienstleistungen. Ob und wann dieses genutzt wird, hängt von den Geschäftsstrategien der Käufer der Regionalnetze ab. Nach den bisherigen Äußerungen der Unternehmen Callahan und Liberty Media ist zumindest bei Letzterem mit einer eher verhaltenen Netzausbaustrategie zu rechnen. Entsprechend längerfristig ist mit Wettbewerb bei den Zugangstechnologien zu rechnen.

<sup>56</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz. 27 ff.

<sup>57</sup> Vgl. RegTP, Ortsnetzettbewerb 2000, a.a.O., S. 11 f.



### 3.3 Mietleitungen

83. Netzbetreiber errichten Netze entweder auf der Grundlage eigener Übertragungswege oder auf der Grundlage von Mietleitungen. In aller Regel bestehen alternative Netze sowohl aus eigenen wie aus gemieteten Leitungen. Die von den Netzbetreibern verwendeten Mietleitungen differieren nach Übertragungskapazitäten bzw. Bandbreiten zwischen 64 kbit/s bis zu 155 Mbit/s. Die Mietleitungen der DTAG, die so genannten Carrier-Festverbindungen (CFV), sind digitale feste Verbindungen zwischen vorab festgelegten Endpunkten für komplexere Anwendungen und größeren Kapazitätsbedarf. Analoge Festverbindungen sind ebenfalls möglich, ebenso internationale Mietleitungen. Die Untersuchung des WIK unterscheidet zwischen

- lokalen Mietleitungen, deren Enden in demselben Ortsnetzbereich liegen,
- Fernmietleitungen, deren Enden in verschiedenen Ortsnetzbereichen liegen und
- internationalen Mietleitungen, deren Enden in unterschiedlichen Ländern liegen.

84. Als Anbieter von lokalen Mietleitungen kommen neben der DTAG regionale und City Carrier in Frage. Hinzu kommen nationale Verbindungsnetzbetreiber, die auf eigene Übertragungswege in Ortsnetzen zurückgreifen können. Ob solche Unternehmen Übertragungswege auf dem Markt für Mietleitungen anbieten, hängt von den vorhandenen Kapazitäten ab. Da der Netzausbau der Wettbewerber der DTAG in den Ortsnetzen bisher eher gering ist, kann davon ausgegangen werden, dass das alternative Angebot an lokalen Mietleitungen ebenfalls gering ist. Entsprechend hoch ist weiterhin die Abhängigkeit von der DTAG. Anders ist dies bei den Fernmietleitungen. Aufgrund der ausgebauten Verbindungsnetze gibt es inzwischen alternative Angebote auf den Haupttrassen (zwischen und innerhalb von Großstädten).

85. Insgesamt bleibt die Marktstellung der DTAG bei den Mietleitungen bedeutend. Nach der Erhebung der RegTP beträgt der Anteil der DTAG an den Umsätzen mit Mietleitungen im Jahr 2000 insgesamt noch 58 %.<sup>58</sup> Ein

<sup>58</sup> Das WIK kommt in seiner Studie für die Monopolkommission bei einer etwa anderen Abgrenzung – dem Anteil der Ausgaben der Wettbewerber für Mietleitungen, der auf die Telekom fällt – sogar zu einem Anteil von 77 %.

Grund dafür ist, dass die Nachfrager lokaler Mietleitungen weiterhin in starkem Maße von dem Angebot der DTAG abhängig sind. Ein weiterer Grund ist, dass die DTAG wegen ihres umfassenden Mietleitungsangebotes über Bündelungsvorteile verfügt.

### *3.4 Fakturierung und Inkasso*

86. Wegen fehlender alternativer Abrechnungssysteme bleiben die Anbieter von Sprachtelefondiensten und Internetzugängen im Rahmen des offenen Call-by-Call weiterhin von den Fakturierungs- und Inkassoleistungen der DTAG abhängig. Bei der Marktöffnung Anfang des Jahres 1998 hatte die DTAG mit allen Call-by-Call-Anbietern kombinierte Fakturierungs- und Inkassoüberträge geschlossen. Im Verlauf des Jahres 1999 wurde darüber gestritten, ob die DTAG überhaupt Fakturierung und Inkasso anbieten muss und welche Preise dafür verlangt werden können. Die Telekom hatte die mit den Wettbewerbern geschlossenen Vereinbarungen gekündigt und wollte ab April 2000 mehrere Teilleistungen, insbesondere das Inkasso, nicht mehr anbieten.

87. Laut Beschluss der RegTP vom Februar 2000 sind beide Leistungen wesentliche Vorleistungen, welche die DTAG ihren Wettbewerbern diskriminierungsfrei und zu den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zur Verfügung stellen muss. Im März 2001 hatten sich die DTAG und die Wettbewerber einem Vermittlungsvorschlag der RegTP über die Fakturierungs- und Inkassoentgelte angeschlossen. Die bis dahin geltende Regelung von 4,5 % des abgerechneten Umsatzes plus 0,7 Pfennig pro Geschäftsvorfall wurde ab März 2001 ersetzt durch 28,00 DM für die Rechnungsstellung pro 1000 Leistungsdaten plus 0,09 DM Zahlungsbearbeitung je Rechnung. Im Durchschnitt führt dies zu einer Verteuerung von Fakturierung und Inkasso in der Größenordnung von etwa 10 %.<sup>59</sup> Eine weitere Kostensteigerung ergibt sich nach Angaben der Wettbewerber daraus, dass die DTAG nicht mehr für die Beitreibung der Entgelte in dem Fall sorgen muss, dass die Kunden den Wettbewerberanteil an der Telefonrechnung der Telekom nicht begleichen.

<sup>59</sup> Vgl. RegTP, Vermittlungsvorschlag für Fakturierungs- und Inkassoentgelte, Pressemitteilung vom 1. März 2001.

## 4 Wettbewerbspotentiale des Mobilfunks

88. Ende des Jahres 2000 gab es in Deutschland fast 50 Mio. Mobilfunkanschlüsse. Im Verlauf des ersten Halbjahres 2001 wurde die Anzahl der Festnetzanschlüsse erstmals übertroffen. Gleichzeitig sind die mobilen Kommunikationsdienste zunehmend preisgünstiger und leistungsfähiger geworden. Die Aufrüstung der GSM-Netze mit HSCSD (High Speed Circuit Switched Data) und GPRS-Technik (General Packet Radio Service) erlaubt höhere Übertragungsraten. Die Einführung des Mobilfunkstandards der dritten Generation – UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) – eröffnet zusätzlich die Möglichkeit breitbandiger Übertragungen.

Vor diesem Hintergrund steht die Frage, ob zellulärer Mobilfunk eine gleichwertige und *austauschbare* Alternative zum Festnetz darstellt. Fraglich ist insbesondere, welche Implikationen eine möglicherweise höhere Wettbewerbsintensität auf den Mobilfunkmärkten für den Wettbewerb im Festnetz hat.

### 4.1 Marktstruktur und Wettbewerb

89. Mitte des Jahres 2001 gibt es auf dem deutschen Mobilfunkmarkt neben den vier lizenzierten Netzbetreibern T-D1, D2Vodafone, E-Plus und Viag Interkom weitere 13 netzunabhängige Diensteanbieter. Letztere vermarkten Mobilfunkdienste der drei führenden Netzbetreiber (Ausnahme Viag Interkom) im Wege des Resale. Bezogen auf die Infrastruktur telefonieren Anfang des Jahres 2001 jeweils etwa 40 % der Teilnehmer in den beiden D-Netzen T-D1 und D2Vodafone, 14 % bei E-Plus und 6 % bei Viag Interkom.

Bezogen auf das Dienstangebot ergibt sich nach der Teilnehmerzahl folgende Marktstruktur:<sup>60</sup>

- |                 |      |
|-----------------|------|
| • T-D1          | 28 % |
| • D2Vodafone    | 28 % |
| • E-Plus        | 10 % |
| • Viag Interkom | 7 %  |

<sup>60</sup> Angaben T-Mobil, Unterlage präsentiert auf der Anhörung der Monopolkommission am 30. März 2001.

- Debitel 12 %
- Mobilcom 8 %
- andere Diensteanbieter 7 %

Im Jahr 2000 werden auf dem deutschen Mobilfunkmarkt nach der Erhebung der RegTP mehr als 35 Mrd. DM umgesetzt. Die Verteilung der Marktanteile nach Umsätzen liegt detailliert nur für das Jahr 1999 vor. Danach entspricht die Verteilung auf die Diensteanbieter mit einigen Abweichungen grosso modo der nach Teilnehmern. Ab einem Marktanteil von 4 % nach Umsätzen unterliegen die Netzbetreiber einem Kontrahierungszwang mit Diensteanbietern gemäß § 4 Abs. 1 Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV). Bislang trifft das lediglich auf Viag Interkom nicht zu.

90. Die RegTP hat nach einer Untersuchung des Mobilfunkmarktes im Januar 2001 festgestellt, dass der Markt *wettbewerblich* organisiert ist. Es besteht auf dem Endkundenmarkt weder Einzelmarktbeherrschung noch eine oligopolistische Marktbeherrschung der beiden führenden Anbieter. Das Bundeskartellamt hat dieser Feststellung zugestimmt. Die RegTP sieht auf dem Mobilfunkmarkt seit Mitte 1998 eine deutliche Wettbewerbsintensivierung. Dabei ist es zu erheblichen Preissenkungen gekommen. Bei der Akquisition von Neukunden hat neben den Preisen für die mobilen Dienste insbesondere die Subventionierung der Endgeräte eine entscheidende Rolle gespielt. Sie ist Anfang 2001 von den führenden Anbietern, zumindest in Teilsegmenten des Marktes deutlich zurückgeführt worden. Dies betrifft insbesondere die so genannten Prepaid-Angebote. Sie generieren häufig nicht den notwendigen Umsatz, um die Endgerätesubventionen zu refinanzieren. Ihr Anteil an den abgeschlossenen Verträgen betrug im Jahr 2000 bereits über 50 %. Er soll nach Bekundungen der Anbieter deutlich zurückgeführt werden.

91. Weiterhin nicht realisiert ist die Netzbetreiber- oder auch Nummernportabilität im Mobilfunk. Wer den Netzbetreiber oder den Diensteanbieter wechselt, erhält eine neue Rufnummer. Die damit verursachten Wechselkosten (Geschäftspartner/Freunde müssen über die neue Nummer informiert werden, Briefköpfe geändert werden usw.) behindern den Wettbewerb. Die RegTP hatte die Verpflichtung zur Netzbetreiberportabilität im Mobilfunk auf der Grundlage des § 43 Abs. 5 TKG bis zum 31. Januar 2002 wegen notwendiger technischer Umstellungen ausgesetzt. Die Monopolkommission hatte die lange Fristsetzung von knapp zwei Jahren für

die Umsetzung der Regelung in ihrem letzten Hauptgutachten kritisiert.<sup>61</sup> Im August 2001 wurde diese Frist um weitere neun Monate bis zum 31. Oktober 2002 verlängert. Eine Einhaltung der zunächst gesetzten Frist hätte, so die Behörde in ihrer Begründung, dazu geführt, dass bestimmte höherwertige Leistungsmerkmale für die portierten Kunden nicht zur Verfügung gestanden hätten. Zudem wäre eine frühzeitige Umsetzung fehleranfällig.

Aus Sicht der Monopolkommission sind solche Begründungen *nicht nachvollziehbar*. Technische Umsetzungsprobleme können auf dynamischen Märkten bei einer zweijährigen Vorlaufzeit nicht ernsthaft als Hinderungsgrund für eine Markteinführung genannt werden. Es liegt der Verdacht nahe, dass die Mobilfunkunternehmen die Umsetzung weiterhin zum Zwecke der Wettbewerbsbeschränkung herauszögern. Die Entscheidung der RegTP für einen nochmaligen Umsetzungsaufschub ist daher wettbewerbspolitisch verfehlt.

#### 4.2 *Substitutionsbeziehungen zwischen mobiler und festnetzgebundener Kommunikation*

92. Zwischen festen und mobilen Telekommunikationsdiensten sind zwei Arten von Substitutionsbeziehungen denkbar. Ein Festnetzteilnehmer könnte seinen Festnetzanschluss durch einen Mobilfunkanschluss ersetzen und nur noch mobil telefonieren sowie Daten übertragen. Alternativ könnte er seinen Festnetzanschluss behalten und einen Teil der Sprach- ggf. auch der Datenübertragung vom festen auf den mobilen Anschluss verlagern.

93. Anhaltspunkte für die Substitution von festen durch mobile Anschlüsse liefern die funktionale Austauschbarkeit, die Entwicklung der Preise sowie die tatsächlich zu beobachtende Penetration mit Anschlüssen. Sämtliche Indikatoren zeigen an, dass das Substitutionspotential des Mobilfunks für Festnetzanschlüsse gegenwärtig begrenzt ist und sich angesichts des bleibenden Vorsprungs des Festnetzes bei breitbandigen Anschlüssen eher noch weiter relativiert.

94. Bei schmalbandigen Anschlüssen – im Festnetz sind das der analoge sowie der ISDN-Anschluss – war bisher lediglich die Sprachübertragung funktional austauschbar. Bei der Datenkommunikation führt die Aufrüstung der GSM-Netze mit dem allerdings noch wenig verbreiteten GPRS-

<sup>61</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 40.

Standard zu einer ähnlichen Übertragungsrates wie sie der ISDN-Anschluss besitzt. Bei den breitbandigen Anschlüssen können heute auf der Basis der Kupferdoppelader insbesondere mit DSL-Technologie höhere Datenströme übertragen werden.

Dem steht im Mobilfunk als breitbandige Anschlussvariante der UMTS-Standard gegenüber. Selbst bei der maximal erreichbaren Datenübertragungsrates von 2 Mbit/s bleibt UMTS weit hinter den Möglichkeiten der verschiedenen Festnetzanschlusstechologien zurück. Darüber hinaus gilt es als realistisch, dass UMTS aus einer Reihe von Gründen noch wesentlich geringere Datenübertragungsrates erreichen wird. Daraus folgt, dass der breitbandige Mobilfunkanschluss mit breitbandigen Festnetzanschlüssen funktional nicht austauschbar sein wird.

95. Zwischen 1995 und 2000 hat es auch beim Mobilfunk erhebliche Preissenkungen gegeben. Das mobile Telefonieren ist insbesondere für die Wenigtelefonierer deutlich günstiger geworden. Gleichwohl hat das Festnetz bei nahezu allen Arten von Verbindungen weiterhin einen deutlichen Preisvorteil gegenüber dem Mobilfunk, so dass letzterer aus preislicher Sicht weiterhin keine austauschbare Alternative zur Festnetztelefonie darstellt. Dieser Preisvorteil, der schon besteht, wenn alle Leistungen im Festnetz von der DTAG bezogen werden, wird noch vergrößert, wenn man die vorhandenen preisgünstigeren Angebote anderer Anbieter bei Fern- und Auslandsgesprächen nutzt.

96. Einen weiteren Beleg für die fehlende Austauschbarkeit von Mobilfunk- und Festnetzkommunikation liefert die Entwicklung der Penetration mit Anschlüssen. Sie zeigt, dass die Zahl der Festnetzanschlüsse zwischen 1995 und 2000 kontinuierlich gestiegen ist, während die Anzahl der Mobilfunkanschlüsse in dieser Zeit praktisch „explodiert“ ist. Ende März 2001 lag die Anzahl der Festnetz- und der mobilen Anschlüsse jeweils über 50 Mio. (vgl. Tabelle 12).<sup>62</sup> Diese Entwicklung macht deutlich, dass Festnetzanschlüsse nicht durch Mobilfunkanschlüsse ersetzt werden, sondern dass hier offensichtlich eine komplementäre Nutzung vorliegt. An diesem Trend hat auch die Einführung von integrierten Fest- und Mobilfunkanschlussprodukten wie Genion (Viag Interkom) nichts verändert.

<sup>62</sup> Dabei ist allerdings die Anzahl der Mobilfunkanschlüsse insoweit zu relativieren, dass ein Teil der aktivierten Anschlüsse nicht mehr genutzt wird, etwa weil der Nutzer vor Ablauf seiner Vertragslaufzeit einen weiteren Vertrag abgeschlossen hat. Darüber, wie hoch dieser Anteil ist, liegen keine verlässlichen Zahlen vor. Schätzungen einzelner Mobilfunkanbieter reichen bis zu 10 % des Gesamtbestandes an Anschlüssen.

Substitutionsprozesse sind nur in geringem Maße bei Einpersonen-Haushalten zu beobachten.

*Tabelle 12:*

**Anzahl der festen und mobilen Anschlüsse, 1995 – 2001**

Zeitpunkt	Festnetzanschlüsse	Mobilfunkanschlüsse
1.1.1995	39.900.000	2.476.000
1.1.1996	42.000.000	3.724.000
1.1.1997	44.200.000	5.790.000
1.1.1998	45.200.000	8.300.000
1.1.1999	46.660.000	13.923.000
1.1.2000	48.300.000	23.250.000
1.1.2001	50.150.000	48.100.000
1.4.2001	50.650.000	52.779.000

Anmerkung:

Die Gesamtzahl der Telefonanschlüsse ergibt sich aus der Zahl der (analogen) Standardanschlüsse inklusive öffentliche Telefonzellen und der Zahl der ISDN-Kanäle. Je ISDN-Basisanschluss stehen zwei ISDN-Kanäle, je Primärmultiplexanschluss 30 ISDN-Kanäle zur Verfügung.

Quelle: Statistisches Bundesamt; RegTP; Mobile Communications; Schätzungen des WIK Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste

97. Eine partielle Substituierbarkeit zwischen Festnetz und Mobilfunk liegt bei den schmalbandigen Verbindungen vor. D. h. ein Teil der Gespräche, die zu Haus, im Büro oder unterwegs über Festnetzanschlüsse geführt werden könnten, werden über den mobilen Anschluss geführt. Eine funktionale Austauschbarkeit liegt gegenwärtig allerdings nur bei der Sprachübertragung vor. Bei der schmalbandigen Datenübertragung und den breitbandigen Verbindungen liegt diese nicht vor.

98. Der Umfang an partieller Substitution von festen durch mobile Verkehrsströme (Verbindungsminuten) ist mit dem vorhandenen Datenmaterial nicht zu ermitteln. Bekannt ist lediglich die Anzahl der im Festnetz generierten Verbindungsminuten. Sie lag im Jahr 2000 bei etwa 290 Mrd. Minuten. Im Vergleich zu den Vorjahren ist eine kontinuierliche Steige-

rung des Verbindungsvolumens – im Jahresvergleich 2000 zu 1999 um mehr als 25 % – zu verzeichnen. Unbekannt ist das Verbindungsvolumen im Mobilfunk. Es ist davon auszugehen, dass auch hier deutliche Steigerungsraten vorliegen. Dies spricht allerdings weniger für Substitution als vielmehr für die komplementäre Nutzung des Mobilfunkanschlusses. Zwar steigt mit zunehmender Teilnehmerdichte im Mobilfunk die Bedeutung der vergleichsweise preisgünstigen netzinternen Verbindungen, gleichwohl wird auch in Zukunft die Substitution von Festnetzverbindungen durch Mobilfunkverbindungen begrenzt bleiben. Dafür spricht auch, dass die Mobilfunknetze über begrenzte Kapazitäten und begrenzte Kapazitätserweiterungsspielräume verfügen.

#### *4.3 Folgerungen für die Beziehungen zwischen Mobilfunk und Festnetztelefonie*

99. Die beschriebenen Entwicklungen zeigen nach Auffassung der Monopolkommission zweierlei: Erstens sind die Festnetztelefonie und der Mobilfunk weiterhin getrennten sachlich relevanten Märkten zuzuordnen. Dafür sprechen die geringe Substituierbarkeit bei den Anschlüssen, die ebenfalls eingeschränkte Substitution bei den Verbindungen sowie die weiterhin gegebenen Preisunterschiede. Für getrennte sachlich relevante Märkte sprechen darüber hinaus die regulatorischen Unterschiede.

Zweitens wird das Marktverhalten der DTAG und der anderen Anbieter bei den festnetzgebundenen Telekommunikationsdiensten bisher nicht spürbar durch den Wettbewerb im Mobilfunk beeinflusst. Zwar findet eine partielle Substitution von Sprachverbindungen statt, das Substitutionspotential bleibt allerdings begrenzt. Im Wesentlichen entwickeln sich die Festnetzkommunikation und der Mobilfunk weiterhin komplementär. Für die Zukunft ist zu erwarten, dass bei zunehmender Bedeutung der Datenkommunikation, insbesondere der Datenkommunikation mit leistungsfähigen breitbandigen Anschlüssen, die Substitutionsmöglichkeiten zwischen festnetzgebundener und mobiler Kommunikation wieder abnehmen werden, da der Mobilfunk für Datenkommunikation vergleichsweise wenig geeignet ist.



## 5 Regulierung und Wettbewerbsaufsicht

100. Die RegTP hat in den vergangenen zwei Jahren eine Reihe wichtiger Regulierungsentscheidungen getroffen, die den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten unmittelbar beeinflussen. Dazu gehören die Entscheidungen über die Anträge der Deutschen Telekom AG zur Feststellung des Nichtvorliegens einer marktbeherrschenden Stellung auf einer Reihe von Auslandsmärkten, Entscheidungen im Rahmen der Entgeltregulierung, wie die zur Miete der Teilnehmeranschlussleitung, und insbesondere eine Entscheidung im Rahmen der Missbrauchsaufsicht, nämlich die zur Feststellung missbräuchlicher Preisabschläge auf dem Markt für den breitbandigen Internetzugang mittels der DSL-Technologie. In diesem Zusammenhang hat es darüber hinaus wichtige Entscheidungen zur Förderung des Wettbewerbs im Ortsnetz gegeben.

Die RegTP hat darüber hinaus Grundsatzfragen der Regulierung auf der Basis von Eckpunkten mit der Fachöffentlichkeit diskutiert. Von Bedeutung waren vor allem die Eckpunkte zur Marktabgrenzung und zur Marktbeherrschung sowie die Eckpunkte zur Weiterentwicklung der Price-Cap-Regulierung.

Die Monopolkommission behandelt die Entscheidungspraxis der RegTP und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb nach der Marktstufe, auf der reguliert wird. Diskutiert werden damit zunächst die Beschlüsse, die den Zugang zu wesentlichen Vorleistungen sichern sollen, sodann die Entscheidungen, die die Endkundenmärkte betreffen. Hier geht es einerseits um die Regulierung der Endkundenentgelte des marktbeherrschenden Anbieters, andererseits um Entscheidungen hinsichtlich der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung.

### 5.1 Zugang zu wesentlichen Vorleistungen

#### 5.1.1 Voraussetzungen

101. Wettbewerb auf den nachgelagerten Endkundenmärkten der Telekommunikation erfordert den diskriminierungsfreien Zugang zu wesentlichen Vorleistungen, den so genannten essential facilities. Gesetzliche Regelungen zur Sicherstellung des Zugangs zu essential facilities halten sowohl das allgemeine Wettbewerbsrecht mit Art. 82 EG-Vertrag und § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als auch das sektorspezifische Recht mit der so genann-

ten Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33 vom 30. Juni 1997 und mit § 33 ff. TKG bereit.

102. Nach § 33 Abs. 1 TKG muss ein Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit eine marktbeherrschende Stellung inne hat, Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und seinen am Markt angebotenen Leistungen, soweit sie wesentlich sind, ermöglichen. Nach § 2 Satz 2 der Verordnung über besondere Netzzugänge (Netzzugangsverordnung – NZV) ist den Wettbewerbern „entbündelter“ Zugang zu allen Teilen seines Telekommunikationsnetzes, einschließlich des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung zu gewähren, es sei denn, der Netzbetreiber weist Tatsachen nach, aufgrund derer diese Verpflichtung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Im Hinblick auf die Kosten des Netzzugangs sieht § 33 Abs. 1 TKG vor, dass der marktbeherrschende Anbieter Wettbewerbern die Netzzugangsleistungen zu den Bedingungen bereit stellen muss, die er sich selbst bei der Nutzung dieser Leistungen einräumt. Nach § 24 Abs. 1 haben sich auch die Netzzugangsentgelte „an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ zu orientieren.

Ein weiterer Regelungsbereich ist die Kontrolle des Netzzugangs.<sup>63</sup> Hier geht es zum einen darum, wie sich Kunden den Zugang zu den Netzen verschiedener Wettbewerber verschaffen können. § 43 Abs. 6 TKG sieht hier die dauerhafte und die fallweise Netzbetreibervorauswahl (Preselection bzw. Call-by-Call) vor. Zum anderen regelt § 15 Abs. 1 der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) die netzübergreifende Abrechnung sämtlicher Verbindungen durch den Netzzugangsanbieter eines Kunden für den Fall, dass der Kunde nicht mit anderen TK-Anbietern eine eigenständige Rechnungserstellung vereinbart hat.

103. Von Bedeutung ist, dass die gesetzlichen Regelungen keine abschließende Liste wesentlicher Vorleistungen enthalten. Generell geht die Regulierung in Deutschland davon aus, dass die beteiligten Unternehmen ein Initiativrecht bei der Lösung von Zugangsproblemen wie der Definition von Zusammenschaltungsregelungen oder der Gestaltung von Entgeltvereinbarungen haben. Erst wenn die DTAG und ihre Wettbewerber sich in direkten Verhandlungen nicht einigen, können die Parteien die RegTP ge-

<sup>63</sup> Vgl. für einen Überblick Gerpott, T.J., Wettbewerbsstrategien im Telekommunikationsmarkt, 3. Aufl., Stuttgart 1998, S. 87 ff.

meinsam zur Schlichtung anrufen oder einseitig durch schriftlichen Antrag versuchen, eine administrative Zusammenschaltungsanordnung zu bewirken.<sup>64</sup> Nach § 37 Abs. 1 hat die RegTP über eine beantragte Zusammenschaltungsanordnung innerhalb einer Frist von maximal zehn Wochen (sechs Wochen plus Verlängerung um vier Wochen) zu entscheiden. Für die Umsetzung einer Zusammenschaltungsanordnung wird den beteiligten Netzbetreibern eine Frist von längstens drei Monaten eingeräumt, es sei denn die Befolgung der Anordnung ist aus technischen Gründen objektiv nicht möglich.

### *5.1.2 Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten: Teilnehmeranschlussleitung*

104. Die wichtigste Entscheidung für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs im Ortsnetz war die über die Entgelte für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) vom 30. März 2001. Für die häufigste Zugangsvariante zu den Endkundenanschlüssen, die entbündelte Kupferdoppelader, ist der monatliche Mietpreis ab dem 1. April 2001 auf 24,40 DM festgesetzt worden. Gegenüber dem bis dahin geltenden Preis von 25,40 DM, der zuletzt im Februar 1999 genehmigt worden war, bedeutet dies eine Absenkung um etwa 5 %. Neben den monatlichen Mietpreisen für die insgesamt 18 gebündelten und entbündelten Zugangsvarianten, welche die DTAG zu ihrer Teilnehmeranschlussleitung anbietet, sind auch die einmalig zu zahlenden Bereitstellungs- und Kündigungsentgelte genehmigt worden, die die DTAG ihren Wettbewerbern bei der Anmietung bzw. im Falle der Rückgabe der Teilnehmeranschlussleitung in Rechnung stellen kann. Der Preis für die einfache Übernahme der Leitung, ohne dass zusätzliche Schaltarbeiten beim Endkunden erforderlich sind, ist in Höhe von 181,09 DM genehmigt worden, was ebenfalls eine geringfügige Preissenkung bedeutet. Für die Kündigung der einfachen Kupferdoppelader in dem Fall, dass der Endkunde zu einem anderen Wettbewerber wechselt bzw. zur DTAG zurückkehrt, müssen die Wettbewerber nur noch 74,45 DM anstatt 107,70 DM bezahlen. Die monatlichen Mietpreise für die Teilnehmeranschlussleitung gelten für einen Zeitraum von zwei Jahren bis zum 31. März 2003. Die einmaligen Bereitstellungs- und Kündigungspreise gelten für längstens ein Jahr bis Ende März 2002.

<sup>64</sup> Vgl. ebenda, S. 90 f.

105. Die Monopolkommission sieht in dieser Festsetzung der Entgelte für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung ein *wesentliches* Hemmnis für den Wettbewerb. Diese Entgelte mögen den von der RegTP festgestellten Kosten der effizienten Leistungserstellung entsprechen, doch bleibt festzuhalten, dass der Vorleistungspreis weiterhin oberhalb des Endkundenpreises der DTAG für den analogen Teilnehmeranschluss liegt. Daraus resultieren Marktzutrittsbarrieren für die Wettbewerber.<sup>65</sup> Aus Sicht der Monopolkommission trägt diese Kosten-Preis-Schere maßgeblich zu einer Zementierung des Quasimonopols der DTAG im Ortsnetz bei. Wenn die RegTP in diesem Zusammenhang auf die höherpreisigen ISDN-Anschlüsse verweist, die aus Sicht der Wettbewerber wirtschaftlich interessanter sind und bei denen die Kosten-Preis-Schere nicht gelte, lenkt sie nur von der unmittelbaren Wirkung ihrer Entscheidung ab. Im Übrigen tragen insbesondere die ebenfalls erheblich über den Endkundenpreisen der DTAG liegenden einmaligen Entgelte für die Bereitstellung und für die Kündigung eines Anschlusses dazu bei, dass auch im ISDN-Bereich Kostendeckung nur bei einer längerfristigen Kundenbindung erreichbar ist.

### *5.1.3 Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten: Zusammenschaltungsleistungen*

106. Die Tarifierung von Zusammenschaltungsleistungen seitens der DTAG erfolgt derzeit entfernungsabhängig. Seit dem 1. Januar 2000 gilt für die verschiedenen Entfernungszonen (City, Regio 50, Regio 200, Fern) ein Durchschnittsentgelt von 2,04 Pfennig/Minute (vgl. Tabelle 13).

Ab 1. Juni 2001 sollte laut Beschluss der RegTP vom 8. September 2000 ein neues, nunmehr an der Nutzung von Netzelementen orientiertes Entgeltsystem, das so genannte element based charging (EBC) eingeführt werden. Dabei richten sich die Zusammenschaltungsentgelte nach der Anzahl beanspruchter Netzelemente. Nach dem Beschluss der RegTP darf die DTAG maximal 475 Einzugsbereiche ihres Netzes bestimmen, die ihre sämtlichen Festnetzkunden abdecken müssen. Wenn ein Wettbewerber sein Netz so ausbaut, dass es in allen von der DTAG bestimmten Einzugsbereichen Zusammenschaltungspunkte gibt, zahlt er ausschließlich den niedrigsten Tarif (Tarifzone I). Er kommt an jedem Ort, an dem ein Wettbewerber mit der DTAG zusammengeschaltet ist, zur Anwendung. Bislang

<sup>65</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O. Tz. 26.

hat allerdings kein Wettbewerber eine solche Netzverdichtung aufzuweisen. Ist ein Netzbetreiber wenigstens an 23 Orten mit der DTAG zusammengeschaltet, kann er alle Teilnehmer zur zweiten Tarifstufe (Tarifzone II bzw. Single Transit) erreichen. Die höchsten Zusammenschaltungsentgelte - Tarifzone III (Double Transit) - zahlen Wettbewerber, die an weniger als 23 Orten mit dem Netz der DTAG zusammengeschaltet sind.

*Tabelle 13:*

**Entgelte für die Zusammenschaltungsleistungen B.1 (Terminierung) und B.2 (Zuführung) im „entfernungsabhängigen Modell“**

**(gültig bis 31. Dezember 2001)**

	Standardtarif (Hauptzeit) Montag bis Freitag 09.00 bis 18.00 Uhr	Offpeak-Tarif (Nebenzeit) Montag bis Freitag 18.00 bis 09.00 Uhr; an Samstagen, Sonntagen und bundeseinheitlichen Feiertagen 00.00 bis 24.00 Uhr
City	0,0171 DM/Min (0,0088 Euro/Min)	0,0108 DM/Min (0,0055 Euro/Min)
Regio 50	0,0292 DM/Min (0,0149 Euro/Min)	0,0175 DM/Min (0,0090 Euro/Min)
Regio 200	0,0369 DM/Min (0,0189 Euro/Min)	0,0204 DM/Min (0,0104 Euro/Min)
Fern	0,0447 DM/Min (0,0228 Euro/Min)	0,0275 (DM/Min (0,0140 Euro/Min)

Quelle: RegTP

Element based charging konnte nicht, wie vorgesehen, zum 1. Juni 2001 umgesetzt werden, da die DTAG gegen den Beschluss der RegTP erfolgreich Rechtsmittel eingelegt hat. Das Verwaltungsgericht (VG) Köln hatte im Dezember 2000 den Beschluss der RegTP aus formalen Gründen ausgesetzt. Gemäß dem TKG hätte die RegTP zunächst in einem Verfahren die Zusammenschaltung und deren technische Modalitäten anordnen müssen und in einem nachgeordneten separaten Verfahren die Entgelte für die angeordnete Zusammenschaltung festsetzen müssen. Die Entscheidung des VG wurde im Mai 2001 durch das Oberverwaltungsgericht (OVG) Müns-

ter bestätigt.<sup>66</sup> Dabei hat das OVG nicht nur das Verfahren der RegTP für rechtswidrig erklärt, sondern darüber hinaus ernstliche Bedenken gegen die angewandte Methode für die Bestimmung der Entgelthöhe geäußert. Die Zusammenschaltungsentgelte seien an realen Produktionsgegebenheiten des betroffenen Unternehmens zu orientieren und nicht an Hand eines theoretischen Kostenmodells und damit auf der Grundlage eines weitgehend hypothetischen Netzmodells zu ermitteln.<sup>67</sup> Bis Ende Dezember 2001 wird weiterhin das alte, entfernungsabhängige, Zusammenschaltungsentgeltmodell angewendet.

107. Mit Beschluss vom 15. Oktober 2001 hat die RegTP eine aus ihrer Sicht „vermittelnde“ Lösung angeordnet. Danach wird EBC in der oben beschriebenen Ausgestaltung - zwei Netzebenen mit insgesamt 475 lokalen Einzugsbereichen und 23 Grundeinzugsbereichen - ab dem 1. Januar 2002 eingeführt. Die Zusammenschaltungsentgelte (vgl. Tabelle 14) liegen im Vergleich zu der EBC-Entscheidung vom September 2000 um rund 10 % höher. Im Vergleich zu den bis Ende 2001 geltenden Tarifen im entfernungsabhängigen Zusammenschaltungsregime ergibt sich eine Absenkung von etwa 14 %. In ihrer Pressemitteilung zu dem Beschluss betont die RegTP, dass sie insbesondere auch die Vorgaben des OVG Münster im Hinblick auf die vermittelnde Netzkonfiguration sowie auf die Entgeltstruktur beachtet habe.<sup>68</sup> Die Entscheidung beruhe nicht lediglich auf hypothetischen Modellüberlegungen, sondern entspreche gegenwärtig in Europa anzutreffenden Produktions- und Entgeltstrukturen. So liege dem Beschluss über die Höhe der Entgelte ein internationaler Tarifvergleich zugrunde.

<sup>66</sup> OVG Münster, Beschluss vom 3. Mai 2001, 13 B 69/01, in: MultiMedia und Recht, Jg. 4 (2001), S. 548.

<sup>67</sup> Das Netzmodell der RegTP enthält – wie oben ausgeführt – zwei Netzebenen mit 475 Orten der Zusammenschaltung in den lokalen Einzugsbereichen. Das von der Telekom präferierte Netzmodell besteht aus drei Netzebenen und sieht 936 lokale Einzugsbereiche und Zusammenschaltungsorte vor, bei deren Realisierung ein Wettbewerber bundesweit in den Genuss der niedrigsten Zusammenschaltungsentgelte kommt. Im Vergleich dazu sieht das geltende „entfernungsabhängige Modell“ lediglich 293 Einzugsbereiche und damit Zusammenschaltungsorte vor.

<sup>68</sup> Vgl. Kurth: EBC; ein fairer Kompromiss in schwieriger Situation, [www.regtp.de/aktuelles/pm/02284/index.html](http://www.regtp.de/aktuelles/pm/02284/index.html), vom 15. Oktober 2001.

Tabelle 14:

**Entgelte für die Zusammenschaltungsleistungen B.1 (Terminierung)  
und B.2 (Zuführung) im „EBC-Modell“**

(gültig ab 1. Januar 2002)

	Haupttarif	Nebentarif
	Werktags (Montag – Freitag) 09.00 Uhr – 18.00 Uhr	Werktags 18.00 Uhr – 09.00 Uhr; sowie an Samstagen, Sonntagen und bundeseinheitlichen Feiertagen 00.00 Uhr – 24.00 Uhr
	€/Min	€/Min
<b>Tarifzone I</b>	0,0065	0,0044
<b>Tarifzone II</b>	0,0107	0,0071
<b>Tarifzone III</b>	0,0186	0,0122

Quelle: RegTP

Die DTAG hat bereits angekündigt, gegen den Beschluss erneut Rechtsmittel einzulegen.<sup>69</sup> Daher werden sich das VG Köln und unter Umständen auch das OVG Münster erneut mit der Tarifierung der Zusammenschaltung befassen müssen. Es liegt nahe, dass sie dabei auf die vorangegangenen Äußerungen des OVG Münster zur Kostenabhängigkeit der Entgelte zurückgreifen.

108. Die Monopolkommission hält die Argumentation des OVG Münster jedoch für problematisch. Nach § 24 TKG hat die Entgeltregulierung sich an den Kosten der *effizienten* Leistungsbereitstellung zu orientieren; von den tatsächlichen Kosten ist dabei nicht die Rede. Mit der Bindung der Entgeltregulierung an die Kosten der *effizienten* Leistungsbereitstellung wollte der Gesetzgeber dafür sorgen, dass der Marktbeherrscher einen Anreiz hat, seine Leistungen effizient zu erbringen, da ein Überschuss der tatsächlichen Kosten über die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu seinen Lasten geht. Würde die Entgeltregulierung sich an den tatsächlichen Kosten orientieren, so gäbe es keine Anreize zu Kostenerspar-

<sup>69</sup> Vgl. Telekom-Konkurrenten können Netz billiger nutzen, www.ftd.de vom 15. Oktober 2001.

nissen. Im Gegenteil, wenn der Marktbeherrscher weiß, dass er seine Kosten über die regulatorisch festgesetzten Entgelte voll überwälzen kann, sind selbst missbräuchliche Aufblähungen von Kosten nicht auszuschließen. Die Monopolkommission hat schon früher auf diese grundsätzliche Problematik hingewiesen.<sup>70</sup> In anderem Zusammenhang, bei der Preismissbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB, hat auch der Bundesgerichtshof betont, dass eine Orientierung an den Kosten der Leistungsbereitstellung von den tatsächlichen Kosten insofern abzusehen hat, als es noch unausgeschöpfte Rationalisierungsreserven gibt, bzw. die tatsächlichen Kosten „nicht allein auf objektiven...Umständen ...beruhen,..., sondern auf die von der Betroffenen in Verfolgung ihrer unternehmerischen Ziele getroffenen Entschlüssen zurückzuführen sind.“<sup>71</sup>

109. Das Konzept der effizienten Leistungsbereitstellung ist schon vom Ansatz her ein theoretisches Konzept. Es erfordert ein Gedankenexperiment darüber, was sich wohl an Kosten ergäbe, *wenn* der Marktbeherrscher effizient arbeitete. Ein gewisses hypothetisches Element der Überlegung ist dabei unvermeidlich. Sollte die Kritik des OVG Münster an der Verwendung eines theoretischen Kostenmodells oder eines weitgehend hypothetischen Netzmodells durch die RegTP darauf abzielen, dass eine hypothetische Als-ob-Argumentation als Entscheidungsgrundlage der Entgeltregulierung überhaupt zu verwerfen ist, so liefe dies der Gesetzesvorgabe zuwider. Der Regulierung nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung wird der Boden entzogen, wenn man die Berufung auf eine hypothetische Welt der effizienten Leistungsbereitstellung verwirft und stattdessen eine Orientierung an tatsächlichen Kosten fordert.

Natürlich darf das Theoretisieren im Umgang mit der Frage nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht in Willkür ausarten. Dem wird aber vorgebaut, wenn die RegTP die in ihre Modellüberlegung eingehenden Strukturannahmen und Zahlen anhand von internationalen Vergleichen in Verbindung mit Detailinformationen zu technischen Möglichkeiten und den für den Marktbeherrscher maßgeblichen Inputpreisen begründet. Ein zusätzlicher Einbezug der realen Produktionsgegebenheiten des betroffenen Unternehmens ist nicht rundweg abzulehnen; er darf aber keinesfalls dazu führen, dass der – notwendigerweise nur hypothetische – Maßstab

<sup>70</sup> Monopolkommission, Fortschritte bei der Konzentrationserfassung, Hauptgutachten 1980/1981, Baden-Baden 1982, Tz. 510.

<sup>71</sup> BGH, Beschluss vom 22. Juli 1999, KVR 12/98, WuW/E DE-R 275.



einer effizienten Leistungsbereitstellung durch die tatsächlichen Gegebenheiten verdrängt wird. Dies würde die Intention des Gesetzgebers konterkarieren und dem „Kostenmachen“ durch den Marktbeherrscher Tür und Tor öffnen.

#### *5.1.4 Missbrauchsproblematik*

110. Die weiterhin gegebene Abhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen der DTAG bei der Netzzusammenschaltung und dem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung führt zu Konflikten über die fristgerechte Bereitstellung und die Qualität der Leistungserbringung. Im Mittelpunkt der Beschwerden stehen Fristüberschreitungen bei der Bereitstellung von Kollokationsräumen für die Anbindung von Teilnehmeranschlüssen, der Teilnehmeranschlussleitungen selbst, der Carrier-Festverbindungen (Mietleitungen) sowie von Interconnection-Anschlüssen. Gegenüber der Monopolkommission wurde seitens der Wettbewerber vorgetragen, dass die Bereitstellungsfrist von 16 Wochen für TAL-Kollokationsräume und zwölf Wochen für Carrier-Festverbindungen nur in einem Bruchteil der Fälle eingehalten werden. Zugesagte Bereitstellungsstermine würden drüber hinaus kurzfristig abgesagt und auf unbestimmte Zeit verschoben. Teilnehmeranschlussleitungen würden nicht oder nur verzögert geschaltet. Die Folgen seien zusätzliche Kosten und Imageverlust.

111. Nach Ansicht der Wettbewerber leistet der Regulierer in dieser Situation einen nur unzureichenden Rechtsschutz. Missbrauchsverfahren nach § 33 TKG würden nicht oder nur verzögert eingeleitet. Werde ein Verfahren eröffnet, gebe es keine verbindlichen Fristen. Die Behörde verweise für die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche auf die Zivilgerichte. Hier sei mit langen Verfahrensdauern zu rechnen. Die Erfolgsaussichten seien darüber hinaus gering, da z. B. die TAL-Verträge keine Vertragsstrafen vorsähen, obwohl dies seitens der Wettbewerber seit langem gefordert werde. Die DTAG weist die Vorwürfe der Wettbewerber zurück. Vorhandener Auftragstau, z. B. bei Kollokationsräumen, sei das Ergebnis von Bestellungen weit über dem tatsächlichen Bedarf.

112. Die RegTP ihrerseits sieht keine Möglichkeit, der Vielzahl von Beschwerden über Behinderungen der Wettbewerber durch die DTAG in jedem Einzelfall nachzugehen. Sie vertritt vielmehr die Linie, dass die Auseinandersetzungen zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern über die Bereitstellung von Teilnehmeranschlussleitungen, Kollokationsräumen und Carrier-Festverbindungen das zwischen den Parteien bestehende Ver-

tragsverhältnis betrifft und demzufolge eine primäre Zuständigkeit der Zivilgerichtsbarkeit gegeben sei. Die RegTP sieht ihre eigene Zuständigkeit dann gegeben, wenn es um die Klärung wettbewerbsverzerrender *Grundsatzfragen* geht oder wenn im Einzelfall die Existenz eines betroffenen Unternehmens in Frage steht. Gegenüber der Monopolkommission hat die RegTP betont, sie sehe ihre Rolle in der Vermittlung zwischen den Parteien. Im Fall der Bereitstellungszeiten für Kollokationsräume sei diese Strategie erfolgreich gewesen. Der dort bestehende Auftragsstau sei weitgehend abgebaut.

Die Behörde bemüht sich darüber hinaus um eine wettbewerbskonforme und -fördernde Verbesserung der vertraglichen Vereinbarungen, die Interventionen des Regulierers nicht mehr erforderlich machen. Hier geht es u.a. um Klauseln über Vertrags- und Konventionalstrafen, die im Falle von Fristüberschreitungen und Qualitätsproblemen bei der Leistungserstellung fällig werden. Die Durchsetzung solcher Ansprüche geschieht dann vor den Zivilgerichten. Ein Beispiel für solches Vorgehen ist die Entscheidung vom 11. Oktober 2001, mit der die RegTP der DTAG Klauseln für Vertragsbedingungen, insbesondere verbindliche Lieferfristen für die Bereitstellung von Carrier-Festverbindungen, vorgegeben hat. Die vorgegebenen Fristen von acht Wochen bis längstens sechs Monaten sind gemäß der Entscheidung der RegTP seitens der DTAG auch dann einzuhalten, wenn bauliche Anpassungen erforderlich sind oder wenn technische Probleme bestehen. Im Wege einer Abmahnung ist die DTAG aufgefordert, ihre Vertragsbedingungen den gemachten Vorgaben anzupassen.

113. Ob solche Regulierungsentscheidungen zum Erfolg führen, bleibt abzuwarten. Die Monopolkommission sieht zwei Probleme. Erstens gibt es zwischen der DTAG und ihren Wettbewerbern bei Vertragsverhandlungen über Vorleistungen ein Verhandlungsmachtgefälle zulasten der Wettbewerber. Dies spricht dagegen, die Frage von Vertrags- und Konventionalstrafen bei Schlechterfüllung oder Zeitverzögerungen den Vertragsverhandlungen selbst zu überlassen. Am ehesten können solche Klauseln über die Vorgabe von Musterverträgen oder die Einführung von Standardangeboten durch den Regulierer gelöst werden. Zweitens spricht der Faktor Zeit gegen eine ausschließlich gerichtliche Überprüfung von Behinderungspraktiken. Entscheidungen in der Hauptsache nehmen geraume Zeit in Anspruch und kommen auf Märkten mit einer hohen Dynamik oftmals zu spät. Vorläufiger Rechtsschutz ist nach aller Erfahrung schwierig zu erlangen, insbesondere ist vorläufiger Rechtsschutz ausgeschlossen, wenn damit eine Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen wird. Dies dürfte

bei den hier in Rede stehenden Behinderungsmissbräuchen regelmäßig der Fall sein. Nach Auffassung der Monopolkommission spricht dies eher für eine aktive Rolle des Regulierers bei der Verfolgung von Behinderungsmissbräuchen.<sup>72</sup>

114. Welche Rolle Zeitverzögerungen auf dem Markt für Telekommunikationsdienste spielen können, zeigt die fehlende Umsetzung von angeordneten marktöffnenden Maßnahmen durch die DTAG. Im Zusammenhang mit der Entscheidung über missbräuchliches Preisdumping der Telekom beim breitbandigen Internetzugang T-DSL hatte die RegTP am 30. März 2001 den Fortbestand der die Kosten nicht deckenden Entgelte u. a. davon abhängig gemacht, dass zusätzliche Vorleistungsmärkte für die Wettbewerber geöffnet werden. Angeordnet wurden deshalb Resale im Ortsnetz und so genanntes Line sharing. Im Fall des Line sharing sah der Beschluss als letztmöglichen Termin für die Vorlage eines Angebotes an die Wettbewerber den 30. Mai 2001 vor. Die Umsetzung des Line sharing sollte bis Ende September 2001 erfolgen. Am 10. Mai 2001 erklärte die DTAG, dass sie kein entsprechendes Angebot abgeben werde und reichte gleichzeitig beim VG Köln einen Eilantrag gegen die Entscheidung der RegTP vom 30. März 2001 ein. Daraufhin drohte die RegTP ein Zwangsgeld in Höhe von 2000 DM an. Gegen diese Anordnung reichte die DTAG ebenfalls Klage ein. Ende Mai nun setzte die Behörde die Durchsetzung der von ihr getroffenen Anordnung bis zu der Entscheidung des VG aus. Das VG hatte im Juni und das OVG Düsseldorf hatte Ende August die Entscheidung des Regulierers bestätigt. Mitte September schließlich lag den Wettbewerbern ein Angebot der DTAG für Line sharing vor. Ob auf dieser Grundlage eine Einigung möglich ist oder ob eine weitere Auseinandersetzung vor der RegTP und möglicherweise den Gerichten über die konkrete Ausgestaltung des Angebotes folgt, bleibt abzuwarten. Verzögert hat sich in jedem Fall die Möglichkeit der Wettbewerber, auf der Grundlage von Line sharing eigene DSL-Angebote auf den Markt zu bringen.

Die DTAG profitiert von dieser Verzögerung, indem sie ihre Quasi-Monopolstellung beim breitbandigen Internetzugang für weitere Monate aufrecht erhält. Dies versetzt sie in die Lage, einen bis Mitte des Jahres 2001 aufgebauten Stau bei der Umsetzung beantragter DSL-Anschlüsse in der Größenordnung von etwa 1 Mio. Aufträgen abzarbeiten, ohne mit Abwanderungen rechnen zu müssen. Dies soll bis Ende des Jahres 2001

<sup>72</sup> Siehe dazu auch Abschnitt 8.4 dieses Gutachtens.

erfolgen. Die DTAG dürfte dann nach eigenen Angaben etwa 2, 5 Mio. DSL-Anschlüsse vermarktet haben. Daraus ergibt sich ein so genannter First-mover-Advantage, der von den Wettbewerbern nur noch schwer auszugleichen sein dürfte.

## 5.2 Endkundenentgelte

### 5.2.1 Rechtslage und Ausgestaltung

115. Nach § 25 Abs. 1 TKG unterliegen Entgelte und entgeltrelevante Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklassen 3 und 4 der vorherigen (ex ante) Genehmigungspflicht, soweit der Lizenznehmer auf dem jeweiligen Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von § 19 GWB verfügt. Alle übrigen Dienstleistungen, einschließlich der Mobilfunk- und Satellitenfunkdienste, unterliegen der nachträglichen (ex post) Regulierung.

116. Als Verfahren für die Ex-ante-Regulierung sieht § 27 TKG die Einzelpreisgenehmigung und die Price-Cap-Regulierung vor. Gemäß § 1 Abs. 1 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) ist das Price-Cap-Verfahren der Regelfall, von dem nur abzuweichen ist, wenn eine Dienstleistung nicht mit einer Mehrzahl anderer Dienstleistungen in einem Korb zusammengefasst werden kann.

117. Maßstab der Einzelpreisgenehmigung ist das Kriterium der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Die Entgeltgenehmigung erfolgt auf der Grundlage detaillierter Kostennachweise, die sowohl Einzelkosten als auch die Zuordnung von Gemeinkosten umfassen. Über Entgeltanträge im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung entscheidet die RegTP innerhalb einer Frist von sechs Wochen. Eine Verlängerung des Verfahrens auf längstens zehn Wochen ist möglich.

118. Das Price-Cap-Verfahren ermöglicht den betroffenen Unternehmen eine größere Flexibilität in der Preisgestaltung. Es basiert auf der Grundlage von Leistungskörben, über deren Zusammensetzung die RegTP befindet. Die TEntgV schreibt nicht eindeutig vor, welche Leistungen der Price-Cap-Regulierung unterliegen, sondern nennt notwendige Bedingungen für die Zusammenfassung von Leistungen. Danach dürfen einem Korb nur Dienstleistungen zugeordnet werden, die derselben Lizenzklasse angehören.

ren und bei denen sich die zu erwartende Stärke des Wettbewerbs nicht wesentlich unterscheidet (§ 1 Abs. 2 TEntgV). Für jeden Warenkorb wird ein Ausgangsentgeltniveau und eine Änderungsrate festgestellt. Die Änderungsrate wiederum wird anhand von festgelegten Maßgrößen ermittelt. Diese umfassen nach § 4 Abs. 2 TEntgV eine gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate, die zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate bei dem regulierten Unternehmen sowie Nebenbedingungen, die geeignet und erforderlich sind, die Einhaltung der Anforderungen an das Fehlen von Missbräuchlichkeit der Preise gemäß § 24 Abs. 2 TKG zu gewährleisten. Neben dem Inhalt der Körbe hat der Regulierer über die Zeiträume zu entscheiden, in denen die Maßgrößen unverändert bleiben und anhand welcher Referenzzeiträume der Vergangenheit die Maßgrößen überprüft werden. Es ist möglich, Dienstleistungen aus einem Korb zu entfernen oder hinzuzufügen.

119. Die Regulierung der Endkundenentgelte im Rahmen des Sprachtelefondienstes der Lizenzklasse 4 wird nach dem Price-Cap-Verfahren durchgeführt. Die gegenwärtige Price-Cap-Regulierung basiert auf einer noch vom Bundesminister für Post und Telekommunikation im Jahre 1997 auf der Grundlage von § 97 Abs. 3 TKG getroffenen Entscheidung, die bis zum 31. Dezember 2001 befristet ist.<sup>73</sup> Ebenfalls noch vom BMPT festgelegt wurde die Einteilung von zwei Leistungskörben für Privat- und Geschäftskunden, in die die Telekommunikationsdienste der DTAG eingebracht werden. Festgelegt sind zwei Preis-Cap-Perioden, vom 1. Januar 1998 bis 31. Dezember 1999 und vom 1. Januar 2000 bis 31. Dezember 2001. Nach Ablauf der ersten Periode war über die Zusammensetzung der Körbe für die zweite Periode zu entscheiden. Für die Ermittlung der Änderungsrate wurde für beide Perioden festgelegt, dass der Produktivitätsfortschritt 6 % betragen soll; der ebenfalls zu berücksichtigende Preissteigerungsindex war per 30. Juni des der Periode vorangehenden Jahres zu bestimmen. Für die nun ablaufende zweite Periode hat die RegTP die Absenkung des Preisniveaus im Privatkundenkorb um 4,4 % und im Geschäftskundenkorb um 4,55 % festgesetzt.

120. Die Price-Cap-Regulierung bedeutet für das betroffene Unternehmen, dass es schneller und flexibler auf wettbewerbsbedingte Preisänderungen reagieren kann. Bei Tarifänderungen gilt der Maßstab des § 24 Abs. 2

<sup>73</sup> Mitteilung Nr. 202/97, Amtsblatt des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation Nr. 34/97 vom 17. Dezember 1997.

Nr. 1 (missbräuchlich überhöhte Preise) als eingehalten, wenn das Unternehmen die vorgegebenen Maßgrößen insgesamt einhält. Zur Überprüfung dieses Kriteriums hat das Unternehmen der Behörde die entsprechenden Unterlagen vorzulegen. Diese müssen weniger detailliert sein als im Fall der Einzelgenehmigung, müssen allerdings auch Angaben über die anteiligen Umsätze jeder Entgeltposition für den festgesetzten Referenzzeitraum enthalten. Eine Überprüfung des Entgelts auf seine Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung findet im Rahmen der so genannten Offenkundigkeitsprüfung statt. Nach § 27 Abs. 3 TKG ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen, wenn diese „offenkundig“ missbräuchliche Abschläge oder anderweitige Diskriminierungen gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG enthalten. Über Entgeltgenehmigungsanträge im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens entscheidet die RegTP innerhalb von zwei Wochen. Da dieser Zeitraum für eine nicht nur formale Prüfung auf Preisdumping und sonstige Diskriminierungen, inklusive der notwendigen Abstimmung mit dem Bundeskartellamt, nicht ausreicht, ist die Zwei-Wochen-Frist in der Praxis kaum einzuhalten. Analog dem Verfahren im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung ist auch hier eine vierwöchige Fristverlängerung möglich.

121. Eine Einzelpreisgenehmigung findet im Bereich des Sprachtelefondienstes bei Endkumentarifen statt, die nicht der Price-Cap-Regulierung unterliegen. Das sind insbesondere neue Tarife oder strukturell veränderte Tarife, die wie neue Tarife behandelt werden. Neue Tarifvarianten können erst dann der Price-Cap-Regulierung unterstellt werden, wenn damit in dem der Price-Cap-Periode vorgelagerten einjährigen Referenzzeitraum mindestens während des letzten halben Jahres durchgehend Umsätze getätigt wurden. Nur dann lassen sich Gewichte bestimmen, mit denen der neue Tarif in den Price-Cap-Index eingehen soll. Die Zusammensetzung der Warenkörbe bleibt für eine Price-Cap-Periode gleich.

Der Einzelpreisgenehmigung unterliegen darüber hinaus sämtliche regulierten Vorleistungsentgelte.

122. In der Praxis ist die Regulierung der Endkundenentgelte bisher nur bei der Einzelpreisgenehmigung neuer Angebote von Bedeutung gewesen. Die vor Inkrafttreten des TKG vom Bundesminister für Post und Telekommunikation genehmigten Tarife gelten nach § 97 Abs. 3 TKG bis zum 31. Dezember 2002 weiter, es sei denn, für eine Leistung werden neue Tarife beantragt und genehmigt. Letzteres ist geschehen, als die DTAG Ende 1998 die Ferngesprächstarife drastisch senkte, um ihre Marktanteilsver-

luste zu begrenzen. Die Endkundenpreise für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche dagegen fallen weiterhin unter die Übergangsklausel des TKG. Diese Preise unterstehen noch nicht den Anforderungen des TKG. Dies erklärt das Fortbestehen der Kosten-Preis-Schere für die Wettbewerber bei den Teilnehmeranschlüssen. Wenn nach den Feststellungen der RegTP die Kosten der effizienten Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung an die Wettbewerber bei 24,40 DM pro Monat (früher 25,40 DM pro Monat) liegen, ist davon auszugehen, dass die Kosten der effizienten Bereitstellung der Analoganschlüsse an die Endkunden noch höher liegen und dass der von der DTAG verlangte Endkundenpreis von 21,39 DM pro Monat vermutlich um 15-20 % *unter* den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt. Dass dies nicht gemäß § 24 Abs. 2 TKG als wettbewerbsschädigender unzulässiger Abschlag von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu beanstanden ist, ist nur dadurch zu erklären, dass der Endkundenpreis für den Analoganschluss weiterhin unter die Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG fällt und noch nicht den Kriterien des TKG genügen muss.

### 5.2.2 Weiterentwicklung der Price-Cap-Regulierung 2002

123. Aufgrund einer Entscheidung des Bundesministers für Post und Telekommunikation vom Dezember 1997 wurde die Price-Cap-Regulierung bisher so ausgestaltet, dass alle Dienstleistungen der Sprachtelekommunikation im Festnetz in *einem* Korb zusammengefasst wurden. Dies hatte keine große praktische Bedeutung, da (i) die Ferngesprächstarife drastisch sanken und (ii) wie erwähnt, die Tarife für Endkundenanschlüsse und Ortsgespräche im Rahmen der Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG unverändert gehalten wurden.

Die derzeitige Ausgestaltung der Price-Cap-Regulierung läuft aber Ende des Jahres 2001 aus. Die Weiterentwicklung der Regulierung ab 2002 ist von großer Bedeutung, da spätestens zum 1. Januar 2003 die Übergangsregeln entfallen und danach grundsätzlich alle Preise der Entgeltregulierung unterliegen. Die RegTP hat für die Weiterentwicklung der Price-Cap-Regulierung 2002 Eckpunkte zur Diskussion gestellt. Im Mittelpunkt der Eckpunkte stehen der Anwendungsbereich der Price-Cap-Regulierung, die Bildung der Leistungskörbe und der Maßgrößen sowie die Laufzeit der zu treffenden Regulierung.

124. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich ist vorgesehen, den Sprachtelefondienst in dem bisherigen Umfang, d. h. Standardangebote, Teilneh-

meranschlüsse und bereits genehmigte Optionsangebote, weiterhin der Price-Cap-Regulierung zu unterstellen. Price-Cap hat nicht nur – so die Behörde – gemäß § 1 Abs. 1 TEntgV Vorrang vor der Einzelpreisgenehmigung, sondern ist darüber hinaus vorteilhaft, da es dem betroffenen Unternehmen eine größere Preissetzungsflexibilität einräumt und für die Behörde einen geringeren administrativen Aufwand bedeutet. Entgelte für Leistungen des Sprachtelefondienstes, die nicht oder noch nicht vom Price-Cap erfasst sind, sollen weiterhin der Einzelpreisgenehmigung unterliegen. Dasselbe gilt für die der Regulierung unterfallenden Vorleistungsentgelte. Zwar sei, so die RegTP, dem Problem der wettbewerbsbehindernden Quersubventionierung am effektivsten im Rahmen des Einzelgenehmigungsverfahrens zu begegnen; eine wettbewerbsbehindernde Preissetzung könne allerdings auch im Rahmen der Price-Cap-Regulierung wirksam verhindert werden.

125. Diese Begründung überzeugt nicht. Nach Auffassung der Monopolkommission enthalten weder das Gesetz noch die TEntgV eine *eindeutige* Regelung des Anwendungsbereichs der Price-Cap-Regulierung. Das TKG stellt das Price-Cap-Verfahren und die Einzelpreisgenehmigung als mögliche Verfahren der Entgeltgenehmigung gleichberechtigt nebeneinander. § 1 Abs.1 TEntgV lässt zwar eine Vorzugsstellung des Price-Cap-Verfahrens gegenüber der Einzelpreisgenehmigung erkennen, bleibt allerdings vage in der Aussage, wann diese zur Anwendung gelangen soll. Eine Einzelpreisgenehmigung kommt nach dieser Vorschrift nur in Betracht, wenn „die Dienstleistung nicht nach Abs. 2 mit einer Mehrzahl von Dienstleistungen in einem Korb zusammengefasst werden kann.“ § 1 Abs. 2 Satz 2 TEntgV legt fest, dass „Dienstleistungen der gleichen Lizenzklasse ... nur insoweit in einem Korb zusammengefasst werden“ können, „als sich die erwartete Stärke des Wettbewerbs nicht wesentlich unterscheidet“. Dies ist *interpretationsbedürftig*. Die Verwendung des Wortes „nur“ in Satz 2 dieses Absatzes impliziert ein Verbot der Zusammenfassung von Dienstleistungen mit unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen in einem Korb, nicht aber ein Gebot der Zusammenfassung von Dienstleistungen mit ähnlichen Wettbewerbsverhältnissen. In Anbetracht dessen, dass die TEntgV keine abschließenden Kriterien für die Anwendung des Price-Cap-Verfahrens und die Bildung von Körben vorgibt, hat die RegTP hier einen gewissen Ermessensspielraum. Dessen Ausfüllung sollte sich vorrangig an den übergeordneten Zielen des TKG orientieren und insbesondere der Entwicklung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs dienen.



126. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass wichtige Endkundenpreise noch aus der Zeit vor Inkrafttreten des TKG stammen. Bei diesen Preisen ist nicht klar, was sie mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu tun haben; im Einzelfall dürfte noch nicht einmal klar sein, was die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind. Für die Funktionsfähigkeit der Price-Cap-Regulierung ist dies insofern problematisch, als nach § 4 Abs. 3 TEntgV bei der Festsetzung der Maßgrößen das Verhältnis des Ausgangsentgelt-niveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigt werden soll. Was bedeutet das, wenn man letztere gar nicht festgestellt hat, weil die Ausgangsentgelte noch aus einem anderen Regime stammen?

Wie groß die Abweichungen von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sein können, zeigt das schon mehrfach angesprochene Beispiel der Kosten-Preis-Schere bei Analoganschlüssen. Wie erwähnt, ist davon auszugehen, dass die Kosten der effizienten Bereitstellung des Analoganschlusses an den Endkunden über den von der RegTP festgestellten Kosten der effizienten Bereitstellung der Teilnehmeranschlussleitung für die Wettbewerber liegt und somit um 15-20 % *über* dem derzeit verlangten Entgelt von 21,39 DM.

127. Die Frage nach der angemessenen Höhe des Endkundenpreises für Analoganschlüsse wird sich spätestens dann nicht mehr umgehen lassen, wenn dieser Preis dem Ordnungsrahmen des TKG unterworfen wird. Im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens wird dies aber nur schwer zu machen sein. Grundsätzlich enthebt das Price-Cap-Verfahren den Marktbeherrscher nicht vom Verbot des Verdrängungs- und des Diskriminierungsmissbrauchs gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG. Die Entgeltgenehmigung ist gemäß § 27 Abs. 3 TKG zu versagen, wenn ein solcher Missbrauch offenkundig vorliegt. Unterliegt der Endkundenpreis für den Teilnehmeranschluss dem Price-Cap-Verfahren, so wird die RegTP mit der Frage konfrontiert werden, ob nicht bei dem bisherigen Niveau der Tatbestand des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG offenkundig gegeben sei, da der Endkundenpreis unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung für die Wettbewerber und damit noch weiter unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für den Endkundenanschluss liegt. Ist diese Frage zu bejahen, so wird die Genehmigung des Endkundenpreises für den Teilnehmeranschluss schon ex ante zu versagen sein. Die dann erforderliche Erhöhung dieses Preises um 15 bis 20 % dürfte aber das Price-Cap-Verfahren sprengen, es sei denn, es würde zu Anfang ein beträchtlicher Preiserhöhungsspielraum vorgese-

hen. Die hier angesprochene Schwierigkeit ließe sich vermeiden, wenn die Endkundenpreise für Teilnehmeranschlüsse aus der Price-Cap-Regulierung herausgenommen und zumindest zeitweise der Einzelpreisgenehmigung unterworfen würden. Die RegTP müsste gegebenenfalls die Verantwortung für eine in der Öffentlichkeit unpopuläre Preiserhöhung übernehmen; diese wäre dann die Folge ihrer vor über zwei Jahren getroffenen Festsetzung des Entgelts für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung durch die Wettbewerber. Für die Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs ist jedenfalls unerlässlich, dass die bisherige, regulatorisch bedingte Kosten-Preis-Schere beseitigt wird.

128. Dort, wo es nicht so offensichtliche Anhaltspunkte für die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gibt wie bei den Analoganschlüssen, bleibt unklar, wie die RegTP auf Dauer „wettbewerbsbehindernde Preissetzungen im Rahmen der Price-Cap-Regulierung wirksam verhindern“ will. In Bezug auf den Verdrängungsmissbrauch (Preisdumping) kommt die Price-Cap-Regulierung de facto dem Übergang von einer Ex-ante-Kontrolle zu einer Ex-post-Kontrolle gleich. Zwar ist nach § 27 Abs. 3 TKG die Genehmigung eines Entgelts auch weiterhin zu versagen, wenn die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG "offenkundig" verletzt sind, doch im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens fehlen gewöhnlich die Informationen und die Prüfungszeit, die nötig wären, um dieser Vorschrift einen mehr als deklaratorischen Charakter zu geben. Im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung muss das marktbeherrschende Unternehmen der RegTP gemäß § 2 TEntgV detaillierte Kostenunterlagen zur Verfügung stellen. Mit Hilfe dieser Unterlagen kann die RegTP prüfen, ob die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG verletzt sind. Im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens dagegen sind keine detaillierten Kostenunterlagen vorzulegen. Es genügt, zu zeigen, dass die vorgegebenen Maßgrößen eingehalten werden. Ohne detaillierte Kostenunterlagen und der knappen Zeit von lediglich zwei Wochen aber ist eine auch nur oberflächliche Prüfung hinsichtlich der Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG ausgeschlossen. Im Rahmen der Ex-ante-Entgeltregulierung wird die RegTP daher, von Zufällen abgesehen, kaum umhin kommen, von einer solchen Prüfung abzusehen. Liegt ein Verdrängungsmissbrauch vor, so wird dies allenfalls im Rahmen der Ex-post-Kontrolle gemäß § 30 TKG festzustellen sein. Deren Wirksamkeit bei der Verfolgung von Verdrängungsmissbräu-

chen ist allerdings eingeschränkt.<sup>74</sup> Dies gilt für die kartellbehördliche Missbrauchsaufsicht ebenso wie für die Ex-post-Kontrolle durch die RegTP nach § 30 TKG.

129. Ein weiteres Argument ist von Bedeutung: Bei der Ex-ante-Kontrolle im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung ist die Stellung der RegTP im Verfahren stärker. Das regulierte Unternehmen muss nicht nur detaillierte Kostenunterlagen vorlegen, sondern hat einen sehr viel größeren Anreiz zur Kooperation, da es die Genehmigung braucht, um die gewünschte Preisänderung vornehmen zu können. Insofern ist der mit dem Price-Cap-Verfahren verbundene faktische Wechsel von der Ex-ante-Kontrolle zur Ex-post-Kontrolle des Verdrängungsmissbrauchs von erheblicher Bedeutung für die Durchsetzung der Vorschriften des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3. Die bereits zitierte Aussage, die "Prüfung unzulässiger Preisabschläge im Sinne des § 24 Abs. Nr. 2 TKG" sei durch die Einführung des Price-Cap-Verfahrens "grundsätzlich nicht tangiert", wird dem nicht gerecht. Es sei denn, diese Aussage ist so zu verstehen, dass die „Offenkundigkeitsprüfung“ nach § 27 Abs. 2 TKG einer dezidierten Überprüfung der Einzelentgelte anhand des § 24 TKG entspricht. Diese hieße, die RegTP hätte im Fall ernsthafter Zweifel an der Vereinbarkeit eines Entgelts mit den Vorschriften des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 das Recht, von dem betroffenen Unternehmen detaillierte Kostenunterlagen zu verlangen, und der Prüfungszeitraum verlängerte sich entsprechend.<sup>75</sup> Sollte die obige Aussage in dieser Weise zu interpretieren sei, sollte die RegTP, besser noch der Gesetzgeber, für eine Klarstellung sorgen.

130. Für die Zusammensetzung der Dienstleistungskörbe schlägt die RegTP die Bildung jeweils getrennter Körbe für Anschlüsse und Ortsgespräche (Korb A), für Inlandsferngespräche (Korb B) und für Auslandsgespräche (Korb C) vor.<sup>76</sup> Weitere Differenzierungen, etwa die Separierung von Ortsgesprächen und verschiedenen Teilnehmeranschlussvarianten, die

<sup>74</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz. 68.

<sup>75</sup> In der Praxis wird von einer Prüfungsfrist von zwei Wochen plus weiterer vier Wochen für den Fall ausgegangen, dass die Frist nicht ausreicht. Für eine solche Fristverlängerung gibt es allerdings keine klare Rechtsgrundlage.

<sup>76</sup> Die Veröffentlichung der beabsichtigten Entscheidung zur Price-Cap-Regulierung 2002 im Amtsblatt der RegTP 20/2001 vom 17. Oktober 2001, S. 3087 f. sieht die Bildung getrennter Körbe für Anschlüsse und City-Verbindungen vor. Die Monopolkommission geht darauf nicht explizit ein, da die Bekanntmachung nach Fertigstellung dieses Gutachtens erfolgte. Zudem handelt es sich um eine „beabsichtigte“ und nicht die endgültige Entscheidung.

Trennung der Angebote für Privat- und Geschäftskunden sowie die weitere Aufsplitterung der Tarife für Auslandsgespräche, seien denkbar, allerdings gegenwärtig aus sachlichen Gründen (Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche) oder aus Praktikabilitätsgründen (verschiedene Körbe für Auslandsgespräche, Unterscheidung von Privat- und Geschäftskundentarifen) nicht vorgesehen. Ebenfalls nicht vorgesehen ist die Bildung eines eigenständigen Korbes für Options- oder Bündelangebote. Grundsätzlich gilt nach Auffassung der RegTP, dass die Vorteile der Price-Cap-Regulierung insbesondere dann zum Tragen kommen, wenn die Körbe vergleichsweise umfangreich zugeschnitten sind, d. h. möglichst viele Dienstleistungstarife enthalten. Insbesondere soll auf die Bildung von Unterkörben verzichtet werden, damit dem marktbeherrschenden Unternehmen eine flexible und innovative Preisgestaltung ermöglicht wird.

131. Bei der Price-Cap-Regulierung besteht im Grundsatz Raum für Quersubventionierungen derart, dass einzelne Leistungen des Warenkorbes unterhalb und andere oberhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung angeboten werden. Anreiz dafür besteht vor allem dann, wenn ein Unternehmen auf mehreren Märkten mit einer unterschiedlichen Wettbewerbsintensität tätig ist. Um den Quersubventionierungsanreiz im Rahmen von Price-Cap gering zu halten, verbietet § 1 Abs. 2 Satz 2 TEntgV explizit die Zusammenfassung von Leistungen mit einer unterschiedlichen Wettbewerbsintensität. Gegen diese Vorgabe verstößt die RegTP fortwährend, indem sie die Zusammenfassung von Orts- und Ferngesprächsleistungen innerhalb eines Korbes seit der Price-Cap-Entscheidung im Januar 1998 bis heute unverändert gelassen hat. In ihrem damaligen Beschluss hatte die RegTP die Zusammenfassung von Orts- und Ferngesprächstarifen in einem Leistungskorb damit begründet, dass über eine entsprechende Ausgestaltung des Price-Cap-Systems bereits vom Bundesminister für Post und Telekommunikation im Dezember 1997 entschieden worden sei. Damit unterliegt die Regelung bis längstens Ende 2002 der Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG. Das Bundeskartellamt hatte diese Auffassung kritisiert und die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der RegTP grundsätzlich angezweifelt.

Mit der neuen Price-Cap-Regelung 2002 soll es eine entsprechende Trennung und die Zuordnung auf verschiedene Leistungskörbe geben, wobei noch offen ist, ob der Teilnehmeranschluss und die Ortsgespräche demsel-

ben Korb zugeordnet werden.<sup>77</sup> Dies würde nach Auffassung der Monopolkommission allerdings gegen § 1 Abs. 2 TEntgV verstoßen, wonach nur Leistungen in einem Korb zusammengefasst werden dürfen, deren „zu erwartende“ Wettbewerbsintensität sich nicht wesentlich unterscheidet. Diese Bedingung war in der Vergangenheit erfüllt; das lag aber an den regulatorischen Rahmenbedingungen. Geht man davon aus, dass die Bemühungen der RegTP um die Verstärkung des Wettbewerbs im Ortsnetz von Erfolg gekrönt sein werden, oder auch davon, dass, gegebenenfalls auf Brüsseler Initiative hin, auch im Ortsnetz der Call-by-Call-Wettbewerb zugelassen wird, so werden die Wettbewerbsverhältnisse sich sehr schnell deutlich unterscheiden. Die Einteilung der Körbe muss dem Rechnung tragen. Die Prognose der Wettbewerbsintensität muss dabei für einen Zeitraum von drei Jahren gelten, für den die Rahmenbedingungen für die Price-Cap-Regulierung festgelegt werden.

132. Nach Auffassung der RegTP sollen die Warenkörbe möglichst weit geschnitten sein, weil nur dann die Vorteile des Price-Cap – mehr Preissetzungsflexibilität für das regulierte Unternehmen und geringerer bürokratischer Aufwand für den Regulierer – zum Tragen kommen. Diesem Argument kommt nach Auffassung der Monopolkommission keine ausschlaggebende Bedeutung zu. Maßgeblich ist vielmehr die Orientierung an den übergeordneten ordnungspolitischen Vorschriften des TKG, namentlich der Gewährleistung nichtmissbräuchlicher und diskriminierungsfreier Entgelte. Konkret heißt dies, dass das Prinzip möglichst großer Körbe dann keine Bedeutung mehr haben darf, wenn dadurch die Durchsetzung des § 24 Abs. 2 TKG in Frage gestellt wird.

### *5.2.3 Entscheidungspraxis: Präventive Entgeltregulierung*

133. Wichtige Entgeltgenehmigungsverfahren in den letzten zwei Jahren betrafen in erster Linie so genannte Options- und Bündeltarife. AktivPlus, T-ISDN-XXL, Talk2Friends und zuletzt das Bonusprogramm Happy digits sind jeweils im Rahmen von Einzelpreisgenehmigungsverfahren gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 TKG behandelt worden. Bei der Überprüfung missbräuchlicher Preisabschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG greift die RegTP regelmäßig auf die „IC+25%-Regel“ zurück. Danach liegt Preis-

<sup>77</sup> In den Eckpunkten war dies zunächst vorgesehen. Nach der Veröffentlichung im Amtsblatt vom 17. Oktober 2001 beabsichtigt die RegTP die Bildung getrennter Körbe für Anschlüsse und City-Verbindungen, vgl. dazu Fn. 76.

dumping nicht vor, wenn das geforderte Entgelt mindestens dem zweifachen Interconnectionstarif – für die Zuführungs- und Terminierungsleistung – plus einem Zuschlag für Vertriebs- und Marketingkosten in Höhe von 25 % entspricht.

134. AktivPlus ist ein Preisbündelungstarif über zwei Stufen. Der Kunde erhält für eine zusätzliche Grundgebühr in Höhe von 9,90 DM, die nutzungsunabhängig zu zahlen ist, Preisvorteile für Inlands- und Auslandsverbindungen im Festnetz sowie für Verbindungen in Mobilfunknetze. Ohne Berücksichtigung des monatlichen Grundpreises kann die DTAG in diesem Tarif mit den nutzungsabhängigen Preisen eines Großteils ihrer Wettbewerber konkurrieren oder diese sogar unterbieten. Im Rahmen des so genannten T-ISDN-Tarifs wird AktivPlus zusätzlich mit einem ISDN-Standardanschluss und einer leistungsunabhängigen Pauschale (Flatrate) kombiniert. Für den Preis von 59,90 DM erhält der Kunde einen Standard-ISDN-Anschluss, AktivPlus mit den hier üblichen Preisnachlässen auf Sprachtelefondienstleistungen sowie die kostenlose Nutzung von City-, Regional- und Deutschlandverbindungen an Sonn- und Feiertagen. Den XXL-Tarif hat die RegTP in mehreren Entscheidungen als Testbetrieb, zuletzt bis Ende Oktober 2001, genehmigt. Eine endgültige Genehmigung steht aus, da Zweifel an dem Vorliegen missbräuchlicher Preisabschlüsse letztendlich noch nicht ausgeräumt werden konnten. Eine endgültige Klarheit soll der Testbetrieb liefern, innerhalb dessen der DTAG monatliche Berichtspflichten über die Kundenzahlen und das Nutzerverhalten auferlegt wurden.

135. Nicht genehmigt hat die RegTP den im September 2000 von der DTAG beantragten Tarif „Talk2friends“. Der Antrag sah die Möglichkeit vor, für ein monatliches Pauschalentgelt von 4,99 DM zu anderen talk2friends-Teilnehmern im selben Ortsnetz in der Zeit zwischen 10 und 20 Uhr ohne zusätzliche Kosten (Flatrate) zu telefonieren. Der Tarif sollte nur für Kunden mit einem ISDN-Anschluss gelten und nur bei Kunden geschaltet werden, bei denen die DTAG als Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt ist. Der Tarif wurde im Rahmen eines Einzelpreis-genehmigungsverfahrens abgelehnt, da er nach den Ermittlungen der RegTP erstens wettbewerbswidrige Abschlüsse im Sinne von §24 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthält und zweitens wegen der Koppelung von Ortsgesprächen mit dem von der DTAG zu beziehenden Teilnehmeranschluss.

Talk2friends zeigt exemplarisch die Wettbewerbsproblematik von Flatrates. Die DTAG kann Pauschaltarife problemlos kalkulieren, soweit sie Ge-

sprache innerhalb des eigenen Netzes - hier der eigenen Ortsnetze - und ausschließlich eigene Kunden betreffen. Wettbewerber können keine konkurrierenden Angebote kalkulieren, da sie nutzungsabhängige Terminierungskosten beachten müssen, die die Erlöse aus dem Pauschalbetrag schnell übersteigen können. Das Problem taucht nicht auf, wenn alternative Teilnehmernetzbetreiber, die über einen direkten Kundenzugang verfügen, ihren Kunden entsprechende Angebote unterbreiten. Im Vergleich zur DTAG fehlt es ihnen allerdings an Wettbewerbsfähigkeit, da sie ausschließlich Gespräche innerhalb des – in aller Regel – sehr kleinen Kreises eigener Kunden pauschal tarifieren können.

Talk2friends ist wettbewerbspolitisch ferner problematisch, da der Tarif zu einer Ausnutzung von Netzwerkeffekten geführt hätte. Da nur Telefonate von tarifzugehörigen Kunden untereinander betroffen gewesen wären, wäre der Nutzen mit einer steigenden Anzahl von angeschlossenen Kunden gestiegen. Dies hätte eine Sogwirkung zur Folge gehabt, welche die Hürde für einen Wechsel zu einem anderen Anschlussbetreiber spürbar erhöht hätte.

136. Nur teilweise genehmigt hat die RegTP das Bonusprogramm „Happy digits“. Die DTAG hatte beantragt, den Kunden für die Inanspruchnahme von umsatzabhängigen und –unabhängigen Leistungen Rabattgutschriften einräumen zu dürfen. Die umsatzabhängigen Gutschriften betreffen sowohl den Sprachtelefondienst als auch die gesamte Palette der übrigen Endkundendienste, wie Internet-, Mobilfunk-, Datenübertragungsdienste oder den Verkauf von Endgeräten. Die DTAG hatte Rabatte bis zu 3 % beantragt. Genehmigt hat die RegTP lediglich Rabatte in Höhe von 1 % des jeweiligen Umsatzes. Rabattprogramme zielen auf eine Verstärkung der Kundenbindung ab. Sie sind inzwischen in vielen Bereichen des Wirtschaftslebens verbreitet und akzeptiert. Problematisch sind Rabattprogramme dann, wenn sie zu einer übermäßigen Sogwirkung führen, die die Wettbewerbsmöglichkeiten von Konkurrenten spürbar einschränken. Das kann z. B. der Fall sein, wenn der Wert der ausgelobten Prämien und die angesammelten Gutschriften in keinem wirtschaftlich vernünftigen Verhältnis zueinander stehen. Vorliegend war dies sowohl nach der Auffassung der RegTP als auch des Bundeskartellamtes nicht der Fall. Die Genehmigung wurde zunächst bis Ende März 2002 begrenzt.

#### 5.2.4 Entscheidungspraxis: Nachträgliche Entgeltregulierung

137. Die RegTP hat am 30. März 2001 im Rahmen eines nachträglichen Entgeltregulierungsverfahrens gemäß § 30 Abs. 2 i.V.m. § 25 Abs. 2 TKG entschieden, dass die nichtkostendeckenden Entgelte der DTAG für T-DSL-Anschlüsse keine ungerechtfertigte Beeinträchtigung von Wettbewerbern im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 und auch keine sonstige Diskriminierung im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG darstellen. Die Überprüfung der eingereichten Kostenunterlagen durch die RegTP hatte ergeben, dass sowohl die einmaligen als auch die monatlichen Entgelte für den T-DSL-Anschluss in Verbindung mit einem ISDN-Anschluss bzw. ISDN-Anschlusspaketen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterschreiten. Erhebliche Kostenunterdeckungen und damit wettbewerbswidrige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG liegen bei den einmaligen und laufenden Entgelten für T-DSL-Anschlüsse in Verbindung mit einem ISDN-Basisanschluss bei den Tarifen ISDN 300 und ISDN-XXL vor. Demgegenüber wird die Kostendeckung bei der monatlichen Überlassung des T-DSL-Anschlusses in Verbindung mit einem analogen Teilnehmeranschluss verhältnismäßig weit überschritten.

138. Die festgestellten Abschläge von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung führen nach Auffassung der RegTP nicht zu einer sachlich ungerechtfertigten Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Konkurrenten im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Dafür werden drei Begründungen angeführt:

(i) Die Kostenunterdeckung ziele aus betriebswirtschaftlicher Sicht auf die Ausnutzung von Größenvorteilen. Um diese zu erreichen, bedürfe es der Erlangung und Bindung einer optimalen Kundenzahl. Dabei seien Anschubverluste in Kauf zu nehmen, die auch auf nicht dominierten Märkten üblich und grundsätzlich wettbewerbskonform seien.

(ii) Hinzu komme, dass die DTAG einen Teil der nicht gedeckten Kosten für T-DSL-Anschlüsse in Verbindung mit ISDN-Anschlüssen durch die erheblich über der Kostendeckung liegenden Erlöse aus T-DSL-Anschlüssen in Verbindung mit analogen Teilnehmeranschlüssen refinanzieren.

(iii) Eine nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Konkurrenten durch den marktbeherrschenden Anbieter sei nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachzuweisen, wenn die Wettbewerber ansonsten über einen ungehinderten Marktzutritt verfügen. Um die-



sen zu gewährleisten, habe die DTAG zugesagt, die von den Wettbewerbern immer wieder kritisierte Bereitstellungssituation bei Teilnehmeranschlussleitungen, Kollokationsräumen und Carrier-Festverbindungen im Laufe des Sommers und Herbstes 2001 deutlich zu verbessern. Falls sich die Telekom nicht an ihre zeitlichen Zusagen über den Abbau des vorhandenen Bestellstaus halte, werde die RegTP voraussichtlich die entsprechenden Mißbrauchsverfahren wieder aufnehmen. Insoweit strebe die RegTP „...eine über die Einzelentscheidung hinaus reichende wettbewerbliche Konzeption ...“ an. Dazu gehören auch die zeitgleich erfolgten Verpflichtungen der DTAG, den Wettbewerbern Angebote für den Wiederverkauf von Ortsnetzleistungen (Resale) und die gemeinsame Nutzung der Teilnehmeranschlussleitung (Line sharing) vorzulegen.

(iv) Eine sachliche Rechtfertigung des wettbewerbswidrigen Preisdumping ergebe sich schließlich aus einer übergeordneten wirtschaftspolitischen Erwägung, die auf eine schnelle Marktdurchdringung mit DSL-Anschlüssen abziele. So mache die von der DTAG verfolgte Preisdumpingstrategie die DSL-Technologie nicht nur für einen bevorzugten Teil der Bevölkerung finanziell erschwinglich, sondern insbesondere auch für die im Bereich des Mittelstandes angesiedelten Unternehmen. Das Angebot der DTAG leiste darüber hinaus einen wesentlichen Beitrag, um Forderungen aus Öffentlichkeit und Politik nach Initiativen zur Förderung des Internetstandortes Deutschland durch günstige Endkundenangebote und Investitionen in Zukunftstechnologien zu erfüllen. Zu berücksichtigen sei weiterhin, dass durch die Verbreitung der DSL-Angebote dem Kundenwunsch nach günstigen Flatrates für den dauerhaften Internetzugang entsprochen werden könne. Regulatorische Eingriffe, die auf die Erhöhung der Entgelte abzielen, würden eine solche Marktentwicklung hemmen.

139. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Argumentation der RegTP nicht haltbar:

(i) Das betriebswirtschaftliche Ziel der Ausnutzung von Größenvorteilen als sachliche Rechtfertigung von Verdrängungspreisen ist bei einem marktbeherrschenden Unternehmen sehr viel kritischer zu sehen als bei anderen; das gilt um so mehr, wenn das marktbeherrschende Unternehmen noch dazu in der Lage ist, seine Dominanz auf den Vorleistungsmärkten, hier den Teilnehmeranschlüssen, zu benutzen, um den Wettbewerb um den neu entstehenden Markt von vornherein zu präjudizieren.

(ii) Die von der RegTP genannte Mischkalkulation zwischen T-DSL in Verbindung mit Analoganschlüssen und T-DSL in Verbindung mit ISDN-

Anschlüssen ist für die Beurteilung eines Verdrängungsmissbrauchs nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG unerheblich. Die Vorschriften des § 24 Abs. 2 betreffen jedes einzelne Entgelt. Lediglich in Bezug auf den Ausbeutungsmissbrauch nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens eine Mischkalkulation vorgesehen. Nach § 27 Abs. 2 und 3 TKG bezieht diese sich aber *nicht* auf Verdrängungs- und Diskriminierungsmissbräuche. Im Übrigen ist die von der RegTP genannte Mischkalkulation auch wirtschaftlich fragwürdig, wenn man berücksichtigt, dass der Dumping-Effekt bei T-DSL in Verbindung mit ISDN-Anschlüssen den Preisvorteil des Analoganschlusses gegenüber dem ISDN-Anschluss weitgehend kompensiert, so dass für die Kunden, die T-DSL neu einrichten lassen, kaum Anlass besteht, noch beim Analoganschluss zu bleiben, statt gleichzeitig zum ISDN-Anschluss zu wechseln. Damit nutzt die DTAG ihren hohen Marktanteil bei den Analoganschlüssen zugleich, um in dem intensiveren Wettbewerb um ISDN-Anschlüsse Startvorteile zu erlangen: Die Kunden werden zunächst durch das neue Produkt T-DSL angelockt; sobald sie sich dafür entschieden haben, werden sie überzeugt, dass es sich lohnt, vom Analog- auf den ISDN-Anschluss umzusteigen.

(iii) Die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Konkurrenten durch einen Dumping-Preis ist nach § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG unabhängig von der Zugangsregelung für die Wettbewerber zu prüfen. Ansonsten liefe die Entscheidung der RegTP darauf hinaus, dass ein Verdrängungsmissbrauch ungeahndet bleibt, weil der Marktbeherrscher an einer anderen Stelle einer Zugangsregulierung unterworfen wird. Diese Art von „Handeln“ ist im Gesetz nicht vorgesehen.

(iv) Nach herrschender Lehre ist der Begriff des sachlich gerechtfertigten Grundes im Wettbewerbsrecht auf die Ziele des Gesetzes selbst zu beziehen.<sup>78</sup> Insofern als die hier zur Diskussion stehende Vorschrift des TKG sich am GWB orientiert, gilt dies für das TKG ebenso wie für das GWB. Ein allgemeines wirtschaftspolitisches, auch industriepolitisches Anliegen ist danach nicht als sachlich gerechtfertigter Grund für einen Verdrängungsmissbrauch oder irgendeine andere Wettbewerbsbeschränkung anzusehen. Dies entspricht dem Umstand, dass die RegTP wie das Kartellamt vom Gesetzgeber mit einer gewissen Unabhängigkeit zur Wahrnehmung einer genau spezifizierten Aufgabe betraut wurden; in Ermangelung der

<sup>78</sup> Vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., München 2001, § 20 Rd-Nr. 129 ff.

allgemeinen wirtschaftspolitischen Kompetenz, die weiterhin bei Regierung und Gesetzgeber bleibt, müssen diese Behörden sich bei der Ausfüllung ihrer Ermessensspielräume spezifisch an den Zielen der sie begründenden Gesetze orientieren. Im konkreten Fall wäre zu fragen, woher eigentlich die Vorstellung kommt, dass die – sicher allgemein erwünschte – Durchdringung Deutschlands mit billigen Internetanschlüssen nur von der DTAG zu bewerkstelligen sei. Die Vorstellung, dass bestimmte Leistungen grundsätzlich nur von einem Unternehmen erbracht werden können, ist mit einer wettbewerblichen Ordnung der Wirtschaft nicht vereinbar.

140. Die Entscheidung des Regulierers ist auch dem Ergebnis nach aus wettbewerbspolitischer Sicht abzulehnen. Die Bedeutung des Marktes für einen breitbandigen und damit schnellen Internetzugang ist erheblich.<sup>79</sup> Die DSL-Technologie steht hier in einem Wettbewerb mit dem Breitbandkabel, welches im Vergleich zum breitbandigen Zugang über die Telefonleitung deutliche technische Vorteile besitzt, gegenwärtig allerdings nicht über den entsprechenden Ausbaustand verfügt. Die Dumpingstrategie der DTAG dient, aus dieser Perspektive gesehen, der Realisierung von First-mover-Vorteilen im Wettbewerb der Technologien um den schnellen Internetzugang.<sup>80</sup> Der Regulierer hat mit der faktischen Aussetzung der Preismissbrauchsaufsicht den technologischen Wettbewerb zu Lasten des Breitbandkabelnetzes und damit zu Lasten eines möglichen Infrastrukturwettbewerbs beim breitbandigen Internetzugang beeinflusst.

141. Konkurrierende DSL-Angebote hängen bislang weiterhin davon ab, dass die Wettbewerber über eigene Teilnehmeranschlüsse verfügen. Die gemeinsame Nutzung des Anschlusses in Form des so genannten *Line sharing* steht weiterhin aus. Die Voraussetzungen dafür hat der Regulierer zwar mit seiner Anordnung vom 30. März 2001 geschaffen, indem er die DTAG zur Vorlage eines Line sharing-Angebotes an die Wettbewerber verpflichtet. Dem ist das Unternehmen allerdings erst nach Ausschöpfen der Rechtsmittel und einer entsprechenden Zeitverzögerung im September 2001 nachgekommen. Ob auf der Basis dieses Angebotes Line sharing und konkurrierende Angebote für DSL-Anschlüsse möglich sein werden, ist gegenwärtig nicht absehbar. Fest steht aber, dass die DTAG über die erreichte zeitliche Verschiebung eines Angebotes für die gemeinsame Nut-

<sup>79</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 640.

<sup>80</sup> Vgl. ebenda.

zung des Teilnehmeranschlusses an die Wettbewerber ihren Vorsprung bei DSL weiter abgesichert hat.

142. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten 29 erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit einer Ex-post-Kontrolle des Verdrängungsmisbrauchs angemeldet.<sup>81</sup> Sie hat darauf hingewiesen, dass die Wirksamkeit schon durch die Dauer des betreffenden Verfahrens beeinträchtigt ist. Wenn ein Verdrängungsmisbrauch vorliegt, so trägt jeder Tag, um den ein gegebenenfalls widriger Entscheid der RegTP hinausgezögert werden kann, zum Gelingen der Verdrängungsstrategie bei. Die Zeit arbeitet für das Unternehmen, das eine Verdrängungsstrategie verfolgt. Die RegTP hat in den Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung eine eher schwache Stellung. Insofern ist es kaum als Zufall zu betrachten, dass die DTAG der RegTP im Rahmen des T-DSL-Verfahrens „prüffähige Kostenunterlagen“ erst „auf mehrfache Nachfrage“ beigebracht hat und diese noch dazu „eine Vielzahl von Fragen“ aufwarfen, „da Zusammenhänge nicht erläutert und angegebene Zahlenwerte nicht oder nur unzureichend belegt“ waren.

Die Monopolkommission hat auch darauf hingewiesen, dass es der Aufsichtsbehörde nicht leicht fallen wird, Preiserhöhungen des Marktbeherrschers im politischen Raum zu vertreten und durchzusetzen. Die DSL-Entscheidung bestätigt dies nachhaltig. Nach Auffassung der Kommission ist dies auch ein Argument dafür, die Datenkommunikation, wie die Sprachtelefonie, der Ex-ante-Entgeltregulierung zu unterstellen.

### *5.3 Marktabgrenzung und Marktbeherrschung*

143. Die wesentlichen Teile der sektorspezifischen Regulierung, insbesondere auch die Entgeltregulierung, setzen das Bestehen von Marktbeherrschung voraus. Die Feststellung der Marktbeherrschung erfolgt entsprechend den Kriterien und Maßstäben des allgemeinen Wettbewerbsrechts, hier § 19 Abs. 2 GWB, durch die RegTP in Abstimmung mit dem Bundeskartellamt. Dabei bezieht sich eine beherrschende Stellung immer auf konkrete sachlich, örtlich und zeitlich abgegrenzte Telekommunikationsmärkte.

In der Entscheidungspraxis der RegTP in den ersten zwei Jahren nach der Marktöffnung haben Fragen der Marktbeherrschung und der Marktabgren-

<sup>81</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz 68.

zung eine eher untergeordnete Rolle gespielt. Die Marktposition der DTAG im Bereich der Festnetztelefonie war auf sämtlichen in Betracht kommenden Märkten so stark dominierend, dass Marktbeherrschung ohne eine detaillierte Prüfung unterstellt werden konnte. Die Abgrenzung der Märkte erfolgte eher pragmatisch und nach funktionalen Kriterien. Dabei kam die RegTP im Ergebnis zu weiten Abgrenzungen der sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte.

144. In seiner Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht der RegTP und zum Bericht der Monopolkommission im Jahr 1999 hatte der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie die Erarbeitung eines zwischen der RegTP und dem Bundeskartellamt abgestimmten einzelfallübergreifenden Konzepts zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung angeregt.<sup>82</sup> Dabei ging der Minister davon aus, dass auf den Märkten der Telekommunikation eher enge Marktabgrenzungen geboten seien und dass auf einzelnen Märkten für Festnetzgespräche in bestimmte Länder keine Marktbeherrschung der DTAG mehr existiere. Im Frühjahr des Jahres 2001 kam es daher zu der Situation, dass die RegTP einerseits über Anträge der Telekom zur Feststellung fehlender Marktbeherrschung auf definierten relevanten Märkten zu entscheiden hatte und andererseits gleichzeitig Eckpunkte für ein einzelfallübergreifendes allgemeines Konzept zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung in der Telekommunikation zur Diskussion stellte.

### *5.3.1 Entscheidungspraxis*

145. Die DTAG hatte im Verlauf des Jahres 2000 bei der RegTP die Feststellung beantragt, dass sie auf verschiedenen Märkten für Sprachtelefondienste, insbesondere auf den Märkten für Gespräche in die Türkei, die USA und nach Dänemark sowie auf dem Regionalmarkt für Geschäftskunden in Berlin nicht mehr marktbeherrschend sei. Der Regulierer traf seine Entscheidung über die Anträge zu den Märkten für Auslandsgespräche im Februar 2001. Danach ist die DTAG auf dem sachlich relevanten Markt „Endkundenangebote für vermittelte Verbindungen in die Türkei“ nicht mehr marktbeherrschend. Nach den Feststellungen der RegTP hat das Unternehmen hier mit einem Marktanteil von deutlich unter 50 % im zweiten Quartal 2000 nur noch einen relativ geringen Vorsprung

<sup>82</sup> Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation 1998/99 und zu dem Sondergutachten der Monopolkommission “Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?“, a.a.O.

vor dem nächst größeren Wettbewerber. Ebenso sieht die Behörde keinen wesentlichen Vorsprung der DTAG bei der Finanzkraft sowie dem Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten. Die Zutrittsschranken werden auf dem relevanten Markt als vergleichsweise niedrig betrachtet. Ebenfalls auszuschließen ist nach Auffassung des Regulierers das Vorliegen von kollektiver Marktbeherrschung durch die beiden führenden Anbieter.

Die Entscheidung erfolgte mit der Maßgabe, dass sich die RegTP die erneute Überprüfung der Feststellung nach einer angemessenen Zeit vorbehält. Der DTAG wurde daher aufgegeben, der Behörde bis Ende 2002 regelmäßig über die Entwicklung der Verbindungsminuten und Umsätze sowie der Entgelte auf dem relevanten Markt zu berichten. Die Telekom ist darüber hinaus verpflichtet, ihre Kostenrechnung für Sprachtelefondienstleistungen in die Türkei auch weiterhin so auszugestalten, dass eine kostenorientierte Entgeltregulierung wieder möglich wäre.

146. Die DTAG ist weiterhin marktbeherrschend bei Sprachtelefondienstverbindungen in die USA und nach Dänemark. Ausschlaggebend für die Entscheidung der RegTP war in beiden Fällen, dass die Telekom im zweiten Quartal 2000, ähnlich wie auf dem Markt für Verbindungen in die Türkei, einen Marktanteil von deutlich unterhalb von 50 %, aber deutlich oberhalb der Vermutungsgrenze für die Einzelmarktbeherrschung gemäß § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB in Höhe von einem Drittel besitzt. Anders als im Türkei-Fall gibt es in diesen beiden Fällen nicht einen marktstarken Wettbewerber mit einem ebenfalls hohen Marktanteil, sondern ein Verfolgerfeld mit zersplitterten Marktanteilen. Der Marktanteilsvorsprung der DTAG auf den nächst größeren Wettbewerber ist jeweils deutlich. Im Fall Dänemark hatte die DTAG den Antrag gestellt, einen speziellen Markt für Geschäftskundenverbindungen nach Dänemark von der Marktbeherrschungsfeststellung freizustellen. Dem ist die RegTP nicht gefolgt. Voraussetzung für die Abgrenzung eines sachlich relevanten Marktes für Sprachtelefondienstverbindungen für Geschäftskunden in ein spezielles Land sind – so die Behörde – entsprechende Absatzstrategien der Anbieter, die es gegenwärtig nicht gebe.

In der zweiten Jahreshälfte 2001 hat die DTAG weitere Anträge auf Feststellung fehlender Marktbeherrschung, u. a. für Verbindungen im Sprachtelefondienst nach Australien und Japan gestellt. Die Regionalmärkte Russland, Weissrußland, Ukraine und Kasachstan werden im Rahmen eines Entgeltantrags für Sprachtelefondienste behandelt.

147. Über den Antrag „Geschäftskundenverbindungen auf dem Regionalmarkt Berlin“ aus der ersten Jahreshälfte 2000 soll im Herbst 2001 entschieden werden. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine solche lange Verfahrensdauer nicht gerechtfertigt. Sie gibt zu der Überlegung Anlass, die Verfahrensfrist für Feststellungsanträge gesetzlich zu regeln.

### *5.3.2 Eckpunkte zur Marktabgrenzung und zur Marktbeherrschung*

148. Im Februar 2001 hat die RegTP Eckpunkte zur sachlichen und räumlichen Abgrenzung von Märkten und zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung vorgelegt. Der Auftrag dazu kam vom Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, der in seiner Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht der RegTP und zum Bericht der Monopolkommission ein zwischen dem Regulierer und dem Bundeskartellamt abgestimmtes Konzept zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung verlangt hatte. Dabei ging der Minister davon aus, dass auf der Basis eines abstrakten, vom Einzelfall unabhängigen Konzeptes auf den Telekommunikationsmärkten enge Marktabgrenzungen geboten seien.

149. Die Eckpunkte der RegTP enthalten Aussagen zu den konzeptionellen Grundlagen und den Methoden der Marktabgrenzung. Sie stellen zur Diskussion, ob und inwieweit sich die rechtlichen, ökonomischen und technologischen Besonderheiten der Telekommunikation auf die Marktabgrenzung und die Feststellung der Marktbeherrschung auswirken. Die Monopolkommission lehnt dies ab. Der Begriff der Marktbeherrschung im TKG und die für die Feststellung der Marktbeherrschung im TKG genannten Vermutungskriterien orientieren sich an den entsprechenden Formulierungen des GWB. Bei der Anwendung dieser Vorschriften sollte man sich so weit wie möglich an die Anwendungspraxis des GWB halten und nicht versuchen, sich mit Überlegungen zu den Besonderheiten des Telekommunikationssektors eine eigene Tradition zu schaffen. Gerade das letztere hat der Gesetzgeber nicht gewollt; dies zeigen die gesetzlichen Erfordernisse der Abstimmung mit dem Bundeskartellamt. Mit der Ausrichtung auf das GWB stützt man sich auf eine lange und in sich gefestigte Tradition der Rechtsanwendung. Dies erhöht die Rechtssicherheit und kommt insofern allen Beteiligten zugute.

150. Problematisch wäre es nach Auffassung der Monopolkommission darüber hinaus, wenn die RegTP sich bei der Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung an den Folgen ihres Vorgehens für die Regulierung orientierte. Das Gesetz fordert eine Beurteilung des Sachverhalts

ohne Rücksicht auf die Folgen für die Regulierung. Für derartige Sachverhaltsbeurteilungen gibt es im GWB eine auf das Bedarfsmarktkonzept gestützte Tradition der Rechtsanwendung. Eine Frage wie die, ob eine enge oder eine weite Marktabgrenzung angebracht ist, sollte in Anlehnung an diese Tradition behandelt werden. Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung der Implikationen der Enge der Marktabgrenzung für die längerfristige Entwicklung der sektorspezifischen Regulierung im Telekommunikationsbereich ist demgegenüber abzulehnen. Für eine solche Berücksichtigung fehlt die gesetzliche Grundlage.

151. Die Monopolkommission plädiert dafür, das Problem der Marktabgrenzung nicht zu sehr in den Vordergrund zu rücken. Als Ausgangspunkt für die Analyse der Marktbeherrschung ist die Marktabgrenzung unerlässlich; das für die jeweilige Entscheidung maßgebliche Bild der Marktbeherrschung darf aber nicht mechanisch davon abhängen. Marktabgrenzungen enthalten immer ein voluntatives Element. In der Realität sind die Übergänge zwischen Märkten zumeist fließend. Dies entspricht den fließenden Übergängen zwischen Gütern, die je nachdem nähere oder entferntere Substitute sein können, ohne dass klare Trennungslinien auszumachen wären. Ein System der kategorischen Unterscheidung von Dingen, die auf denselben Märkten, und Dingen, die auf verschiedenen Märkten gehandelt werden, wird der Realität nicht gerecht.

152. Der Verweis auf das Bedarfsmarktkonzept hilft hier nicht weiter. Die in der Realität zu beobachtende Gradualität der Übergänge zwischen Märkten entspricht ja gerade den Einschätzungen der jeweiligen (verständigen) Nachfrager. Schwieriger noch: verschiedene Nachfrager haben unterschiedliche Bedürfnisse, der eine möchte ein Sortiment (One-Stop-Shopping), der andere jede Leistung einzeln. In solchen Fällen kommt die Marktabgrenzung notwendigerweise zu falschen Ergebnissen. Nach Auffassung der Monopolkommission kommt es vielmehr darauf an, dass die Einschätzung der Marktbeherrschung, zu der man auf der Grundlage der vorgenommenen Marktabgrenzung gelangt, in sich stimmig ist und vor allem robust gegenüber den "Fehlern", die der Marktabgrenzung naturgemäß anhaften.

153. Zwischen Bundeswirtschaftsminister und RegTP besteht insoweit ein Auffassungsunterschied, dass der Minister eine möglichst enge und der Regulierer eine weite Abgrenzung sachlich relevanter Telekommunikationsmärkte zur Diskussion stellten. Die Monopolkommission schlägt eine eher pragmatische Vorgehensweise vor: Die Dynamik der Telekommuni-



kationsmärkte führt dazu, dass die angebotenen Güter und Dienstleistungen sich laufend ändern. Dabei ist unerheblich, ob die Dynamik dem Systemübergang vom Monopol zum Wettbewerb oder dem Innovationstempo des Sektors zuzuschreiben ist. In solchen Märkten sind weite Marktabgrenzungen tendenziell eher vertretbar, da (i) bei einer zur Erfassung der Dynamik allzu geringen Informationsbasis zu befürchten ist, dass eine enge Marktabgrenzung mit relativ größeren Fehlern behaftet ist, und (ii) auch eine prognostisch vorgehende Analyse der Marktbeherrschung dazu tendieren wird, die zukünftig relevanten Substitutionsverhältnisse zu unterschätzen. In einem dynamischen Markt ist auch von Vorteil, dass man bei tendenziell weiter Marktabgrenzung die Spezifikation der relevanten Märkte nicht immer wieder kurzfristig ändern muss. Im Kontext des TKG, das die Entgeltregulierung an die Marktbeherrschung bindet, ist dies von besonderer Bedeutung. Für die Funktionsfähigkeit der Märkte wäre es schlecht, wenn enge Marktabgrenzungen bei hoher Marktdynamik immer wieder zu Änderungen des Regulierungsregimes führten. Für alle Marktteilnehmer hieße das ein Mehr an Unsicherheit und in der Tendenz höhere Kosten.

154. Ähnliches gilt für die regionale Marktabgrenzung. Enge Abgrenzungen können dazu führen, dass auf einer Vielzahl von regionalen Märkten unterschiedliche Regulierungsregimes gelten. Für die Marktteilnehmer würde dies die Informationskosten wesentlich erhöhen, was insbesondere zu Lasten der kleineren Wettbewerber und wegen der zunehmenden Unübersichtlichkeit vermutlich auch zu Lasten der Verbraucher ginge. Hinzu kommt, dass RegTP und Bundeskartellamt bei einer möglicherweise auf sie zukommenden Welle von Feststellungsanträgen auf fehlende Marktbeherrschung für eine Vielzahl von Auslandsmärkten und regionalen Inlandsmärkten schnell an ihre Kapazitätsgrenzen gelangen würden. Enge regionale Marktabgrenzungen reduzieren damit in der Tendenz eher die Funktionsfähigkeit der Märkte und die Praktikabilität der Regulierung.

155. Soweit die Telekommunikationsunternehmen in mehreren nach dem Bedarfsmarktkonzept an sich zu unterscheidenden Märkten gleichzeitig im Wettbewerb miteinander stehen, ist nach Meinung der Monopolkommission zu prüfen, wie das Nebeneinander dieser Märkte zu beurteilen ist. Denkbar wäre, dass die Dominanz eines Unternehmens auf einem Markt auch die Verhältnisse auf einem anderen Markt beeinflusst, obwohl eine Marktbeherrschung bei isolierter Betrachtung dort nicht auszumachen ist. Das Problem des Verhältnisses verschiedener Märkte zueinander wird dort besonders brisant, wo eine enge Marktabgrenzung zu einem Nebeneinan-

der von regulierten und nicht regulierten Märkten führt. In Anbetracht der großen Bedeutung von nicht zurechenbaren Kostenelementen (Gemeinkosten, versunkene Kosten) in der Telekommunikation besteht hier das Risiko, dass die versunkenen Kosten und die Gemeinkosten je nach Bedarf der regulierten oder der nicht regulierten Marktaktivität zugeschrieben werden. Dadurch würden die Grundlagen einer an den Kosten der effizienten Leistungserstellung orientierten Entgeltregulierung in regulierten Märkten einerseits bzw. der Missbrauchsaufsicht in nicht regulierten Märkten andererseits untergraben.

156. Bei der Feststellung von Marktbeherrschung spielt die Marktanteilsbetrachtung eine wichtige Rolle. Die Eckpunkte der RegTP sehen eine unterschiedliche Bedeutung des Marktanteils je nach erreichter Phase des Übergangs vom Monopol zum Wettbewerb vor. In einer späteren Phase – so der Diskussionsvorschlag – kann die Marktanteilsbetrachtung durch eine Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände ersetzt werden. Die Monopolkommission sieht dies anders. Das Kriterium "Marktanteil" ist in jeder Phase der Liberalisierung als Ausgangsbasis für die Marktbeherrschungsanalyse unentbehrlich. Gleichzeitig ist in jedem Fall das anhand dieses Kriteriums gewonnene Ergebnis durch eine Untersuchung von anderen Merkmalen sowie von Marktverhalten und Marktergebnissen zu überprüfen. Bei der geforderten Gesamtbetrachtung sollte man der Anwendungspraxis des GWB folgen, auf welche das TKG ja verweist.

Als Kriterien, die im Rahmen der Prüfung der Marktbeherrschung zu berücksichtigen sind, nennt § 19 II Nr. 2 GWB den Marktanteil, die Finanzkraft, den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen mit anderen Unternehmen, Marktzutrittsschranken, tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb von Unternehmen im In- und Ausland sowie die Angebots- und Nachfrageumstellungsflexibilität des betrachteten Unternehmens und der Marktgegenseite. Soweit eine spezielle, vom allgemeinen Wettbewerbsrecht losgelöste Definition der Marktbeherrschung angestrebt wird, wäre dies vom TKG nicht abgedeckt. Die Rechtsunsicherheit, die durch ein solches Vorgehen geschaffen würde, könnte letztlich auch die Ziele des TKG selbst gefährden.

157. Entfällt die Marktbeherrschung, entfällt zugleich die sie voraussetzende Regulierung. Dabei ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass zu einem späteren Zeitpunkt erneut Marktbeherrschung zu diagnostizieren ist, was wiederum eine Rückkehr zur Regulierung nach sich zieht. Nach Meinung der Monopolkommission ergibt sich dieser Befund eindeutig aus der

Gesetzeslage, was nicht bedeutet, dass die fallweise Heraus- und Hereinnahme in die Regulierung aufgrund wechselnder Einschätzungen der Marktbeherrschung wünschenswert ist. Ein solches Stop and Go der Regulierung wäre der Entwicklung der Märkte nicht zuträglich, auch nicht der Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs. Es sollte aber möglich sein, dieses Problem zu vermeiden, indem man dem zu jeder Marktbeherrschungsanalyse gehörenden prognostischen Element genügend Gewicht gibt und dabei entsprechend sorgfältig vorgeht.

158. Die Diskussion um die Eckpunkte der RegTP hat deutlich gemacht, dass die Probleme der Marktabgrenzung und der Marktbeherrschung nicht in einem abstrakten fallübergreifenden Rahmen lösbar sind. Die RegTP hat daher inzwischen auch angekündigt, auf die Veröffentlichung eines Konzeptes zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung zu verzichten. Stattdessen will die Behörde, wie bisher auch, Märkte anhand des konkreten Einzelfalls abgrenzen und im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt auf eine einheitliche Auslegung des Telekommunikationsgesetzes hinwirken.

159. Auch die Monopolkommission beurteilt, wie vorstehend ausgeführt, die Leistungsfähigkeit eines abstrakten Rahmens für die Abgrenzung von Telekommunikationsmärkten mit Skepsis. Das Bekenntnis zu einer pragmatischen und damit fallbezogenen Marktabgrenzung darf indessen *nicht* als Plädoyer für eine besonders enge Abgrenzung der Märkte missverstanden werden. Zwar führt die Verkleinerung der Märkte dazu, dass sich einzelne Teilmärkte identifizieren lassen, auf denen die marktbeherrschende Position des früheren Monopolisten dem Wettbewerb gewichen ist und auf denen folglich die von der Marktbeherrschung abhängige Regulierung selbsttätig entfällt. Wie schon oben dargelegt sind damit aber verschiedene *Nachteile* verbunden: schon geringfügige Veränderungen können die Regulierungspflicht auf den betreffenden Streckenmärkten neu entstehen lassen; es ergeben sich zwischen regulierten und benachbarten regulierungsfreien Märkten beträchtliche Potentiale zur arbiträren Zuweisung von Gemeinkosten; der Gesamtmarkt wird durch das Nebeneinander einer großen Zahl von unterschiedlich regulierten Teilmärkten unübersichtlich, Neueintritte hängen stärker von rechtlichen Informationen als von kommerziellen Innovationen ab. Was die Tendenz zur Definition bilateraler Märkte zwischen verschiedenen Staaten betrifft, so wird damit eine Tradition aus der Zeit der Staatsmonopolbetriebe fortgesetzt, in der die Staaten darüber entschieden, wie viele Leitungen zwischen ihren jeweiligen Ländern freigeschaltet wurden. Auf die Verhältnisse einer liberalisierten Telekommunikation passt ein *bilateral verengter* Markt begriff nicht mehr. Im Ergebnis

rät die Monopolkommission davon ab, Telekommunikationsmärkte im nationalen Zusammenhang auf einzelne Ballungsgebiete oder Regionen des Landes zu verengen; international wird zwar eine Begrenzung von Märkten auf einzelne Weltregionen in Betracht kommen, doch sollte eine regulatorische Festlegung bilateraler Streckenmärkte zwischen einzelnen Ländern unterbleiben.

## 6 Europarechtliche Vorgaben

### 6.1 Kommunikationsbericht 1999

160. Seit 1990 hatte die Europäische Kommission schrittweise einen Europäischen Rechtsrahmen für die Liberalisierung der Telekommunikation eingeführt; mit dem 1. Januar 1998 waren sämtliche Telekommunikationsnetze und -dienste liberalisiert worden. Eine entwickelte Kommunikationsindustrie und liberalisierte Telekommunikationsmärkte wurden als bedeutend für die Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union angesehen. Der ursprüngliche Rechtsrahmen sollte in erster Linie den Übergang vom staatlichen Monopol zum Wettbewerb steuern. Entsprechend diente der Kommunikationsbericht der EU-Kommission von 1999 der Reflexion<sup>83</sup>; der Rechtsrahmen soll nun an die veränderten Marktverhältnisse angepasst werden. Das unübersichtliche Normengeflecht wird durch fünf Richtlinien und eine Verordnung ersetzt. Dabei stützt sich die EU-Kommission allgemein auf folgende Grundsätze für die zukünftige Regulierung:

- Definition klarer politischer Ziele;
- Beschränkung der Eingriffe auf das erforderliche Mindestmaß (Verhältnismäßigkeit);
- Rechtssicherheit;
- Technologieneutralität;
- Regulierung auf möglichst problemnaher Ebene (regional, national oder weltweit).

161. Von den speziellen telekommunikationsrechtlichen Normen sind Bereiche, die von anderen Regulierungsmaßnahmen erfasst sind, ausgenommen. So unterliegen z. B. Rundfunkdienste der Fernsehrichtlinie sowie den nationalen Rundfunkordnungen, und Electronic Banking wird durch die E-Commerce Richtlinie geregelt. Aufgrund der Technologieneutralität der Regulierung werden Internet-Übertragungsdienste dagegen im Übrigen grundsätzlich in gleicher Weise behandelt wie andere Übertragungsdienste. Zwar fallen Telekommunikationsdienste im Internet im Allgemeinen nicht unter die Definition der Sprachtelefonie; sollte sich deren Qualität jedoch

<sup>83</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 35 ff.

an jene traditioneller Sprechverbindungen angleichen, würden auch die Rechtsvorschriften für Sprachtelefonie anwendbar.<sup>84</sup>

162. Als Mindestniveau der Regulierung im Bereich der Zusammenschaltung haben die Mitgliedstaaten schon nach dem alten Rechtsrahmen die durchgehende Interoperabilität der Dienste zu gewährleisten. Für neue Dienste soll sie im Allgemeinen durch Verhandlungen hergestellt werden, sofern der frühere Monopolist keine unangemessene Marktmacht<sup>85</sup> hat; ein Einschreiten der RegTP im Streitfall wäre die Ausnahme. Die EU-Kommission erwartet das Entstehen differenzierter Märkte, d.h. für Dienste für abgehende Anrufe, die Bereitstellung von Durchleitungskapazitäten und Dienste für die Anrufzustellung. Der zukünftige Rechtsrahmen soll eine fortschreitende Lockerung von Ex-ante-Regulierungsmaßnahmen vorsehen, die der Marktentwicklung folgt. Insbesondere der Markt für die lokale Anrufzustellung wird aber nach der Einschätzung der EU-Kommission im Wesentlichen ohne Wettbewerb bleiben, so dass hier eine vorab geltende Verpflichtung zur Kostenorientierung der Gebühren weiterhin anwendbar bleibt.

163. Auch in Zukunft wird es im Telekommunikationsbereich Situationen geben, in denen ein Unternehmen eine beherrschende Stellung bei der Bereitstellung von Einrichtungen hat, die für andere Unternehmen unverzichtbar sind, um Waren oder Dienstleistungen anbieten zu können. Können solche Vorleistungen nicht auf wirtschaftlich effiziente Weise ersetzt werden, handelt es sich um wesentliche Einrichtungen. Der Begriff der wesentlichen Einrichtungen („essential facilities“) wird von der Kommission hier, in Anlehnung an die Rechtsprechung, eng definiert.<sup>86</sup> Demnach sind nur Einrichtungen, die nicht oder nur mit unververtretbarem Aufwand von den Wettbewerbern geschaffen werden können, vom Begriff der „essential facilities“ erfasst. Er kann jedoch für Zugangsfragen weiterhin bedeutsam bleiben.

164. Die Preisregulierung soll dienst- und netzneutral erfolgen. Bei der Regulierung der Endkumentarife ist das Entstehen einer den Wettbewerb

<sup>84</sup> Europäische Kommission, Die Wettbewerbspolitik der Europäischen Gemeinschaft, XXX. Bericht über Wettbewerbspolitik, Tz. 150.

<sup>85</sup> Der Begriff bleibt unklar. Zum Problem der begrifflichen Abgrenzung vgl. auch Tz. 173.

<sup>86</sup> Vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 26. November 1998, Rechtssache C-7/97, Oscar Bronner gegen Mediaprint, Slg. 1998, I-7791, insbesondere den Schlussantrag des Generalanwalts Jacobs, Rd-Nr. 34.

behindernden Kosten-Preis-Schere zu verhindern, bei der Konkurrenten für die gleiche Leistung des marktmächtigen Unternehmens höhere Entgelte zu entrichten haben als die Endkunden. Die Kommission hat gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil die von der RegTP genehmigten Endkundenentgelte niedriger sind als die ebenfalls genehmigten Tarife der Wettbewerber für den entbündelten Teilnehmeranschluss.<sup>87</sup>

## 6.2 *Der neue Rechtsrahmen*

165. Der neue Rechtsrahmen soll bis Ende 2001 verabschiedet sein und besteht aus fünf Richtlinien, für die bisher Vorschläge vorliegen, sowie einer Verordnung, die bereits im Dezember 2000 verabschiedet wurde. Insgesamt soll der Telekommunikationsbereich weiter an die Prinzipien des allgemeinen Wettbewerbsrechts herangeführt und die Ex-ante-Regulierung auf jene Bereiche beschränkt werden, in denen nach wie vor besondere Zugangsprobleme bestehen. Im Einzelnen stellt sich der neue Rechtsrahmen folgendermaßen dar: Die Zusammenschaltungsrichtlinie<sup>88</sup> regelt das Verhältnis zwischen Anbietern und Nachfragern auf den Vorleistungsmärkten. Die Mitgliedstaaten dürfen ihren nationalen Regulierungsbehörden (NRBs) die Befugnis einräumen, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Auflagen zu erteilen. Die Rahmenrichtlinie<sup>89</sup> widmet sich der Kompetenzaufteilung zwischen der EU-Kommission und den NRBs. Die Datenschutzrichtlinie<sup>90</sup> enthält gegenüber der ursprünglichen Datenschutzrichtlinie aus 1997 lediglich redaktionelle Änderungen. Die Lizenzierungsrichtlinie<sup>91</sup> umfasst sämtliche Genehmigungen, die für die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste erteilt werden.

<sup>87</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 38 ff.

<sup>88</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, KOM(2000) 384 endg.

<sup>89</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2000) 393 endg.

<sup>90</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, KOM(2000) 385 endg.

<sup>91</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2000) 386 endg.

Es gilt das Prinzip der Allgemeingenehmigung, von dem nur bei der Zuteilung knapper Ressourcen abgegangen werden kann. Die Universaldienstrichtlinie<sup>92</sup> bleibt zunächst auf Sprachtelefonie begrenzt, eine Ausdehnung auf den Zugang zum Internet soll aber zwei Jahre nach ihrem Inkrafttreten erneut überprüft werden. Die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss<sup>93</sup> legt fest, dass Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht ihren Wettbewerbern Zugang zum entbündelten Teilnehmeranschluss gewähren müssen. Außerdem hat die EU-Kommission im März 2001 einen Entwurf von Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht<sup>94</sup> vorgelegt.

166. Nachfolgend sollen die Rahmenrichtlinie, welche generelle Vorgaben für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten enthält, sowie der Entwurf von Leitlinien zur Marktanalyse näher behandelt werden. Beide sind insofern von besonderer Bedeutung, als sie teilweise detaillierte Kriterien für die Verfahren der NRB enthalten.

#### *Verfahrensbestimmungen in der vorgeschlagenen Rahmenrichtlinie*

167. Die Rahmenrichtlinie knüpft an die ONP (Open Network Provision)-Richtlinie vom 28. Juni 1990<sup>95</sup> an, die grundlegende Bedingungen für den offenen Netzzugang festgelegt und damit die Liberalisierung erst ermöglicht hat. Der Richtlinienentwurf fordert nun die Trennung der Regulierung von Inhalten und Übertragungswegen und die Trennung hoheitlicher und betrieblicher Funktionen, soweit die Mitgliedstaaten noch an Telekommunikationsunternehmen beteiligt sind.

Für grenzüberschreitende Streitigkeiten, die sich aus der Richtlinie oder spezifischen Maßnahmen verschiedener Mitgliedstaaten ergeben, ist in Art. 18 vorgesehen, dass die NRB verschiedener Mitgliedstaaten ihre

<sup>92</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, KOM(2000) 392 endg.

<sup>93</sup> Noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht, abrufbar über [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/new\\_rf/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/new_rf/index_en.htm).

<sup>94</sup> KOM(2001) 175.

<sup>95</sup> Richtlinie 90/387/EWG des Rates zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges, ABl. L 192 vom 24. Juli 1990, S. 1-9.



Maßnahmen koordinieren. Wenn nach zwei Monaten keine einvernehmliche Lösung gefunden wurde, kann jede Partei mit Zustimmung aller übrigen am Verfahren beteiligten Parteien bei der EU-Kommission einen Beschluss über den Streitfall beantragen. Falls letztere binnen drei Monaten keinen Beschluss fasst, können die Parteien wieder nationale Maßnahmen ergreifen. Es bleibt unklar, ob die EU-Kommission zur Entscheidung verpflichtet ist. Explizit wird nur gesagt, dass die Mitgliedstaaten zur Umsetzung des Beschlusses der EU-Kommission verpflichtet sind. Ungewiss bleibt auch, wie weiter vorzugehen ist, wenn die EU-Kommission nicht entscheidet. Eine Abstimmung der NRB wäre ja bereits zuvor gescheitert.

Das in Art. 18 der Rahmenrichtlinie skizzierte Verfahren ist insgesamt langwierig und kompliziert. Die mehrfachen Abstimmungserfordernisse zwischen NRB und der EU-Kommission führen zu einer erheblichen Verzögerung des Genehmigungsverfahrens zum Nachteil der Antragsteller. Im Sinne eines möglichst stringenten und transparenten Verfahrensablaufs ist eine Vereinfachung des vorgeschlagenen Verfahrens anzustreben.

#### *Entwurf von Leitlinien zur Marktanalyse*

168. Die Leitlinien sollen dazu dienen, den NRB Kriterien an die Hand zu geben, um das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht (BMM; „significant market power“, SMP) beurteilen zu können und eine übereinstimmende Anwendung der Richtlinienvorschriften in den Mitgliedstaaten sichern. Die Leitlinien beruhen auf der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte, der Bekanntmachung der Kommission über die Marktdefinition allgemein und bereits bestehenden Leitlinien und Mitteilungen über die Marktdefinition speziell auf Telekommunikationsmärkten.

169. Der Leitlinienentwurf enthält auch Bestimmungen über die Kompetenzverteilung zwischen nationalen und gemeinschaftlichen Behörden. Demnach kommt den NRB ein weitreichender Ermessensspielraum in ihrer Marktanalyse zu. Bei parallelen Verfahren von Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden besitzt jede Behörde autonome Regelungsbefugnisse; Marktdefinitionen in diesen Verfahren müssen nicht identisch sein, da unterschiedliche Wettbewerbsprobleme behandelt werden. Andererseits erlässt aber die EU-Kommission die „Entscheidung über relevante Produkt- und Dienstmärkte“, und die Aufgabe der NRB besteht, wie an anderer Stelle ausgeführt wird, normalerweise lediglich darin, die geographisch relevanten Märkte zu bestimmen. Die NRB sollen außerdem gemäß den Leitlinien möglichst eine Marktdefinition wählen, die gleichermaßen für

die Ex-ante-Regulierung sowie die Ex-post-Wettbewerbskontrolle anwendbar ist. Hier werden potentielle Spannungen und Widersprüche sichtbar, die der Entwurf der Leitlinien an keiner Stelle auflöst, und man darf gespannt sein, wie sich die Zusammenarbeit von EU-Kommission und den NRB bzw. den mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden konkret gestalten wird.

170. Bei der Entscheidung, ob im Einzelfall ex ante reguliert wird, müssen die NRB sich an drei politischen Zielen ausrichten, nämlich der Förderung eines offenen und wettbewerbsfähigen Marktes für die Telekommunikation, der Entwicklung des Binnenmarktes und der Förderung der Interessen der europäischen Bürger. Auch hier kommt das allgemeine Prinzip der Verhältnismäßigkeit im Europarecht zur Anwendung: Vorabverpflichtungen sollen nur dann auferlegt werden, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht. Von dem dargestellten Grundsatz kann jedoch wegen einer „spezifischen(n) Zielsetzung des öffentlichen Interesses“<sup>96</sup> abgewichen werden. Was darunter zu verstehen ist bzw. wer das öffentliche Interesse definiert, bleibt ungeklärt. Mitunter ist in den Leitlinien neben „wirksamem“ auch von „echtem“ oder „funktionsfähigem“ Wettbewerb die Rede. Die Art der Verwendung dieser Ausdrücke legt den Schluss nahe, dass sie von der EU-Kommission synonym gebraucht werden.

### *Marktabgrenzung*

171. Bei der Marktabgrenzung sind generell zwei wesentliche Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen: (a) die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und (b) die Angebotsumstellungsflexibilität. Ob Substituierbarkeit auf Angebots- oder Nachfrageseite vorliegt, wird mit Hilfe des so genannten „hypothetischen Monopoltests“ geprüft. Dieser unter der Abkürzung „SSNIP“ (small but significant non transitory increase in price) bekannte Test soll klären, wie sich eine kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung<sup>97</sup> bei einem bestimmten Produkt oder Dienst auswirkt. Nach der ständigen Rechtsprechung sind für die Marktabgrenzung nicht nur objektive Merkmale, sondern auch die Wettbewerbsbedingungen, d.h. die Struktur von Angebot und Nachfrage wesentlich. Die NRB sollen alle Produkte oder Dienste zusammenfassen, die von den Verbrauchern für den-

<sup>96</sup> KOM(2001) 175, Tz. 13.

<sup>97</sup> Das Ausmaß der signifikanten Preiserhöhung wird vom Einzelfall abhängen; generell gehen die Leitlinien von einer etwa 5-10prozentigen Preiserhöhung als signifikant aus.

selben (End-)Zweck verwendet werden. So können etwa verschiedene Preise für bestimmte Verbrauchergruppen die Abgrenzung gesonderter Märkte für Geschäfts- und Privatkunden nahe legen. Im Zuge verstärkter Konvergenz zwischen Übertragungswegen und Endgeräten kann ein paketvermitteltes Netz wie Internet in Konkurrenz zu herkömmlicher Sprachtelefonie treten. Auf der Nachfrageseite (a) sollten sich die NRB auf ihre bisherigen Erfahrungen mit dem Verbraucherverhalten stützen. Sind Daten verfügbar, sollten die NRB die Preisschwankungen bei potenziellen Konkurrenzzeugnissen, Preisbewerbungen und Tarifinformationen untersuchen. Auf der Angebotsseite (b) kann die NRB auch mit der Wahrscheinlichkeit rechnen, dass bisher in dem relevanten Produktmarkt noch nicht tätige Unternehmen infolge einer Preiserhöhung in den Markt eintreten wollen. Außerdem sollten Rechts- und Verwaltungsvorschriften beachtet werden, die mitunter einen raschen Markteintritt beeinträchtigen können. Die räumliche Marktabgrenzung erfolgt nach denselben Kriterien wie die Würdigung der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit; auch hier ist die Reaktion auf eine relative Preiserhöhung zu bewerten. Zu berücksichtigen sind außerdem geographische Kaufgewohnheiten, insbesondere Sprachbarrieren. Nach der bisherigen Rechtsprechung wurde im Wesentlichen auf das Netzgebiet sowie die bestehenden Rechts- und Verwaltungsinstrumente abgestellt. Für den Mobilfunk ist man aufgrund der hohen Kosten für Auslandsgespräche bisher von nationalen Märkten ausgegangen. Es besteht aber ein Entwicklungspotential für günstige paneuropäische oder europaweite Tarife multinationaler Telekom-Anbieter.

172. Außerdem sind nach den Leitlinien die so genannten Substitutionsketten von Bedeutung. In der „Bekanntmachung über die Marktdefinition“<sup>98</sup> hat die Kommission bereits ausgeführt, dass eine Substitutionskette vorliegt, wenn die Produkte A und C zwar nicht unmittelbar austauschbar sind, das Produkt B aber ein Substitut für A und C ist. Mit Substitutionsketten kann insbesondere der geografisch relevante Markt erstreckt werden. Allerdings muss ihre Existenz durch eindeutige gegenseitige Preisabhängigkeit nachgewiesen werden. Die Entscheidungspraxis der Kommission differenziert bei der Marktabgrenzung zwischen dem Dienstleistungsmarkt für *Endabnehmer* (private und berufliche Nachfrage, letztere wiederum unterteilt in Klein- u. Großunternehmen) und einem Zugangsmarkt. Als Zugangsmarkt gilt das Verfügbarmachen jeder Infrastruktur,

<sup>98</sup> ABl. C 372 vom 9. Dezember 1997, S. 5-13.

differenziert nach Betreibern und Endnutzern, Geschäfts- und Privatkunden. Unterschieden wird außerdem zwischen Festnetz- (Fernsprechdienstleistungen - Datendienste, jeweils unterteilt in Inlands- und internationale Dienste) und Mobilfunk. Bei den Festnetzdiensten unterscheidet man Fernsprech- und Datendienste, die wiederum in Inlands- und internationale Dienste untergliedert sind. Bei festnetzgestützten Telefondiensten an Endabnehmer hat die Kommission zwischen den Dienstleistungen Anschlussgebühr, monatliche Miete, Ortsgespräche, Regionalgespräche und Ferngespräche unterschieden. Beim Mobilfunk bestehen unter Umständen eigene Märkte für den Gesprächsursprung und Gesprächsabschluss.

### *Beträchtliche Marktmacht und marktbeherrschende Stellung*

173. Nach dem bisherigen Rechtsrahmen galt ein Marktanteil von 25 % als Schwellenwert für die Annahme von beträchtlicher Marktmacht.<sup>99</sup> In ihrem Kommunikationsbericht 1999 hat die EU-Kommission die Verwendung des Konzepts der beherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG-Vertrag favorisiert, allerdings die Beibehaltung des gegenwärtigen Schwellenkriteriums für Verpflichtungen etwa zur Verhandlung über den Netzzugang vorgesehen. Der vorgeschlagene neue Rechtsrahmen wird nun konkreter. Gemäß Art. 13 der Rahmenrichtlinie „verfügt ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Mitbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten.“ Diese Definition ist der ständigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zur marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG-Vertrag entlehnt.<sup>100</sup> Bei Marktanteilen von nicht mehr als 25 % ist nicht von einer beherrschenden Stellung auszugehen. Die Schwelle zur regelmäßigen Annahme einer beherrschenden Stellung

<sup>99</sup> Vgl. Artikel 4 Abs. 3 der Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation, ABl. L 199 vom 26. Juli 1997, S. 32: „Die beträchtliche Marktmacht einer Organisation gilt als gegeben, wenn sie einen Anteil von über 25 v. H. an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt in dem geographischen Gebiet in einem Mitgliedstaat, in dem sie zugelassen ist, besitzt. Die nationalen Regulierungsbehörden können jedoch festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von weniger als 25 v. H. an dem betreffenden Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Sie können ferner festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von mehr als 24 v. H. an dem betreffende Markt nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. (...)“

<sup>100</sup> Vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, Rechtssache 27/76, United Brands gegen Kommission, Slg. 1978, 207.

lung ist nach ständiger Rechtsprechung erst bei Werten über 40 % Marktanteil anzusetzen. Besonders hohe Marktanteile von über 50 % begründen in der Regel eine beherrschende Stellung.<sup>101</sup> Die Kommission wendet damit in vollem Umfang die für das allgemeine Wettbewerbsrecht entwickelten Kriterien auf den Telekommunikationsbereich an und verwischt die Begriffe „beträchtliche Marktmacht“ und „marktbeherrschende Stellung“. Für die Auslegung des Begriffs der beträchtlichen Marktmacht geben die Leitlinien der Kommission den NRB die allgemeine Rechtsprechung zur Marktbeherrschung in Art. 82 EG-Vertrag an die Hand. Gleichzeitig werden die Begriffe der beträchtlichen Marktmacht und Marktbeherrschung aber weiterhin, wie im geltenden Rechtsrahmen, als getrennte Konzepte behandelt. Damit stellt sich die Frage, worin nach der Rechtsänderung der materiellrechtliche Unterschied zwischen diesen Begriffen besteht. Aus den Leitlinien ist jedenfalls nicht ersichtlich, worauf sich die Beibehaltung des Begriffs der beträchtlichen Marktmacht inhaltlich stützt. Nachdem sich im neuen Rechtsrahmen das Konzept der beträchtlichen Marktmacht nicht mehr von jenem der marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EG-Vertrag zu unterscheiden scheint, sollte die EU-Kommission erwägen, den Begriff der beträchtlichen Marktmacht überhaupt zu streichen. Dies wäre auch der Klarheit und Rechtssicherheit bei der Anwendung eines ohnehin komplexen Regelungswerkes zuträglich.

174. Die Feststellung, dass ein bestimmtes Unternehmen über BMM verfügt, obliegt der zuständigen NRB. Gemäß Art. 14 Abs. 4 und 5 des Vorschlags der Rahmenrichtlinie können NRB Ex-ante-Verpflichtungen nur den Betreibern auf Märkten auferlegen, auf denen kein echter Wettbewerb herrscht. Der Leitlinienentwurf legt daran anknüpfend fest, dass der Befund, es herrsche echter Wettbewerb, gleichbedeutend mit der Feststellung sei, auf dem relevanten Markt bestehe keine beherrschende Stellung. Eine derartige Verknüpfung der Begriffe „echter Wettbewerb“ und „Nichtbestehen einer marktbeherrschenden Stellung“ ist unzutreffend. Marktbeherrschung und funktionsfähiger Wettbewerb sind getrennt voneinander zu beurteilen.

<sup>101</sup> Vgl. Entwurf der Leitlinien, a.a.O., Tz. 67.

### *6.3 Schlussfolgerungen und Anpassung des nationalen Rechts*

175. Insgesamt vollzieht sich im Europarecht eine stärkere Anlehnung der Regulierung an die Prinzipien des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Gleichzeitig hält die EU-Kommission aber trotz Marktliberalisierung und Konvergenz an der sektorspezifischen Regulierung als solcher fest. Der neue Rechtsrahmen sieht jedoch durch die Detailgenauigkeit der Richtlinienvorschläge umfassendere Vorgaben für die NRB vor als bisher. Die Kompetenzen der NRB werden dadurch, wenn diese Vorschläge in der gegenwärtigen Form umgesetzt werden, spürbar einschränkt.

Gleichzeitig würde durch die Abstimmungserfordernisse zwischen den NRB und der EU-Kommission bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten sowie das Erfordernis, bei Nichteinigung zwischen mehreren NRB den Fall an die EU-Kommission zu überweisen, ein unnötig kompliziertes Verfahren eingeführt. Dies lässt für die Zukunft erhebliche Verzögerungen erwarten. Die Monopolkommission schlägt hier alternativ ein System vor, in dem die EU-Kommission Vertreter zu den NRB entsendet, die vor Ort in die Entscheidungen eingebunden werden. Dies hätte auch den Vorteil, dass unmittelbar Auskünfte über die Vereinbarkeit einer nationalen Entscheidung mit EG-Recht erteilt werden können und so die uniforme Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet wäre. Zugleich wird eine Verlängerung des Genehmigungsverfahrens durch neu geschaffene zusätzliche Entscheidungsstufen verhindert. Den Erfordernissen des Gemeinschaftsrechts ist damit Genüge getan, ohne das Verfahren unnötig aufzublähen.

176. Das Anliegen der EU-Kommission besteht darin, den Telekommunikationsbereich weniger stark als bisher zu regulieren. So hat sie vorgeschlagen, Einzellizenzen, wie sie beispielsweise in § 6 TKG aufgeführt sind, durch eine Allgemeinlizenz zu ersetzen, es sei denn, es bestehen knappe Ressourcen. Einer Ausdehnung des Universaldienstes etwa auf den Breitbandkabelbereich steht die EU-Kommission eher skeptisch gegenüber, sie empfiehlt generell die Finanzierung über einen Universaldienstfonds. Zur Entgeltregulierung enthält der europäische Rechtsrahmen keine detaillierten Regelungen, ein Anpassungsbedarf des TKG, das in § 24 die „Kosten der effizienten Leistungserstellung“ in Ansatz bringt, besteht nicht. Für den offenen Netzzugang verweist § 33 TKG (besondere Missbrauchsaufsicht) auf § 19 GWB, d.h. ein Anbieter gilt als marktbeherrschend, wenn er zumindest einen Marktanteil von einem Drittel hält. Dieser hat dann seinen Wettbewerbern diskriminierungsfreien Zugang zu sei-

nen Leistungen zu denselben Konditionen anzubieten, zu welchen sie ihm selbst zur Verfügung stehen. Nachdem das europäische Recht jedoch bereits bei einem Marktanteil von 25 % von BMM ausgeht, ist gegenwärtig ein Vertragverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen unvollständiger Umsetzung der Richtlinie 97/33/EG im Gange. Mit einer Rückführung der Regulierung auf das allgemeine Wettbewerbsrecht und der stärkeren Betonung des Begriffs der marktbeherrschenden Stellung in Art. 82 EG-Vertrag scheint der Konflikt, zumindest für den neuen Rechtsrahmen, jedoch entschärft.

## **7 Funktionsfähiger Wettbewerb und Rückführungspotentiale der Regulierung**

### *7.1 Märkte für Vorleistungen*

177. Die Regulierung der Vorleistungen ist unverzichtbar, solange Wettbewerb auf den Endkundenmärkten nur dann bestehen kann, wenn die Konkurrenten auf die Infrastruktur des dominierenden Unternehmens zurückgreifen können. Verlieren Vorleistungen ihren Engpasscharakter, gibt es keine ökonomische Begründung mehr für die Aufrechterhaltung der Regulierung.

Die Wettbewerber der DTAG sind für ein Endkundenangebot auf den Telekommunikationsmärkten weiterhin in einem erheblichen Maße auf die Vorleistungen der DTAG angewiesen. Dies gilt namentlich für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, für regionale und lokale Zusammenschaltungsleistungen, für lokale Mietleitungen sowie für Fakturierungs- und Inkassoleistungen.

Eine andere Entwicklung zeichnet sich im Bereich von Vorleistungen ab, die auf der Grundlage des Fernverbindungsnetzes erbracht werden. Der Aufbau alternativer Netze hat die Abhängigkeit der Wettbewerber von der Telekom bei der Terminierung und Zuführung im Inland auf der Fernverkehrsebene sowie bei der internationalen Terminierung spürbar reduziert. Dasselbe gilt für Mietleitungen im Fernbereich und für Mietleitungen zur Anbindung an ausländische Netze.

178. Der Aufbau alternativer Infrastrukturen durch die Wettbewerber hat dazu beigetragen, dass eine Reihe von Anbietern nicht mehr auf nationale Zuführungs- und Terminierungsleistungen der DTAG angewiesen sind. Es sind dies diejenigen Unternehmen, die ihre Netze flächendeckend so ausgebaut haben, dass sie alle 23 Weitvermittlungsstellen der DTAG als Zusammenschaltungspunkte verwenden können. Die übrigen Anbieter sind weiterhin in starkem Maße auch von den nationalen Zusammenschaltungsleistungen der DTAG abhängig. Einen zumindest ansatzweise von der DTAG unabhängigen Markt für nationale Zusammenschaltungsleistungen gibt es bisher nicht, da die Betreiber alternativer Netze deren Kapazität in aller Regel am eigenen Bedarf und nicht etwa am Bedarf eines Marktes ausrichten. Eine Rolle spielt dabei auch, dass bei den Nachfragern nach Zusammenschaltungsleistungen der Wechsel des Lieferanten mit hohen Umstellungskosten verbunden ist. Auf lokaler und regionaler Ebene sind



bislang *alle* Unternehmen von den Zusammenschaltungsleistungen der DTAG abhängig.

179. In dieser Situation spricht sich die Monopolkommission gegen eine Änderung der Zusammenschaltungsregulierung aus. Diese Empfehlung gilt für nationale wie für lokale und regionale Zusammenschaltungsleistungen. Sie gilt für die Entgeltregulierung ebenso wie für die Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs. Die im TKG vorgesehene Koppelung der Verpflichtung zur Zusammenschaltung mit einer Festlegung der Zusammenschaltungsentgelte durch die RegTP trägt in hohem Maße zur Wirksamkeit und Verlässlichkeit der Zusammenschaltungsregulierung bei.

Für die Beibehaltung der jetzigen Regulierung der Zusammenschaltung spricht die überragende Bedeutung, die diese für den Wettbewerb bei Verbindungsleistungen hat.<sup>102</sup> Ohne Zusammenschaltungsregulierung gäbe es diesen Wettbewerb nicht. Mit einer Aufgabe oder auch nur einer wesentlichen Abschwächung dieser Regulierung wären erhebliche Gefährdungen für den Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten verbunden. Dies gilt insbesondere für die *lokale* und *regionale* Zusammenschaltung, auf die alle Wettbewerber angewiesen sind und in Anbetracht der Kosten alternativer Netze noch auf absehbare Zeit, vielleicht auch auf Dauer, angewiesen sein werden.

Die Regulierung der *nationalen* Zusammenschaltung ist unverzichtbar für den Wettbewerb der reinen Diensteanbieter, die nicht oder nur wenig in eigene Infrastrukturen investieren. Gegen den Abbau dieser Regulierung spricht die Erwägung, dass der Wettbewerb zwischen infrastrukturbasiereten Anbietern und reinen Diensteanbietern nicht durch die Regulierung vorentschieden werden sollte. Um diesen Wettbewerb im Markt stattfinden zu lassen, benötigt man eine Zugangsregulierung, die die Entgelte entsprechend den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festsetzt. Vor allem aber wäre es problematisch, wenn die verschiedenen Zusammenschaltungsleistungen verschiedenen Regulierungsregimes unterworfen wären. Das Problem der Zurechnung von Gemeinkosten ist hier besonders virulent, da die Kosten der Zusammenschaltungsleistungen in hohem Maße durch die Kosten des Netzes bestimmt werden, das letztlich als eine Einheit zu betrachten ist. Die derzeit relevante Unterscheidung von lokalen, regionalen und nationalen Zusammenschaltungsleistungen ergibt sich selbst aus der derzeitigen Struktur des Netzes der DTAG. Bei wesentlichen

<sup>102</sup> Vgl. Immenga, U. u.a., Telekommunikation im Wettbewerb, a.a.O., S. 33.

Änderungen der Netzstruktur würde die Unterscheidung von lokalen, regionalen und nationalen Zusammenschaltungsleistungen obsolet. Insofern handelt es sich nicht um eine Unterscheidung von Funktionsbereichen, die nach den Kriterien von Tz. 38 f. auf sinnvolle Weise regulatorisch getrennt werden können. Einer „marktweisen“ Deregulierung solcher Teilleistungen aus einem Funktionsbereich steht die Monopolkommission skeptisch gegenüber.

180. Anders ist die Situation bei den Mietleitungen. Aufgrund der ausgebauten Verbindungsnetze gibt es inzwischen auf den Haupttrassen – d. h. zwischen und innerhalb von Großstädten und Ballungszentren – alternative Angebote und – bezogen auf die Übertragungskapazitäten – vermutlich in Teilbereichen sogar Überkapazitäten. Vor diesem Hintergrund geht die Monopolkommission bei den Fernverbindungen von einem Mietleitungsmarkt mit funktionsfähigem Wettbewerb aus. Die Rückführung der präventiven Entgeltregulierung erscheint bei den Fernmietleitungen möglich, während sie bei den lokalen Mietleitungen weiterhin ausscheidet. Ähnlich wie bei den Entgelten für die Terminierung von Auslandsgesprächen sieht die Monopolkommission auch hier keinen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Die Entlassung aus der Regulierung könnte bei einzelnen Segmenten des Mietleitungsmarktes auf der Grundlage des geltenden Rechts erfolgen.

## *7.2 Märkte für Endkundenleistungen*

### *7.2.1 Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche*

181. Auf den Märkten für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche ist auch in den vergangenen zwei Jahren kein nennenswerter Wettbewerb entstanden und wird nach Auffassung der Monopolkommission auch in absehbarer Zeit nicht entstehen. Dafür sprechen eine Reihe von Argumenten:

(i) Die DTAG dominiert die Märkte für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche weiterhin auf der Grundlage eines nahezu unangefochtenen Quasi-monopols bei der regionalen Infrastruktur. Zwar verfügen inzwischen knapp 100 Unternehmen über die Voraussetzungen, um Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche anbieten zu können (Lizenz, Vertrag über die Miete der TAL), wovon Ende letzten Jahres etwa 65 Unternehmen mit einem konkreten Angebot auf dem Markt waren. Gleichwohl besitzt die DTAG auf den deutschlandweiten Gesamtmärkten für Teilnehmeran-

anschlüsse und Ortsgespräche weiterhin Marktanteile von 98 % bei den Anschlüssen und mehr als 96 % bei den Ortsgesprächen.

Obwohl der Monopolkommission keine differenzierten Daten für einzelne Marktsegmente vorliegen, kann davon ausgegangen werden, dass sich dieses Bild bei einer regionalen Betrachtung und bei einer Differenzierung nach Kundengruppen nicht wesentlich ändert. Zwar liegen die Marktanteile der Wettbewerber – wie die Ortsnetzstudie der RegTP zeigt<sup>103</sup> – bei Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen in Ballungsräumen wie Köln, Düsseldorf oder Frankfurt höher als im Bundesdurchschnitt, sie erreichen allerdings auch hier nur im Ausnahmefall eine Größenordnung von mehr als 10 %. Ähnliches gilt bei den Geschäftskunden. Sie gehören wegen ihres höheren Gesprächsbedarfs zu einer aus Sicht der Anbieter von Telekommunikationsleistungen bevorzugten Kundengruppe. Gleichwohl halten sich die Marktanteilsgewinne der Wettbewerber auch hier in engen Grenzen.

(ii) Anders als bei den Fern- und Auslandsgesprächen im Festnetz sowie bei anderen Telekommunikationsdiensten findet Preiswettbewerb bei Teilnehmeranschlüssen und Ortsgesprächen nur eingeschränkt statt. Das Preisniveau der DTAG für analoge Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche ist seit 1997 praktisch unverändert. Die Wettbewerber können die DTAG bei den analogen Anschlüssen wegen der Kosten-Preis-Schere bei der Miete des Teilnehmeranschlussleitung nicht unterbieten. Hier liegt auch der Grund dafür, dass sie vor allem ISDN-Anschlüsse anbieten, bei denen es einen moderaten Preiswettbewerb gibt. So bietet beispielsweise Arcor im Oktober 2001 den Standard-ISDN-Anschluss für 20,40 Euro (39,90 DM) an, während dieselbe Leistung bei der DTAG 22,96 Euro (44,90) kostet. Trotzdem liegt der Marktanteil der Wettbewerber bei den ISDN-Basisanschlüssen im ersten Quartal des Jahres 2001 mit 3,3 % nicht nennenswert höher als bei den Anschlüssen insgesamt.<sup>104</sup>

(iii) Ein wesentliches Wettbewerbshemmnis im Ortsnetz ist die Kosten-Preis-Schere bei den Teilnehmeranschlüssen. Eine Kosten-Preis-Schere wird angenommen, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen einen wesentlichen Input, hier den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, zu einem Preis veräußert, der es den effizienten Wettbewerbern nicht erlaubt, mit dem Endkundenpreis des Marktbeherrschers zu

<sup>103</sup> Vgl. RegTP, Ortsnetzettbewerb 2000, a.a.O.

<sup>104</sup> Vgl. Tabelle 6.

konkurrieren. Die Kosten-Preis-Schere hängt damit sowohl mit der Preissetzung für die Vorleistung als auch mit der für das Endprodukt zusammen. Die Wettbewerbsbeschränkung durch die Kosten-Preis-Schere im Fall der Teilnehmeranschlussleitung ergibt sich daraus, dass Marktzutritte alternativer Carrier am ehesten auf der Grundlage der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung möglich sind. Mehr als 80 % aller Telefonkanäle der Wettbewerber sind von der DTAG gemietet. Die Reduzierung der Miete für den Teilnehmeranschluss auf 12,48 Euro (24,40 DM) durch die RegTP Ende März 2001 hat das grundsätzliche Problem, dass die Kosten der Vorleistung für die Wettbewerber höher liegen als der Endkundenpreis der DTAG für den analogen Anschluss, der weiterhin bei 10,94 Euro (21,39 DM) liegt, nicht gelöst.

Unterstellt man, dass der von der RegTP festgesetzte Preis für die Miete des Teilnehmeranschlusses den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht, folgt daraus unmittelbar, dass der Endkundenpreis der DTAG für den analogen Anschluss unterhalb dieser Schwelle liegt und damit den Tatbestand eines wettbewerbswidrigen Preisabschlags im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfüllt. Bisher ist das nicht justiziabel, da der vor dem Inkrafttreten des TKG genehmigte Endkundentarif von 21,39 DM der Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG unterfällt. Nach dem Auslaufen dieser Übergangsregelung Ende 2002 wird sich der Regulierer diesem Problem stellen müssen.

Die RegTP weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Kosten-Preis-Schere nicht für den ISDN-Anschluss gelte und die Geschäftsstrategie der Wettbewerber ohnehin auf ISDN-Anschlüsse und Kunden mit hohen Umsätzen in Ballungsräumen ausgerichtet sei. Ob diese Einschätzung zutrifft und die Fokussierung des Wettbewerbs auf ISDN-Anschlüsse nicht vielmehr auf die regulatorisch bedingte Kosten-Preis-Schere bei Analoganschlüssen zurückzuführen ist, sei dahingestellt. Auf jeden Fall bietet die DTAG mit dem analogen Anschluss weiterhin ein Produkt an, das – soweit die Miete für den entbündelten Zugang zu der Teilnehmeranschlussleitung die tatsächlichen Kosten widerspiegelt – deutlich unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt. Dies ist mit den Kriterien des TKG nicht vereinbar. Die hier vorliegende Wettbewerbsbehinderung hat bereits zu einem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission geführt.<sup>105</sup> Darüber hinaus bietet die Telekom ISDN-Anschlüsse in

<sup>105</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, Tz. 38 f.

Verbindung mit verschiedenen Dienstetarifen an. Insbesondere in Verbindung mit T-DSL, dem Tarif für breitbandigen Internetzugang, liegt wiederum ein Dumpingproblem vor. Die damit verbundene Wettbewerbsbehinderung betrifft nicht lediglich den Internetzugang, sondern trifft zugleich das verbundene Produkt, den ISDN-Anschluss.

(iv) Der fehlende aktuelle Wettbewerb bei den Teilnehmeranschlüssen wird auch weiterhin nur unzureichend durch potentiellen Wettbewerb kompensiert. Solcher könnte allenfalls von alternativen Anschlussstechnologien wie Powerline, Wireless Local Loop und dem Breitbandkabel ausgehen. Die beiden erstgenannten Zugangstechnologien sind bis jetzt und für die überschaubare Zukunft nicht wettbewerbsfähig. Auch das Breitbandkabel ist derzeit nicht wettbewerbsfähig, kann aber wettbewerbsfähig werden, wenn es entsprechend ausgebaut wird. Damit hängt die Wirksamkeit zukünftigen Wettbewerbs beim Teilnehmeranschluss vor allem von den Netzausbaustrategien der Käufer des TV-Kabelnetzes der DTAG ab.

182. Zwar bleibt die DTAG an den Netzen in Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg und Hessen vorerst noch mit bis zu 45 % beteiligt. Das scheint eher gegen eine konkurrierende Nutzung des TV-Kabelnetzes zu Telekommunikationszwecken zu sprechen. Letztlich wird aber der vergleichsweise hohe Verkaufspreis des Kabels nur zu amortisieren sein, wenn dieses auch zu Telekommunikationszwecken ausgebaut wird. Nicht auszuschließen ist allerdings, dass es den Käufern der Regionalnetze – Liberty Media, Klesch und Callahan – zumindest für den deutschen Markt an dem notwendigen telekommunikationsspezifischen Know-how fehlt. In Nordrhein-Westfalen wollte Callahan dies mit der Übernahme von Net-Cologne kompensieren, was aus heutiger Sicht gescheitert ist. Zunächst hatte das OLG Düsseldorf den Vollzug der Fusionsgenehmigung des Bundeskartellamtes bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt. Inzwischen ist der Freigabebeschluss zwar rechtskräftig, da einer der Kläger seine Beschwerde gegen den Beschluss zurückgezogen hat und der zweite Kläger, der Verband ANGA, nicht klageberechtigt war, offenbar haben aber die Unternehmen das Interesse an dem Zusammenschluss verloren. Stattdessen hat Callahan seine deutschen Kabelnetzaktivitäten in die neugegründete ish GmbH & Co KG eingebracht, an der die DTAG über die Kabel Deutschland GmbH ebenfalls mit 45 % beteiligt ist. Laut ersten Ankündigungen will „ish“ sowohl einen schnellen Internetzugang als auch Sprachtelefonie neben den Fernsehsignalen über das TV-Kabelnetz anbieten. Für erste Regionen wie Düsseldorf und Köln liegen bereits konkrete Angebote und Ausbautermine vor.

183. Die Monopolkommission begrüßt die vollständige Veräußerung der regionalen Breitbandkabelnetze Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern, Bremen/Niedersachsen, Rheinland-Pfalz/Saarland, Berlin/Brandenburg, Sachsen/Sachsen-Anhalt/Thüringen und Bayern mit insgesamt 10 Mio. angeschlossenen Haushalten an die amerikanische Liberty Media Corporation, eine frühere Tochtergesellschaft von AT&T. Liberty hält Beteiligungen an AOL Time Warner und Sprint sowie an Fernsehgesellschaften. Innerhalb und außerhalb Europas betreibt Liberty bislang bereits Kabelnetze mit etwa 15 Mio. Kunden. Zum jetzigen Zeitpunkt ist es allerdings zu früh, über mögliche positive Effekte auf den Ortsnetzettbewerb zu spekulieren, da bislang offen ist, welche Geschäftsstrategie Liberty auf dem deutschen Markt verfolgen wird. Mittelfristig dürfte sich – wie bereits ausgeführt – der Kauf des Netzes auch für Liberty nur rechnen, wenn die gesamte Angebotspalette aus Fernseh- und Hörfunksignalen, Video-, Daten- und Sprachübertragung angeboten wird. Auch wenn die Festnetztelefonie aufgrund des Preisverfalls und der Entwicklungen im Mobilfunk an Bedeutung verloren hat, wird sie voraussichtlich weiterhin Bestandteil von Bündelangeboten sein. Zuvor sind jedoch weitere Investitionen in das Netz notwendig, die auf 500 bis 2.000 Euro pro angeschlossenem Haushalt geschätzt werden. Hinzu kommt die Notwendigkeit der Integration der Netzebenen 3 und 4. Hier sind vertragliche Vereinbarungen mit Netzebene 4-Betreibern oder weitere Übernahmen notwendig, bei denen auch kartellrechtliche Hürden zu überwinden sind.

184. Zu einer Intensivierung des Wettbewerbs im Ortsnetz beitragen soll darüber hinaus die Möglichkeit des Wiederverkaufs von Teilnehmernetzleistungen durch Dritte. Die RegTP hatte mit Beschluss vom 30. März 2001 die DTAG dazu verpflichtet, anderen Unternehmen Leistungen im Teilnehmernetzbereich (Anschlüsse, Orts- und Cityverbindungen) zum Zwecke der Weiterveräußerung anzubieten. Auf dieser Grundlage wird es möglich, von der DTAG Teilnehmeranschlüsse und Verbindungsminuten für Sprachkommunikation und Datendienstleistungen im Ortsnetz sowie bestimmte Funktionen von Telekommunikationsdienstleistungen einzukaufen. Unter Zufügung eigener Komponenten – zumeist Konvergenzprodukte wie Datenübertragung, Ferngespräche im Festnetz und Mobilfunk – können eigene Komplettangebote (one-stop-shop) bzw. Bündelprodukte entwickelt werden.

185. Die Umsetzung des Beschlusses verzögert sich, da die DTAG Beschwerde beim VG Köln eingelegt hat und dort vorläufigen Rechtsschutz eingeräumt bekommen hat. Der Präsident der RegTP, Matthias Kurth, hat

dies kritisiert.<sup>106</sup> Seiner Meinung nach dient diese Beschwerde, wie bereits die gegen den Line-sharing-Beschluss der RegTP, ausschließlich der Verzögerung von zugesagten Maßnahmen. Im Oktober 2001 hat das OVG Münster erwartungsgemäß in der Sache gegen die DTAG entschieden, d.h. die DTAG muss ihrem Wettbewerber ein Angebot über den Wiederverkauf von Teilnehmernetzleistungen vorlegen. Die Monopolkommission schließt sich der Kritik des Präsidenten der RegTP an. Beim Verdrängungsmissbrauch zählt jeder Tag, an dem das missbräuchliche Verhalten aufrecht erhalten wird. Auf den durch eine hohe Marktdynamik gekennzeichneten Telekommunikationsmärkten sind kurze Entscheidungsfristen und der sofortige Vollzug von Regulierungsentscheidungen von essentieller Bedeutung. Wenn die DTAG aus einem taktischen Kalkül selbst in Fällen, in denen eine Beschwerde keinerlei realistische Chance auf Erfolg verspricht, regelmäßig eine Warteschleife von mehreren Monaten durch zwei Eilinstanzen einlegt, werden die Intentionen des Gesetzgebers konterkariert. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Gesetzgeber daher prüfen, ob der Rechtsweg an dieser Stelle nicht auf eine Beschwerdeinstanz verkürzt werden kann.

186. Für die Beurteilung der Wettbewerbsentwicklung im Ortsnetz kann zusammenfassend festgehalten werden, dass die Wettbewerbsintensität sowohl bei den Teilnehmeranschlüssen als auch den Ortsgesprächen weiterhin gering ist. In den vergangenen zwei Jahren ist es weder zu Preiswettbewerb noch zu einer nennenswerten Verschiebung von Marktanteilen zugunsten der Wettbewerber gekommen. Auch wenn die neuere Entwicklungen nach dem Verkauf der TV-Kabelnetze durch die DTAG und nach den wettbewerbsöffnenden Entscheidungen des Regulierers Anlass sind, die Wettbewerbsentwicklung im Ortsnetz auf längere Sicht nicht mehr so negativ wie bisher zu sehen, gibt es gegenwärtig nach Auffassung der Monopolkommission *keinen* Änderungsbedarf bei der Regulierung der Endkundenleistungen im Ortsnetz. Eine Rückführung der präventiven Entgeltregulierung für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche ist jetzt und auf absehbare Zeit nicht möglich.

<sup>106</sup> Vgl. RegTP, Pressemitteilung vom 19. Juli 2001, [www.regtp.de/aktuelles](http://www.regtp.de/aktuelles).

### 7.2.2 Inlandsferngespräche

187. Die Wettbewerbsintensität auf dem Markt für inländische Ferngespräche ist, wie bereits vor zwei Jahren festgestellt, deutlich höher als im Ortsnetz. Dies ist *regulierungsbedingt* insoweit, als es dazu der Regelungen zur Verbindungsnetzbetreibervorauswahl und zur Zusammenschaltung ebenso bedarf, wie eines diskriminierungsfreien und kostenorientierten Zugangs zu den wesentlichen Vorleistungen. Fraglich ist, ob es für die Aufrechterhaltung und die Weiterentwicklung des Wettbewerbs auch weiterhin der präventiven Entgeltregulierung bedarf. Dies ist dann der Fall, wenn zu erwarten ist, dass eine Rückführung der Regulierung zu Lasten des Wettbewerbs ginge.

188. Die Entwicklung von Marktstrukturen und Wettbewerbsintensität bei den Ferngesprächen in den vergangenen zwei Jahren lassen noch kein *eindeutiges* Bild erkennen. Auf der einen Seite gibt es Anzeichen für eine Stabilisierung des Wettbewerbs; auf der anderen Seite bestehen Unsicherheiten über den weiteren Verlauf insbesondere des Konsolidierungsprozesses und die damit zusammenhängenden, möglicherweise negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb. Nachfolgend sollen zunächst die Argumente zusammengetragen werden, die für und gegen die Annahme eines bereits erreichten funktionsfähigen Wettbewerbs sprechen.

Für eine Stabilisierung des Wettbewerbs bei Ferngesprächen gibt es folgende Anzeichen:

(i) Die Anzahl der Anbieter von Sprachtelefondiensten mit und ohne eigene Infrastruktur ist trotz der einsetzenden Konsolidierung weiterhin hoch. Im August 2001 verfügten 185 Unternehmen über eine Lizenz für das Angebot von Sprachtelefondiensten auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze (Lizenzklasse 4); die Anzahl der Lizenznehmer für den Betrieb von Telekommunikationsnetzen (Lizenzklasse 3) ist noch deutlich höher. Von diesen Unternehmen sind etwa 90 mit einem konkreten Angebot auf dem Markt für Sprachtelefondienste präsent.

Neben einer großen Anzahl von verhältnismäßig kleinen Unternehmen sind dies vor allem auch global agierende ausländische Großunternehmen. Ihr Marktzutritt in Deutschland erfolgt überwiegend durch Fusionen mit bzw. Beteiligungen an inländischen Anbietern. So sind u.a. Vodafone Airtouch, British Telecom, France Telecom, AT&T, Bellsouth oder MCI Worldcom vertreten. Diese Unternehmen sind im Hinblick auf ihre Ressourcenausstattung, ihre Finanzkraft und ihre grenzüberschreitende Wett-



bewerbsfähigkeit mit der DTAG vergleichbar. Im Mittelpunkt des Engagements dieser Unternehmen in Deutschland steht allerdings weniger die Festnetztelefonie als vielmehr der Mobilfunk, die Datenkommunikation und der so genannte Breitband-Access. Damit relativieren sich die positiven Wettbewerbseffekte des Marktauftritts führender ausländischer Telekommunikationsunternehmen auf den hier betrachteten Märkten für festnetzgestützte Sprachtelefoniedienste. So kann z. B. unterstellt werden, dass die Übernahme der Mannesmann AG durch das weltweit führende Mobilfunkunternehmen Vodafone Airtouch im Jahr 2000 den größten inländischen Festnetz Wettbewerber der DTAG, die Arcor AG & Co., eher geschwächt als gestärkt hat. Dies vor allem deshalb, weil die Geschäftsstrategie von Vodafone eindeutig auf den Mobilfunk ausgerichtet ist.

(ii) Die Wettbewerber der DTAG haben in den vergangenen zwei Jahren in einem nennenswerten Ausmaß zusätzliche Netzinfrastrukturen aufgebaut und sind auf diese Weise unabhängiger von Vorleistungen der DTAG geworden. Dies gilt insbesondere für den Fernbereich. So verfügen heute eine Reihe von Anbietern über eigene Glasfasernetze, die die wichtigsten deutschen Städte und Ballungszentren miteinander verbinden. Dasselbe gilt für Anbindungen an ausländische Netze. Im Ergebnis ist die Abhängigkeit bei nationalen Zusammenschaltungsleistungen und bei Fernmietleitungen deutlich zurückgegangen. Gleichwohl gibt es weiterhin keinen Wettbewerber, der ohne Vorleistungen der DTAG Sprachtelefoniedienst anbieten könnte. Je nach Ausbaustand der eigenen Infrastruktur sind vornehmlich lokale und regionale Zusammenschaltungsleistungen sowie bei den Mietleitungen die lokalen Anschlusslinien weiterhin bei der Telekom nachzufragen.

(iii) Weiterhin intakt ist der Preiswettbewerb bei Inlandsferngesprächen. Bis Mitte des Jahres 2001 sind die Preise im Jahresvergleich weiter gesunken. Seitdem steigen die Preise wieder leicht an, was weniger auf eine nachlassende Wettbewerbsintensität als vielmehr auf steigende Vorleistungskosten zurückzuführen ist.

Zu beobachten ist allerdings auch, dass der Preiswettbewerb vor allem innerhalb der Gruppe der Wettbewerber ausgetragen wird. Das Preisniveau der DTAG bei Ferngesprächen liegt weiterhin deutlich über den günstigsten Preisen der Wettbewerber. Gleichwohl führt das nicht zu massiven Abwanderungen bei den Kunden. Eine Erklärung dafür, dass die DTAG ein höheres Preisniveau durchsetzen kann als ihre Wettbewerber, ist, dass

die Telekom über so genannte Goodwill-Vorteile verfügt.<sup>107</sup> Telekommunikation ist nach dieser These ein Erfahrungsgut, dessen Qualität bei seinem Erwerb für den Konsumenten nicht unmittelbar ersichtlich ist. Qualitätsmerkmale bei Telekommunikationsdiensten sind u. a. die Sprachqualität, die Störungsanfälligkeit, die Besetztwahrscheinlichkeit, die Ausfallsicherheit, die Korrektheit und Zuverlässigkeit der Rechnungen. In aller Regel sind diese Merkmale nicht detailliert vertraglich geregelt. Der Kunde erlangt Klarheit erst bei der Nutzung. Die DTAG verfügt über ein hohes Qualitäts- und Markenimage, das sich die Konkurrenten erst erarbeiten müssen. Goodwill-Vorteile eines Unternehmens sind aus wettbewerbspolitischer Sicht unproblematisch, solange sie aus Leistungen resultieren. Anders ist dies, wenn Goodwill-Vorteile schlicht daher rühren, dass den Kunden, wie in der Telekommunikation, über Jahrzehnte keine alternativen Angebote zur Verfügung standen. Die Überwindung solcher Gewöhnungsvorteile erfordert Zeit und Investitionen. Aus der Sicht der Wettbewerber wirken sie daher wie Marktzutrittsschranken.

189. Gegen die Annahme einer weiteren Stabilisierung des Wettbewerbs bei den Fernverbindungen sprechen folgende Argumente:

(i) Die Wettbewerbsintensität hat sich nicht wesentlich weiterentwickelt. Vieles spricht dafür, dass die DTAG im Jahr 2001 erstmals seit der Liberalisierung ihre Marktposition zu Lasten der Wettbewerber wieder verbessern kann. Bei nationalen Ferngesprächen hat die Telekom in den vergangenen zwei Jahren nur noch vergleichsweise geringe Marktanteilsverluste hinnehmen müssen. Gegenwärtig stabilisiert sich ihr Marktanteil auf hohem Niveau bei einer Größenordnung von etwa 65 % nach Verbindungsminuten und etwa 70 % nach Umsätzen. Als Indikator der Marktposition der DTAG ist letztere Zahl vermutlich aussagekräftiger, spiegelt sie doch ihre Fähigkeit, aufgrund der aus der Vergangenheit überkommenen Kundenbindungen deutlich höhere Preise durchzusetzen als die Wettbewerber. Von den Wettbewerbern weisen nur wenige Marktanteile von nennenswerter Größe auf. Ein spürbarer Wettbewerbsdruck auf die DTAG geht damit weiterhin nur von wenigen Unternehmen aus. Die Daten für das erste Quartal deuten zudem darauf hin, dass die Telekom im Jahr 2001 ihren Marktanteil bei Ferngesprächen erstmals wieder steigern wird.

<sup>107</sup> Vgl. Neumann, K.-H., Konsolidierung im Telekommunikationsmarkt, in: Tel-Com Brief, Juni 2001, S. 2.

(ii) Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten zur Entwicklung der Telekommunikationsmärkte darauf hingewiesen, dass eine bloße Betrachtung der absoluten und relativen Umsätze der Wettbewerber deren Marktbedeutung überzeichnet.<sup>108</sup> Die DTAG gewinnt einen großen Teil der Umsätze, die sie auf den Endkundenmärkten an die Wettbewerber verliert, auf den Vorleistungsmärkten zurück. Die RegTP schätzt, dass dieser Anteil gegenwärtig im Durchschnitt zwei Drittel der Umsätze der Wettbewerber betrifft. Auf dem Markt für Ferngespräche beträgt der Marktanteil der Wettbewerber nach Umsätzen etwa 30 %. Gehen davon zwei Drittel als Entgelte für Vorleistungen an die DTAG zurück, verbleiben lediglich 10 % des Ferngesprächsumsatzes bei den konkurrierenden Anbietern.

(iii) Auch weiterhin fehlt es einem Großteil der Wettbewerber an festen Kundenbindungen. Dies gilt typischerweise für das Privatkundensegment in weitaus stärkerem Maße als für die Geschäftskunden. Zwar hat es im Vergleich zum Jahr 1999 eine Verschiebung in Richtung Preselection gegeben, aber immer noch entfallen 44 % aller abgewickelten Gesprächsminuten der Wettbewerber im Jahr 2000 auf Call-by-Call-Gespräche. Dabei dominiert der Preis als Wettbewerbsparameter. Bereits kleine Preisverschiebungen führen zu einem Abwandern der Kunden. Davon wird bei insgesamt kleiner werdenden Preisdifferenzen vor allem die DTAG profitieren.

(iv) Das Vorzeichen der gegenwärtigen und für die nähere Zukunft zu prognostizierenden Entwicklung des Wettbewerbs ist eher *negativ*. Dies liegt vor allem daran, dass die wirtschaftliche Situation der Wettbewerber der DTAG als schlecht bezeichnet wird. Ursache dafür ist vor allem die unzureichende Ertragssituation der Unternehmen speziell im Bereich der Festnetztelefonie. Bei einigen Anbietern liegen die Preise bereits nahe bei den Grenzkosten. Sie erzielen keine oder kaum noch Deckungsbeiträge zur Abdeckung ihrer verkehrsunabhängigen Fixkosten. Keines der Unternehmen macht bisher in diesem Bereich Gewinne. Gescheitert und aus der Telekommunikation ausgestiegen sind zunächst die mit viel Vorschusslorbeeren und Euphorie gestarteten Energieversorger. Im ersten Vierteljahr 2001 sind Konkurse von kleineren, im Call-by-Call-Geschäft tätigen Anbietern hinzugekommen. Die Beispiele im benachbarten Ausland zeigen, dass nicht nur kleine Unternehmen ernsthaft bedroht sind. Mit der nieder-

<sup>108</sup> Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O. Tz. 59.

ländischen KPN ist erstmals ein ehemaliges Staatsunternehmen vom Konkurs bedroht. Mit der Enitel ist immerhin der zweitgrößte norwegische Telekommunikationskonzern im September 2001 insolvent geworden. Es ist damit zu rechnen, dass der Konsolidierungsprozess auch auf dem deutschen Markt in den nächsten Monaten verstärkt voranschreiten wird.

(v) Der DTAG ist es in den letzten zwei Jahren zunehmend gelungen, durch die Bündelung von Produkten und durch Optionstarife Kunden an sich zu binden. Mit Bündelprodukten ist die Zusammenfassung von Einzelleistungen zu einem Produktbündel gemeint, welches zu einem Paketpreis angeboten wird. Die Preissetzung für Bündelprodukte ist sehr unterschiedlich. Es gibt Paketpreise, die günstiger sind als die Summe der Einzelpreise, es gibt die Koppelung mit einer Flatrate und anderes.<sup>109</sup> Mit Bündelprodukten verfolgt der Anbieter das Ziel, Leistungen auf Märkten mit unterschiedlich hoher Wettbewerbsintensität so zusammenzufassen, dass eine Abwanderung von Kunden verhindert wird und dass neue Kundengruppen gewonnen werden. Die DTAG bietet eine Reihe von Bündelprodukten und Optionstarifen sowohl im Privat- als auch im Geschäftskundensegment an. Beispiele sind der XXL-Tarif mit kostenlosen Fern- und Ortsgesprächen an Sonn- und Feiertagen, der AktivPlus-Tarif mit verbilligten Fern- und Ortsgesprächen gegen eine Einmalgebühr sowie der T-DSL-Tarif, die jeweils in Verbindung mit einem T-ISDN-Anschluss angeboten werden und die zudem untereinander kombinierbar sind. Gebündelt werden Leistungen zudem über Gesamtumsatzrabatte, wie z. B. im Rahmen des Bonusprogramms Happy digits.

Bündelprodukte sind aus wettbewerbspolitischer und regulatorischer Sicht kritisch zu sehen. Allein aufgrund der Möglichkeit zu bündeln haben Mehrproduktunternehmen, insbesondere die Vollsortimenter, Vorteile gegenüber kleineren Wettbewerbern. Auf dem nationalen Telekommunikationsmarkt profitiert davon vor allem die DTAG, die aufgrund ihrer universellen Präsenz in sämtlichen vor- und nachgelagerten Märkten wie kein anderes Unternehmen Produktbündel schnüren kann. Für die Wettbewerber wird es insbesondere dann schwierig, wenn ihre Kunden auf Teilleistungen des Produktbündels zwingend angewiesen sind, über die ausschließlich die DTAG verfügt. In den obigen Beispielen bündelt die DTAG den quasi-monopolistisch angebotenen Teilnehmeranschluss mit

<sup>109</sup> Vgl. Alkas, H., Preisbündelung auf Kommunikationsmärkten aus regulierungsökonomischer Sicht, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste, Diskussionsbeiträge 219, April 2001.

eher wettbewerblichen Verbindungsnetzleistungen. Bündelprodukte erhöhen die Wechselkosten zu einem anderen Anbieter und verstärken somit die Kundenbindung. Über die Bündelung von Leistungen ist es prinzipiell möglich, Marktmacht von einem Markt auf andere Märkte zu übertragen. Bestehen Bündelprodukte zudem aus regulierten und nicht regulierten Leistungen, entstehen Möglichkeiten für strategisches Preissetzungsverhalten und für eine strategische Behinderung des Marktzutritts von Neulingen.

(vi) Trotz der erreichten relativen Unabhängigkeit der Wettbewerber von Vorleistungen, die auf Fernnetzen beruhen, bleibt die Abhängigkeit von Vorleistungen auf der Basis von Nahverbindungen und Teilnehmernetzen erhalten. Von besonderer Bedeutung für den Wettbewerb bei Ferngesprächen sind die Entgelte und Bedingungen für Zusammenschaltungsleistungen. Dabei fehlt es gegenwärtig an verlässlichen Rahmenbedingungen. Zwar hat die RegTP mit ihrer Entscheidung vom 15. Oktober 2001 inzwischen erneut die Einführung von element based charging als neuem Zusammenschaltungsregime ab dem 1. Januar 2001 beschlossen. Rechtssicherheit ist damit allerdings noch nicht hergestellt, da die DTAG auch diesen Beschluss wiederum gerichtlich überprüfen lässt.

Da die Zusammenschaltungsentgelte heute im Durchschnitt bis zu 60 % des Endkundenpreises für die Verbindungsminute im Call-by-Call-Segment betragen, führt die fehlende Rechtssicherheit zu erheblichen Planungsunsicherheiten bei den Wettbewerbern. Diese betreffen sowohl die zukünftige Preisgestaltung im Endkundenbereich als auch die Möglichkeit, vorausschauende Investitionen in eigene Infrastrukturen tätigen zu können.

190. Zusammenfassend kann für die Beurteilung der Wettbewerbsentwicklung bei Ferngesprächen festgehalten werden, dass gegenwärtig *keine Gewähr* dafür besteht, dass der erreichte Wettbewerb funktionsfähig im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG ist. Von den Argumenten, die für eine weitergehende Stabilisierung des Wettbewerbs sprechen, ist vor allem das Infrastrukturargument bedeutsam. Je mehr Kosten die Wettbewerber „versenkt“ haben, um so schwerer wird es für das ehemalige Staatsunternehmen, sie vom Markt zu verdrängen. Auf der anderen Seite ist keines der Unternehmen aus dem Kreis der Wettbewerber aufgrund der erreichten Wettbewerbsposition und der gegenwärtig schlechten Ertragssituation längerfristig gesichert. D. h. es gibt erhebliche Unsicherheiten darüber, wie der Markt nach der Konsolidierung aussehen wird. Gleichwohl erscheint eine Rückführung der Regulierung bei Ferngesprächen aus Sicht der Monopolkommis-

sion nicht gänzlich ausgeschlossen. Die Voraussetzung dafür wäre allerdings die Absicherung des verbleibenden Wettbewerbs durch flankierende wettbewerbssichernde Maßnahmen. Dabei geht es vor allem darum zu verhindern, dass die DTAG ihre weiterhin bestehende Marktmacht in anderen Bereichen, insbesondere bei den Teilnehmeranschlüssen, dazu nutzt, den gerade deregulierten Markt wiederum zu remonopolisieren.

### 7.2.3 *Auslandsgespräche*

191. Gemessen an den Marktergebnissen weist der Markt für Auslandsgespräche die größte Wettbewerbsintensität im Rahmen der Festnetztelefonie auf. Gleichwohl gibt es auch hier sowohl Hinweise auf eine Zunahme der Wettbewerbsintensität als auch Unsicherheiten über die längerfristige Stabilität dieser Entwicklung. Deutlicher noch als bei den Inlandsferngesprächen weisen die gegenwärtigen und die für die Zukunft zu erwartenden Entwicklungen in diesem Marktsegment auf das Vorliegen eines bereits funktionsfähigen Wettbewerbs hin. Folgende Argumente fließen in diese Einschätzung ein:

(i) Im Jahr 2000 wurde bereits mehr als die Hälfte des Gesprächsvolumens und knapp 40 % der Umsätze von den Wettbewerbern der DTAG generiert. Bei Gesprächen in einzelne Länder liegen die Marktanteile der konkurrierenden Anbieter sogar noch deutlich höher. Auf dem Markt für Verbindungen in die Türkei ist die DTAG nach den Feststellungen der RegTP nicht mehr marktbeherrschend.

(ii) Der Preiswettbewerb ist bei den Auslandsverbindungen weiterhin intensiv. Im Jahr 2000 sind die Preise für Auslandsgespräche um mehr als 36 % gefallen. Im laufenden Jahr 2001 hat sich diese Entwicklung zwar abgeschwächt, anders als bei den Inlandsferngesprächen hat es allerdings hier bislang keine Trendumkehr zu Preiserhöhungen gegeben.

(iii) Ein weiteres wichtiges Argument für die möglicherweise bereits erreichte Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bei den Auslandsgesprächen ist die zunehmende Unabhängigkeit der Wettbewerber von der Infrastruktur der DTAG. Die alternativen Carrier haben ihre Verbindungsnetze entweder direkt mit ausländischen Netzbetreibern zusammengeschaltet oder sie beziehen Terminierungsleistungen von Konkurrenten. Anders als bei der nationalen Zusammenschaltung gibt es bei der Terminierung in ausländische Netze neben der Eigenrealisierung Alternativen zu der DTAG. D. h. es ist ein echter Markt für Terminierungsleistungen in ausländischen Tele-

kommunikationsnetze entstanden. Auf diesem Markt ist die DTAG nach einem Beschluss der RegTP von Ende 1999 bereits seit längerem nicht mehr marktbeherrschend.<sup>110</sup> Allerdings bleibt zu beachten, dass die DTAG bei einer Reihe von verkehrsschwachen Auslandsmärkten aus preislichen und qualitativen Gründen für die Mehrzahl ihrer Wettbewerber weiterhin der bevorzugte Lieferant von Zusammenschaltungsleistungen ist.

192. Gegen die Vermutung, dass bei Auslandsgesprächen funktionsfähiger Wettbewerb im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG bereits erreicht ist, spricht insbesondere, dass die Wettbewerbsintensität auch hier gegenwärtig eher zurück geht. Die vorliegenden Zahlen für das erste Quartal 2001 zeigen, dass die DTAG bei den Auslandsgesprächen ebenfalls Marktanteile zurückgewinnt. Dabei ist die Größenordnung der Marktanteilszuwächse der DTAG mit 5 % nach Verbindungsminuten und 3 % bei den Umsätzen - jeweils bezogen auf den Gesamtmarkt für Gespräche ins Ausland - weitaus deutlicher als bei den inländischen Ferngesprächen.

### *7.3 Rückführungspotentiale der Regulierung*

193. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die sektorspezifische Regulierung, insbesondere auch die präventive Entgeltregulierung sowohl auf den Vorleistungsmärkten als auch auf den Endkundenmärkten für Teilnehmeranschlüsse und Ortsgespräche weiterhin *unverzichtbar*. Weniger eindeutig zu beurteilen ist die Wettbewerbssituation bei Fern- und Auslandsgesprächen. Hier schließt die Monopolkommission eine Rückführung von Regulierungen nicht gänzlich aus. Unter welchen Voraussetzungen dies geschehen könnte, wird im Folgenden diskutiert.

194. Die präventive Entgeltregulierung soll unter den derzeitigen Bedingungen auf den Telekommunikationsmärkten vor allem Quersubventionierung und Preisdumping verhindern. Preisdumpingstrategien marktbeherrschender Unternehmen zielen darauf ab, Konkurrenten vom Markt zu verdrängen. Die Monopolkommission hat in ihrem letzten Hauptgutachten mit Verweis auf das amerikanische Beispiel angeführt, dass die Verdrängungsgefahr auf Telekommunikationsmärkten nachlässt, je mehr Kosten die Wettbewerber in eigene Netze und eigene Kundenbindung „versenkt“

<sup>110</sup> Vg. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 27 ff.

haben.<sup>111</sup> In Deutschland sind seit der Öffnung der Telekommunikationsmärkte konkurrierende Infrastrukturen in einem größeren Ausmaß aufgebaut worden. Dies spricht dafür, dass die Gefahr der Marktverdrängung durch missbräuchliches Preisdumping bei diesen Unternehmen geringer geworden ist. Gleichwohl ist zu beachten, dass die Verdrängungsgefahr nicht vollständig gebannt ist, wenn die wirtschaftliche Stabilität der Unternehmen nicht sicher ist.

In dem amerikanischen Fall der Deregulierung des Ferngesprächsmarktes im Jahre 1995 stand außer Zweifel, dass es sich bei den beiden seinerzeitigen Wettbewerbern von AT&T auf dem Ferngesprächsmarkt - MCI und Sprint -, um finanziell solide Unternehmen handelte, die dem Versuch einer Marktverdrängung durch AT&T widerstehen würden. Demgegenüber gibt es nach Einschätzung der Monopolkommission auf dem inländischen Festnetzmarkt gegenwärtig *keinen* Wettbewerber, der die wirtschaftliche Stabilität besitzt, um eine längerfristige Verdrängungsstrategie der DTAG zu überstehen.

195. Die fehlende wirtschaftliche Stabilität vor allem der neuen Wettbewerber lässt eine fortschreitenden Konsolidierung der Telekommunikationsmärkte erwarten. Dabei ist aus heutiger Sicht *nicht absehbar*, welchen Verlauf der Konsolidierungsprozess nehmen wird. Pessimistische Prognosen gehen davon aus, dass von den etwa einhundert Unternehmen, die gegenwärtig in Deutschland mit einem konkreten Festnetzangebot auf dem Markt sind, achtzig Prozent durch Insolvenz bedroht sind.<sup>112</sup> Offen ist auch, welche Unternehmen am ehesten vom Markt verschwinden werden; sind es die Unternehmen, die es versäumt haben, frühzeitig in eigene Infrastrukturen zu investieren, oder sind es gerade diejenigen Anbieter, die in eigene Netze investiert haben und denen heute angesichts des Preisverfalls bei den Fern- und Auslandsgesprächen sowie des regulierungsbehördlich akzeptierten Dumpings beim breitbandigen Internetzugang die Überschuldung droht?

196. Vor diesem Hintergrund der bestehenden *Unsicherheiten* über die künftige Entwicklung der Telekommunikationsmärkte spricht sich die

<sup>111</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz 23 und die dort zitierte Literatur.

<sup>112</sup> Vgl. eine entsprechende Aussage des Präsidenten des VATM, Joachim Dreyer, zitiert in Financial Times Deutschland-Online, Telekom-Konkurrenz warnt vor neuen Monopolen, www.ftd.de vom 20. August 2001.



Monopolkommission dafür aus, eine Deregulierung des Marktes für Fern- und Auslandsgespräche erst dann als Möglichkeit ins Kalkül zu ziehen, wenn eine größere Prognosesicherheit im Hinblick auf den Verlauf der Konsolidierung besteht.

Die Monopolkommission ist darüber hinaus der Auffassung, dass eine Rückführung der Regulierung im Fernbereich nur dann in Betracht kommt, wenn der verbleibende Wettbewerb durch *flankierende Maßnahmen* abgesichert wird.

197. Für die weitere Entwicklung des Wettbewerbs auf den Märkten der Festnetztelefonie ist entscheidend, dass die Rückführung der Regulierung im Fernnetz nicht dazu führt, dass wettbewerbliche Ansätze in anderen Bereichen rückgängig gemacht werden oder dass die DTAG ihre insbesondere im Ortsnetz weiterhin bestehende Marktmacht nutzt, um die Marktbeherrschung in dem gerade deregulierten Markt wiederzuerlangen. Solche Bedenken bestehen insbesondere wegen der Quersubventionierungspotentiale aus dem Ortsnetz.

198. Quersubventionierung kann wirksam verhindert werden, wenn die Geschäftsaktivitäten eines integrierten Unternehmens auf Märkten mit und ohne Wettbewerb institutionell getrennt sind. Die stärkste Form einer strukturellen Desintegration ist die Entflechtung eines Unternehmens in verschiedene, wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen, wie sie z.B. bei AT&T im Jahre 1984 angeordnet wurde. AT&T musste sich damals bekanntlich von seinen Ortsnetzen trennen, um weitere Missbräuche seiner marktbeherrschenden Stellung auf den amerikanischen Telekommunikationsmärkten zu verhindern. Schwächere Formen der strukturellen Desintegration sind die Ausgründung von Unternehmensbereichen in Tochtergesellschaften oder die Organisation einer getrennten Rechnungsführung.

Vorteile der strukturellen Desintegration sind auf der einen Seite Effizienzgewinne durch Wettbewerb auf der konkurrenzfähigen Stufe.<sup>113</sup> Auf der anderen Seite besteht die Möglichkeit einer zielgerichteteren und effizienteren Regulierung, insbesondere auch die Kontrolle von Quersubventionierungspotentialen. Als Nachteil einer strukturellen Desintegration wird vor allem der Verzicht auf die Ausschöpfung vertikaler Verbundvorteile

<sup>113</sup> Vgl. Kruse, J., Vertikale Integration als Wettbewerbsproblem, in: Kruse, J. u.a. (Hrsg.), Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Baden-Baden 1997, S. 258 ff.

genannt. Solche werden allerdings oftmals überschätzt, so dass im Allgemeinen davon ausgegangen werden kann, dass die Effizienzvorteile der Desintegration die Effizienznachteile mehr als kompensieren.

199. Die Monopolkommission hatte sich bereits in einer früheren Phase der Wettbewerbsöffnung der Telekommunikationsmärkte für eine vertikale Desintegration ausgesprochen, nämlich für eine Ausgliederung der Breitbandkabelnetze aus der DTAG.<sup>114</sup> Ziel dieser Desintegration war und ist es, das ungenutzte Substitutionspotential des Kabelnetzes beim Endkundenzugang auf der so genannten letzten Meile zu erschließen.

Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Ansatz der Desintegration auch bei Rückführung der Regulierungsintensität auf der Fernnetzebene genutzt werden. Dabei ist offensichtlich, dass es *keine* realisierbaren Möglichkeiten gibt, die DTAG durch Gesetz zu einer Entflechtung ihres Festnetzgeschäftes in wirtschaftlich unabhängige Fern- und Ortsnetzgesellschaften zu zwingen. Der Gesetzgeber kann allerdings die Entlassung der Ferngesprächsmärkte aus der präventiven Entgeltregulierung an die Bedingung einer effizienten Kontrolle der Quersubventionierungspotentiale des Ortsnetzes binden. Eine Möglichkeit dazu sieht die Monopolkommission in der Beschränkung der präventiven Entgeltregulierung auf marktbeherrschende Betreiber von Ortsnetzen und auf marktbeherrschende integrierte Betreiber von Orts- und Fernnetzen. Damit läge es in der Hand der DTAG, sich durch eine Trennung in eine Orts- und Fernnetzgesellschaft der Genehmigungspflicht bei den Entgelten für Ferngespräche zu entziehen.

200. Im Fall einer Deregulierung wäre auch dafür zu sorgen, dass derzeit bestehende *regulatorisch* bedingte Wettbewerbsvorteile der DTAG entfallen. Ein solcher Vorteil besteht z.B. darin, dass der Kunde, der seinen Teilnehmeranschluss bei der DTAG hat, für das Fern- oder Auslandsgespräch mit der DTAG weniger Ziffern wählen muss als für das Gespräch mit einem Call-by-Call-Wettbewerber. Entscheidet er sich per Preselection für einen Konkurrenten, so entfällt dieser Effekt, dafür verliert er die Option, zum Call-by-Call-Anbieter zu gehen. Solche regulatorisch bedingten Wettbewerbsvorteile der DTAG sind zu beseitigen.

<sup>114</sup> Vgl., Monopolkommission, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/1995, Baden-Baden 1996, Tz. 63 f.

## 8 Aktuelle Probleme

### 8.1 Bündelangebote und Regulierung

201. Die wirtschaftliche Bedeutung von Bündelangeboten und Optionstarifen hat zugenommen. Die DTAG setzt solche Angebotsformen offensichtlich ein, um die Kunden stärker an sich zu binden. Nach eigenen Angaben hat die DTAG z. B. die Anzahl ihrer Kunden in dem Tarif AktivPlus im ersten Halbjahr 2001 von 4,5 Mio. auf 6,8 Mio. Kunden gesteigert.<sup>115</sup> Gleichzeitig bestehen Unsicherheiten im Hinblick auf die regulatorische Behandlung, wie nicht zuletzt die nochmalige befristete und vorbehaltliche Genehmigung des Tarifs XXL zeigt.

202. Bündelangebote sind mit einer Reihe von Wettbewerbsproblemen behaftet, soweit das anbietenden Unternehmen auf einem oder mehreren Märkten marktbeherrschend ist:

(i) Im Fall der Bündelung von Produkten, bei denen der Anbieter jeweils marktbeherrschend ist, wird die Marktbeherrschung zusätzlich abgesichert. Würde die Telekom z. B. den Teilnehmeranschluss mit Ortsgesprächen derart koppeln, dass mit einem (erhöhten) Anschlussentgelt zugleich die Ortsgespräche abgegolten wären, entfielen für die Nutzer der Anreiz, zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber zu wechseln. Alternative Teilnehmernetzbetreiber wären kaum in der Lage, entsprechende Angebote abzugeben, da sie für den Großteil der Gespräche verbindungszeitabhängige Terminierungsentgelte an die DTAG abführen müssten, während die DTAG aufgrund ihrer monopolartigen Stellung bei den Anschlüssen kaum Terminierungsentgelte an andere Teilnehmernetzbetreiber zu zahlen hätte. AktivPlus und XXL gehen in diese Richtung. Bei ersterem werden auch die Ortsgespräche verbilligt angeboten, im XXL-Tarif sind diese sonntags kostenlos.

(ii) Werden Produkte mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität gebündelt, wird bestehende Marktmacht auf bisherige Wettbewerbsbereiche übertragen. Deutlich wird dies wiederum bei der Tarifoption AktivPlus und anderen Tarifen, die an einen Teilnehmeranschluss gekoppelt sind. Im AktivPlus-Tarif erhält der Kunde Preisnachlässe für Ortsgespräche, für Ferngespräche und für Auslandsgespräche, z.B. in die Türkei, bei denen die

<sup>115</sup> Vgl. Pressemitteilung der DTAG vom 31. Juli 2001.

DTAG als nicht mehr beherrschend gilt. Soweit Fern- und Auslandsgespräche betroffen sind, verliert der Kunde den Anreiz, zu anderen Anbietern im Rahmen des Call-by-Call zu wechseln, da die Preisdifferenzen so gering werden, dass sich der Informationsaufwand kaum noch lohnt.

(iii) Bündelprodukte erhöhen die Wechselkosten für die Nachfrager. Zum einen werden Preisvergleiche schwieriger, was dazu führt, dass alternative Anbieter den Marktbeherrscher deutlicher als ohne Produktbündelung unterbieten müssen, um Kunden auf sich zu ziehen. Zum anderen erschweren Gebührenpauschalen (Flatrates) den Wettbewerb derjenigen Anbieter, die aufgrund ihrer Kostenstrukturen darauf angewiesen sind, je bezogene Einheit zu tarifieren und selbst keine Flatrate-Angebote machen können.

(iv) Die Bündelung von Produkten führt insbesondere dann zu Wettbewerbsbehinderungen, wenn der marktbeherrschende Anbieter die dazu notwendigen Vorprodukte kontrolliert. Dabei ist insbesondere eine Kosten-Preis-Schere kritisch, d.h. gleiche oder höhere Preise für wesentliche Vorleistungen als für den Endkundenpreis.

(v) Nicht zuletzt erschweren Bündelangebote die Entgeltregulierung, insbesondere die Kontrolle des Verdrängungsmissbrauchs. Problematischer noch als bei ungebündelten Produkten ist die Zurechnung von Gemeinkosten. Zusätzliche Probleme treten auf, wenn die Produkte mehrerer Unternehmen (DTAG, T-Mobil, T-Online) gebündelt werden.

203. Die spezifischen Wettbewerbsprobleme der Produktbündelung werden im Rahmen der Regulierung bisher nur unzureichend beachtet. Ins Gewicht fällt vor allem, dass die DTAG aufgrund ihrer umfassenden Präsenz auf praktisch sämtlichen Telekommunikationsmärkten bei und durch die Bündelung erhebliche Wettbewerbsvorteile besitzt. Wettbewerber können Bündelangeboten dann keine Alternative entgegensetzen, wenn sie zu Teilen der gebündelten Leistungen keinen oder nur einen erschwerten Zugang haben. Dies betrifft Bündelangebote unter Einschluss des Festnetzanschlusses und Ortsgesprächen ebenso wie die Bündelung mit Mobilfunk- oder Onlinediensten. Eine Voraussetzung für Bündelangebote durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ist daher, dass die Wettbewerber einen Zugang zu den Teilleistungen haben. Konkret bedeutet dies die obligatorische Verpflichtung der DTAG zu entsprechenden Resaleangeboten auf der Vorleistungsebene.

204. Werden regulierte und nicht der Regulierung unterliegende Leistungen gebündelt, unterfällt die Gesamtleistung der Regulierung. Die bisheri-

ge Fallpraxis zeigt, dass die DTAG Sprachtelefonieleistungen untereinander und mit anderen Leistungen (Mobilfunk, Onlinedienste) bündelt. Wegen der Einbeziehung von Sprachtelefonidiensten unterliegt der Preis von Bündelangeboten der präventiven Entgeltregulierung. Bisher wurden Bündelangebote als eigenständige neue Tarife bewertet, die der Einzelpreisgenehmigung unterliegen. Die Einbeziehung in die Price-Cap-Regulierung setzt voraus, dass das Produkt mindestens über ein halbes Jahr innerhalb des Referenzzeitraumes Umsätze erzielt hat. Bei der Einbeziehung von Bündelangeboten entsteht das Problem einer angemessenen Gewichtung des Angebotes sowie überhaupt das Problem der Handhabung von gebündelten Leistungen, die verschiedenen Körben zuzuordnen sind. Vorrangig stellt sich allerdings die grundsätzliche Frage, wie ein solcher Tarif in das System der Price-Cap-Regulierung passt.

205. Die Price-Cap-Regulierung besitzt gegenüber der Einzelpreisgenehmigung gesamtwirtschaftliche Vorteile: die administrativen Kosten der Regulierung sind geringer und das regulierte Unternehmen besitzt eine größere Preisflexibilität. Diese Vorteile treten allerdings nur dann auf, wenn sie nicht durch gesamtwirtschaftliche Kosten - etwa die einer eingeschränkten Wettbewerbskontrolle - überkompensiert werden. Eine eingeschränkte Kontrollmöglichkeit besteht allerdings allein schon deshalb, weil die Prüfung auf wettbewerbswidrige Verdrängungsmisbräuche und sonstige Diskriminierungen gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG bei Änderungen der Optionstarife im Rahmen der Price-Cap-Regulierung nur auf der Grundlage eingeschränkter Kostenunterlagen und innerhalb einer lediglich zweiwöchigen Frist möglich ist.

206. Bei der Einbeziehung in die Price-Cap-Regulierung braucht man darüber hinaus eine klare Linie für die Handhabung von Angeboten, bei denen der Marktbeherrscher Leistungen bündelt, die an sich verschiedenen Körben zuzurechnen sind. Systemkonform wäre ein Verfahren, das eine solche Bündelung nur als Marketing-Maßnahme zulässt, im Übrigen aber im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens das Bündel in seine Einzelkomponenten aufteilt und diese den jeweiligen Körben zuordnet. So ließe sich z.B. ein Tarif mit erhöhter Grundgebühr und niedrigeren Nutzungspreisen aufteilen in den Normaltarif für den Teilnehmeranschluss und je einen zweistufigen Tarif für Fern- und Ortsgespräche. Zweistufige Tarife, d.h. Tarife mit hohem Pauschalpreis und niedrigen oder keinen Nutzungsgebühren, lassen sich ja auch dienstespezifisch zurechnen. Sobald dies geschieht, können die einzelnen Komponenten den einzelnen Körben zuge-

rechnet werden. Die Zweistufigkeit der Tarife erfordert dabei gewisse besondere Vorkehrungen; dafür gibt es aber Standardverfahren.<sup>116</sup>

Eine derartige korbweise bzw. leistungsweise Zurechnung böte eine gewisse Kontrolle über die in solchen Tarifen enthaltenen Quersubventionierungspotentiale. Die Vorschrift des § 1 Abs. 2 TEntgV, wonach Dienstleistungen mit unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen nicht in einem Korb zusammengefasst werden dürfen, soll Quersubventionierungen verhindern. Es wäre widersinnig, wenn eine Unterwerfung von Bündelangeboten unter die Einzelpreisgenehmigung außerhalb des Price-Cap-Verfahrens die Möglichkeit der Quersubventionierung innerhalb solcher Bündel aufrecht erhielte.

## *8.2 Schutz von Geschäftsgeheimnissen und gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen*

207. Von besonderer Bedeutung für die Stellung der Wettbewerber der DTAG ist die Möglichkeit, effektiven und zeitnahen Rechtsschutz gegen Entscheidungen der RegTP zu erlangen. Davon kann derzeit in Kernbereichen, etwa bei der Entgeltregulierung, nicht ausgegangen werden. Nach Auskunft des in der Ersten Instanz örtlich ausschließlich zuständigen VG Köln resultiert dieser Mangel im Wesentlichen daraus, dass die für die gerichtliche Überprüfung der Maßnahmen nach §§ 23 bis 39 TKG nötigen Verwaltungsakten wegen hierin enthaltener Geschäftsgeheimnisse der DTAG von der RegTP oft nicht vorgelegt werden. Die in solchen Fällen bislang gemäß § 99 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO erforderliche Entscheidung der obersten Aufsichtsbehörde, hier des BMWi, über die Berechtigung zur Vorlage werde vielfach nicht getroffen. In den seltenen Fällen, in denen das BMWi eine Entscheidung erlassen habe, sei diese zugunsten der DTAG ausgefallen. Die Folge sei beispielsweise die Überlassung von in weiten Teilen geschwärzten Genehmigungsbeschlüssen der RegTP, in denen ganze Passagen oder fast ganze Seiten unkenntlich gemacht sind. Eine gerichtliche Überprüfung der Genehmigung sei auf dieser Grundlage gar nicht oder nur sehr eingeschränkt möglich, denn nicht einmal das Gericht kenne den vollständigen Inhalt der Genehmigung, die es beurteilen soll. Somit tritt die Rechtsprechung in wichtigen Bereichen praktisch auf der Stelle. Zu den eigentlichen materiell-rechtlichen Proble-

<sup>116</sup> Vgl. Laffont, J.J., Tirole, J., *Competition in Telecommunications*, Cambridge/Mass. u.a. 2000, S. 66 ff.

men der Entgeltentscheidungen kann sie gar nicht oder erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung vordringen. Dementsprechend werden immer häufiger Vorwürfe insbesondere seitens der Wettbewerber der DTAG laut, die eine zu lange Verfahrensdauer anmahnen und den Rechtsschutz für unwirksam erklären.

208. Angesichts der rasanten Entwicklung im Telekommunikationssektor ist offenkundig, dass die Vorenthaltung wesentlicher Informationen und die Verzögerung ihrer Herausgabe *wirksamen* und *zeitnahen* Rechtsschutz verhindert und damit dem Deregulierungsprozess insgesamt schadet. Die Unsicherheit über den Zugang zu solchen Informationen und die Aussicht auf viele Monate oder gar jahrelang währende Verfahren dürfte potentielle Kläger nachhaltig abschrecken, da effektiver Rechtsschutz nicht sicher erlangt werden kann. Entsprechende Klagen müssten aufgrund der zeitlichen Dimensionen selbst dann als vergeblich angesehen werden, wenn letztendlich mit einem für den Kläger positiven Ausgang des Verfahrens zu rechnen ist. Es sind daher Vorkehrungen zu treffen, die im Interesse der Betroffenen sicherstellen, dass die Gerichte zeitnah und in Kenntnis der entscheidungserheblichen Verwaltungsvorgänge über Klagen gegen Maßnahmen der RegTP entscheiden können.

209. Um die aufgezeigten Missstände zu beseitigen, ist derzeit eine Änderung des TKG geplant, durch welche die Entscheidung über die Aktenvorlage vom BMWi auf die RegTP übertragen werden soll.<sup>117</sup> Nach der für Januar 2002 erwarteten Gesetzesänderung soll abweichend von § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO nicht mehr die oberste Aufsichtsbehörde, sondern die RegTP die notwendige Interessenabwägung vornehmen und über die Vorlage der Akten befinden. Unter dem Aspekt einer möglichst zeit- und sachnahen gerichtlichen Kontrolle ist dieses Vorhaben zu begrüßen. Die RegTP kennt als die das Verfahren leitende Behörde die Akten, ist mit den von den betroffenen Unternehmen als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichneten Daten vertraut und vermag ihre Entscheidungserheblichkeit für das gerichtliche Verfahren am schnellsten einzuschätzen. Der Zeitaufwand, der sich dadurch ergibt, dass die oberste Aufsichtsbehörde sich gemäß § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO von Neuem mit dem Akteninhalt und den als solchen deklarierten Geschäftsgeheimnissen vertraut machen muss, entfällt auf der Grundlage der geplanten Gesetzesänderung.

<sup>117</sup> Vgl. Entwurf eines post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes, BR-Drs. 834/01 vom 19. Oktober 2001.

210. Zu einer verbesserten Informationsgrundlage für die Gerichte kann dieses Verfahren allerdings nur beitragen, wenn die RegTP eine weniger restriktive Haltung einnehmen wird, als es bislang das BMWi getan hat. Ob damit zu rechnen ist, bleibt abzuwarten. Es ist zu hoffen, dass die RegTP die künftig ihr obliegende Erklärung über die Berechtigung der Vorlageweigerung in jedem einzelnen Fall möglichst rasch abgeben wird, um unnötige Verzögerungen des gerichtlichen Verfahrens zu verhindern. Bei ihrer Entscheidung über die Berechtigung der Vorlageweigerung müsste die RegTP darüber hinaus darauf achten, die Gründe für eine Weigerung hinreichend genau zu bezeichnen. Eine lediglich formelhafte Begründung genügt nicht. Daneben sollte sie berücksichtigen, dass nach dem Entwurf selbst bei Vorliegen von Weigerungsgründen keine Verpflichtung besteht, die Vorlage abzulehnen. Vielmehr steht die Entscheidung über die Vorlage danach im Ermessen der Behörde, wobei das Interesse der betroffenen Unternehmen an der Geheimhaltung ihrer Geschäftsgeheimnisse gegen die Interessen der Wahrheitsfindung und der Rechtssuchenden abzuwägen sind. Hierbei muss insbesondere auch die Schwere der in Frage stehenden Rechtsgutverletzung gewürdigt werden. In den hier erörterten Fällen müsste deshalb auch das Interesse der Allgemeinheit an einer wettbewerblichen Ordnung des Telekommunikationsmarkts in den Abwägungsprozess Eingang finden.

211. Der Rechtsschutz ließe sich darüber hinaus *effizienter* gestalten durch das vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 27. Oktober 1999<sup>118</sup> vorgeschlagene „in camera“-Verfahren. In dieser Entscheidung erklärte das Bundesverfassungsgericht § 99 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO insoweit mit Art. 19 Abs. 4 GG für unvereinbar, als die Vorschrift die Aktenvorlage durch die Behörde auch in denjenigen Fällen ausschließt, in denen die Gewährung effektiven Rechtsschutzes von der Kenntnis der Verwaltungsvorgänge abhängt. Stattdessen wird ein „in camera“-Verfahren vorgeschlagen, in dem das erkennende Gericht auf Antrag eines Beteiligten anordnen kann, dass dem Gericht die Urkunden oder Akten vorzulegen sind. Das Gericht erhält somit die gesamten Akten, und dem Bedürfnis nach Geheimhaltung wird dadurch Rechnung getragen, dass die Kenntnisnahme auf das Gericht beschränkt bleibt. Es darf den Verfahrensbeteiligten keine Akteneinsicht gewähren oder den Akteninhalt in sonstiger Weise bekannt geben. Einer solchen Vorgehensweise steht

<sup>118</sup> BVerfGE 101, 106.



nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG nicht entgegen. Uneingeschränktes rechtliches Gehör würde in diesen Fällen nämlich die Effektivität des Rechtsschutzes beeinträchtigen, statt sie zu schützen.

212. Zwar nennt das Bundesverfassungsgericht in dem erwähnten Beschluss ausdrücklich nur solche Klagen, deren Gegenstand gerade die Erteilung einer Auskunft bzw. die Einsicht in Akten bildet. Entsprechend sieht auch der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz zu § 99 Abs. 2 das „in camera“-Verfahren ausschließlich bei Klagen auf Auskunft oder Einsicht vor. Für sämtliche sonstigen Fälle behält er mit § 99 Abs. 3 RefE das bisherige Verfahren bei und weist den Verfahrensbeteiligten daneben lediglich die Befugnis zu, in einem Zwischenverfahren auf Auskunftserteilung bzw. Akteneinsicht zu klagen. Das BVerfG führt aber an anderer Stelle aus, dass die Regelungen des § 99 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 99 Abs. 2 S. 1 VwGO stets dann mit dem Grundgesetz unvereinbar ist, wenn die Gewähr des effektiven Rechtsschutzes von der Kenntnis der Verwaltungsvorgänge abhängt. Dies erfordert eine Regelung, welche die Anwendung des vorgeschlagenen „in camera“-Verfahrens auf sonstige Fälle, in denen effektiver Rechtsschutz anders nicht gewährleistet werden kann, erweitert. Dass sich eine solche Vorgehensweise bei Klagen im Telekommunikationssektor unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes in aller Regel als notwendig erweisen dürfte, wurde bereits oben erörtert. Der Gesetzgeber sollte daher eine Regelung in das Gesetz aufnehmen, wonach das „in camera“-Verfahren im Telekommunikationssektor zum Regelfall wird. Die Aufnahme einer eindeutigen Regelung in das Gesetz erscheint darüber hinaus schon deshalb notwendig, weil derzeit in der Praxis große Unsicherheiten darüber bestehen, wie im Zusammenhang mit der Vorlage von behördlichen Akten korrekterweise vorzugehen ist. Aus diesen Unsicherheiten resultieren wiederum erhebliche Verzögerungen, die effizienten Rechtsschutz verhindern und deshalb beseitigt werden sollten.

213. Die dargestellten Maßnahmen stellen erste Schritte zur Verbesserung des Rechtsschutzes im Telekommunikationssektor dar. Sie können und sollen allerdings nicht verhindern, dass auch zukünftig eine Abwägung von Geheimnisschutzinteressen einerseits und Interessen der Allgemeinheit und des Rechtsschutzsuchenden andererseits zugunsten der ersteren ausfällt und dadurch die Informationsgrundlage für die Gerichte geschmälert wird. Wegen der Komplexität der Materie und den bestehenden Rechtsmittelmöglichkeiten wird es ferner nicht möglich sein, gerichtliche Verfahren unterhalb einer gewissen Zeitdauer zum Abschluss zu bringen.

Überlegenswert erscheint es indes, gerade unter dem Aspekt einer möglichst zeitnahen Prozessführung weitergehende, umfassendere Abhilfemaßnahmen einzuführen. Sie könnten etwa darin bestehen, geltende Rechtsmittelfristen zu kürzen und Instanzenzüge – etwa beim einstweiligen Rechtsschutz oder im Zwischenverfahren auf Aktenvorlage – auf eine Instanz zu begrenzen.

### *8.3 Regelungslücken bei der Datenkommunikation und im Mobilfunk*

214. Nach geltendem Recht unterliegen die Sprach- und die Datenkommunikation unterschiedlichen Regulierungsregimes. Die Entgelte für Sprachtelefondienste sind nach § 25 Abs. 1 TKG genehmigungspflichtig, während die Datenkommunikation marktbeherrschender Anbieter lediglich dann der nachträglichen Entgeltregulierung unterfällt, wenn der konkrete Verdacht auf eine missbräuchliche Preissetzung besteht. Auf Dauer wird eine solche unterschiedliche Behandlung regulatorische Probleme aufwerfen.

Sie entstehen, weil durch Fortschritte bei der Telekommunikationsnetztechnik, wie die Digitalisierung oder die Nutzung paketorientierter Vermittlungstechnik, nicht nur erhebliche Kosteneinsparungen bei der Übertragung von Signalen ermöglicht werden, sondern auch die Voraussetzungen für die Integration von bisher in getrennten Netzen realisierten TK-Diensten geschaffen wurde. Eine strenge Unterscheidung von Übertragungsinhalten ist dabei nicht mehr möglich. Sie entstehen auch, weil Sprach- und Datenkommunikationsleistungen von den Kunden komplementär zueinander nachgefragt werden und eine unterschiedliche regulatorische Behandlung dem Marktbeherrscher Spielraum für Quersubventionierungen verschafft. Die oben beanstandete Entscheidung der RegTP, den festgestellten Dumping-Tatbestand bei T-DSL nicht weiter zu verfolgen, betrifft nicht nur die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für breitbandigen Internetzugang, sondern auch die Wettbewerbsverhältnisse auf den Märkten für ISDN-Anschlüsse. Für ISDN in Verbindung mit T-DSL ergibt sich dadurch eine ähnliche Konstellation wie für die Analoganschlüsse. Die Quasi-Monopolstellung der DTAG bei Teilnehmeranschlüssen wird weiter zementiert.

215. Eine Regelungslücke sieht die Monopolkommission – wie die Bundesregierung – zudem bei den lokalen Terminierungsgebühren in Teilnehmernetzen.<sup>119</sup> Da jeder Teilnehmernetzbetreiber a priori Monopolist für das Angebot von Terminierungs- und Zuführungsleistungen in bzw. aus seinem Netz ist, bleiben die Märkte für lokale Terminierungsleistungen grundsätzlich für den Wettbewerb verschlossen.<sup>120</sup> Dies gilt für den Mobilfunk ebenso wie für das Festnetz.

Der auf den Märkten für Mobilfunk herrschende intensive Wettbewerb gilt dem Kunden, der seinen Anschluss bei einem Anbieter einrichtet und die Leistungen dieses Anbieters bezieht. Der Wettbewerb bezieht sich auf alle Parameter, die der Kontrolle des Anbieters unterliegen. Dazu gehören jedoch *nicht* die Terminierungsgebühren, die ein anderer Netzbetreiber für die Terminierung von Gesprächen zu seinen Kunden in Rechnung stellt. Bei dem Angebot der Terminierungsleistung ist der andere Anbieter *auf Dauer* Monopolist. Verhaltensspielräume bei der Festsetzung von Terminierungsentgelten werden auch nicht, wie zuweilen behauptet, indirekt über den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten begrenzt. Vielmehr eignen sich wechselseitige Abmachungen der Netzbetreiber hervorragend als Grundlage einer Kollusion zur Milderung des Endkundenwettbewerbs. Von einer wettbewerblichen Kontrolle dieser Entgelte kann keine Rede sein. Nach Auffassung der Monopolkommission spricht dies dafür, die Entgelte für Terminierungsleistungen im Mobilfunk der präventiven Entgeltregulierung zu unterstellen. Man könnte sich auch vorstellen, diese Entgelte regulatorisch auf *Null* zu setzen. Die Kosten der Terminierung wären dann als Durchschnittswerte pauschal über die Anschlussgebühren des Angerufenen abzugelten.

216. Die Frage einer Ausweitung der Ex-ante-Entgeltregulierung auf die alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz steht gegenwärtig allerdings nicht zur Diskussion. Solange der Marktanteil der DTAG bei den Teilnehmeranschlüssen in einer Größenordnung von 98 % liegt, ist dies das wesentliche Problem einer Politik der Wettbewerbsöffnung im Ortsnetz. Auf längere Sicht, in der eine gleichmäßigere Aufteilung der Märkte für Teilnehmeranschlüsse denkbar ist, gewinnt die Regulierung der Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen im Teilnehmeranschlussnetz freilich

<sup>119</sup> Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht 1998/1999 der Regulierungsbehörde und zum Bericht der Monopolkommission, a.a.O., S. 4.

<sup>120</sup> Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 1998/1999, a.a.O., Tz. 41 ff.

an Bedeutung. Dies vor allem, weil sich die Entgelte als Grundlage für wettbewerbswidrige Absprachen oder Parallelverhalten eignen, bei der sich die Netzbetreiber in einem gewissen Einvernehmen wechselseitig hohe Gebühren abverlangen. Davon würden alle profitieren, einerseits durch höhere Erlöse und andererseits dadurch, dass eine Diskriminierung zwischen Telekommunikationsdienstleistungen im eigenen Netz und im Verkehr zwischen Netzen die Wechselkosten größerer Kundengruppen erhöht.<sup>121</sup>

#### 8.4 *Behinderungsmissbräuche*

217. Die Wettbewerber sind für ein eigenständiges Endkundenangebot auf den Telekommunikationsmärkten weiterhin in einem erheblichen Maße auf Vorleistungen der Telekom angewiesen. Dabei gibt es im Wesentlichen zwei Konfliktbereiche, die Preisgestaltung und die Bereitstellungsmodalitäten. Die Preise der Vorleistungen unterliegen der präventiven Entgeltregulierung soweit der Anbieter auf dem relevanten Vorleistungsmarkt beherrschend ist. Strittig ist die Durchsetzung angemessener Bereitstellungsmodalitäten. Nach Auffassung der Wettbewerber bietet die DTAG notwendige Vorleistungen oftmals nur eingeschränkt oder verzögert an. Dies liege weniger an mangelnder Leistungsfähigkeit der Telekom, sondern sei Teil einer Behinderungsstrategie.

218. Der Regulierer leistet nach Auffassung der Wettbewerber bei der Durchsetzung von Ansprüchen gegenüber dem marktbeherrschenden Vorleistungslieferanten einen unzureichenden Rechtsschutz. Missbrauchsverfahren nach § 33 TKG werden häufig nicht oder erst nach längerer Vorlaufzeit eröffnet, die Verfahren sind langwierig und bleiben oftmals ohne durchschlagende Wirkung. Dies insbesondere, da es keine oder nur unzureichende Zwangsmaßnahmen gibt.

Die RegTP ihrerseits sieht keine Möglichkeit, bei der Vielzahl von Beschwerden über Behinderungen der DTAG in jedem Einzelfall ein Missbrauchsverfahren einzuleiten. Dies sei allein aus Kapazitätsgründen nicht möglich. Stattdessen verfolgt sie das Ziel, die Bereitstellungssituation durch Vorgaben im Hinblick auf die Vertragsgestaltung zwischen der DTAG als Vorleistungslieferanten und ihren Wettbewerbern als Nachfrager der Vorleistungen zu verbessern. Hier geht es u.a. um Klauseln über

<sup>121</sup> Vgl. ebenda, Tz. 44 und die dort angegebene Literatur.

Vertrags- und Konventionalstrafen, die bei einer verspäteten oder qualitativ unzureichenden Lieferung fällig werden. Die Durchsetzung solcher Ansprüche ist sodann vor den Zivilgerichten durchzusetzen.

219. Die Monopolkommission sieht wie die RegTP keine Möglichkeit, die Bereitstellungssituation im Bereich der Vorleistungen dadurch zu verbessern, dass die Anzahl der Missbrauchsverfahren *erhöht* wird. Die Monopolkommission bezweifelt auch, dass den Wettbewerbern der Verweis auf den Zivilrechtsweg wesentlich weiter hilft. Selbst wenn hier bei eindeutig formulierten Vertragsinhalten eine Durchsetzung von Ansprüchen möglich erscheint, bleibt das zeitliche Problem des langen Rechtsweges ungelöst.

Die Monopolkommission schlägt stattdessen eine *allgemeine Verfahrensregelung* vor, die darauf abzielt, die Interessenstruktur der DTAG zu verändern. Naturgemäß gibt es keinen Anreiz für den ehemaligen Monopolanbieter, seine Konkurrenten auf den nachgelagerten Endkundenmärkten durch eine schnelle Lieferung von qualitativ hochwertigen Vorleistungen im Wettbewerb zu stärken. Das Gegenteil ist der Fall. Eine Möglichkeit, die Anreizstruktur zu ändern, besteht darin, Lieferverträge mit eindeutigen und nachprüfbareren Vorgaben über Lieferzeiten und Qualitätsstandards sowie mit unmittelbar wirkenden, dynamisch wachsenden Konventionalstrafen im Falle von Verstößen gegen diese Vereinbarungen vorzuschreiben.

220. Die RegTP hat diesen Weg im Grundsatz mit ihrer Entscheidung vom 11. Oktober 2001 bereits beschritten. In dem Beschluss hat sie der DTAG verbindliche Lieferfristen von acht Wochen bis zu längstens sechs Monaten für Carrier Festverbindungen (Mietleitungen) der unterschiedlichen Bandbreiten vorgegeben. Je nach Aufwand für die technisch und baulichen Maßnahmen gelten als maximale Lieferfristen acht Wochen, vier oder sechs Monate. Bisher waren die Vorgaben über Lieferfristen weniger verbindlich, bislang mussten lediglich 80 % der Mietleitungen innerhalb der – im Vergleich zu der aktuellen Vorgabe längeren – Fristen geliefert werden.

Der Beschluss enthält keine Bestimmungen über Sanktionen. Solche sind aber nach Auffassung der Monopolkommission, z.B. in Form von Vertragsstrafen, zwingend. Vertragsstrafen sind dann besonders wirksam, wenn sie unmittelbar einsetzen und mit der Überschreitung der vorgesehenen Lieferfrist dynamisch ansteigen. So könnte z. B. das laufende Entgelt für die Überlassung einer Mietleitung oder einer Teilnehmeranschlussleitung für jede angefangene Woche, mit der die vorgegebene Lieferfrist überschritten wurde, um einen festgelegten Prozentsatz – z. B. 5 % – verringert werden. Das verringerte laufende Entgelt bleibt bei geringfügigen

Fristüberschreitungen von bis zu drei Wochen für ein halbes Jahr, bei längeren Fristüberschreitungen für ein ganzes Jahr wirksam. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass es für die DTAG einen konkreten Anreiz gibt, die Vorleistungen fristgerecht bereit zu stellen. Selbst bei einer Fristüberschreitung bleibt der Anreiz für eine möglichst baldige Lieferung bestehen, da die Vertragsstrafen ohne Zeitverzug wirksam werden und mit jeder weiteren Woche Zeitverzug ansteigen. Für den Fall, dass sich die Bereitstellung aus Sicht der DTAG unverschuldet verzögert hat, entfällt die Vertragsstrafe. Den Nachweis der unverschuldeten Verzögerung hat die Telekom zu führen.

### 8.5 Entgelte für den Teilnehmeranschluss

221. Nach Auffassung der Monopolkommission wirft die Regulierung der Entgelte für den Teilnehmeranschluss besondere Probleme auf, die eine Unterstellung unter die Einzelpreisregulierung *zwingend* erforderlich machen.

Wiederholt hat die Kommission darauf hingewiesen, dass die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Märkten für Telekommunikationsdienstleistungen in den letzten Jahren maßgeblich dadurch behindert wurde und weiterhin wird, dass das von der RegTP festgesetzte Entgelt für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung durch einen Wettbewerber über dem Preis liegt, den die DTAG selbst von ihren Endkunden verlangt. Unterstellt man, dass der von der RegTP festgesetzte Preis für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprach bzw. entspricht, so folgt unmittelbar, dass der Endkundenpreis der DTAG unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt, mithin der Tatbestand eines wettbewerbswidrigen Preisabschlages im Sinne des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG prima facie schon jetzt offenkundig vorliegt. Dieser Missstand sollte spätestens bei Auslaufen der bisher geltenden Übergangsregelung am 31. Dezember 2002 beseitigt werden.

222. Unter Verfahrensgesichtspunkten wäre es vorteilhaft, wenn der Übergang von Endkundenpreisen aus der Zeit vor dem TKG zu Endkundenpreisen, die den Maßstäben des TKG genügen, im Rahmen des Einzelpreisgenehmigungsverfahrens erfolgen könnte. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die RegTP bei der Anwendung des Regulierungsverfahrens einen Ermessensspielraum hat, den sie in Anlehnung an die übergeordneten Ziele des TKG ausfüllen muss. Die Telekommunikationsentgeltverordnung jedenfalls lässt offen, unter welchen Bedingungen eine Leistung mit anderen „in einem Korb zusammengefasst werden kann“ oder

nicht. Enthalten ist lediglich die notwendige Bedingung, dass die Wettbewerbsverhältnisse in den betreffenden Märkten nicht verschieden sein dürfen. Daraus folgt nicht, dass bei gleichartigen Wettbewerbsverhältnissen eine Zusammenfassung verschiedener Leistungen in einem Korb geboten ist.

223. Für eine Anwendung der Einzelpreisgenehmigung sprechen im Wesentlichen zwei Argumente:

Erstens gelten im Price-Cap-Verfahren schwächere Informationsanforderungen an die DTAG. Im Rahmen der Einzelpreisgenehmigung muss das marktbeherrschende Unternehmen der RegTP gemäß § 2 TEntgV detaillierte Kostenunterlagen zur Verfügung stellen. Mit Hilfe dieser Unterlagen kann die RegTP prüfen, ob die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG verletzt sind. Im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens dagegen sind keine detaillierten Kostenunterlagen vorzulegen. Es genügt, zu zeigen, dass die vorgegebenen Maßgrößen eingehalten werden (§ 5 Abs. 2 TEntgV). Ohne Kostenunterlagen aber ist eine auch nur oberflächliche Prüfung hinsichtlich der Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG ausgeschlossen. Im Rahmen der Ex-ante-Entgeltregulierung wird die RegTP daher, von Zufällen abgesehen, kaum umhin kommen, von einer solchen Prüfung abzusehen. Hinzu tritt das Problem einer im Vergleich zur Einzelpreisgenehmigung deutlich reduzierten Prüfungsfrist. Liegt ein Verdrängungsmissbrauch vor, so wird dies allenfalls im Rahmen der Ex-post-Kontrolle gemäß § 30 TKG festzustellen sein.

Zweitens wird die Anwendung des Price-Cap-Verfahrens auf Ausgangsentgelte, die bereits offenkundig erheblich unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, nicht praktikabel zu handhaben sein. Jede weitere Preissenkungsvorgabe würde zu einer Verletzung von § 24 Abs. 2 TKG führen. Dies geschieht allein schon deswegen, weil die Dumpingproblematik bei den analogen Teilnehmeranschlüssen zu einer vergleichsweise drastischen Preiserhöhung zwingt. Um dennoch eine durchschnittliche Preisermäßigung für den Leistungskorb „Anschlüsse“ insgesamt zu erreichen, müssten die Preise für den ISDN-Basisanschluss und den Primärmultiplexanschluss so stark gesenkt werden, dass sie – schon allein wegen des Gewichts der analogen Anschlüsse in einem solchen Korb – ihrerseits mit einiger Sicherheit missbräuchliche Preise zur Folge hätte. Im Übrigen geht die Monopolkommission davon aus, dass die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG auch im Rahmen der Price-Cap-Regulierung für jedes einzelne Entgelt und nicht lediglich für den Leistungskorb insgesamt zu erfüllen sind.

## 9 Zusammenfassung der Einschätzungen und Empfehlungen

224. Die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten in den vergangenen zwei Jahren ist ambivalent. Einerseits gibt es Faktoren wie den weiter voranschreitenden Aufbau alternativer Infrastrukturen, die Marktpräsenz führender ausländischer Telekommunikationsunternehmen, den intakten Preiswettbewerb sowie den auf Teilmärkten festgestellten Abbau von Marktbeherrschung, die für eine Zunahme der Wettbewerbsintensität sprechen. Andererseits stagniert die Wettbewerbsentwicklung bei Fern- und Auslandsgesprächen, verbleiben wichtige Leistungen sowohl auf den Vorleistungs- als auch den Endkundenmärkten in festen Monopolstrukturen und kann die DTAG auf dem bedeutsamen neuen Markt für schnelle Internetzugänge mittels DSL-Technologien eine monopolähnliche Stellung aufbauen.

Entsprechend unterschiedlich entwickelt sich der Wettbewerb in den einzelnen Marktsegmenten der Festnetztelefonie. Bei einem Großteil der Vorleistungen und bei den Ortsnetzdiensten ist ein funktionsfähiger Wettbewerb weiterhin nicht in Sicht. Weniger eindeutig zu beurteilen ist die Situation auf den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche. Hier ist nach Auffassung der Monopolkommission eine Rückführung der Regulierung unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Erforderlich wäre allerdings eine zusätzliche Absicherung des erreichten Wettbewerbs durch flankierende Maßnahmen. Im Einzelnen ergeben sich folgende Einschätzungen und Empfehlungen.

225. Die Regulierung von *Vorleistungen* ist unverzichtbar, solange der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten nur dann bestehen kann, wenn die Konkurrenten der Telekom auf die Infrastruktur des dominierenden Unternehmens zurückgreifen können. Wegen ihres Engpasscharakters weiterhin zwingend regulierungsbedürftig sind der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, die regionale und lokale Zusammenschaltung, die Bereitstellung lokaler Mietleitungen sowie die Fakturierungs- und Inkassoleistungen. Eine andere Entwicklung zeichnet sich bei Vorleistungen ab, die auf der Grundlage des Fernverbindungsnetzes erbracht werden. Der Aufbau alternativer Verbindungsnetze hat die Abhängigkeit der Wettbewerber von der DTAG bei den Fernzusammenschaltungen und bei der internationalen Terminierung spürbar reduziert. Dasselbe gilt für Mietleitungen im Fernbereich und zur Anbindung an ausländische Netze.



226. Trotz der zurückgehenden Abhängigkeit der Konkurrenten der DTAG bei den Fernzusammenschaltungen sollte die Entgeltregulierung hier insgesamt aufrechterhalten bleiben. Dafür sprechen zwei Argumente: zum einen die überragende Bedeutung, die der Zusammenschaltung für den Wettbewerb auf den Endkundenmärkten zukommt; gäbe man sie teilweise auf, stünde die Zusammenschaltungsregulierung insgesamt in Frage. Zum anderen entstünden regulatorische Probleme, würde man gleichartige Telekommunikationsdienstleistungen, wie lokale und regionale Zusammenschaltungen auf der einen Seite und Fernzusammenschaltungen auf der anderen Seite unterschiedlichen Regulierungsregimes unterwerfen. Eines dieser Probleme betrifft die Zurechnung von Gemeinkosten auf die einzelnen Leistungen. Die Monopolkommission steht daher einer „marktweisen“ Deregulierung von Teilleistungen eher skeptisch gegenüber.

227. Bei der Terminierung in ausländische Netze und dem Angebot von Mietleitungen auf der Fernverkehrsebene besteht zwar funktionsfähiger Wettbewerb, einen dringenden Bedarf für die gesetzliche Rückführung der Regulierung sieht die Monopolkommission allerdings nicht. Auch hier spricht einiges für die Aufrechterhaltung eines einheitlichen gesetzlichen Regulierungsrahmens. Nachteile für das regulierte Unternehmen sind nicht zu erwarten, da die Terminierung in ausländische Netze ohnehin bereits seit Ende 1999 wegen des Fehlens von Marktbeherrschung ausgesetzt ist. Bei den Mietleitungen auf der Fernverkehrsebene könnte, bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, die Entlassung aus der präventiven Entgeltregulierung ebenfalls auf der Grundlage des geltenden Rechts erfolgen.

228. Bei den *Endkundenleistungen* hat sich die differenzierte Entwicklung des Wettbewerbs fortgesetzt. Im Ortsnetz ist die Wettbewerbsintensität sowohl bei den Teilnehmeranschlüssen als auch den Ortsgesprächen weiterhin gering. Die DTAG dominiert hier weiterhin auf der Grundlage ihrer Quasimonopolstellung bei der regionalen Infrastruktur. In den vergangenen zwei Jahren ist es weder zu Preiswettbewerb noch zu einer nennenswerten Verschiebung von Marktanteilen zugunsten der Wettbewerber gekommen. Dies gilt nach wie vor auch für einzelne Regionalmärkte, für Geschäftskunden und für ISDN-Anschlüsse. Hier ist die Wettbewerbsintensität zwar im Einzelfall größer, funktionsfähiger Wettbewerb ist allerdings noch nicht entstanden.

229. Eine Rückführung der präventiven Entgeltregulierung der *Teilnehmeranschlüsse* und *Ortsgespräche* ist jetzt und auf absehbare Zeit nicht

möglich. Auch wenn neuere Entwicklungen, wie der Verkauf der TV-Kabelnetze durch die DTAG und die inzwischen durch das OVG bestätigte Entscheidung des Regulierers zum Wiederverkauf von Teilnehmernetzleistungen durch Dritte geeignet sind, die Wettbewerbsentwicklung im Ortsnetz auf längere Sicht positiv zu beeinflussen, ergibt sich daraus gegenwärtig kein Änderungsbedarf bei der Regulierung von Teilnehmernetzleistungen.

Die Monopolkommission ist weiterhin der Meinung, dass die Entwicklung des Wettbewerbs im Ortsnetz maßgeblich dadurch behindert wird, dass das von der RegTP festgesetzte Entgelt für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung durch Wettbewerber höher liegt als der Preis, den die DTAG ihren Endkunden für den analogen Anschluss berechnet. Unterstellt man, dass der Preis für die Teilnehmeranschlussleitung den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht, folgt daraus unmittelbar, dass der im Vergleich dazu niedrigere Endkundenpreis der Telekom für den analogen Anschluss den Tatbestand eines wettbewerbswidrigen Preisabschlags im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG erfüllt. Bisher ist das nicht justiziabel, da der vor dem Inkrafttreten des TKG genehmigte Endkundentarif von 21,39 DM der Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG unterfällt. Spätestens nach dem Auslaufen dieser Vorschrift Ende 2002 wird sich der Regulierer diesem Problem stellen müssen.

230. Die Wettbewerbsintensität ist auf den Märkten für *Fern- und Auslandsgespräche* deutlich höher als im Ortsnetz. Gleichwohl gibt es nach Auffassung der Monopolkommission auch gegenwärtig noch keine Gewähr dafür, dass der erreichte Wettbewerb funktionsfähig im Sinne von § 81 Abs. 3 TKG ist. Zwar gibt es erste Anzeichen für eine zunehmende Unabhängigkeit des Wettbewerbs von der Regulierung. Es bestehen jedoch Unsicherheiten über die weitere Entwicklung der Wettbewerbsintensität, insbesondere auch über den Fortgang der Konsolidierung.

Für eine zunehmende Verselbständigung des Wettbewerbs spricht, dass die Konkurrenten der DTAG in den vergangenen zwei Jahren zusätzliche Netzinfrastrukturen in einem nennenswerten Ausmaß aufgebaut haben und auf diese Weise unabhängiger von den Vorleistungen der DTAG geworden sind. Je mehr Kosten die neuen Anbieter „versenkt“ haben, um so schwerer wird es für das ehemalige Staatsunternehmen, sie vom Markt zu verdrängen. Auf der anderen Seite ist nicht zu erkennen, dass einer der neuen Anbieter eine wirklich sichere Marktposition erreicht hat. Die Ertragssituation der Unternehmen ist speziell im Bereich des Festnetzes eher schlecht.

Keiner der Wettbewerber macht bislang Gewinne. Stattdessen ist es bereits zu einer Reihe von Marktaustritten gekommen, weitere werden erwartet. Für die nähere Zukunft sieht die Monopolkommission einen sich deutlich verstärkenden Konsolidierungsprozess.

231. In dieser Situation der Unsicherheit über die weitere Entwicklung des Wettbewerbs empfiehlt die Monopolkommission, eine Rückführung der Regulierung bei den Fern- und Auslandsgesprächen erst dann als Möglichkeit ins Kalkül zu ziehen, wenn eine größere Prognosesicherheit über den weiteren Verlauf der Konsolidierung und die Auswirkungen auf die Wettbewerbsintensität in der Telekommunikation besteht. Selbst wenn bei einer günstigen Entwicklung eine Deregulierung der Ferngesprächsmärkte in Betracht kommt, ist durch flankierende Maßnahmen sicher zu stellen, dass die DTAG ihre weiterhin beherrschende Position auf den übrigen Telekommunikationsmärkten nicht dazu nutzen kann, die Wettbewerbsverhältnisse in dem gerade deregulierten Bereich wieder zu ihren Gunsten zu verändern. Solche Bedenken bestehen insbesondere wegen des fortbestehenden Quasimonopols der DTAG im Ortsnetz.

232. Eine Möglichkeit, die Übertragung von Marktmacht auf deregulierte andere Märkte zu verhindern, besteht darin, die Geschäftsaktivitäten der Telekom auf Märkten mit und ohne Wettbewerb institutionell zu trennen. Die Monopolkommission hatte sich bereits in einer früheren Phase der Wettbewerbsöffnung der Telekommunikationsmärkte für eine *vertikale Desintegration* der DTAG ausgesprochen, nämlich für eine Ausgliederung der Breitbandkabelnetze. Dieser Ansatz sollte auch bei einer möglichen Rückführung der Regulierung bei den Fern- und Auslandsgesprächen genutzt werden. Dabei ist offensichtlich, dass es keine gesetzlichen Möglichkeiten gibt, die DTAG zu einer Entflechtung ihres Festnetzgeschäftes in wirtschaftlich unabhängige Fern- und Ortsnetzgesellschaften zu zwingen. Der Gesetzgeber kann allerdings die präventive Entgeltregulierung auf marktbeherrschende Betreiber von Ortsnetzen und auf integrierte Betreiber von Orts- und Fernnetzen begrenzen. Damit läge es in der Hand der Telekom, sich durch eine Trennung in eine Orts- und Fernnetzgesellschaft der Genehmigungspflicht bei den Entgelten für Ferngespräche zu entziehen.

233. Die Monopolkommission hat sich neben der Frage nach der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in der Telekommunikation mit *aktuellen Problemen* der Regulierungspraxis befasst. Dazu gehört, dass die DTAG verstärkt Leistungen bündelt und versucht, durch *Optionstarife* Kunden an sich zu binden. Damit verbunden sind eine Reihe von Wettbewerbsprob-

lemen, die sich insbesondere dann ergeben, wenn das anbietende Unternehmen auf Märkten mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität tätig ist. Ins Gewicht fällt vor allem, dass die Telekom wegen ihrer umfassenden Präsenz auf praktisch sämtlichen Telekommunikationsmärkten bei der Bündelung und durch die *Bündelung von Leistungen* erhebliche Wettbewerbsvorteile besitzt. Dies vor allem, wenn Wettbewerber zu einem Teil der Leistungen keinen oder nur einen erschwerten Zugang haben. Dies betrifft Bündelungen unter Einschluss des Festnetzanschlusses und Ortsgesprächen ebenso wie mit Mobilfunk und Onlinediensten. Nach Auffassung der Monopolkommission ist eine Voraussetzung für die Genehmigung von Bündelangeboten durch marktbeherrschende Unternehmen, dass die Wettbewerber den Zugang zu allen entsprechenden Teilleistungen zu Zwecken des Wiederverkaufs haben müssen.

234. Die Wettbewerber der DTAG sind für ein eigenständiges Endkundenangebot auf den Telekommunikationsmärkten weiterhin in einem erheblichen Maße auf Vorleistungen angewiesen. Die Bereitstellung der Vorleistungen durch die DTAG erfolgt häufig nur eingeschränkt oder verzögert. Die Monopolkommission sieht wie die RegTP kaum Möglichkeiten, die Bereitstellungssituation dadurch zu verbessern, dass die Anzahl der Missbrauchsverfahren erhöht wird. Auch der Verweis auf den Zivilrechtsweg hilft den Unternehmen nicht wesentlich weiter. Selbst wenn hier bei eindeutig formulierten Vertragsinhalten eine Durchsetzung der Ansprüche gegenüber der DTAG möglich erscheint, bleibt das zeitliche Problem eines langwierigen Rechtswegs ungelöst. Die Monopolkommission sieht eine Möglichkeit zur Verbesserung der Bereitstellungssituation bei Vorleistungen darin, dass die Regulierung der Vorleistungsentgelte und -bedingungen selbsttätig wirkende, dynamisch wachsende *Pönalen* für verzögerte Bereitstellung vorsehen. So könnte z. B. das laufende Entgelt für die Überlassung eines Teilnehmeranschlusses für jede angefangene Woche, mit der die vorgegebene Lieferfrist überschritten wurde, um einen festgelegten Prozentsatz verringert werden. Das um die Pönale verringerte laufende Entgelt bliebe dann für einen festgesetzten Zeitraum, etwa ein halbes Jahr bei geringfügigen Fristüberschreitungen und ein ganzes Jahr bei längeren Fristüberschreitungen, bestehen. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass sie konkrete Anreize für eine Lieferung ohne Zeitverzug setzt. Der Anreiz bliebe selbst bei einer Fristüberschreitung bestehen, da die Pönale mit jeder weiteren Verzögerung anwächst. Die Pönale entfällt, wenn die DTAG nachweisen kann, dass sie für die Verzögerung nicht verantwortlich ist.

235. Die Regulierung der *Entgelte für den Teilnehmeranschluss* wirft besondere Probleme auf, die eine Einzelpreisgenehmigung als dringlich erscheinen lassen. Die Monopolkommission hat wiederholt darauf hingewiesen, dass die Entwicklung des Wettbewerbs in der Telekommunikation maßgeblich dadurch behindert wird, dass das Entgelt, welches die Wettbewerber für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung an die Telekom zahlen müssen, über dem Preis liegt, den die DTAG ihren Endkunden für den analogen Anschluss in Rechnung stellt. Unterstellt man, dass der von der RegTP festgesetzte Preis für die Miete der TAL von gegenwärtig 24,40 DM den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht, folgt daraus unmittelbar, dass der Endkundenpreis der Telekom für den analogen Teilnehmeranschluss von 21,39 DM offenkundig ein Dumpingpreis im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist. Dies ist bisher nicht justiziabel, da der gegenwärtige Endkundentarif vor Inkrafttreten des TKG genehmigt wurde und damit der Übergangsregelung des § 97 Abs. 3 TKG unterfällt. Spätestens mit Auslaufen der Übergangsregelung Ende 2002 muss der Regulierer sich diesem Problem stellen. Unter Verfahrensgesichtspunkten wäre es für die RegTP von Vorteil, wenn sie diese Auseinandersetzung im Rahmen von Einzelpreisgenehmigungsverfahren vornehmen könnte. Dafür sprechen im Wesentlichen zwei Gründe: Erstens gelten im Price-Cap-Verfahren schwächere Informationsanforderungen, d.h. die DTAG muss für die Überprüfung der Angemessenheit ihrer Entgelte weniger Kosteninformationen zur Verfügung stellen. Hinzu tritt das im Vergleich zur Einzelpreisregulierung zeitlich deutlich reduzierte Prüfverfahren. Zweitens können bei Anwendung von Price-Cap die Preissenkungsvorgaben bei Ausgangsentgelten, die bereits offenkundig unterhalb der Kosten liegen, nicht umgesetzt werden, ohne in Konflikt zu § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG („Entgelte dürfen keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation beeinträchtigen,..“) zu geraten. Dies gilt selbst für den Fall, dass die RegTP einen gemeinsamen Leistungskorb für sämtliche Anschlussarten (analog, ISDN, Primärmultiplex) bildet. Dies allein schon deshalb, weil die Anforderungen des § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG für jedes einzelne Entgelt und nicht lediglich für den Korb insgesamt zu erfüllen sind.

236. Von besonderer Bedeutung für die Wettbewerber der DTAG ist die Möglichkeit, *effektiven* und *zeitnahen Rechtsschutz* gegen Entscheidungen der RegTP zu erlangen. Dies scheitert bei der Entgeltregulierung bereits daran, dass den zuständigen Gerichten die zu überprüfenden Entscheidungen wegen darin enthaltener Geschäftsgeheimnisse oftmals nur unvoll-

ständig vorliegen. Die notwendige Entscheidung über die Vorlage einer ungekürzten Fassung an das Gericht trifft bisher der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie als oberste Aufsichtsbehörde. Diese Kompetenz soll durch eine Änderung des TKG auf die RegTP übertragen werden. Die Monopolkommission begrüßt dieses Vorhaben, soweit damit eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen ist. Die Informationsgrundlage für die Gerichte wird sich allerdings nur dann verbessern, wenn die RegTP bei ihren Entscheidungen über die Weitergabe von Unterlagen an die Gerichte eine weniger restriktive Haltung als das BMWi einnehmen wird.

Der Rechtsschutz ließe sich darüber hinaus effizienter gestalten, wenn die gerichtliche Überprüfung nicht nur die Glaubhaftmachung der Vorlageverweigerung erfassen, sondern die Rechtmäßigkeit der behördlichen Verweigerungsentscheidung anhand der betroffenen Akten selbst beinhalten würde. Als Vorbild könnte das vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagene „in camera“-Verfahren dienen, bei dem zwar dem Gericht, nicht aber Dritten die in Rede stehenden Unterlagen zur Kenntnis gelangen. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte das „in camera“-Verfahren als Regelfall in das TKG aufgenommen werden. Dies wäre aber nur ein erster Schritt zur Verbesserung des Rechtsschutzes im Telekommunikationssektor. Insbesondere das Problem der langen Verfahrenszeiträume lässt sich damit nur begrenzt lösen. Dazu sind weitere Maßnahmen erwägenswert, etwa die Verkürzung der geltenden Rechtsmittelfristen und der Instanzenzüge.

237. Die gegenwärtige Regulierung der Terminierungsentgelte in Teilnehmernetzen ist ebenso inkonsistent und auf Dauer nicht haltbar wie die unterschiedliche regulatorische Behandlung von Daten- und Sprachkommunikation im Festnetz. Nach Auffassung der Monopolkommission bedarf es im TKG besonderer Regelungen für Teilnehmernetzbetreiber. Da jeder Betreiber eines Teilnehmernetzes a priori Monopolist für das Angebot von Terminierungen in sein Netz und für die Zuführung von Gesprächen aus seinem Netz ist, bleiben die Märkte für lokale Zusammenschaltungen grundsätzlich für den Wettbewerb verschlossen. Dies gilt für den Mobilfunk ebenso wie für das Festnetz. Diesem Umstand sollte der Gesetzgeber mit der Unterstellung sämtlicher Terminierungsleistungen im Festnetz und im Mobilfunk unter die präventive Entgeltregulierung Rechnung tragen.

Nach geltendem Recht unterliegen die Sprach- und die Datenkommunikation unterschiedlichen Regulierungsregimes. Die Entgelte für Sprachtelefonien sind genehmigungspflichtig, während die Datenkommunikation

marktbeherrschender Anbieter lediglich der Missbrauchskontrolle unterliegt. Auf Dauer wird diese unterschiedliche regulatorische Behandlung Probleme aufwerfen. Sie entstehen, weil durch Fortschritte bei den Netz- und Vermittlungstechnologien die Voraussetzungen für die Integration von bisher in getrennten Netzen realisierten Telekommunikationsdiensten geschaffen wurden. Eine strenge Unterscheidung von Übertragungsinhalten ist dabei nicht mehr möglich.

238. Im Zuge der Fortentwicklung des *europäischen Rechtsrahmens* für die Telekommunikation vollzieht sich gegenwärtig eine stärkere Anlehnung der Regulierung an das allgemeine Wettbewerbsrecht. Gleichzeitig hält die Europäische Kommission trotz Marktliberalisierung und Konvergenz an der sektorspezifischen Regulierung fest. Dabei sieht der neue Rechtsrahmen umfassende Vorgaben für die nationalen Regulierungsbehörden vor, deren Kompetenzen nach gegenwärtiger Sachlage spürbar eingeschränkt werden sollen.

Für den Fall grenzüberschreitender Streitigkeiten, sei es zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der EU-Kommission, sei es zwischen den nationalen Regulierern, schlägt die Kommission langwierige und komplizierte Abstimmungserfordernisse vor. Dies lässt für die Zukunft erhebliche Verfahrensverzögerungen erwarten. Die Monopolkommission schlägt hier alternativ ein System vor, in dem die EU-Kommission Vertreter zu den nationalen Regulierungsbehörden entsendet, die vor Ort in die Entscheidungen eingebunden werden. Ein solches Verfahren hätte den Vorteil, dass unmittelbar Auskünfte über die Vereinbarkeit einer nationalen Entscheidung mit EG-Recht erteilt werden könnten und so die uniforme Anwendung des Gemeinschaftsrechts gewährleistet wäre. Zugleich würde eine Verlängerung des Genehmigungsverfahrens durch neu geschaffene zusätzliche Entscheidungsstufen verhindert.





## **TEIL II**

### **Kein Wettbewerb auf Postmärkten**



## 1 Vorbemerkungen

239. Drei Jahre nach der in beschränktem Umfang vorgenommenen Öffnung des deutschen Postmarktes hat die Monopolkommission abermals zu der Frage Stellung zu nehmen, ob auf den Märkten des Postwesens funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Nach § 44 Postgesetz (PostG) i.V.m. § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz legt die Kommission ihren Bericht alle zwei Jahre vor. Sie gibt darin eine Einschätzung der erreichten Wettbewerbsintensität ab, kann auf notwendige Konsequenzen für einzelne Regelungen des Postgesetzes verweisen und soll insbesondere darlegen, ob die Vorschriften zur Entgeltregulierung weiterhin erforderlich sind.

240. Der Gesetzgeber hat in diesem Berichtszeitraum entschieden, die Exklusivlizenz zugunsten der Deutschen Post AG um weitere fünf Jahre, d.h. bis zum Ende des Jahres 2007, zu verlängern. Er hat damit der Berichtspflicht der Monopolkommission, die dazu bestimmt ist, die Deregulierung des Postmarktes zu begleiten, weitgehend den Gegenstand entzogen. Der umfassende Monopolbereich stellt das *wesentliche Wettbewerbshemmnis* dar. Vor dem Hintergrund seines Fortbestandes kann es in dem folgenden Bericht nur um Marginalien gehen.

## 2 Regulatorische Rahmenbedingungen

241. Mit dem Inkrafttreten des Postgesetzes am 1. Januar 1998 wurde die dritte Stufe der Postreform auch im Bereich der Postdienstleistungen umgesetzt. Als Ziele der Regulierung nennt §2 PostG die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens und die Gewährleistung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst). Das Regulierungsziel eines funktionsfähigen Wettbewerbs soll durch den Marktzutritt konkurrierender Anbieter angestrebt werden. Eine flächendeckende Grundversorgung mit Postdienstleistungen wird durch die Festlegung bestimmter Dienstleistungs- und Qualitätsmerkmale in einer entsprechenden Verordnung und durch Ausgleichsmechanismen im Postgesetz sichergestellt.

Die Regulierungsinhalte umfassen die befristete Einräumung eines Monopolbereichs zugunsten der DPAG (Exklusivlizenz), die Marktzutrittsbedingungen, die Gewährleistung des Universaldienstangebots, die Entgeltregulierung der marktbeherrschenden Unternehmen und das Teilleistungsangebot. Da das Postgesetz in einigen Bereichen lediglich einen allgemeinen Rahmen vorgibt, sind ergänzende Verordnungen – wie z.B. zur Entgeltregulierung und zum Universaldienst – ergangen, die nähere Bestimmungen enthalten.

242. Die Betätigungsmöglichkeiten von Anbietern im deutschen Postmarkt sind durch grundgesetzliche Regelungen und durch das Postgesetz determiniert. Im Grundgesetz werden Postdienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten definiert, die durch die DPAG und andere private Anbieter erbracht werden. Danach ist grundsätzlich jedermann berechtigt, Postdienstleistungen am Markt anzubieten. Dies gilt uneingeschränkt für die Beförderung von Briefsendungen über 1.000 g, für die Beförderung von Paketen, Zeitungen und Zeitschriften sowie für Kurierdienste im Sinne des Postgesetzes. Das Angebot dieser gewerblichen Tätigkeiten setzt keine besondere Erlaubnis nach dem Postgesetz voraus. Eine Lizenz ist hingegen dann erforderlich, wenn Briefsendungen mit einem Gewicht bis 1.000 g befördert werden sollen.<sup>122</sup>

<sup>122</sup> Für den Zeitraum der befristeten gesetzlichen Exklusivlizenz können auf Antrag Lizenzen für verschiedene Dienstleistungen erteilt werden. Hierzu zählen Briefsendungen über 200 g oder über 5,50 DM, inhaltsgleiche Briefsendungen über 50 g und ab 50 Stück Mindestlieferungsmenge, der Dokumentenaustauschdienst, qualitativ höherwertige Dienstleistungen (so genannte D-Lizenz), die Einlieferung bei den Annahmestellen der DPAG und die Abholung aus Postfachanlagen der DPAG.

Sofern die entsprechenden Voraussetzungen (Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Fachkunde, keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen) erfüllt sind, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Lizenz. Die Anzahl der von der RegTP zu vergebenden Lizenzen ist nicht beschränkt.

Nach § 51 PostG besitzt die DPAG das *ausschließliche* Recht zur gewerbmäßigen Beförderung von Briefsendungen und adressierten Katalogen bis 200 g und einem Preis bis 5,50 DM sowie für inhaltsgleiche Briefsendungen bis 50 Stück und einem Gewicht bis 50 g. Die Exklusivlizenz erfasst den allergrößten Teil des Briefbeförderungsvolumens und wurde zunächst bis zum 31. Dezember 2002 befristet. Am 28. März 2001 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes beschlossen. Mit dem Gesetz, das inzwischen verkündet ist, wird der Monopolbereich der DPAG bis zum 31. Dezember 2007 verlängert.

243. Auf der Grundlage eines Kompromissvorschlages der belgischen Ratspräsidentschaft haben sich die Wirtschaftsminister der Europäischen Union am 15. Oktober 2001 auf einen Stufenplan zur weiteren Liberalisierung der Postmärkte verständigt. Das Vorhaben muss vom Europäischen Parlament noch in zweiter Lesung gebilligt werden. Der Vorschlag sieht vor, die Gewichtsgrenze für den Monopolbereich von zur Zeit 350 auf 100 g abzusenken. Als zweiter Schritt wird am 1. Januar 2006 die Gewichtsgrenze auf 50 g herabgesetzt. Eine vollständige Liberalisierung wurde für 2009 ins Auge gefasst; dies setzt jedoch voraus, dass Parlament und Ministerrat diesem Vorhaben im Jahre 2007 zustimmen werden.

## 2.1 Grundsätze und Verfahren der Entgeltregulierung

244. Nach § 19 PostG bedürfen Entgelte, die ein Unternehmen auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, der Genehmigung durch die RegTP, sofern der Lizenznehmer eine marktbeherrschende Stellung auf dem betreffenden Markt einnimmt. Diese Vorschrift ist an § 25 TKG angelehnt und unterwirft die Entgelte für lizenzpflichtige Postdienstleistungen eines marktbeherrschenden Anbieters einer ex ante-Kontrolle durch die RegTP.

Die Entgelte für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen, wie z.B. Kurierdienste oder Beförderung von Paketen, die von marktbeherrschenden

Unternehmen erhoben werden, müssen nicht im Vorhinein genehmigt werden. Gleichwohl besteht die Möglichkeit, diese Preise nachträglich zu überprüfen (§ 25 PostG). Die RegTP hat eine Überprüfung nicht-genehmigungsbedürftiger Entgelte einzuleiten, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Entgelte missbräuchlich überhöht oder zu niedrig sind oder in sonstiger Weise diskriminierend gegenüber einzelnen Nachfragern wirken.

245. Nach § 21 Abs. 1 PostG werden Entgelte von der RegTP entweder für die einzelnen Dienstleistungen nach den Maßstäben des § 20 PostG (Einzelgenehmigungsverfahren) oder für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen nach den von ihr vorgegebenen Maßgrößen (Price-Cap-Verfahren) genehmigt. Sofern das Price-Cap-Verfahren Anwendung findet, gelten bei Einhaltung der festgelegten Maßgrößen die Anforderungen als erfüllt, wonach ein Preishöhenmissbrauch auszuschließen ist.

Die PEntgV sieht vor, die Maßgrößen so zu bilden, dass die RegTP zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammen gefassten Dienstleistungen festsetzt und dann die Maßgrößen anhand der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate und des zu erwartenden Produktivitätsfortschritts bestimmt. Im Zusammenhang mit der Festlegung der Maßgrößen – und zwar vornehmlich der Produktivitätsfortschrittsrate – soll die Behörde das Verhältnis des Ausgangsentgeltlevels zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung berücksichtigen.

Bis zum Ende des Jahres 2002 gelten die Entgelte unverändert fort, die noch auf der Genehmigung des Bundesministeriums für Post und Telekommunikation vom 3. Juni 1997 beruhen. Das Postgesetz hatte vorgesehen, dass diese Entgelte für die in der Genehmigung jeweils festgesetzte Dauer, längstens bis zum 31. Dezember 2002 gelten. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie hat ihre Geltungsdauer durch allgemeine Weisung vom 27. März 2000 durchweg bis zum 31. Dezember 2002 verlängert. Für die Entgelte, die ab dem 1. Januar 2003 erhoben werden, findet nunmehr das in § 19 PostG vorgesehene Verfahren Anwendung.

246. In ihren Eckpunkten zu dem Thema „Price-Cap-Regulierung 2003 für Postdienstleistungen“ gibt die RegTP bekannt, für die genehmigungsbedürftigen Entgelte ein Price-Cap-Verfahren durchführen zu wollen. Sie weist hierbei auf die Vorrangstellung hin, welche die PEntgV diesem Verfahren gegenüber dem Einzelgenehmigungsverfahren einräumt (§ 1 Abs. 1 PEntgV). Das Einzelgenehmigungsverfahren komme demgegenüber nur in solchen Fällen in Betracht, wenn eine Dienstleistung nicht mit einer Mehr-

zahl von Dienstleistungen in einem Korb zusammen gefasst werden kann. In ihrer Begründung zur PEntgV weist die Bundesregierung darauf hin, dass erhebliche Gründe vorliegen müssen, damit eine Dienstleistung nicht in einen Korb aufgenommen werden kann. Nach Auffassung der RegTP liegen solche Gründe für die nach derzeitiger Gesetzeslage der Entgeltgenehmigung unterliegenden Dienstleistungen nicht vor.

Bei der Zusammensetzung der Körbe ist zu beachten, dass sich die Dienstleistungen hinsichtlich der erwarteten Stärke des Wettbewerbs nicht wesentlich unterscheiden. Nach Ansicht der RegTP ist ein wesentliches Kriterium der Wettbewerbsintensität darin zu sehen, ob die Dienstleistungen im Bereich der Exklusivlizenz oder unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden. Des Weiteren ist darauf abzustellen, welche Wirkung der Substitutionswettbewerb, wie z.B. durch Telefon und e-mail, zu entfalten vermag.

## *2.2 Umfang des Universaldienstangebots gemäß PUDLV*

247. Die auf der Grundlage des Postgesetzes am 15. Dezember 1999 erlassene Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) determiniert Inhalt und Umfang der nach Art. 87 f GG geforderten postalischen Grundversorgung. Im Rahmen der PUDLV wird ein Mindestangebot an Postdienstleistungen festgelegt und zugleich eine Mindestqualität vorgegeben, mit der diese Dienstleistungen zu erbringen sind.

248. Die flächendeckende Grundversorgung entsprechend der PUDLV war bislang stets gewährleistet. Seit Inkrafttreten des Postgesetzes hat die DPAG die Universaldienstleistungen erbracht. Im Briefbereich hat sie dieses Angebot nahezu allein, im Paketbereich zusammen mit anderen Unternehmen zur Verfügung gestellt.

Abbildung 1:

**Kernelemente der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV)**

	Kernelemente der PUDLV
Umfang des Dienstleistungsangebots	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Beförderung von Briefsendungen bis 2.000 g (einschließlich Einschreibesendung, Wertsendung, Nachnahmesendung und Sendung mit Eilzustellung)</li> <li>▪ Beförderung von Paketen bis 20 kg</li> <li>▪ Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften</li> </ul>
Filialnetz	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Bundesweit mindestens 12.000 stationäre Schalter, davon bis zum 31.12. 2007 5.000 mit unternehmenseigenem Personal</li> <li>▪ In Gemeinden mit mehr als 4.000 Einwohnern mindestens ein stationärer Schalter</li> </ul>
Laufzeit (Höchstlaufzeitvorgaben, gemessen im Jahresdurchschnitt)	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Briefe: E+1 für 80 % der Sendungen; E+2 für 95 % der Sendungen</li> <li>▪ Pakete: E+2 für 80 % der Sendungen</li> </ul>
Entgelte der Dienstleistungen	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Briefe: Reales Preisniveau vom 31.12.1997</li> <li>▪ Bei Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens: An den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierte Preise</li> <li>▪ Im Bereich der Exklusivlizenz: Einheitstarif (gilt nicht für Massensendungen)</li> </ul>

Quelle: Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, PUDLV



### 3 Wettbewerbsentwicklung in der Briefbeförderung

#### 3.1 Marktentwicklung

249. Auf dem deutschen Postmarkt wurden im Jahr 2000 Umsätze in Höhe von mehr als 43 Mrd. DM erzielt. Davon entfallen etwa zwei Drittel auf den Bereich der Kurier-, Express- und Paketdienste, der bereits dem Wettbewerb geöffnet ist. Das Marktsegment der Briefbeförderung trug mit etwa 20 Mrd. DM zum Gesamtumsatz bei.

Rund zwei Drittel des gesamten im Postmarkt erzielten Umsatzes entfällt auf die DPAG. Im Jahre 2000 erreichte das Unternehmen einen Umsatz in Höhe von 11,73 Mrd. DM; die Umsatzrendite verdoppelte sich im Vergleich zum Vorjahr von 8,6 % (1999) auf 17,1 % (2000). Diese Zahlen liegen *deutlich* über den Umsatzrenditen anderer, vor allem wettbewerblich organisierter Wirtschaftsbereiche. Wie das Unternehmen in seinem Geschäftsbericht für das Jahr 2000 ausführt, wirkte sich insbesondere der Rückgang des betrieblichen Aufwandes vor Abschreibung positiv auf das Ergebnis aus. Diese Entwicklung ist zu einem Teil auf die Reduzierung der Zahlungen an den Deutsche Post Pensions-Service um 1,2 Mio. Euro zurückzuführen.

Die DPAG hat ihre Akquisitions- und Diversifizierungsstrategie im In- und Ausland fortgesetzt, wobei die Investitionen vornehmlich den Markt für Kurier-, Express- und Paketdienste betreffen. Die Gewinne werden nach wie vor vornehmlich in ihrem traditionellen Geschäftsfeld – der Briefbeförderung – erwirtschaftet. Im Jahre 2000 weist das Ergebnis der betrieblichen Tätigkeit (EBITA) im Unternehmensbereich Brief 74,3 % des gesamten im Konzern erwirtschafteten Ergebnisses der betrieblichen Tätigkeit aus; in Bezug auf das Umsatzvolumen entfallen 34 % auf den Briefbereich.

250. Im Bereich der inhaltsgleichen Briefsendungen (Infopost, Massensendungen) ist das größte Wachstum zu verzeichnen. Der Markt für Werbesendungen weist überdurchschnittliche Wachstumsraten auf. Bei der Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen liegt der Marktanteil der DPAG bei rund 95 %, obwohl dieser Bereich teilweise für den Wettbewerb geöffnet ist (seit 1998 für Sendungen über 50 g).

251. Seit Inkrafttreten des Postgesetzes können auch private Anbieter in der Briefbeförderung tätig werden, wenn sie über eine entsprechende Li-

zenz verfügen. Die RegTP hat bislang 992 Lizenzen für die Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g vergeben, davon 164 im Jahre 1998, 453 im Jahre 1999, 239 im Jahre 2000 und 136 im Jahre 2001 (Stand: September 2001). Wegen der Exklusivlizenz der DPAG berechtigen diese Lizenzen nicht zur Versendung von Briefen unter 200 g; ihre praktische Bedeutung ist auf das kleine Marktsegment der Briefe zwischen 200 und 1.000 g beschränkt.

Bis zum Ende des Jahres 2000 hatte die RegTP 809 Lizenzen für das Angebot höherwertiger Dienstleistungen sowie 821 Lizenzen für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, die im Auftrag des Absenders bei diesem abgeholt und bei der nächsten Annahmestelle der DPAG oder bei einer anderen Annahmestelle innerhalb derselben Gemeinde eingeliefert werden. Für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, die im Auftrag des Empfängers aus Postfachanlagen der DPAG abgeholt und an den Empfänger ausgeliefert werden, wurden 798 Lizenzen erteilt. Jeweils etwa 600 Lizenzen betrafen die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht von 200 bis 1.000 g bzw. von Briefsendungen, deren Einzelpreis mehr als 5,50 DM beträgt sowie die gewerbsmäßige Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen mit einem Gewicht von mehr als 50 g, von denen der Absender eine Mindestzahl von 50 Stück einliefert. Von eher untergeordneter Bedeutung ist der Dokumentenaustauschdienst. Für diese Dienstleistungsart wurden insgesamt 336 Lizenzen vergeben.

Die Anzahl von nahezu 1.000 vergebenen Lizenzen muss um die zwischenzeitlich aus dem Markt ausgeschiedenen Anbieter sowie die nicht genutzten Lizenzen korrigiert werden. Wegen Geschäftsaufgabe oder Insolvenz sind bislang 180 Lizenznehmer aus dem Markt ausgetreten. Bemerkenswert ist hierbei, dass die Hälfte der Marktaustritte seit dem 1. Januar 2001 erfolgt ist.

*Tabelle 1:*

**Anzahl der vergebenen Lizenzen 2000 bis 2001**

1. Quartal 2000	2. Quartal 2000	3. Quartal 2000	4. Quartal 2000	1. Quartal 2001	2. Quartal 2001	3. Quartal 2001	Summe
25	14	21	10	40	26	44	180

Quelle: RegTP

Neben der im Einzelfall ungenügenden Kapitalausstattung ist hierbei vornehmlich der Rückzug privater Investoren entscheidend. Hinzu kommt, dass die Unternehmen seit dem Frühjahr 2000 – als die ersten Hinweise in Richtung einer Verlängerung der Exklusivlizenz bekannt wurden – *erheblichen Unsicherheiten* im Hinblick auf die bereits getätigten wie auch die zukünftigen Investitionen ausgesetzt waren. Im Übrigen wirkt sich das mit den von der DPAG initiierten Prozessen verbundene Kostenrisiko für viele der zumeist kleinen und mittleren Unternehmen existenzbedrohend aus. Die Klagepraxis führte ferner dazu, dass die Banken aufgrund der Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem Höherwertigkeitserfordernis nicht mehr bereit waren, Kredite zu gewähren. Alternative Finanzquellen kommen seit dem Zusammenbruch des Neuen Marktes ebenfalls kaum noch in Betracht.

Die RegTP hat zu Beginn des Jahres 2001 eine Marktabfrage durchgeführt, um zu ermitteln, in welchem Umfang die Lizenznehmer ihre Lizenzen auch tatsächlich nutzen. Im Rahmen dieser Umfrage hat sich ergeben, dass rund 160 Lizenznehmer noch nicht bzw. vorübergehend nicht tätig sind. Im Resultat sind somit etwa 660 Unternehmen im Bereich des Angebots von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen tätig. Bei diesen Unternehmen handelt es sich zum überwiegenden Teil um kleine und mittlere Unternehmen.

252. Die Anzahl von mehr als 600 privaten Unternehmen darf jedoch nicht zu dem Schluss verleiten, dass bereits von einem funktionsfähigen Wettbewerb auszugehen ist. Im Bereich der Briefbeförderung ist bislang *überhaupt* kein Wettbewerb entstanden. Die Aktivitäten der Wettbewerber sind auf Nischen und regionale Angebote beschränkt. Der Markt wird nach wie vor von der DAPG beherrscht. Von ca. 20 Mrd. DM Gesamtumsatz erzielten die Wettbewerber insgesamt weniger als 400 Mio. DM. Der Marktanteil der privaten Anbieter betrug im Jahre 2000 etwa 1,6 % (1999: 1,3 %). Der Gesamtumsatz aller Lizenznehmer lag in jedem Jahr unterhalb des Umsatzzuwachses der DPAG. Im Jahr 2000 beispielsweise betrug der Umsatzzuwachs der DPAG mehr als 700 Mio. DM, während die Wettbewerber insgesamt Umsätze in Höhe von 340 Mio. DM erwirtschafteten.

*Tabelle 2:*

**Marktanteile im lizenzierten Bereich (einschließlich Exklusivlizenz)**

	1998	1999	2000
Markt insgesamt	19 200 Mio. DM	19 600 Mio. DM	21 126 Mio. DM
Umsatz der Lizenznehmer	151,9 Mio. DM	252,6 Mio. DM	339,7 Mio. DM
Marktanteile der Lizenznehmer	0,8 %	1,3 %	1,6 %
Marktanteile der DPAG	99,2 %	98,7 %	98,4 %

Quelle: RegTP

Wird die Analyse auf den liberalisierten Bereich begrenzt, bleibt der Befund einer dominierenden Marktstellung der DPAG unverändert bestehen. Die Beförderung von Briefsendungen mit einem Gewicht von 200 g oder mehr oder einem Preis oberhalb von 5,50 DM ist ebenso wie die Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen mit einem Gewicht von über 50 g bereits liberalisiert, wenn man einmal von den Lizenzerfordernissen absieht. Die Erbringung dieser Dienstleistungen setzt zudem keine Höherwertigkeit voraus. Auch in diesem Bereich haben die Wettbewerber im Jahre 2000 nur einen Marktanteil von 5,2 % erreichen können.

*Tabelle 3:*

**Marktanteile im bereits liberalisierten Briefbereich**

	1998	1999	2000
Markt insgesamt	~ 4 100 Mio. DM	4 300 Mio. DM	4 500 Mio. DM
Umsatz der Lizenznehmer	140 Mio. DM	198 Mio. DM	234 Mio. DM
Marktanteile der Lizenznehmer	3,4 %	4,6 %	5,2 %
Marktanteile der DPAG	96,4 %	95,4 %	94,8 %

Quelle: RegTP

## 3.2 Ursachen der unzureichenden Wettbewerbsentwicklung

### 3.2.1 Regulatorische Wettbewerbshemmnisse

#### *Gesetzliche Exklusivlizenz*

253. Die Hauptbeschränkung des Wettbewerbs resultiert aus dem *Monopolbereich*, welcher der DPAG im Rahmen einer Übergangsvorschrift eingeräumt wurde. Auf die im Rahmen der Exklusivlizenz erbrachten Dienstleistungen entfallen etwa drei Viertel der Umsätze im lizenzpflichtigen Bereich. Die Wettbewerber sind folglich von einem Großteil des Briefbeförderungsvolumens ausgeschlossen. Da ihnen das Geschäftsvolumen aus dem Exklusivbereich nicht zur Verfügung steht, fallen die mit einem Markteintritt verbundenen Fixkosten bei den privaten Anbietern wesentlich stärker ins Gewicht. Diejenigen Unternehmen, die in Erwartung einer vollständigen Marktöffnung ab dem Jahre 2003 in den Markt eingetreten sind und investiert haben, können ihre Geschäftspläne nicht realisieren und müssen den Markt möglicherweise wieder verlassen. Die Zahl der Marktaustritte, die seit der Ankündigung der Verlängerung der Exklusivlizenz zu verzeichnen ist, belegt diese Einschätzung.

Die Wettbewerber sind in ihren Möglichkeiten, Kunden zu gewinnen, schließlich auch dadurch beeinträchtigt, dass sie kein Komplettangebot aus einer Hand („One-Stop-Shopping“) zu offerieren vermögen. Für einen Teil des Briefvolumens müssen sie vielmehr die Leistungen der DPAG in Anspruch nehmen.

#### *Klagepraxis der DPAG*

254. In dem liberalisierten Teil des Briefmarktes wird die Wettbewerbsentwicklung ferner dadurch beeinträchtigt, dass die DPAG eine Vielzahl der von der RegTP vergebenen Lizenzen gerichtlich überprüfen lässt. Dies betrifft die Lizenzen für die so genannten qualitativ höherwertigen Dienstleistungen (D-Lizenz). Die tatbestandlichen Voraussetzungen für diese Dienstleistungen sind im Postgesetz durch unbestimmte Rechtsbegriffe umschrieben. Das Gesetz selbst bietet mithin keine eindeutigen und ohne weiteres operationalen bzw. subsumtionsfähigen Entscheidungskriterien. Die RegTP hat daher Kriterien in Form von standardisierten Merkmalen festgelegt und in ihrem Amtsblatt veröffentlicht. Die DPAG zweifelt jedoch an, dass diese Kriterien eine Höherwertigkeit von Postdienstleistungen

gen bedingen. Sie geht zum einen auf dem Zivilrechtsweg gegen die Lizenznehmer und zum anderen auf dem Verwaltungsrechtsweg gegen die Vergabepaxis der RegTP vor. Bislang liegt jedoch noch keine abschließende Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage vor, welche Dienstleistungen als höherwertig anzusehen sind und infolgedessen nicht in den Monopolbereich der DPAG fallen.

Der Marktzutritt in diesem Bereich wird durch die Klagepraxis der DPAG erschwert und verzögert. Neben den mit Gerichtsverfahren verbundenen Kosten entsteht eine *erhebliche Rechtsunsicherheit*. Hieraus ergeben sich negative Auswirkungen auf die Kreditwürdigkeit der neu in den Markt eingetretenen Unternehmen. Denn die Banken sind angesichts der entstandenen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Vergabe von Lizenzen für höherwertige Dienstleistungen nicht mehr bereit, die benötigten Kredite bereitzustellen. Der Zusammenbruch des Neuen Marktes hat schließlich dazu geführt, dass alternative Finanzierungsquellen nicht mehr zur Verfügung stehen. Des Weiteren werden potentielle Wettbewerber vom zukünftigen Marktzutritt abgeschreckt. Solange unklar ist, welche Anforderungen an das Dienstleistungsangebot mit dem Höherwertigkeitskriterium verbunden sind, haben sie kein Interesse daran, diese Dienstleistung zu offerieren.

#### *Quersubventionierungs- und Missbrauchspotentiale*

255. Die DPAG erbringt Postdienstleistungen einerseits auf der Grundlage ihrer Exklusivlizenz und ist andererseits auf den Märkten tätig, die bereits dem Wettbewerb geöffnet wurden. Aufgrund der teilweise vorhandenen Verbundproduktion zwischen dem wettbewerblich organisierten Paketbereich und dem zum überwiegenden Teil monopolistisch strukturierten Briefbereich hat die DPAG eine Flexibilität, die den Konkurrenten nicht zur Verfügung steht. Sie verfügt über die Möglichkeit, ihre Aktivitäten im Exklusivbereich und die Aktivitäten im wettbewerblichen Bereich durch *Quersubventionierung* miteinander zu koppeln. Der Wettbewerb im liberalisierten Bereich kann durch Zuströme aus dem Monopolbereich verzerrt, konkurrierende Anbieter mithin aus dem Markt verdrängt werden.

Die Brisanz dieses Problems wird daran ersichtlich, dass die Europäische Kommission die DPAG wegen missbräuchlichen Verdrängungswettbewerbs kürzlich mit einem Bußgeld von 24 Mio. Euro belegt hat. Die Kommission hatte festgestellt, dass die DPAG mehrere Jahre lang im Paketbereich Preise unter Kosten gesetzt und dies mit Gewinnen aus dem

Monopolbereich finanziert hat. Auch hatte die DPAG den Wettbewerb um Großkunden im Paketbereich behindert, indem sie Treuerabatte unter der Bedingung gab, dass der Kunde den Großteil seiner Pakete nur mit ihr beförderte. Um solchen Missbrauch für die Zukunft auszuschließen, muss die DPAG die gewerblichen Paketdienste in ein eigenständiges Unternehmen ausgliedern. Eine Quersubventionierung zwischen Monopolbereich und Wettbewerbsbereich soll dadurch ausgeschlossen werden, dass Leistungen, die dieses Paketdienstunternehmen etwa von der DPAG bezieht, von dieser auch allen anderen Unternehmen zu denselben Konditionen gewährt werden müssen.

Die RegTP hatte im Zusammenhang mit der Gewährung so genannter Treuerabatte im Sommer 2000 ein Verfahren eingeleitet und der DPAG untersagt, Verträge dieser Art abzuschließen. Nach ihrer Auffassung behindern diese Rabatte zum einen andere Großversender ohne entsprechende Vergünstigungen und beeinträchtigen zum anderen die Wettbewerbsmöglichkeiten der übrigen Anbieter von Postdienstleistungen. Obwohl Verdachtsmomente bestehen, dass weiterhin Treuerabatte eingeräumt werden, wurde bislang *kein* weiteres Verfahren eingeleitet. Die RegTP setzt die ihr zur Verfügung stehenden Ermittlungsbefugnisse – die den Kompetenzen des Bundeskartellamtes entsprechen – in diesem Zusammenhang wesentlich zurückhaltender ein als das Bundeskartellamt in ähnlich gelagerten Fällen.

### 3.2.2 Strukturelle Wettbewerbshemmnisse

256. Die Betätigung auf dem Briefmarkt setzt voraus, dass die privaten Anbieter zunächst ein Zustellnetz aufbauen. Der Aufbau einer solchen Organisation kann nur schrittweise erfolgen und ist mit „Lernkurveneffekten“ verbunden, d.h. die Erfahrung ist von großer Bedeutung. Aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit besitzen die Zusteller der DPAG nicht nur exakte Ortskenntnisse, sondern sind oftmals auch mit den Empfängern der Sendungen bekannt. Solche Kenntnisse sind bei den Beschäftigten der neuen Anbieter anfangs noch nicht gegeben. Sie werden bei Aufnahme ihrer Tätigkeit daher nicht die gleiche Zustellgeschwindigkeit und Fehlerquote erreichen. Der in diesem Zusammenhang häufig genannte Hinweis auf die bereits bestehenden Zustellnetze der Zeitungsverleger verkennt, dass die Postzustellung deutlich höhere Anforderungen an die Qualifikation der Zusteller stellt als die Zeitungsdistribution. Die Zustellkosten der Wettbewerber werden zumindest in einer Anfangsphase *deutlich* höher sein als

die der DPAG. Erst mit zunehmender Erfahrung lassen sich Lernkurveneffekte nutzen und damit die Kosten des Betriebsablaufs optimieren. Die entsprechenden Anlaufkosten der Wettbewerber sind „versunken“, da die erreichte Qualifikation nicht anderweitig einsetzbar ist. Die Investitionen sind indes notwendig, um die im Briefmarkt erforderliche Zuverlässigkeit der Dienstleistung sicherzustellen.

Da sie über das größte Beförderungsvolumen verfügt, kann die Deutsche Post auf dieser Wertschöpfungsstufe *Größenvorteile* und *Lernkurveneffekte* nutzen. Im Vergleich zu ihren Wettbewerbern, die zudem aufgrund der Exklusivlizenz und der Lizenzierungsbedingungen in ihrem Angebot regional beschränkt sind, verfügt die Deutsche Post damit über einen wesentlichen Startvorteil. Denn zum einen entfallen mehr als die Hälfte der Gesamtkosten auf die Zustellung und zum anderen ermöglicht sie den direkten Zugang zum Kunden.

Das Eintreten von Lernkurveneffekten ist um so eher zu erwarten, je größer das Beförderungsvolumen ist. Solange ein Großteil des Marktes dem Wettbewerb entzogen wird, stehen den Wettbewerbern lediglich vergleichsweise geringe Beförderungsvolumina zur Verfügung. Auch nach Aufhebung des Monopols hätte die DPAG aufgrund dieser Effekte einen sehr großen Startvorteil.

257. Ein weiterer Wettbewerbsvorteil der DPAG ist in ihrer „Marke“ und der damit verbundenen Reputation wie auch dem hohen Bekanntheitsgrad innerhalb der Bevölkerung zu sehen. Die privaten Anbieter werden einen sehr langen Zeitraum benötigen, um auch nur annähernd eine ähnliche Reputation zu erlangen. Ihr Bekanntheitsgrad wird sich zunächst auf einzelne Regionen beschränken. Überdies bieten sie nur einen kleinen Teil des gesamten Dienstleistungsangebots der DPAG an. Bei einer Verlängerung der Exklusivlizenz wird dieser Prozess, eine „Marke“ zu etablieren und das Vertrauen privater wie auch gewerblicher Kunden zu gewinnen, noch länger dauern. Zugleich vergrößert sich der diesbezügliche Wettbewerbsvorsprung der DPAG.

Um den Bekanntheitsgrad und Vertrauensvorsprung einholen zu können, den die DPAG in der Bevölkerung genießt, müssen die Wettbewerber die Verbraucher zunächst einmal mittels Werbeaktivitäten auf ihr Angebot aufmerksam machen. Neu in den Markt eintretende Wettbewerber, die darüber hinaus noch keine Qualitätsreputation im benachbarten Kurier- und Expressmarkt aufbauen konnten, müssen daher zunächst erhebliche Investitionen in Marketingaktivitäten tätigen. Des Weiteren müssen sie



ihre Qualitätsreputation belegen, um das Vertrauen der Kunden gewinnen zu können. Die erforderlichen Werbeaktivitäten binden erhebliche finanzielle Ressourcen, die im Falle eines Marktaustritts ebenfalls sunk costs darstellen.

258. Das ehemalige Monopolunternehmen verfügt folglich über zahlreiche Startvorteile, die ihm im Falle einer vollständigen Marktöffnung eine marktbeherrschende Position sichern werden. Die Strukturbedingungen im Briefbereich und die Erfahrungen in den Ländern, die den Briefmarkt bereits uneingeschränkt liberalisiert haben, lassen erwarten, dass die Wettbewerber keine Strategie des flächendeckenden Marktzutritts „auf der letzten Meile“ anstreben werden. Sie werden vielmehr weitere Nischen erobern und Teile der Wertschöpfungskette übernehmen, die der Zustellung vorgelagert sind. Bei einer vollständigen Marktöffnung ist mit deutlichen Wettbewerbsimpulsen zu rechnen, die dem Bedürfnis der Kunden nach stärker differenzierten, qualitativ besseren und/oder kostengünstigeren Dienstleistungen entgegen kommen.

Trotz des im Falle einer vollständigen Liberalisierung zu prognostizierenden hohen Marktanteils der DPAG ist eine Marktöffnung nach Auffassung der Monopolkommission *unverzichtbar*, um die mit einer Liberalisierung verbundenen gesamtwirtschaftlichen Vorteile zu nutzen und das Ziel des Postgesetzes, den Wettbewerb zu fördern, erreichen zu können.

### *3.3 Wettbewerbspolitische und -rechtliche Beurteilung*

#### *3.3.1 Verlängerung der Exklusivlizenz*

259. Da die Exklusivlizenz den allergrößten Teil des Briefbeförderungsvolumens erfasst, steht sie im Widerspruch zu der vom Gesetzgeber mit den Postreformen angestrebten Zielsetzung, die positiven Wirkungen einer Marktöffnung auch im Bereich der Postdienstleistungen zu erschließen. Der Gesetzgeber begründete den umfassenden Monopolbereich damit, der Deutschen Post den Übergang von einer Behörde zu einem Unternehmen erleichtern zu wollen. Die mit diesem Umwandlungsprozess verbundenen Kosten – im Wesentlichen die Übernahme der Beamtenpensionen – sollten durch Einnahmen aus einem staatlich garantierten Monopolrecht finanziert werden können. Dagegen ist die Verleihung der Exklusivlizenz nicht mit der Notwendigkeit begründet worden, Wettbewerber am Rosinenpicken zu hindern und ein Universaldienstangebot zu gewährleisten.

260. Die Exklusivlizenz war bereits zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Postgesetzes umstritten. Der Gesetzgeber hat daher der RegTP die Aufgabe zugewiesen, in ihrem alle zwei Jahre zu erstellenden Tätigkeitsbericht auch dazu Stellung zu nehmen, „... ob und gegebenenfalls bis zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz nach § 51 über den dort genannten Zeitpunkt hinaus erforderlich ist“ (§ 47 Abs. 1 PostG). In ihrem ersten Tätigkeitsbericht, den sie im Dezember 1999 vorlegte, gelangte die RegTP zu der Einschätzung, dass eine Fortführung über das Jahr 2002 hinaus nicht erforderlich sei: „Bei einem Marktanteil von derzeit über 99 Prozent bei lizenzpflichtigen Postdienstleistungen (Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g) und abgeschlossenem Strukturwandel sind derzeit keine Gründe erkennbar, die eine Beendigung der ausschließlichen Rechte ab 1. Januar 2003 in Frage stellen. Die RegTP hält aus heutiger Sicht die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz über den 31. Dezember 2002 hinaus nicht für erforderlich“<sup>123</sup>.

Wie die DPAG in ihrem Geschäftsbericht 2000 berichtet, sind die Beiträge an die Post-Pensionskasse stark zurückgegangen, so dass die ursprüngliche Legitimationsgrundlage nunmehr entfallen ist. Die Exklusivlizenz zugunsten der DPAG wurde dennoch um weitere fünf Jahre verlängert. Die Bundesregierung begründet ihre Entscheidung damit, eine Liberalisierung des deutschen Postmarktes nur im Einklang mit der europäischen Entwicklung vornehmen zu wollen: „Die Bundesregierung vertritt die Auffassung, dass die Öffnung des Postmarktes im Einklang mit der europäischen Entwicklung fortgeführt werden sollte. Da nach dem derzeitigen Erkenntnisstand nicht davon auszugehen ist, dass eine Liberalisierung des europäischen Postmarktes vor 2007 erfolgen wird, soll deshalb durch die Anpassung des Postgesetzes an die europäische Entwicklung verhindert werden, dass ein vorzeitiges Auslaufen der Exklusivlizenz zu einer einseitigen Öffnung des deutschen Postmarktes führt“<sup>124</sup>. Angesichts der Interessendivergenz innerhalb der Europäischen Union und der restriktiven Marktöffnungspolitik einiger Mitgliedstaaten ist dies mit einer *de facto* Ablehnung weiterer Liberalisierungsschritte gleichzusetzen.

261. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Verlängerung der Exklusivlizenz ein *wettbewerbspolitischer Kardinalfehler*. Die von der

<sup>123</sup> RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/1999, S. 194.

<sup>124</sup> Vgl. Begründung zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BT-Drs. 14/6121 vom 18. Mai 2001, S. 6.

Bundesregierung vorgetragene Argumentation, wonach eine unilaterale Marktöffnung mit Nachteilen für das Inland verbunden ist, trägt nicht. Ganz im Gegenteil ist gerade die Fortführung des Monopolbereichs mit weitreichenden Nachteilen für die heimische Wirtschaft verbunden und steht im Widerspruch zu der grundlegenden Zielsetzung des Postgesetzes, den Wettbewerb zu fördern.

262. Darüber hinaus steht in Frage, ob die erneute Verlängerung eines derart umfassenden Monopolrechts mit dem Grundgesetz vereinbar ist. In diesem Zusammenhang wäre zu prüfen, inwiefern die allgemeine Wirtschafts- und Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 I/Art. 14 I GG bzw. Art. 2 I GG) eingeschränkt sowie das Gebot der Wettbewerbsgleichheit (Art. 12 I/Art. 14 I bzw. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 3 I GG) verletzt wird.<sup>125</sup> Zudem ist die Übergangsregelung in Art. 143 b GG zu beachten. Diese Bestimmung eröffnet die Möglichkeit zur Verlängerung des Postmonopols „für eine Übergangszeit“. Sie begründet damit eine Ausnahme von der Anordnung des Art. 87 f Absatz 2 GG, wonach Dienstleistungen im Bereich des Postwesens „als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen *und durch andere private Anbieter erbracht*“ werden.

Damit ist für den gesamten Bereich der Postdienstleistungen eine wettbewerblich ausgestaltete Marktform von Verfassungs wegen als Zielvorgabe festgeschrieben. Vor diesem Hintergrund muss die Ermächtigung des Gesetzgebers in Art. 143 b Abs. 2 GG, das Briefbeförderungsmonopol „für eine Übergangszeit“ fortzuschreiben, eng ausgelegt werden. Insbesondere darf diese Ermächtigung nicht dazu führen, dass das verfassungsmäßig vorgegebene Endziel der Herstellung von Wettbewerb im Postwesen relativiert wird. Gerade dies geschieht aber durch die Verlängerung der Exklusivlizenz. Der Gesetzgeber hat nämlich durch das Gesetz des Jahres 2001 implizit zu erkennen gegeben, dass er sich das Recht vorbehält, die ursprünglich festgesetzte Übergangsfrist aus Gründen politischer Zweckmäßigkeit jetzt und bei Bedarf auch in Zukunft wieder zu verlängern. Damit rückt aber der in Art. 87 f Abs. 2 GG festgeschriebene Endzustand eines wettbewerblich verfassten Postmarktes in eine unbestimmte Ferne. In der Sache wird die verfassungsrechtliche Verpflichtung, den Wettbewerb in der Briefbeförderung überhaupt zu verwirklichen, eingeschränkt. Die

<sup>125</sup> Vgl. Scholz, R., Postmonopol und Grundgesetz. Zur verfassungsrechtlichen Begrenzung postrechtlicher Exklusivrechte, Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 850, Berlin 2001, S. 78 f.

Übergangs- und Ausnahmenvorschrift des Art. 143 b Abs. 2 GG wird zur eigentlichen Grundlage des gesetzgeberischen Handelns, während das Wettbewerbsprinzip des Art. 87 f Abs. 2 GG zu einem unverbindlichen Programmsatz degeneriert. Dies entspricht nicht den Absichten des Verfassungsgebers. Seinen Intentionen kann nur eine Auslegung des Art. 143 b Abs. 2 GG gerecht werden, die dem einfachen Gesetzgeber eine *einmalige* Befugnis zur Festlegung einer Übergangsfrist einräumt, nach deren Verstreichen dann von allein die Wettbewerbsfreiheit gemäß Art. 87 f Abs. 2 GG gewährleistet ist. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Verlängerung der Exklusivlizenz daher mit dem Grundgesetz unvereinbar.

263. Neben verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen auch Zweifel an der Vereinbarkeit der verlängerten Exklusivlizenz mit EG-Recht. Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG-Vertrag) garantiert grundsätzlich, dass innerhalb der Gemeinschaft die Erbringung von Dienstleistungen über die Grenzen der Mitgliedstaaten hinweg nicht behindert werden darf. Die Briefbeförderung gehört unstreitig zu den Dienstleistungen im Sinne dieser Bestimmung. Die Ausnahme für den Verkehrsbereich gemäß Art. 51 Abs. 1 EG-Vertrag betrifft nicht die Post. Zwar handelt es sich auch bei der Briefbeförderung um Verkehr im weiteren Sinne, doch bezieht sich Art. 51 Abs. 1 nur auf die Teilbereiche des Verkehrs, die in den Wirkungsbereich der gemeinsamen Verkehrspolitik gemäß Art. 70 bis 80 EG-Vertrag fallen. Die gemeinsame Verkehrspolitik bezieht sich freilich nur auf den Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehr sowie - unter besonderen Voraussetzungen – auch auf die Seeschifffahrt und die Luftfahrt, vgl. Art. 80 EG-Vertrag. Für die Briefbeförderung hat es daher mit den allgemeinen Vorschriften des EG-Vertrages und insbesondere auch mit Art. 49 hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit sein Bewenden. Durch die Exklusivlizenz werden Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten daran gehindert, in Deutschland Briefe zu befördern, die unter die Exklusivlizenz der DPAG fallen. Dies bedeutet im Kern eine Diskriminierung ausländischer Wettbewerber und stellt einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar. Ein solcher Eingriff bedarf einer besonderen Rechtfertigung, um gemeinschaftsrechtskonform zu sein.

264. Zu denken wäre hier an Art. 86 EG-Vertrag, der sich auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse bezieht. Gemäß Art. 86 Abs. 2 gelten „[f]ür Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind (...) die Vorschriften des Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen

Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Eine Verletzung einer Vertragsvorschrift, wie im konkreten Fall des freien Dienstleistungsverkehrs, ist folglich nur gerechtfertigt, wenn das mit der Dienstleistung betraute Unternehmen ansonsten seine Aufgabe nicht erfüllen könnte. Dies ist nur eine spezielle Ausprägung des im Gemeinschaftsrecht generell angewandten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Ein Abgehen von einem der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts, wie es die Dienstleistungsfreiheit ist, bedarf eines entsprechend gewichtigen Rechtfertigungsgrunds; das Ziel einer flächendeckenden Postversorgung kommt als solcher durchaus in Betracht. Wie jedoch das Beispiel der schwedischen Post gezeigt hat, ist es durchaus möglich, Postdienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse unter Wettbewerbsbedingungen zu erbringen.<sup>126</sup> Etwas anderes ist auch von den gesetzgebenden Organen zur Begründung des Verlängerungsgesetzes nicht behauptet worden. Da eine Exklusivlizenz also nicht notwendige Voraussetzung für die Leistungserbringung der DPAG ist, stellt sie einen unverhältnismäßigen Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr dar. Folglich scheidet eine Rechtfertigung des Postmonopols nach Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag aus.

265. Eine Reihe von anderen Gründen, die immer wieder explizit oder implizit zur Rechtfertigung der Verlängerung der Exklusivlizenz vorgebracht werden, scheitern ebenfalls an den *engen* Kriterien des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag. So sind z.B. die Sozialleistungen der Post - etwa in Form von Pensionsansprüchen der Mitarbeiter - als rein wirtschaftliche Gründe zu werten, die dem Innenverhältnis der DPAG entstammen. Derartige betriebswirtschaftliche Argumente sind nach der ständigen Rechtsprechung der Europäischen Gerichte nicht geeignet, ein Abgehen von den Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu rechtfertigen. Ganz abgesehen davon, sind die Belastungen aus diesen Verpflichtungen schon erheblich zurückgegangen und werden bald keine nennenswerte Rolle mehr spielen.<sup>127</sup> Hierfür spricht auch, dass die Bundesregierung ihre Begründung des Gesetzes zur Verlängerung der Exklusivlizenz nicht auf dieses Argument gestützt hat.

Desgleichen geht der Hinweis darauf ins Leere, dass auch andere Mitgliedstaaten ihre Märkte teilweise noch nicht den mitgliedstaatlichen Postdienstleistern geöffnet haben (Reziprozität). Es ist den Mitgliedstaaten nämlich nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

<sup>126</sup> Vgl. Tz. 273.

<sup>127</sup> Vgl. Tz. 260.

verwehrt, die Erfüllung ihrer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen in irgendeiner Form an eine Gegenseitigkeitsbedingung zu knüpfen.<sup>128</sup> Auf die Dienstleistungsfreiheit kann sich grundsätzlich jede Person berufen, die in einem anderen Mitgliedstaat eine Dienstleistung erbringt oder erbringen möchte bzw. eine Dienstleistung aus einem anderen Mitgliedstaat empfängt oder empfangen möchte. Alle Mitgliedstaaten sind an sie gebunden. Ob gleichzeitig eine Marktöffnung der übrigen Mitgliedstaaten stattfindet, ist dabei *irrelevant*.

Angesichts der Tatsache, dass die Bekanntgabe der Verlängerung der Exklusivlizenz in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Börsengang der DPAG erfolgte, sind schließlich fiskalische Interessen nicht auszuschließen. So hat der Bund als Mehrheitseigentümer der DPAG gewiss ein Interesse an der möglichst positiven wirtschaftlichen Position dieses Unternehmens, die sich wiederum im Aktienkurs und damit dem Wert des Unternehmens niederschlägt. Eine Verlängerung des Briefmonopols und damit die Erwartung weiterer Monopolrenten mögen dazu beitragen, können hierdurch aber nicht gerechtfertigt werden, da derartige Wünsche vom Wortlaut des Art. 86 Abs. 2 EG-Vertrag nicht erfasst sind.

266. Da die Verletzung von Art. 49 EG-Vertrag durch die Verlängerung der Exklusivlizenz der Post nicht gerechtfertigt ist, liegt ein *Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht* vor. Er ist unabhängig von den politischen Bestrebungen zur Öffnung der Postmärkte durch Rechtsangleichung, denn er ergibt sich aus unmittelbar anwendbaren Vorschriften des EG-Vertrages, also des primären Gemeinschaftsrechts. Dessen Auslegung steht nicht zur Disposition der politischen Organe der Gemeinschaft. Durch diesen Verstoß könnte der Bund unter Umständen sogar schadenersatzpflichtig werden. Mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache *Francovich*<sup>129</sup> ist klargestellt, dass ein das Gemeinschaftsrecht verletzender Mitgliedstaat von einem Geschädigten auf Schadenersatz verklagt werden kann. Gestützt hat sich der EuGH dafür im Wesentlichen auf das Gebot der Gemeinschaftstreue in Art. 10 EG-Vertrag. Nach *Francovich* gilt eine

<sup>128</sup> Siehe z.B. EuGH, Urteil vom 26. Februar 1976, Rechtssache 52/75, Kommission gegen Italien, Slg. 1976, 277, Erwägung 11; EuGH, Urteil vom 22. März 1977, Rechtssache 78/76, Steinike und Weinlig gegen Deutschland, Slg. 1977, 595, Erwägung 24; EuGH, Urteil vom 14. Februar 1984, Rechtssache 325/82, Kommission gegen Deutschland, Slg. 1984, 777, Erwägung 11.

<sup>129</sup> EuGH, Urteil vom 19. November 1991, Rechtssache C-6 und C-9/90, *Francovich* u. a. gegen Italien, Slg. 1991, I-5357.

Schadenersatzpflicht für die Nichtumsetzung von Richtlinien; in der Folgerechtsprechung<sup>130</sup> wurde der Grundsatz auf jede Art der Verletzung von Gemeinschaftsrecht ausgedehnt und erfasst die Akte der Legislative, Exekutive und Judikative eines Mitgliedstaates. Folglich ist auch eine Verletzung des zum primären Gemeinschaftsrecht zählenden freien Dienstleistungsverkehrs durch eine Verlängerung der Exklusivlizenz grundsätzlich erfasst, wenn die in *Brasserie du pêcheur* definierten Kriterien erfüllt sind. Eine Schadenersatzpflicht wurde für den Fall bejaht, dass „das betreffende Organ die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.“<sup>131</sup> Nach Meinung der Monopolkommission sollte sich die Bundesregierung diesen Vorwürfen erst gar nicht aussetzen. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich sowie europarechtlich begründeten Rechtswidrigkeit der Verlängerung der Exklusivlizenz ist vielmehr anzuraten, das Monopol umgehend aufzuheben.

### 3.3.2 *Verwaltungs- und Gerichtspraxis im Umgang mit dem Höherwertigkeitserfordernis*

267. Das Höherwertigkeitserfordernis ist im Postgesetz *nicht* näher definiert. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 4 PostG handelt es sich um „Dienstleistungen, die von Universaldienstleistungen trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind.“ Die RegTP hat für den Regelfall einen Katalog von Kriterien erarbeitet, bei deren Vorliegen die Tatbestandsvoraussetzungen einer höherwertigen Dienstleistung als erfüllt angesehen werden. Diese Kriterien umfassen

- Die Abholung von Briefsendungen beim Kunden zu festgelegten Zeiten oder auf Abruf.
- Die Zustellung beim Empfänger, wobei zwischen einer termingenauen Zustellung (zu einem vom Auftraggeber im Einzelfall festgelegten Termin), einer Zustellung am Tag der Abholung (Einlieferung) und/oder einer Zustellung bei Abholung nach 17 Uhr, bis spätestens 12 Uhr des folgenden Werktags differenziert wird.
- Die nachträgliche periodische Abrechnung.

<sup>130</sup> EuGH, Urteil vom 5. März 1996, Rechtssache C-46 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur SA* gegen Bundesrepublik Deutschland und *The Queen* gegen Secretary of State for Transport ex parte: *Factortame Ltd u.a.*, Slg. 1996, I-1029.

<sup>131</sup> Ebenda, I-1148, Rd-Nr. 45.

- Die Umlenkbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Zustellung.
- Die vertraglich zugesicherte Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zeitziels der Zustellung.
- Das Erbringen der Dienstleistung in einem wesentlichen Teil (etwa 2.500 km<sup>2</sup>) des Bundesgebiets (Gebietskriterium).

268. Die DPAG vertritt die Auffassung, dass es sich nur dann um eine im Vergleich zu Universaldienstleistungen höherwertige Dienstleistung handeln könne, wenn die Zustellung der Briefsendungen am Einlieferungstag erfolgt. Sie hat daher eine Vielzahl von Klagen erhoben, die sich einerseits gegen die Vergabep Praxis der RegTP und andererseits gegen die Tätigkeit der Lizenznehmer richten. Die Lizenz für qualitativ höherwertige Dienstleistungen ist von besonderem Interesse, da sie die einzige Möglichkeit darstellt, Briefdienstleistungen zu erbringen, die in den Bereich der Exklusivlizenz fallen.

Die DPAG hat beim VG Köln bislang über 600 Anfechtungsklagen gegen die Erteilung von Lizenzen an Anbieter höherwertiger Dienstleistungen erhoben. Hiervon sind noch knapp 500 anhängig; dieser Rückgang ist auf unterschiedliche Gründe zurückzuführen, wie z.B. die Erledigung von Rechtsstreitigkeiten aufgrund von Geschäftsaufgaben.

In sechs Musterfällen liegen Entscheidungen des VG Köln vor. Das Gericht bestätigt eine Höherwertigkeit der Dienstleistung, sofern die Zustellung der Briefsendung am Tage der Einlieferung erfolgt. Sobald jedoch nur die Zustellung am nächsten Tag garantiert wurde, hatte die Klage der DPAG Erfolg, obwohl der Wettbewerber zusätzlich eine Abholung nach 17.30 Uhr und damit eine Leistung zusicherte, welche die DPAG selbst nicht anbietet, die also kaum als allgemeiner Standard gelten kann. Gleichwohl wurde die Lizenz in diesem Fall aufgehoben. Das Gericht vertrat die Auffassung, diese Leistung entspreche im Wesentlichen der im Rahmen des Universaldienstes erbrachten Angebote.

Neben der Auseinandersetzung um eine taggleiche versus overnight-Zustellung ist auch das so genannte Gebietskriterium umstritten. Das Oberlandesgericht Naumburg hat – ebenso wie das VG Köln – das Flächenkriterium nicht als notwendig erachtet, um eine Dienstleistung als höherwertig zu qualifizieren.

Die RegTP und die DPAG haben gegen die jeweils nachteiligen Urteile Revision beim OVG Münster eingelegt. Dies hat die Klagen für zulässig erklärt.



269. Unabhängig von einer juristischen Einschätzung der Problematik bleibt festzuhalten, dass es der DPAG mittels ihrer Klagepraxis gelungen ist, auf seiten der Wettbewerber erhebliche *Entmutigungs- und Abschreckungswirkungen* zu entfalten. Die entstandene Rechtsunsicherheit beeinträchtigt den Wettbewerb, da potentielle Anbieter auf den Markteintritt verzichten und bereits im Markt tätige Unternehmen dem Risiko ausgesetzt sind, ihre Lizenz zu verlieren und darüber hinaus die mit einem Prozess verbundenen Kosten tragen zu müssen. Die Unsicherheiten haben sich ferner negativ auf die Bereitschaft der Banken ausgewirkt, den Anbietern von höherwertigen Dienstleistungen Kredite zu gewähren.

Die unsichere Rechtslage hat wiederum Rückwirkungen auf die Vergabepraxis der RegTP. Wie sie in ihrem Jahresbericht 2000 ausführt, wird die Lizenzierungspraxis in diesem Bereich „...ständig weiterentwickelt“. Die Behörde berücksichtigt hierbei einerseits die Rechtsprechung der deutschen Verwaltungs- und Zivilgerichte, andererseits die Weiterentwicklung auf europäischer Ebene. Auch die Lizenzierungspraxis ist somit Unsicherheiten ausgesetzt und kann folglich keine Kontinuität aufweisen, wie sie für die Planungssicherheit der Wettbewerber jedoch erforderlich wäre.

270. Die Diskussion um mögliche Anforderungsprofile höherwertiger Dienstleistungen lenkt von dem *eigentlichen* Problem ab: Dieses Angebot ist nicht aufgrund wettbewerblicher Prozesse am Markt entstanden, sondern bürokratisch vorgegeben worden. Der Staat und nicht der Markt entscheidet, was allgemein gewünscht wird und was als höherwertig zu gelten hat. Die Nachfrager haben somit keine Möglichkeit, ihre Präferenzen und Bedürfnisse zu artikulieren. Sie werden durch Rechtsverordnungen gegängelt, die ihre Verabschiedung den Bestandsschutzinteressen des Monopolisten und seiner Gewerkschaft verdanken. Die Justiz erweist sich dabei einmal mehr als verlässlicher Verbündeter der Bürokratie. Jedenfalls ist die gerichtlich geführte Auseinandersetzung um das Kriterium der Geschwindigkeit letztlich *redundant*. Die Resultate einer Untersuchung der RegTP lassen darauf schließen, dass die Kunden in erster Linie daran interessiert sind, dass ihre Briefsendungen zuverlässig und sicher befördert werden.<sup>132</sup> Die im Rahmen der Exklusivlizenz erbrachten Standarddienstleistungen werden von den Nachfragern zwar zur Deckung grundlegender Bedürfnisse als ausreichend erachtet, doch darüber hinaus existiert ein erheblicher

<sup>132</sup> Vgl. RegTP, Jahresbericht 2000, S. 55 f.

Bedarf nach stärker differenzierten Postdienstleistungen. Diesen Präferenzen vermag ein standardisiertes Angebot nicht gerecht zu werden.

271. Auch diese Ergebnisse münden in die Empfehlung, die Exklusivlizenz zugunsten der DPAG umgehend aufzuheben. In diesem Fall hätten die privaten Anbieter die Möglichkeit, durch Versuch und Irrtum ein den Kundenwünschen entsprechendes Angebot bereitzustellen. Die gerichtlichen Auseinandersetzungen entbehrten zudem ihrer Grundlage, und der mit Lizenzierungsverfahren verbundene Verwaltungs- und Kontrollaufwand entfielen.

### *3.3.3 Entgeltregulierung und Verdrängungsmisbrauch*

272. Nach den Regelungen des Postgesetzes (§ 21 Abs. 1 PostG) kommen die Verfahren der Einzelpreisgenehmigung und des Price-Cap-Verfahrens gleichermaßen in Betracht, um die Entgelte marktbeherrschender Unternehmen zu überprüfen. Der in der PEntgV eingeräumte Vorrang des Price-Cap-Verfahrens wird in der zugehörigen Begründung der Bundesregierung mit den Vorteilen einer höheren Flexibilität und Planungssicherheit für das regulierte Unternehmen und den Vorteilen für die RegTP bei der Wahrnehmung der Regulierungsaufgaben erklärt.

Nach Auffassung der Monopolkommission sollten diese Kriterien allein nicht ausschlaggebend für die Wahl des Regulierungsverfahrens sein. Grundsätzlich hat die RegTP bei der Wahl des Regulierungsverfahrens einen Ermessensspielraum. Dieser ist im Einklang mit den *übergeordneten* Zielen des Postgesetzes auszufüllen. Die zur Price-Cap-Regulierung 2002 in der Telekommunikation vorgetragenen Erwägungen der Monopolkommission<sup>133</sup> sind analog auch auf den Postsektor anzuwenden. Insbesondere hält die Monopolkommission es für empfehlenswert, von dem allgemeinen Vorrang des Price-Cap-Verfahrens gegenüber der Einzelpreisgenehmigung zumindest in den Fällen abzuweichen, in denen die Diskrepanzen zwischen den Ausgangsentgelten und den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung besonders ins Gewicht fallen.

<sup>133</sup> Vgl. Tz. 125 ff.

### 3.3.4 Universaldienstregulierung

273. Das Postgesetz stellt in Verbindung mit der PUDLV sicher, dass der Universaldienst in einem fest vorgegebenen Umfang bereitgestellt und gegebenenfalls über einen Ausgleichsfonds finanziert wird. Unter bestimmten Voraussetzungen kann die RegTP ein bestimmtes Unternehmen dazu verpflichten, die Universaldienstleistung zu erbringen. Eine solche Verpflichtung kann wiederum nur einem Lizenznehmer auferlegt werden, der auf dem räumlich relevanten oder einem räumlich angrenzenden Markt lizenzpflichtige Postdienstleistungen erbringt und auf diesem Markt marktbeherrschend ist (§ 13 Abs. 2 PostG). Bis zum 31. Dezember 2007 kann jedoch ausschließlich die DPAG hierzu verpflichtet werden.

Die DPAG erbringt den Universaldienst aufgrund *eigener unternehmerischer Entscheidung*, mithin auf freiwilliger Basis. Dies lässt darauf schließen, dass dem Unternehmen hieraus keine Nachteile erwachsen. Universaldienstleistungen werden schon deshalb bereitgestellt, weil es sich für den Ex-Monopolisten lohnt, das zu tun. In Schweden hat Sweden Post seit der Liberalisierung Universaldienstleistungen erbracht, ohne dafür einen reservierten Bereich oder Ausgleichszahlungen zu erhalten. Die schwedische Regulierungsbehörde und Sweden Post betonen in diesem Zusammenhang einvernehmlich, dass die Universaldienstleistungen für Sweden Post profitabel sind. Die Bereitstellung des Universaldienstes hat für das Postunternehmen den großen Vorteil, in jeden Haushalt präsent zu sein. Das stützt Markennamen und Reputation. Auch über das schwedische Beispiel hinaus zeigen empirische Untersuchungen, dass der weit überwiegende Teil der unter dem Etikett "Universaldienstleistungen" laufenden Aktivitäten marktwirtschaftlich und kostendeckend erbracht werden können, ohne dass es dazu einer Quersubventionierung aus einem Monopolbereich bedürfte.

274. Im deutschen Postgesetz dient die Exklusivlizenz nicht zur Finanzierung der Universaldienstleistung. Die Monopolkommission warnt davor, bei einer Änderung des Postgesetzes Exklusivlizenz und Universaldienstleistung miteinander zu verbinden. Eine solche Regelung würde die Spielregeln für die weitere politische Diskussion grundlegend verändern und wesentliche Elemente des stattgefundenen Strukturwandels im Postsektor in Frage stellen. Sobald die Einnahmen aus dem Postmonopol für die Finanzierung der Universaldienstleistungen vorgesehen sind, ist mit Forderungen zur Ausweitung der Universaldienstleistungen nach Umfang und Qualität zu rechnen.

Letztlich werden Umfang und Qualität der Universaldienstverpflichtung nicht durch die Artikulation der Bedürfnisse der Kunden im Markt, sondern durch den Ausgleich der verschiedenen Interessen im politischen Prozess bestimmt. Bestehende Interessen werden eine extensive Definition der Universaldienstverpflichtung fordern: Je breiter die Universaldienstverpflichtung definiert wird, desto verlässlicher können die Interessenten damit rechnen, dass ihre eigene Existenz und ihre eigene Rolle gesichert wird. Schon die jetzt in der Postuniversaldienstleistungsverordnung enthaltenen Vorgaben zu Anzahl und Art der Poststellen legen bestimmte Strukturen fest, deren Sinnfälligkeit für die weitere Entwicklung durchaus problematisch ist. Nach Ansicht der Monopolkommission haben die *detaillierten* Vorgaben zu der Anzahl der Filialen und die darüber hinausgehende Forderung, eine bestimmte Anzahl hiervon mit unternehmenseigenem Personal zu betreiben, weniger mit der Sicherung eines den Kundenbedürfnissen entsprechenden Universaldienstangebots als mit einer dirigistischen Festlegung bestimmter Beschäftigungsnormen zu tun. Eine Ausweitung dieses ohnehin umfassenden und weitreichenden Kataloges an Vorgaben ist folglich strikt abzulehnen.

Ist die Universaldienstleistung durch einen Ausgleichsfonds zu finanzieren, so gibt es wenigstens von der Finanzierungsseite her eine gewisse Grenze für den Prozess einer weiteren Ausweitung der PUDLV. Steht aber das staatlich garantierte Briefmonopol zur Verfügung, so ist eine solche Grenze nicht ersichtlich. Kostenträchtige Ausweitungen der Universaldienstleistungsverpflichtungen können einfach auf die Kunden überwältzt werden; die vom Gesetz vorgesehene, an den Kosten orientierte Entgeltregulierung bietet dem keinen Einhalt.

275. Das Interesse der Gewerkschaft besteht darin, das Einhalten sozialer Standards, Arbeitsplatzsicherheit u.ä. einzufordern. Der Umstand, dass der Staat im Postbereich historisch eine besondere Rolle gespielt hat und auch heute noch einen besonderen Universaldienstleistungsbedarf sieht, kann indes nicht legitimieren, dass die in diesem Bereich Tätigen anderen Regeln unterworfen sind. "Soziale Standards" und Arbeitsplatzsicherheit im Rahmen dessen, was Tarifvertragsrecht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht vorsehen, sind selbstverständlich. Darüber hinaus gehende "soziale Standards" und Arbeitsplatzsicherheit, gestützt durch eine Universaldienstverpflichtung und finanziert durch das staatlich garantierte Monopol, wären hingegen problematisch. Eine Privilegierung einzelner Gruppen von Arbeitnehmern auf der Grundlage staatlich gesetzter Monopolmacht gehört nicht in unsere Wirtschaftsordnung.

## 4 Fazit und Empfehlungen

276. Das *Ziel des Postgesetzes*, einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten des Postwesens herzustellen, wurde auch in diesem Berichtszeitraum *nicht erreicht*. Zwar ist eine große Zahl von Lizenznehmern auf dem Briefmarkt tätig, doch handelt es sich vornehmlich um kleine und mittlere Unternehmen, die zum überwiegenden Teil auf regionalen Märkten tätig sind. Auch drei Jahre nach der teilweisen Marktöffnung konnten die Lizenznehmer im Jahre 2000 lediglich einen am Umsatz gemessenen Marktanteil von 1,6 % des Briefmarktes auf sich vereinigen. Der Gesamtumsatz der Wettbewerber lag weit unterhalb des Umsatzzuwachses, den die DPAG zu erzielen vermochte. Die marktbeherrschende Stellung der Deutschen Post besteht unverändert fort. Betrachtet man den vollständig liberalisierten Teil des Briefmarktes, so beträgt der Marktanteil der Wettbewerber 5,2 %. In diesem Bereich hat sich somit ebenfalls kein nennenswerter Wettbewerb entfaltet.

277. Die *unbefriedigende Wettbewerbsentwicklung* ist auf verschiedene Ursachen zurückzuführen, die – wie die gesetzliche Exklusivlizenz – teils regulatorischer Natur sind, zum Teil auf dem Marktverhalten der DPAG beruhen und schließlich durch strukturelle Eigenschaften der Postmärkte bedingt sind. Sofern die Beschränkungen des Wettbewerbs auf dem Marktverhalten der DPAG beruhen – wie z.B. Einräumung von Treuerabatten an Großkunden und Wettbewerbsverzerrungen durch Quersubventionierung sowie Verweigerung des Zugangs zu Teilleistungen – ist dieser Praxis mittels einer strikten Durchsetzung der Regulierungsvorschriften entgegen zu treten. Wenn Verdachtsmomente vorliegen, die auf ein missbräuchliches Verhalten hindeuten, sollten die Ermittlungsbefugnisse, die das Postgesetz der RegTP zur Verfügung stellt, ausgeschöpft werden. In diesem Zusammenhang können die Erfahrungswerte genutzt werden, die das Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Ermittlungsbefugnissen gewonnen hat. Bei der Auswahl eines geeigneten Verfahrens zur Überprüfung genehmigungsbedürftiger Entgelte ist die Gefahr eines Ausbeutungsmissbrauchs zu berücksichtigen und gegebenenfalls vom Vorrang des Price-Cap-Verfahrens – zumindest in der Anfangsphase – abzuweichen.

278. Die Hauptbeschränkung des Wettbewerbs ergibt sich aufgrund der Exklusivlizenz. Das staatlich geschützte Monopolrecht führt dazu, dass die mit einer vollständigen Marktöffnung verbundenen positiven Wirkungen erst zu einem späteren Zeitpunkt eintreten können. Aus gesamtwirtschaft-

licher Perspektive ist eine Fortsetzung der Liberalisierungspolitik im Postbereich – auch unabhängig von der politischen Entwicklung innerhalb der Europäischen Union – zu befürworten. Unternehmen und Verbraucher werden davon profitieren, dass der Wettbewerb günstigere und vielfältigere Angebote erzwingt, sei es, dass die Kosten der bisherigen Angebote sinken, sei es, dass neue, qualitativ bessere Angebote auf den Markt gelangen. Die DPAG erzielt mehr als 80 % ihrer Umsätze im Bereich der Exklusivlizenz mit Unternehmen. Unter wettbewerblichen Bedingungen haben die Unternehmen die Möglichkeit, auf bessere Angebote zurückzugreifen. Dies stärkt ihre Wettbewerbsfähigkeit auf ihren eigenen Märkten. Verbesserungen der Infrastruktur an Postdienstleistungen sorgen mit dafür, dass die Unternehmen, die diese Dienstleistungen benötigen, mehr hochwertige Arbeitsplätze erhalten bzw. schaffen können.

Die Entwicklung auf der europäischen Ebene lässt zudem *nicht* darauf hoffen, dass eine vollständige Marktöffnung in absehbarer Zeit erfolgen wird. Der vorgesehene Stufenplan ist kein Substitut für eine uneingeschränkte Liberalisierung des Postmarktes. Die Absenkung der Gewichtsgrenze auf zunächst 100 g wird keine großen Auswirkungen im Hinblick auf eine weitere Marktöffnung zeitigen. Ab 2006 werden immer noch 75 % der Briefsendungen unter die Exklusivlizenz der DPAG fallen. Der deutsche Gesetzgeber sollte sich daher nicht von der mehr als unsicheren europäischen Entwicklung abhängig machen, sondern die Vorteile einer vollständigen Marktöffnung möglichst rasch realisieren.

Die schwedischen Erfahrungen belegen die Vorteilhaftigkeit einer Politik der asymmetrischen Marktöffnung. Schweden hatte sich im Jahre 1993 – unabhängig von den europäischen Entwicklungen – für eine Politik der vollständigen Marktöffnung entschieden. Obwohl das ehemalige Monopolunternehmen Sweden Post einen Marktanteil von 95 % hält, haben sich insbesondere für die industriellen Kunden seither erhebliche Verbesserungen in Form eines vielfältigen Angebots und günstigerer Preise ergeben.

Nach Schätzungen des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste GmbH (WIK) liegen die *Gewinne* einer weiteren Postliberalisierung für die deutschen Verbraucher – private Haushalte und Unternehmen – in der Größenordnung von etwa 3 Mrd. DM pro Jahr. Dabei sind die Folgen der Marktöffnung im Hinblick auf das Innovationspotential des Postsektors noch nicht berücksichtigt. Gerade diese sind jedoch besonders wichtig, da die Revolution der Kommunikationstechniken den Sektor vor neue Herausforderungen stellt. Die mit dem Stichwort „Internethandel“

angesprochenen Veränderungen der Handelsebene, wie die Verfeinerung der wirtschaftlichen Arbeitsteilung überhaupt, erfordern neuartige Logistikkonzepte für die Transporte der Waren zu den Kunden und gegebenenfalls die im Internethandel nicht zu vermeidenden Retouren. Die Anforderungen an Qualität und Quantität der Dienstleistungen (Vielfalt, Geschwindigkeit, Verlässlichkeit, Verfolgbarkeit etc.) werden immer größer. Die vollständige Marktöffnung bietet die Chance, dass in dieser Umbruchphase viele Innovationsmöglichkeiten getestet werden und sich im Verlaufe wettbewerblicher Prozesse herausstellt, welche sich am Markt bewähren.

279. Vor diesem Hintergrund behalten die Empfehlung der Monopolkommission in ihrer ersten Stellungnahme wie auch die Beurteilung der RegTP in ihrem ersten Tätigkeitsbericht – Aufhebung der Exklusivlizenz zum 31. Dezember 2002 – *unverändert* Gültigkeit. Die vom Bundeskabinett zwischenzeitlich beschlossene Verlängerung der Exklusivlizenz bis Ende 2007 ist folglich abzulehnen. Durch das staatlich garantierte Monopolrecht, das den überwiegenden Teil des Briefbeförderungsvolumens erfasst, wird eine nur annähernd gleichberechtigte Teilnahme der privaten Anbieter auf diesem Markt und damit eine Liberalisierung auf der Grundlage gleicher Wettbewerbschancen verhindert. Die mit dem Postgesetz angestrebten Zielsetzungen, einen funktionsfähigen sowie chancengleichen Wettbewerb auf den Märkten des Postwesens zu etablieren, werden gleichermaßen verfehlt. Die dargelegten Vorteile einer vollständigen Marktöffnung, die unabhängig von der Liberalisierungspolitik anderer Mitgliedstaaten zu erwarten sind, können erst zu einem späteren Zeitpunkt realisiert werden.

280. Der Bundesregierung ist eine *rasche Aufhebung der Exklusivlizenz* auch deshalb anzuraten, weil das Gesetz zu ihrer Verlängerung sowohl auf verfassungsrechtliche wie auf europarechtliche Bedenken stößt. Durch die Verlängerung der Exklusivlizenz wird zum einen das verfassungsmäßig vorgegebene Ziel der Herstellung von Wettbewerb im Postwesen verfehlt. Zum anderen liegt ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vor. Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten haben aufgrund des Monopolbereichs keine Möglichkeit, Briefsendungen zu befördern, die unter die Exklusivlizenz der DPAG fallen. Dies bedeutet im Kern eine Diskriminierung ausländischer Wettbewerber und stellt einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar. Eine auf dem EG-Vertrag beruhende Rechtfertigung liegt nicht vor.

281. Wie in allen Wirtschaftszweigen, die durch Netzstrukturen gekennzeichnet sind, ist auch im Postbereich die Gefahr eines missbräuchlichen Verhaltens des ehemaligen Monopolisten virulent. Diese Gefahr ist besonders groß, wenn sich das Netz weiterhin in der Verfügungsmacht des früheren Staatsunternehmens befindet. Die Wettbewerber sind auf Vorleistungen dieses Unternehmens angewiesen. Aus diesem Grunde ist eine strikte Missbrauchsaufsicht *unerlässlich*. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Strukturbedingungen im Postbereich dem Altmonopolisten ohnehin einen großen Startvorteil sichern.

Im Zusammenhang mit der Missbrauchsaufsicht ist die Arbeit der RegTP von großer Bedeutung. Sie hat darauf zu achten, dass die bestehenden Vorteile der DPAG nicht durch missbräuchliches Verhalten, sei es durch Quersubventionierung, sei es durch Verweigerung des Zugangs zu Teilleistungen, vergrößert werden. Nach Auffassung der Monopolkommission reichen die Vorschriften zur Missbrauchsaufsicht im Postgesetz aus, um missbräuchlichem Verhalten zu begegnen. Es ist jedoch erforderlich, dass das zur Verfügung stehende Instrumentarium auch *vollständig* eingesetzt wird. Eine zurückhaltende Auslegung der durch das Postgesetz eingeräumten Befugnisse ist hierbei verfehlt und gefährdet die ohnedies schwachen Wettbewerbsimpulse zusätzlich.

Bonn, im Dezember 2001

M. Hellwig

J. Basedow

W. Haastert

S. Röver

K. Trebitsch