Anlage zum Konsultationsentwurf der Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R

Festlegung der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten und Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten

Märkte Nr. 1-6 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission

Geschwärzte Fassung

A. Einleitung 1
B. Beschreibung der relevanten Leistungen 2
I. Die Märkte-Empfehlung der Kommission 2
1. Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung 3
2. Märkte Nr. 3 bis Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung 3
II. In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen 3
1. Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung 4
2. Märkte Nr. 3 bis Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung 6
3. Sprachorientierte Systemlösungen 12
C. Gang der Ermittlungen 14
D. Vorbringen der Anbieter 17
I. 01051 Telecom GmbH 17
II. 01063 Telecom GmbH & Co. KG 18
III. 01081 Telecom AG 18
IV. Arcor AG & Co. KG 19
V. AugustaKom Telekommunikation GmbH & Co. KG 21
VI. Versatel Berlin GmbH (früher: BerliKomm Telekommunikationsgesellschaft mbH) 21
VII. BreisNet Telekommunikations- und Carrier-Dienste GmbH 22
VIII. BT (Germany) GmbH & Co. oHG 22
IX. COLT Telecom GmbH 23
X. Deutsche Telekom AG 24
XI. European Telecommunication Holding E.T.H. AG 27
XII. EWE TEL GmbH 28
XIII. freenet.de AG (früher: freenet Cityline GmbH) 28
XIV. HanseNet Telekommunikation GmbH 30
XV. htp GmbH (früher: htp Hannovers Telefon Partner GmbH) 30
XVI. IN-telegence GmbH & Co. KG 31
XVII. KielNET GmbH (früher: KielNet GmbH) 31
XVIII. MCI WorldCom Deutschland GmbH 31
XIX. M'net Telekommunikations GmbH 33
XX. NEFkom Telekommunikation GmbH & Co. KG 33
XXI. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH 34
XXII. One Tel Telecommunication GmbH 35
XXIII. Tele/OS Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste Ostwestfalen-Schaumburg mbH & Co. KG 35
XXIV. The Phone House Telecom GmbH 36
XXV. Tiscali Business GmbH 36
XXVI. TROPOLYS GmbH 37
XXVII. Ventelo Deutschland GmbH 37
XXVIII. wilhelm.tel GmbH 38
XXIX. WOBCOM GmbH 38
E. Nationale Konsultation 39
F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Absatz 1 TKG 40
G. Europäisches Konsolidierungsverfahren 41
H. Marktabgrenzung 42
I. Sachliche Marktabgrenzung 43
1. Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung (Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten) 44
a. Einbeziehung öffentlicher Telefonstellen 44
b. Einbeziehung von VoIP-Diensten in den Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten 44
c. Unterteilung des Marktes nach Anschlüssen 47
d. Unterteilung des Marktes nach Kundengruppen 49

2. Märkte Nr. 3 und Nr. 5 der Kommissions-Empfehlung (öffentliche Orts- und/ oder Inlandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten und öffentliche Orts- und/ oder Inlandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten) 59
a. Über VoIP-Dienste aufgebaute Verbindungen 59
b. Unterteilung des Marktes nach Zielen 65
H.I.2.b.(1) Inlands- und Auslandsverbindungen 65
H.I.2.b.(2) Verbindungen in Festnetze und Verbindungen in Mobilfunknetze 66
H.I.2.b.(3) Ort- und Fernverbindungen 69
c. Unterteilung des Marktes nach Kundengruppen 71
3. Märkte Nr. 4 und Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung (öffentliche Auslandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten und öffentliche Auslandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten) 75
a. Unterteilung nach Zielen 75
H.I.3.a.(1) Verbindungen in Festnetze und Verbindungen in Mobilfunknetze 75
H.I.3.a.(2) Unterteilung nach Zielländern 75
b. Unterteilung nach Kundengruppen 76
4. Sprachorientierte Systemlösungen 77
a. Allgemeine Ausführungen 77
b. Relevanz des Kriteriums „Öffentlich“ 79
H.I.4.b.(1) Behandlung der Systemlösungen nach TKG 1996 81
H.I.4.b.(2) Behandlung der Systemlösungen nach TKG 2004 82
H.I.4.b.(3) Systematik der Märkte-Empfehlung 82
H.I.4.b.(4) Systematik des TKG 2004 86
H.I.4.b.(5) Grundlegende Änderungen im TKG 2004 86
H.I.4.b.(6) Konkrete Beurteilung des Einzelfalls Systemlösungen 87
H.I.4.b.(7) Ergebnis 89
c. Umfang der sprachorientierten Systemlösungen 90
d. Paketangebote oder trennbare Leistungen? 90
e. Austauschbarkeit aus Nachfragersicht 91
f. Austauschbarkeit aus Anbietersicht 95
g. Wettbewerbsbedingungen 96
h. Ergebnis 101
5. Nennung der sachlich relevanten Märkte 101
II. Räumliche Marktabgrenzung 102
1. Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten 102
2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten 103
3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten 104
I. Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG 105
I. Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken 106
II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb 106
1. Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten 106
2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten 107
3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten 107
III. Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden 107
IV. Ergebnis 108
J. Marktbeherrschung 109
I. Marktanteile betreffend alle abgegrenzten Märkte 110
1. Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten 113
2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten 114
3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten 116
4. Zusammenfassung 119
II. Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz 120
1. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen 120

2. Marktzutrittsschranken und Expansionshemmnisse; Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur 122
3. Ausgleichende Nachfragemacht 125
4. Keine signifikanten Unterschiede innerhalb des Marktes 126
5. Vertriebs- und Verkaufsnetz 126
6. Produktdifferenzierung 127
7. Gesamtschau 127
III. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten 127
1. Zugang zu den Beschaffungsmärkten 128
2. Zugang zu den Absatzmärkten 128
a. Komfortabilität 128
b. Qualität und Zusatzleistungen 129
c. Endogene Marktzutrittsschranken 129
d. Preise 130
3. Ausgleichende Nachfragemacht 132
4. Keine signifikanten Unterschiede innerhalb des Marktes 133
5. Gesamtschau 133
IV. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten 134
1. Zugang zu den Beschaffungsmärkten 134
2. Zugang zu den Absatzmärkten 135
3. Gesamtschau 136
K. Nennung des marktbeherrschenden Unternehmens 138
L. Anhang 1: Erläuterung des angewandten deutschen Telekommunikationsrechts und des dadurch umgesetzten europäischen Sekundärrechts 139
I. Marktanalyseverfahren (Artikel 16 der Rahmenrichtlinie) 140
II. Marktdefinitionsverfahren (Artikel 15 der Rahmenrichtlinie), Märkte-Empfehlung und Leitlinien 141
III. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (Artikel 14 der Rahmenrichtlinie) und Anwendung der Leitlinien 144
IV. §§ 9, 10 und 11 des TKG 146
V. Verfahrensrecht 148
M. Anhang 2: Marktabgrenzungs- und Marktbeherrschungskriterien 153
I. Marktabgrenzungskriterien 153
II. Marktbeherrschungskriterien 155
1. Marktanteile 155
2. Gesamtgröße des Unternehmens 156
3. Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur 157
4. Technologische Vorteile oder Überlegenheit 157
5. Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht 157
6. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen 157
7. Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen) 158
8. Größenvorteile 158
9. Verbundvorteile 158
10. Vertikale Integration 159
11. Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz 159
12. Fehlen von potenziellem Wettbewerb 159
13. Expansionshemmnisse 159
14. Leichtigkeit des Marktzugangs/Marktzutrittsschranken 160
N. Anhang 3: Übersicht der Ergebnisse der Auswertung 161
O. Anhang 4: Stellungnahmen interessierter Parteien 162
I. Stellungnahme der 01051 Telecom GmbH 162
II. Stellungnahme der AOL Deutschland GmbH 169
III. Stellungnahme der Arcor AG & Co. KG 170
IV. Stellungnahme des BREKO 176
V. Stellungnahme der BT (Germany) GmbH & Co. oHG 179

VI. Stellungnahme der Deutsche Telekom AG 182
VII. Stellungnahme der freenet.de AG (früher: freenet Cityline GmbH) 189
VIII. Stellungnahme der MCI WorldCom Deutschland GmbH 191
IX. Stellungnahme der QSC AG 192
X. Stellungnahme der TELE2 GmbH 193
XI. Stellungnahme der Telefónica Deutschland GmbH 196
XII. Stellungnahme des VATM 199
L. Anhang 5: Zweite Stellungnahmen interessierter Parteien 203
I. Stellungnahme der AOL Deutschland 203
II. Stellungnahme der Arcor 203
III. Stellungnahme der BT 203
IV. Stellungnahme der COLT 204
V. Stellungnahme der DT AG 205
VI. Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN) 208
VII. Stellungnahme der MCI 209
VIII. Stellungnahme der QSC 210
IX. Stellungnahme der Tele2 210
X. Stellungnahme der Telefónica Deutschland 211
XI. Stellungnahme des VATM 211
M. Anhang 6: Stellungnahme der Europäischen Kommission 212
N. Anhang 7: Anbieter von VoIP-Diensten 214

A. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung betrifft die Ziffern 1 bis 6 der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2003/311/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45 (im Folgenden: Märkte-Empfehlung). Unter den Ziffern sind die folgenden Märkte aufgeführt: Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt Nr. 1), Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt Nr. 2), öffentliche Orts- und/ oder Inlandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten (Markt Nr. 3), öffentliche Auslandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten (Markt Nr. 4), öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten (Markt Nr. 5) und öffentliche Auslandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten (Markt Nr. 6).

Auf Grundlage der die Artikel 14 bis 16 Rahmenrichtlinie[1] umsetzenden §§ 9 bis 11 des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) sowie der Leitlinien[2] und der Märkte-Empfehlung wird mit der vorliegenden Untersuchung ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach dem den neuen europäischen Rechtsrahmen umsetzenden TKG durchgeführt. Zu den hier maßgeblichen EU-Richtlinien sowie den entsprechenden deutschen Rechtsvorschriften vgl. ausführlich Anhang 1.

Nachfolgend werden

- zunächst die hier fraglichen Leistungen zur besseren Verständlichkeit umschrieben (vgl. Kapitel B),
- der Gang der Ermittlungen dargestellt (vgl. Kapitel C),
- die wichtigsten Marktteilnehmer und deren Vorbringen dargelegt (vgl. Kapitel D),
- auf die nationale Konsultation eingegangen (vgl. Kapitel E),
- die Herstellung des Einvernehmens mit dem Bundeskartellamt genannt (vgl. Kapitel F),
- dann eine Marktabgrenzung durchgeführt (vgl. Kapitel G),
- das europäische Konsolidierungsverfahren beschrieben (vgl. Kapitel G),
- daran anschließend die Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG in Bezug auf die Märkte dargelegt (vgl. Kapitel I),
- die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung geprüft (vgl. Kapitel J),
- abschließend das marktbeherrschende Unternehmen, d. h. das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, genannt (vgl. Kapitel K)

[1] Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 (Rahmenrichtlinie),

[2] Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2002/C 165/03), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6 (im Folgenden: Leitlinien).

B. Beschreibung der relevanten Leistungen

I. Die Märkte-Empfehlung der Kommission

In der Märkte-Empfehlung sind unter Nr. 1 bis Nr. 6 die folgenden Märkte genannt:

„1. Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten[3]“,

„2. Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten[4]“,

„3. Öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten[5]“,

„4. Öffentliche Auslandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten[6]“,

„5. Öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten[7]“,

„6. Öffentliche Auslandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten[8]“.

Diese Märkte entsprechen dem „Anschluss an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an bestimmten festen Standorten[9]“ gemäß Anhang I der Rahmenrichtlinie.

Allgemein beschreibt die Kommission die genannten Endkundenmärkte als Bereitstellung einer Verbindung (an festen Standorten oder einer Festadresse) zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe und entsprechende Dienste, die mit unterschiedlichen Mitteln bereitgestellt werden können.[10]

Die Kommission betont, dass der Telefondienst häufig als Paket für Anschluss und Nutzung angeboten werde, wobei auch die eingehenden Anrufe dazugehörten, für die der Nutzer eines Anschlusses nicht zahle.[11] Die Kommission hat in einer Fusionskontrollentscheidung die gemeinsame Behandlung ein- und abgehender Anrufe damit begründet, dass beide Leistungen ein schlecht trennbares Bündel seien.[12]

Die Kommission führt weiter aus, dass dem Endkunden verschiedene Optionen und Pakete je nach seinen typischen Nutzungs- und Gesprächsmustern zur Verfügung stehen könnten. Obwohl viele Endkunden für Anschluss und abgehende Anrufe vorzugsweise ein und dasselbe Unternehmen wählen würden, entschieden sich andere bei abgehenden Anrufen ganz oder teilweise für einen anderen Betreiber als den, der den Anschluss (und eingehende Anrufe) übernehme. Dies geschehe mittels Zugangscodes oder Betreibervorauswahl.[13]

---

[3] Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Access to the public telephone network at a fixed location for residential customers.
[4] Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Access to the public telephone network at a fixed location for non-residential customers.
[5] Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Publicly available local and/or national telephone services provided at a fixed location for residential customers.
[6] Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Publicly international telephone services provided at a fixed location for residential customers.
[7] Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Publicly available local and/or national telephone services provided at a fixed location for non-residential customers.
[8] Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Publicly international telephone services provided at a fixed location for non-residential customers.
[9] Nach dem englischen Text: the provision of connection to and use of the public telephone network at fixed locations.
[10] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[11] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[12] Vgl. COMP/M.1439 – Telia/Telenor, Rn. 85 f.
[13] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.

Die Kommission empfiehlt eine Unterscheidung der Endnutzerkategorien und damit verbunden eine Abgrenzung in Geschäfts- und Privatkundenmärkte.[14] In den Leitlinien geht die Kommission von privaten und beruflichen Nutzern aus, wobei sie unter beruflichen Nutzern Klein- und Großunternehmen versteht.[15]

Die Kommission hat keine Ausführungen darüber gemacht, ob Voice over IP (VoIP)[16] grundsätzlich im Rahmen dieser Märkte zu betrachten ist. Dies ist damit zu erklären, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Märkte-Empfehlung Anfang 2003 VoIP auf den hier relevanten Endkundenmärkten noch keine Rolle spielte bzw. entsprechende nennenswerte Produkte nicht am Markt waren. Da sich dies zwischenzeitlich geändert hat[17], geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass VoIP im Rahmen der hier relevanten Märkte grundsätzlich zu untersuchen ist. Welche Dienste und Produkte hiervon im Einzelnen umfasst werden, wird im Rahmen der Marktdefinition in Kapitel G ausgeführt.

1. Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung

Unter dem öffentlichen Telefonnetz versteht die Kommission ein elektronisches Kommunikationsnetz, das zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telefondienste genutzt werde und die Übertragung gesprochener Sprache sowie anderer Arten der Kommunikation wie Telefax- und Datenübertragung zwischen Netzabschlusspunkten ermögliche. Der Zugang der Kunden (Teilnehmer) erfolge physisch über eben diesen Netzabschlusspunkt.[18]

2. Märkte Nr. 3 bis Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung

Die Kommission geht davon aus, dass bei abgehenden Gesprächen aus Sicht der Endkunden Orts-, Inlands- und Auslandsgespräche einander nicht ersetzen könnten und daher als getrennte Endkundenmärkte betrachtet würden. Anrufe von festen Standorten zu Mobiltelefonen oder anderen nicht geographischen Standorten gälten bei Endnutzern als nicht hinreichend austauschbar, um auf demselben Markt als Nachfrage betrachtet zu werden. Ebenso wie bei geographischen Äquivalenten könnten jedoch Anbieter einer bestimmten Dienstkategorie u.U. die erforderlichen Großkundenkomponenten einschließlich mobiler Anrufzustellung erwerben, wenn ein mutmaßlicher Monopolträger die Preise anzuheben versuche. [19]

II. In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen

Die von der Kommission beschriebenen Märkte betreffen die in der Bundesrepublik Deutschland üblicherweise als Telefonanschluss und Sprachtelefondienst bezeichneten Endkundenbereiche. Erfasst werden sowohl Direktverbindungen als auch solche über Betreibervorauswahl sowie gegebenenfalls solche über VoIP-Dienste. Im Folgenden werden die von der Kommission

[14] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[15] Vgl. Leitlinien Rn. 14.
[16] VoIP wird üblicherweise als Oberbegriff für die Übermittlung (Transport) von Sprache, Fax und vergleichbarer Dienste, die teilweise oder vollständig über paketvermittelte Netze erfolgt und auf Internet-Protokollen basiert, verwendet (vgl. Reg TP, Anhörung zu Voice over IP (VoIP), Mitteilung Nr. 106/2004, Amtsblatt 8/2004 vom 21.04.2004; European Commission, DG Information Society, Commission Staff Working Document, The treatment of Voice over Internet Protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework, An Information and Consultation Document, 14.06.2004, Fußnote 1.
[17] Der Regulierungsbehörde sind derzeit 33 Anbieter von VoIP-Diensten bekannt. Diese Anbieter bieten insgesamt 66 unterschiedliche Produkte bzw. Tarifvarianten an (Stichtag: 29.04.2005). Vgl. hierzu auch den Anhang 7. Darin sind alle der Reg TP bekannten Anbieter und Produkte sowie Tarifübersichten enthalten. Alle dort sowie in der Marktanalyse enthaltenen Angaben beruhen auf öffentlich zugänglichen Daten (Allgemeine Geschäftsbedingungen, Leistungsbeschreibungen, Preislisten) auf den Webseiten der jeweiligen Anbieter.
[18] Vgl. Art. 2 Universaldienstrichtlinie.
[19] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 17.

beschriebenen Marktmerkmale auf die tatsächlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland übertragen und die angebotenen Leistungen beschrieben.[20]

1. Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung

Unter dem Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ist der Teilnehmeranschluss für Endkunden zu verstehen. Von dieser Untersuchung erfasst werden die Arten analoger Anschluss, ISDN[21]-Basisanschluss und ISDN-PMX[22]-Anschluss.

- Ein Analog-Anschluss ist ein klassischer Telefonanschluss, der über einen Sprechkanal mit 3,1 kHz Bandbreite verfügt.

- Ein ISDN-Basisanschluss besteht aus zwei unabhängig von einander nutzbaren Sprechkanälen mit einer Bitrate von je 64 kbit/s[23].

- Ein ISDN-PMX-Anschluss besteht aus 30 unabhängig von einander nutzbaren Sprechkanälen mit einer Bitrate von je 64 kbit/s[24]. Ein ISDN-PMX-Anschluss ist für größere Telekommunikationsanlagen konzipiert. Er wird über Kupferdoppeladern direkt zum Übergabepunkt in den Räumen des Anschlussinhabers und dort auf die Telekommunikationsanlage geführt.

In den alten Bundesländern begann der Aufbau von ISDN 1989. Seit 1994 steht ISDN dort flächendeckend zur Verfügung. Bereits 1993 wurden mehr als eine Million Kanäle verkauft. Damit hat die Bundesrepublik Deutschland bereits damals weltweit eine Spitzenposition eingenommen.

Für die neuen Bundesländer wurde mit der Wiedervereinigung das Programm „Telekom 2000“ initiiert, welches den systematischen Neuaufbau über die gesamte Breite der Telekommunikationsinfrastruktur und –dienste vorsah. Während die erste Ausbaustufe vorwiegend die Normalisierung der Verkehrsbeziehungen zwischen den neuen und alten Bundesländern sichern sollte, hatten die weiteren Ausbaustufen eine vollständige Digitalisierung des Netzes zum Ziel. Auch sollte mit dem Ausbau eine schnelle und zunehmend flächendeckende Bereitstellung von ISDN ermöglicht werden. Diese Flächendeckung wurde bis Ende 1995 erreicht.

Dadurch wurde eine Basis für die nachfolgend weite Verbreitung von ISDN in der Bundesrepublik Deutschland gelegt: Zum 31.12.2004 gab es in Deutschland 26 Millionen Analoganschlüsse[25], 11 Millionen ISDN-Basisanschlüsse und 0,125 Millionen ISDN-PMX-Anschlüsse.[26]

ISDN-Anschlüsse werden von allen Anschlussanbietern angeboten. Analog-Anschlüsse werden hingegen von einem Teil der Anschlussanbieter nicht angeboten.

---

[20] Die folgende Darstellung beruht – soweit nicht anders vermerkt – auf folgenden Quellen: Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Tätigkeitsbericht 2002/2003, Bonn 2003; Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Jahresbericht 2003, Bonn 2004; Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Ortsnetzwettbewerb 2000, Bonn 2001; Deutsche Bundespost TELEKOM: Telekom 2000 – Schrittmacher beim Aufbau Ost, Köln 1994; Bergmann, F./Gerhardt, H.-J.: Handbuch der Telekommunikation, München/Wien 2000; Schoblick, R.: Historie der Telekommunikationstechnik, in: telekom praxis 4-5 2004, S. 18-26; Fromm, M.: Das Kontinentale – Verbreitung, Tarife und Kompatibilität von ISDN in Europa, iX-Archiv, 1/1995, S. 90 ff.

[21] Integrated Services Digital Network. Digitales Telekommunikationsnetz für die digitale Übertragung von Sprache und Daten sowie die Integration unterschiedlicher Dienste.

[22] Primärmultiplex.

[23] Sowie einem Steuerkanal für die Übertragung aller Signalisierungsinformationen.

[24] Sowie einem Steuerkanal für die Übertragung aller Signalisierungsinformationen.

[25] Ohne öffentliche Telefonstellen (0,107 Millionen).

[26] Erhebungen der Bundesnetzagentur für den Tätigkeitsbericht 2004/2005.

Da VoIP-Dienste in dieser Untersuchung grundsätzlich berücksichtigt werden, ist im Rahmen der Untersuchung der Märkte 1 und 2 der Märkte-Empfehlung zu prüfen, ob die für die Inanspruchnahme dieser Dienste erforderlichen Komponenten diesen Märkten zugerechnet werden können. Die Nutzung eines VoIP-Dienstes setzt in der Regel

- ein Breitbandanschlussprodukt[27],
- einen Internetzugangsdienst
- sowie die Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters voraus.

Diese Komponenten können sowohl von einem Anbieter gebündelt bezogen werden, als auch aus unterschiedlichen Angeboten verschiedener Anbieter kombiniert werden, sofern die jeweiligen Produkte separat angeboten werden.

Breitbandanschlussprodukte

Breitbandanschlüsse sind physische (oder logische) Verbindungen, mit denen der Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Endkunden (Teilnehmers) mit den Hauptverteilerknoten oder einer gleichwertigen Einrichtung in öffentlich zugänglichen Telekommunikationsnetzen verbunden wird. Die Anschlussbandbreite sowohl up- als auch downstream sollte größer als 128 kbit/s sein, um Hochgeschwindigkeitsverbindungen zu ermöglichen. Breitbandanschlüsse können xDSL-Anschlüsse, Internet-Festverbindungen, ATM-Anschlüsse, Glasfaseranschlüsse, rückkanalfähige Anschlüsse über das hybride Fibre-Coaxial (HFC) Netz (Kabelanschlüsse[28]), Satelliten-Anschlüsse, Powerline-Anschlüsse sowie drahtlose Anschlüsse (z.B. wireless local loop (WLL) oder WIMAX) sein. Breitbandanschlüsse können kombiniert mit Breitbanddiensten oder separat angeboten werden. Ca. 97 % der Breitbandanschlüsse in Deutschland basieren auf der DSL-Technik. Alternative Anschlusstechniken (nicht auf xDSL basierend) spielen in Deutschland nach wie vor nur eine geringe Rolle. Nach der Marktdatenabfrage für den Jahresbericht 2004 basieren etwas mehr als 3 % der Anschlüsse auf alternativen Technologien. Sofern daher in dieser Untersuchung und insbesondere in der Marktabgrenzung in Kapitel G überwiegend von DSL-Anschlüssen ausgegangen wird, stehen diese stellvertretend für Breitbandanschlüsse insgesamt.

DSL (digital subscriber line, deutsch: „Digitaler Teilnehmeranschluss“) bezeichnet verschiedene Techniken, um eine breitbandige digitale Verbindung über ein Telefonanschlussnetz herzustellen. DSL-Techniken erhöhen die Übertragungskapazität der aus Kupferdoppeladern bestehenden Anschlussleitungen des Telefonnetzes mit einem geeigneten Modulationsverfahren. Der breitbandige Datenverkehr wird (sofern notwendig) mittels eines Splitters vom schmalbandigen Verkehr getrennt und ins breitbandige paketvermittelte Netz überführt.

Die Datenübertragung ist bei DSL-Anschlüssen schneller als bei schmalbandigen Anschlüssen. Die Bandbreite der angebotenen ADSL-Anschlüsse lag 2004 im Durchschnitt bei ca. 2 Mbit/s downstream, jene für SDSL-Anschlüsse erreicht ca. 1,5 Mbit/s.

Internetzugangsdienste

Unter Internetzugangsdiensten sind Leistungen zu verstehen, die Zugang zum Internet (einschließlich Konnektivität) umfassen und die telekommunikationstechnische Voraussetzung für

[27] Einzelne VoIP-Dienste können auch mit einem Schmalbandanschluss genutzt werden. Breitbandanschlussprodukte stellen jedoch den Regelfall dar.

[28] Kabelnetzbetreiber, die Telefondienste anbieten, nutzen in der Regel IP-Technologie. Ob dies jedoch tatsächlich bei allen Anbietern der Fall ist, ist der Regulierungsbehörde nicht bekannt. Dies wird sich bei späteren Markterhebungen klären lassen. Für diese Marktanalyse, bei der für VoIP noch keine Datenerhebung erfolgte, kann diese Frage zunächst unbeantwortet bleiben. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die von Kabelnetzbetreibern gegebenenfalls angebotenen Analog- oder ISDN-Anschlüsse bzw. die darüber erbrachten Verbindungen ohnehin den hier relevanten Märkten zuzuordnen sind.

die Nutzung von weiteren Diensten schaffen. Der Zugang kann auf Basis analoger oder digitaler Telefonanschlüsse (schmalbandig) oder auf Basis von Breitbandanschlüssen (breitbandig) erfolgen. Unter schmalbandigen Internetzugangsdiensten werden alle Internetzugangsdienste verstanden, die auf schmalbandigen Anschlüssen (analog oder ISDN) aufsetzen. Breitbandige Internetzugangsdienste basieren auf breitbandigen Anschlüssen, die eine Bandbreite von größer als 128 kbit/s ermöglichen.

Internetzugangsdienste sind der bislang bedeutendste Breitbanddienst und Voraussetzung für die Nutzung der meisten derzeit am Markt tätigen VoIP-Dienste. Es ist jedoch auch möglich, VoIP-Dienste anzubieten, die keinen gesonderten Internetzugang voraussetzen, zum Beispiel, weil für den VoIP-Dienst eine eigene PPPoE-Verbindung[29] über den DSL-Anschluss aufgebaut wird.

Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters

Die meisten VoIP-Dienste erfordern einen separaten Nutzungsvertrag mit dem jeweiligen Diensteanbieter. Lediglich in einigen Fällen, in denen der VoIP-Dienst gemeinsam mit anderen Produkten vertrieben wird, ist dies nicht der Fall, da der Dienst automatisch mit bereitgestellt und somit Bestandteil des Vertrages insgesamt wird.

Die erforderliche Beauftragung ist meist kostenlos und eher mit einer Freischaltung, wie man sie etwa auch bei der Betreibervorauswahl hat, zu vergleichen. Sofern ein monatlicher Grundtarif erhoben wird, stehen diesem in der Regel eine entsprechende Gegenleistung in Form von Minutenpaketen oder vergünstigten Verbindungsentgelten gegenüber[30].

2. Märkte Nr. 3 bis Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung

Bei den vorliegenden Verbindungsleistungen im öffentlichen Telefonnetz werden Ortsverbindungen, Nahverbindungen, Fernverbindungen und Auslandsverbindungen für Endkunden erfasst. Telefonverbindungen, die einen Mobilfunkteilnehmer als Anrufziel haben, sind nicht berücksichtigt[31].

Als Ortsverbindungen gelten diejenigen Verbindungen, die unter derselben Ortsnetzkennzahl zu erreichen sind. Im Unterschied dazu gehen Nahverbindungen zwar über den Bereich der Ortsnetzkennzahl hinaus, liegen aber innerhalb eines 20-km-Radius des Ortsnetzes oder werden wie Ortsverbindungen tarifiert. Eine gesonderte Tarifierung von Nahverbindungen wird von 12 Wettbewerbern angeboten, darunter auch von der Deutschen Telekom AG, T-Com[32]. Alle darüber hinausgehenden nationalen Verbindungen werden den Fernverbindungen zugerechnet.

Verbindungsleistungen können den Endkunden vom Teilnehmernetzbetreiber über den Telefonanschluss oder von Verbindungsnetzbetreibern über Call-by-Call[33] oder Preselection[34] angeboten werden. Wiederverkäufer kaufen Telefonminuten bei Netzbetreibern ein und vermarkten diese unter eigenem Namen und auf eigene Rechnung.[35] Verbindungsleistungen können den Endkunden ferner im Rahmen von VoIP-Diensten angeboten werden. Inwieweit diese Verbindungen den hier relevanten Verbindungsmärkten zuzuordnen sind, wird im Rahmen der Markt-

[29] PPPoE = Point-to-Point Protocol over Ethernet; allerdings ist davon auszugehen, dass DSL-Anschlüsse derzeit überwiegend kombiniert mit Internetzugangsdiensten genutzt werden. Gleichwohl können derartige Dienste für Kunden interessant sein, weil das durch den VoIP-Dienst in Anspruch genommene Datenvolumen bzw. die Online-Zeit nicht berechnet wird.
[30] Vgl. hierzu auch Anhang 7.
[31] Vgl. Kapitel H.I.2.b.(2) bzw. H.I.3.a.(1).
[32] Im Folgenden DT AG, T-Com.
[33] Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren.
[34] Betreibervorauswahl.
[35] Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Tätigkeitsbericht 2002/2003, Bonn 2003, S. 4.

definition in Kapitel G untersucht. Dort ist auch zu klären, inwieweit Verbindungen von bzw. zu Nationalen Teilnehmerrufnummern (NTR) aus der Gasse (0)32[36] einzubeziehen sind.

Preselection bezeichnet die automatische Wahl eines Anbieters beim Endkunden, der weiterhin an das Teilnehmernetz eines anderen Betreibers angeschlossen ist. Ermöglicht wird dies durch die dauerhafte Voreinstellung der entsprechenden Anbieterkennzahl in der Ortsvermittlungsstelle des Teilnehmernetzbetreibers. Die Wahl der Kennzahl entfällt somit für Anrufe über den voreingestellten Anbieter.

Call-by-Call bezeichnet die Bereitstellung einer Verbindungsleistung ohne Anschluss und ohne dauerhafte Vertragsbeziehung durch Verbindungsnetzbetreiber oder Wiederverkäufer. Call-by-Call ermöglicht dem Endkunden, für jedes Telefonat die jeweils günstigste Tarifart des jeweils günstigsten Anbieters auszuwählen. Zu diesem Zweck wird bei jeder Telefonverbindung der Rufnummer des gewünschten Teilnehmers eine Anbieterkennzahl vorangestellt. Call-by-Call umfasst die beiden Varianten „Call-by-Call mit Anmeldung" und „offenes (echtes) Call-by-Call".

Bei Call-by-Call mit Anmeldung muss sich der Teilnehmer vorher beim Anbieter registrieren lassen, um dessen Dienste in Anspruch nehmen zu können. Dadurch sind Sonderrabatte möglich. Das Inkasso wird vom jeweiligen Anbieter übernommen. Diese Form ist häufig an einen Mindestumsatz gebunden. Beim offenen Call-by-Call ist eine Anmeldung nicht erforderlich. Das Inkasso verbleibt beim Teilnehmernetzbetreiber.

Die Anbieter bieten den Kunden häufig auch mehrere einzelne Leistungen in einem Rahmenvertrag als Paket an. Dabei gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungs- und Tarifmodelle. Grundsätzlich kann man zwei Vertragsarten unterscheiden, die dem Endkunden zur Verfügung stehen: Zum einen Verträge für Verbindungsleistungen im Zusammenhang mit der Anmietung eines Festnetzanschlusses (Direktanschluss) und zum anderen Verträge für Verbindungsleistungen mit Betreibervorauswahl (Preselection).

Bei einem **Paket mit Direktanschluss** erhält der Endkunde den Anschluss und die Verbindungsleistungen von einem Anbieter (Teilnehmernetzbetreiber). Die Nutzungsbedingungen sind in einem Rahmenvertrag geregelt. Häufig sehen diese Verträge Zusatzleistungen wie kostenlose Einzelabrechnung und Voice Box[37] vor. Die Möglichkeit zu Call-by-Call und Preselection über andere Anbieter kann eingeschränkt sein.[38]

Der monatliche Grundtarif staffelt sich i.d.R. nach Anschlussarten. Bei den Verbindungspreisen gibt es neben den Standardtarifen häufig die Möglichkeit, gegen einen Aufpreis auf den monatlichen Grundtarif günstigere Tarife für bestimmte Verbindungen (wobei der Umfang der Verbindungsarten je nach Tarif unterschiedlich ist), eine bessere Taktung (meist sekundengenaue Abrechnung) der Verbindungen, eine bestimmte Anzahl an Freiminuten oder teilweise auch kostenlose Verbindungen an Wochenenden und Feiertagen zu erhalten. Zum Teil können damit auch besondere Bedingungen für die Internet-Nutzung verbunden sein. Dabei sind die monatlich zu zahlenden Grundpreise um so höher, je günstiger die Verbindungsleistungen oder je besser die Taktungen bzw. je mehr freie Verbindungsminuten möglich sind. Ferner können

[36] NTR sind gemäß den Regeln für die Zuteilung von Nationalen Teilnehmerrufnummern, veröffentlicht im Amtsblatt der Reg TP 23/2004 vom 24.11.2004, Rufnummern für Teilnehmer an Diensten, die den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ermöglichen. Der Teilnehmer ist dabei örtlich nicht an einen bestimmten Standort gebunden, muss aber einen Wohnsitz bzw. Firmenstandort in Deutschland haben.

[37] Netzinterner Anrufbeantworter.

[38] Dies gilt allerdings nicht für Angebote der DT AG, T-Com, die gemäß § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG-alt wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung verpflichtet ist, in ihren Netzen sicherzustellen, dass jeder Nutzer die Möglichkeit hat, vermittelte Telekommunikationsdienstleistungen aller unmittelbar zusammengeschalteten Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen auszuwählen, und zwar sowohl durch Call-by-Call als auch durch Preselection. Diese Möglichkeit ist im neuen TKG in § 40 Abs. 1 ebenfalls vorgesehen für Unternehmen, die bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden.

auch Rabattsysteme nach der Höhe des Umsatzes, die Wahl verschiedener Tarifoptionen je nach Telefonierverhalten oder kostenloses netzinternes Telefonieren Bestandteil des Vertrages sein.

Anbieter von Direktanschlüssen kombinieren bisweilen das Angebot der Sprachtelefonie mit sprachtelefonie-fremden Produkten (z.B. Internet-, Fernsehkabel- oder Stromanschluss). Diese Leistungen werden zumeist von verbundenen Unternehmen aus der Kabelnetz- oder Energiebranche bereitgestellt und sind als Kombinationsangebote günstiger als die Summe der Einzelleistungen.

Bei **Preselection-Angeboten** gibt es eine dauerhafte Vertragsbeziehung mit dem Anbieter, in der Vereinbarungen über Tarife für verschiedene Leistungsarten festgelegt werden. Der Telefonanschluss gehört jedoch nicht zum Leistungsumfang. Die Möglichkeit zu Call-by-Call über andere Anbieter bleibt im Allgemeinen weiter verfügbar. Das Inkasso bezüglich der Verbindungsleistungen liegt beim Preselection-Anbieter, während das Inkasso hinsichtlich des Telefonanschlusses beim Teilnehmernetzbetreiber verbleibt. Auch im Preselection-Bereich stehen den Kunden verschiedene Rahmenverträge mit unterschiedlichen Bedingungen zur Verfügung, wie sie bereits oben beschrieben wurden (allerdings ohne Anschlussmerkmale). Teilweise sind auch Verbindungen zu anderen Kunden, die einen Preselection-Vertrag mit demselben Anbieter abgeschlossen haben, kostenlos.

Nennenswerte **VoIP-Dienste** waren im ursprünglichen Untersuchungszeitraum 2001 bis Juni 2003 nicht am Markt. Da mittlerweile jedoch zahlreiche VoIP-Dienste in Deutschland tätig sind, werden sie vorliegend grundsätzlich in die Untersuchung einbezogen.[39]

Dabei ist zwischen Diensten, bei denen lediglich netzintern IP-Technologie verwendet wird, und Diensten, die bereits vom Endkunden IP-basiert genutzt werden, zu unterscheiden: Zwar werden von der hier zugrundegelegten (vgl. Fußnote 16), relativ weiten Definition von VoIP grundsätzlich auch Dienste umfasst, die nur teilweise über paketvermittelte Netze übermittelt werden. Dazu gehören Dienste bzw. einzelne Verbindungen, die lediglich netzintern, vom Nutzer unbemerkt, paketvermittelt übermittelt werden. Gerade im Bereich der Auslandsverbindungen und dort speziell bei Interkontinentalverbindungen ist dies häufig der Fall. Solche Dienste bzw. Verbindungen werden ohne Bezugnahme auf VoIP bzw. die genutzte IP-Technologie vermarktet. Dasselbe gilt für die Dienste einzelner Verbindungsnetzbetreiber, deren Verbindungsnetz vollständig IP-basiert aufgebaut ist. Derartige Verbindungen werden von der hier vorliegenden Untersuchung bereits ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die zugrundeliegende Technologie berücksichtigt, etwa weil die von den entsprechenden Verbindungsnetzbetreibern erzielten Umsätze bzw. Verbindungsminuten in die Berechnungen eingeflossen sind. Gleiches gilt für Verbindungen, die teilweise durch die Nutzung IP-basierter Netze hergestellt werden. Derartige Verbindungen werden nicht anders behandelt als vollständig über das PSTN[40] realisierte Verbindungen und sind in den hier erfolgten Berechnungen enthalten.

Im Gegensatz zu dieser netzinternen Nutzung der IP-Technologie, die sich schon seit mehreren Jahren immer weiter ausbreitet, werden als VoIP-Dienste bezeichnete Angebote erst seit etwa 2004 auf dem Massenmarkt angeboten, wenngleich spezielle Angebote für Großkunden bereits früher existierten. Diese VoIP-Dienste werden dadurch charakterisiert, dass sie ihren Nutzern ermöglichen, auf der Basis eines paketvermittelten Datennetzes zu telefonieren. Dabei kann es sich um das Internet oder um gemanagte IP-Netze handeln. Sie unterscheiden sich von den soeben geschilderten Diensten dadurch, dass bereits der Nutzer den Dienst über IP-basierte

[39] Die DT AG sieht in ihrer zweiten Stellungnahme hingegen keine Veränderung der heutigen Marktlage gegenüber dem Untersuchungszeitraum. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur wird dies bereits durch die Vielzahl neuer Anbieter widerlegt, wie in der nachfolgenden Darstellung der Dienste ausführlich dargelegt wird.
[40] PSTN = Public Switched Telephone Network.

Endgeräte[41] in Anspruch nimmt. VoIP in diesem engeren Sinne liegt somit vor, wenn die Übertragung des Gesprächs bereits ausgehend von den Telekommunikationsendeinrichtungen des Teilnehmers nur auf der Grundlage von Internet-Protokollen erfolgen kann. Sofern in dieser Untersuchung im Folgenden von VoIP-Diensten die Rede ist, sind dabei nur diese Dienste gemeint.

Es lassen sich zunächst zwei Varianten unterscheiden.

1. Dienste, die neben Verbindungen innerhalb der genutzten IP-Netze auch einen Netzzugang ins PSTN gewährleisten und somit Verbindungen in nationale und internationale Fest- und Mobilfunknetze[42] im Sinne einer Any-to-Any-Verbindung ermöglichen.

2. Dienste, bei denen lediglich netz- bzw. dienstinterne Gespräche geführt werden können. Kunden dieser Dienste können also nur untereinander kommunizieren. Sonstige nationale bzw. internationale Verbindungen sind nicht möglich. Die bekanntesten Beispiele hierfür sind die Dienste Skype[43] und FreeWorld Dialup.

Es gibt somit eine klare Trennlinie zwischen den Diensten dieser beiden Kategorien. Den Diensten der zweiten Kategorie, die meist als Peer-to-Peer-Dienste bezeichnet werden, fehlt das wesentliche Merkmal der hier relevanten Märkte, nämlich die Möglichkeit, über den Zugang ins PSTN unbeschränkt Inlands- bzw. Auslandsgesprächen zu führen. VoIP-Dienste dieser Kategorie können daher im Rahmen dieser Untersuchung nicht berücksichtigt werden.[44]

Die somit zu berücksichtigenden Dienste der Kategorie 1 sind grundsätzlich sehr vielfältig. Neben hoch professionellen Angeboten, die ausschließlich an Großkunden gerichtet werden, existieren relativ simple Dienste, die den Massenmarkt ansprechen sollen. Dazwischen gibt es eine große Bandbreite weiterer Dienste. Trotz der unterschiedlichen Vermarktungsformen haben die unterschiedlichen Dienste, bezogen auf die in den Märkten 3 bis 6 relevanten Verbindungen, gewisse Grundprinzipien gemeinsam: Sie ermöglichen Endkunden, auf der Basis eines paketvermittelten Datennetzes zu telefonieren. Allen Diensten gemein ist die Möglichkeit, abgehende Gespräche in nationale und internationale Festnetze, aber auch netzinterne Gespräche innerhalb der genutzten IP-Netze zu führen.

Den Kunden wird in der Regel eine Rufnummer zugeteilt. Dabei handelt es sich überwiegend um Ortsnetzrufnummern. Zukünftig ist jedoch auch die Verwendung von NTR aus der Gasse (0)32 denkbar, die unter anderem für VoIP-Dienste eingerichtet wurde. Einige Diensteanbieter teilen ihren Kunden keine Nummer zu. Das bedeutet, dass diese Dienste nur abgehende Verbindungen ermöglichen. Da die Märkte 3 bis 6 aber lediglich abgehende Verbindungen umfassen, ist eine diesbezügliche Differenzierung nicht erforderlich.

Im Gegensatz zu früheren, rein softwarebasierten VoIP-Angeboten, die einen eingeschalteten PC voraussetzten, sind die heutigen Angebote deutlich komfortabler in der Nutzung. Es können sowohl IP-Telefone als auch herkömmliche Telefone mittels Adapter unabhängig von einem eingeschalteten PC genutzt werden. Durch neue Hardware-Lösungen ist die gleichzeitige Nutzung von VoIP-Dienst und herkömmlichem Festnetzanschluss möglich. Der Erwerb spezieller Endgeräte bzw. Adapter wird von vielen Anbietern ermöglicht.

---

[41] Möglich sind insbesondere IP-Telefone oder IP-Telefonanlagen, Adapter (ATA, bzw. DSL-Router), an die herkömmliche analoge oder ISDN-Endgeräte angeschlossen werden können. Ferner besteht die Möglichkeit ein Softphone mit Headset oder USB-Telefonhörer zu nutzen; Ein Softphone ist eine Software-Anwendung und hat den Nachteil, dass der PC ständig eingeschaltet bleiben muss, um erreichbar zu sein.

[42] Verbindungen in Mobilfunknetze sind nicht Bestandteil der hier relevanten Märkte und werden daher im Folgenden in der Regel nicht ausdrücklich erwähnt. Vgl. dazu Kapitel H.I.2.b.(2) bzw. H.I.3.a.(1).

[43] Ausgenommen sind Produkte wie SkypeOut, die den Zugang ins PSTN ermöglichen und daher grundsätzlich der ersten Kategorie zuzurechnen sind.

[44] Zukünftige Marktanalysen werden sich auch mit der Frage auseinandersetzen, inwieweit zwischen derartigen Peer-to-Peer-Diensten und sonstigen Telefondiensten Substitutionsbeziehungen bestehen können.

Bei den bereits angesprochenen unterschiedlichen Vermarktungsformen lassen sich die nachfolgend dargestellten Kategorien bilden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich diese Übersicht lediglich auf Dienste bezieht, die überwiegend den Massenmarkt ansprechen. Darüber hinaus gibt es zahlreiche individualisierte Angebote für Großkunden, wie z.B. Unternehmen und Organisationen[45]. Die Marktübersicht ist hier komplizierter als im Bereich des Massenmarktes, da es sich häufig um individuelle Vereinbarungen und Lösungen handelt, die Tarif- und Angebotsvergleiche erschweren. Die Untersuchung von VoIP in dieser Marktanalyse orientiert sich daher, insbesondere wenn es um die Darstellung konkreter Beispiele geht, überwiegend an AGB- bzw. Standardprodukten des Massenmarktes, da eine Auflistung einer Vielzahl individueller Vereinbarungen nicht möglich ist.

1. Infrastrukturbasierte Anbieter bieten VoIP-Dienste gemeinsam mit einem Breitbandanschluss sowie einem Internetzugang an. Hierzu zählen beispielsweise die Anbieter broadnet und QSC. Beide sind Betreiber von Telekommunikationsnetzen und zählten in Deutschland zu den ersten Anbietern von VoIP-Diensten, die auch als Standardprodukte an den Massenmarkt gerichtet worden sind. Vergleichbare Angebote gibt es auch von einzelnen Kabelnetzbetreibern[46]. So bieten etwa die ewt GmbH, die ish GmbH & Co. KG (im Folgenden ish) oder die NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH (im Folgenden NetCologne) regional begrenzt entsprechende Angebote an. VoIP-Kunden dieser Unternehmen benötigen im Prinzip keinen traditionellen Telefonanschluss mehr[47]. Anbieter dieser Kategorie streben somit einen vollständigen Ersatz des traditionellen Telefonanschlusses an. Konsequenterweise erhalten Kunden eine eigene geographische Rufnummer bzw. können Rufnummern von bestehenden Anschlüssen portieren.

2. Internet-Service-Provider bieten VoIP-Dienste in Kombination mit einem Breitbandanschluss und einem Internetzugang an. Hierzu zählen Anbieter wie die 1&1 Internet AG (im Folgenden 1&1) und einzelne Dienste der freenet.de AG (im Folgenden freenet). Der Breitbandanschluss basiert zumindest bei den genannten Anbietern auf dem T-DSL-Resale-Produkt und nicht auf eigener Infrastruktur. Da der Kunde vertraglich bedingt weiterhin einen Telefonanschluss abnehmen muss, kann kein vollständiger Ersatz desselben erreicht werden. Der Kunde erhält vielmehr einen zusätzlichen Telefondienst.

3. Internet-Service-Provider bieten VoIP-Dienste zusammen mit einem Internetzugang an. Hierzu zählen etwa die T-Online International AG (im Folgenden T-Online) oder die Tiscali GmbH (im Folgenden Tiscali). Die Inanspruchnahme dieser Dienste setzen einen DSL-Anschluss der DT AG voraus.

4. Internet-Service-Provider bieten VoIP-Dienste separat an. Anbieter wie freenet oder die WEB.DE AG (im Folgenden WEB.DE) ermöglichen zwar die Kombination mit eigenen Breitbandanschlüssen und Internetzugangsdiensten, bieten die VoIP-Dienste aber auch anderen Kunden an. Voraussetzung für die Nutzung ist lediglich ein Breitbandanschluss sowie ein Internetzugang eines beliebigen Anbieters.

[45] So bieten beispielsweise die ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG, die i-21 Germany GmbH, die Telefónica Deutschland GmbH sowie die toplink-plannet GmbH, aber auch die in Kategorie 1 enthaltenen Unternehmen broadnet mediascape communications AG (im Folgenden broadnet) und QSC AG (im Folgenden QSC) entsprechende Produkte an.
[46] Vgl. hierzu aber Fußnote 28.
[47] Ob der Kunde seinen bestehenden Telefonanschluss tatsächlich kündigt, bleibt ihm selbst überlassen. Es gibt VoIP-Anbieter, die keine Notrufmöglichkeiten bereitstellen und ihren Kunden deshalb raten, den Anschluss nur dann zu kündigen, wenn sie über einen Mobilfunkanschluss verfügen.

5. Diensteanbieter bieten VoIP-Dienste ebenfalls separat an[48]. Hierzu zählen beispielsweise die Dienste „Nikotel“ von der econo Deutschland GmbH (im Folgenden econo) oder „Sipgate“ von der Indigo Networks GmbH (im Folgenden Indigo Networks bzw. Sipgate). Die eigentlichen Dienste sind letztlich identisch mit den Diensten der 4. Kategorie. Sie unterscheiden sich lediglich dadurch, dass es sich bei den Anbietern der 4. Kategorie um Internet-Service-Provider handelt, während die Anbieter der Kategorie 5 sonstige Diensteanbieter sind.

Eine Kategorisierung ist demnach nicht ohne Überschneidungen möglich. Darüber hinaus werden einerseits Dienste betrachtet, die auf eine vollständige Substitution des klassischen Telefondienstes abzielen, und andererseits Dienste, die einen reinen Zusatzdienst zum klassischen Telefondienst darstellen. Dies wirkt sich auf diese Untersuchung jedoch letztlich nicht aus, da es in den Märkten 3 bis 6 lediglich um Verbindungen geht. Unterschiedliche Geschäftsmodelle spielen bezogen auf Verbindungen auch im traditionellen Telefondienst eine untergeordnete Rolle und werden auch dort nebeneinander betrachtet (so handelt es sich bei den Diensten der Call-by-Call- oder Preselection-Anbieter ebenfalls um Zusatzdienste). Eine Kategorisierung dient hier in erster Linie dem besseren Verständnis dieser Produkte. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich VoIP-Dienste derzeit am Markt erstmals entwickeln und noch nicht absehbar ist, inwieweit sich bestehende und zukünftige Geschäftsmodelle im Einzelnen als nachhaltig existenzfähig erweisen werden.

Insbesondere solche Dienste, die nicht an einen bestimmten Anschluss gebunden sind, sind in der Regel weltweit von jedem Breitbandanschluss aus nutzbar (sog. nomadische Nutzung). Auch wenn nicht alle Anbieter die nomadische Nutzung ermöglichen, stellt sie gleichwohl eines der oft genannten Zusatzmerkmale von VoIP dar. Sie verdeutlicht die Trennung von Dienst und Anschluss, die in paketvermittelten Netzen im Gegensatz zu leitungsvermittelten Netzen ermöglicht wird. Da ein Anbieter seinen Dienst anbieten kann, ohne auch selbst Anbieter des Anschlusses zu sein, kann der Dienst unabhängig von einem bestimmten Anschluss im Sinne eines Netzabschlusspunktes genutzt werden. Der Anschluss muss lediglich gewisse Voraussetzungen, wie z.B. die Breitbandigkeit erfüllen.

Die Tarifstruktur der hier zu berücksichtigenden VoIP-Dienste lässt sich wie folgt beschreiben:

Die Verbindungsentgelte orientieren sich derzeit stark an den Call-by-Call- bzw. Preselection-Tarifen. Orts- und Ferngespräche kosten häufig 0,01 €/Minute (so z.B. bei den bereits genannten Anbietern 1&1, broadnet und freenet). Ein wesentliches Tarifmerkmal liegt darin, dass netz- bzw. dienstinterne Verbindungen in der Regel kostenlos sind. Derartige Tarifmodelle sind in letzter Zeit auch bei traditionellen Telefonanbietern häufiger zu beobachten. Teilweise sind auch Verbindungen zu Kooperationspartnern kostenlos (so kooperieren bspw. die Anbieter freenet, Indigo Networks und WEB.DE). Einige Dienste verlangen die Vorauszahlung der Entgelte. In anderen Fällen, in denen ein monatlicher Grundtarif erhoben wird, stehen diesem eine entsprechende Gegenleistung in Form von Minutenpaketen oder vergünstigten Verbindungsentgelten gegenüber.[49]

[48] Darüber hinaus existieren eine Vielzahl internationaler Anbieter im Internet. Es ist derzeit nicht möglich zu bestimmen, wie viele dieser Anbieter deutschen Endkunden Dienste anbieten, da theoretisch jeder Anbieter weltweit VoIP-Dienste über das Internet gegenüber deutschen Endkunden erbringen kann. Allerdings ist kein Anbieter bekannt, der seine Dienste aktiv in Deutschland bewirbt. Insofern wurden diese Dienste bei der Kategorisierung sowie den Übersichten nicht weiter berücksichtigt. Bei zukünftigen Marktanalysen wird dieser Bereich erforderlichenfalls eingehender untersucht.

[49] Vgl. hierzu auch Anhang65.

Da für die Nutzung eines VoIP-Dienstes meist ein Internetzugangsdienst erforderlich ist, fallen hierfür, abhängig vom jeweiligen Tarif des Kunden, weitere Kosten für den Datenverkehr[50] an, die an den Internetzugangsanbieter zu entrichten sind. Hat der Kunde eine Flatrate, fallen keine zusätzlichen Kosten an. Verfügt der Kunde über einen Volumen- oder Zeittarif, also eine gewisse Datenmenge (z.B. 5 GB) oder gewisse Zeit (z.B. 30 h) pro Monat, fallen nur dann zusätzliche Kosten an, wenn der Kunde sein Daten- oder Zeitkontingent überschreitet.

3. Sprachorientierte Systemlösungen

Bei den so genannten „sprachorientierten Systemlösungen“[51] handelt es sich um Angebote von Unternehmen, die sich zumeist an bestimmte Kundengruppen richten. Diese Angebote sind überwiegend dadurch gekennzeichnet, dass das jeweilige Produkt ein auf den Kunden individuell ausgelegtes Bündel verschiedener Leistungen beinhaltet. Bei diesen Leistungen handelt es sich hauptsächlich um die hier relevanten Teilnehmeranschlüsse und Verbindungsleistungen.

Sprachorientierte Systemlösungen werden vor allem auch von der DT AG angeboten. Als Wettbewerber treten hier nach Auffassung der DT AG sowohl größere Anbieter als auch vor allem diverse City-Carrier auf. Dies konnte allerdings durch die im Auskunftsersuchen gewonnenen Erkenntnisse nur zum Teil bestätigt werden. Darin haben nämlich nur einige City-Carrier angegeben, sprachorientierte Systemlösungen generell oder in Ausnahmefällen für kommunale Kunden anzubieten. Allerdings haben diese Unternehmen keinerlei Beschreibung der von ihnen angegebenen Produkte angeführt.

Im Rahmen der nationalen Konsultation haben insbesondere Arcor und BT aufgezeigt, dass sie zwar keine sprachorientierten Systemlösungen anböten, aber dennoch im Rahmen der öffentlichen Zugangs- und Verbindungsleistungen Leistungen für Unternehmen anböten, die denen der T-VPN-Verträge der DT AG vergleichbar seien. Ihrer Auffassung nach gehören diese Leistungen den hier untersuchten Märkten an. Der Begriff „sprachorientierte Systemlösungen“ sei lediglich ein Etikett der DT AG für eine mit den vorliegenden Zugangs- und Verbindungsleistungen substituierbare Leistung.

Da die Leistungen aus Verträgen mit Großkunden von den übrigen Unternehmen als den Leistungen der vorliegenden Märkte zugehörig angesehen wird, erfolgt eine detailliertere Beschreibung der sprachorientierten Systemlösungen insbesondere anhand der Angaben der DT AG, die sprachorientierte Systemlösungen als einen eigenen Markt ansieht.[52]

Sprachorientierte Systemlösungen der DT AG sind Angebote an größere Kunden. Diese Angebote richteten sich nach dem Verständnis der DT AG an so genannte geschlossene Benutzergruppen; dabei handelte es sich u.a. um Unternehmen oder Organisationen, die einen oder mehrere Standorte haben. Ein Vertrag betrifft z.B. alle Kommunen in Baden-Württemberg. Sprachorientierte Systemlösungen dienten dazu, die Sprachkommunikation zwischen diesen Standorten als auch die Kommunikation mit Nichtmitgliedern der geschlossenen Benutzergruppen zu ermöglichen. Auch richtet sich das heutige Angebot – zumindest aus Sicht der DT AG – weiterhin an vergleichbare Kundengruppen.

Die vorgelegten Verträge beinhalten als Basisleistungen die üblichen Zugangs- und Verbindungsleistungen. [...]. Ferner können auch Zusatzleistungen bezogen werden. [...]

---

[50] Das Datenvolumen ist abhängig vom Anbieter und dem genutzten Codec (Ein Codec ist ein Verfahren, das aus einem Codierer und einem Decodierer besteht und analoge in digitale Signale umwandelt sowie digitale in analoge Signale).
[51] Zur rechtlichen Einordnung s.u.
[52] Als Grundlage dienen allgemeine Informationen der DT AG sowie einige von ihr ausgewählte Verträge.

In den hier bekannten Verträgen gibt es [...] unterschiedliche Abrechnungsmodelle. [...]

[...]

Die vorgelegten Verträge umfassen Leistungen der Sprachkommunikation und sind daher zu unterscheiden von den Verträgen über Datenkommunikation bzw. über virtuelle private Netze, die Unternehmen für Datenkommunikation zur Verfügung gestellt werden. Auch handelt es sich nicht um so genannte Telekom Designed Network-Verträge, die im Rahmen der Marktdefinition und –analyse zu den Märkten Nr. 7, Nr. 13 und Nr. 14 der Märkte-Empfehlung betrachtet werden und deren Vertragsinhalt hauptsächlich Übertragungswege bzw. Mietleitungen sind.

Eine interessierte Partei hat vorgebracht, dass auch TDN-Verträge berücksichtigt werden müssten. Aus verschiedenen Verfahren sei bekannt, dass die DT AG im Rahmen von TDN-Verträgen auch Sprachverbindungen und Telefonanschlüsse anbiete. Dies erwecke den Eindruck des „Bestandsschutzes“.

Diese Behauptung ist unbegründet. Die DT AG hat versichert, dass dies nur anfänglich der Fall gewesen sei. Inzwischen würden Verträge über sprachorientierte Systemlösungen nur noch als T-VPN-Verträge vertrieben. Dies habe man auch in den entsprechenden Verfahren bereits vorgebracht. Auch die der Bundesnetzagentur vorliegenden Verträge zeigen, [...].

Des Weiteren handelt es sich bei diesen Angeboten nicht um globale Lösungen, die internationale Carrier multinationalen Großabnehmern anbieten.[53] [...]

[53] Vgl. Leitlinien, Fußnote 58, S. 28.

C. Gang der Ermittlungen

I. Zur Aufklärung des Sachverhaltes wurde mit Schreiben vom 11.11.2003 an 63 Unternehmen ein formelles Auskunftsersuchen gemäß § 72 Absatz 1 Nr. 1 des TKG-alt i. V. m. der Rahmenrichtlinie, insbesondere Artikel 5, 14 bis 16 (richtlinienkonforme Auslegung) mit Frist bis zum 07.01.2004 gesandt.

Bei der Auswahl der adressierten Unternehmen fanden diejenigen Berücksichtigung, die im Rahmen der beiden letzten Auskunftsersuchen für den Bereich Sprachtelefondienst (Ausland und Optionstarife) befragt wurden. Ergänzt wurde die Liste der potenziellen Anbieter von Zugangs- und Verbindungsleistungen auf dem Endkundenmarkt um die Unternehmen 01058 Telecom GmbH, 01081 Telecom AG, Telecommunication Holding E.T.H. Aktiengesellschaft, MEGA Satellitenfernsehen GmbH und weitere 6 Unternehmen (HU-KOM, pulsaar, tnp, jetz!, Chem Tel und Hansacom) des TROPOLYS-Verbundes, die bisher nicht befragt wurden. Um sicherzustellen, dass die erfassten Unternehmen mindestens 95 % des Marktes darstellen bzw. dass alle für die Einzelsegmente relevanten Unternehmen erfasst werden, wurden darüber hinaus weitere 13 Unternehmen in die Adressenliste aufgenommen.

Zwischenzeitliche Änderungen ergaben sich bei der BT Ignite GmbH & Co. oHG, die nun unter dem Namen BT (Germany) GmbH & Co. oHG auftritt, und bei der Mobilcom City Line GmbH, die zur Freenet Cityline GmbH umfirmiert wurde. Die oneVoice Communications GmbH übernahm die TelDaFax Newline GmbH und firmiert künftig unter dem Namen „TelDaFax GmbH“. Die TelDaFax Newline GmbH blieb allerdings als eigenständiges Unternehmen bestehen. Zusätzliche Namensänderungen ergaben sich bei den folgenden Unternehmen: Hutchison Telecom GmbH firmiert seit dem 01.01.2004 als The Phone House. Seit dem 01.01.2004 gehört tesion zum Versatel-Konzern und tritt unter dem Namen Versatel-Süddeutschland auf. Ebenfalls zum Versatel-Konzern gehört seit April 2004 Kom Tel, die unter dem Namen Versatel-Norddeutschland auftritt.

Der Inhalt des Fragebogens lässt sich wie folgt beschreiben:

Die im ersten Teil des Auskunftsersuchens enthaltenen Fragen (Fragen 1 bis 10) beziehen sich allgemein auf das Angebot von Zugangs- und Verbindungsleistungen, eine etwaige Differenzierung des Angebotes in geographischer Hinsicht, nach bestimmten Anschluss- (analog, ISDN, PMX) und Verbindungsarten (Orts- und/ oder Inlands-, Auslandsverbindungen) für bestimmte Kundengruppen (Privatkunden/andere Kunden), die jeweiligen Produktvarianten und deren Preise mit Stand vom 31.12.2001, 31.12.2002 und 30.06.2003, den Gesamtumsatz des Unternehmens und ggf. des Konzerns in den Jahren 2001 und 2002 sowie die gesellschaftsrechtlichen Verbindungen zu Anbietern oder Nachfragern von Telekommunikationsleistungen. Des Weiteren wurde die Darstellung der Außenumsatzerlöse/-mengen getrennt nach den oben genannten Anschlussarten/Verbindungsarten sowie Kundengruppen (2001, 2002, 1. Halbjahr 2003), der Innenumsatzerlösen/-mengen getrennt nach den oben genannten Anschlussarten/Verbindungsarten sowie die Angabe des Umsatzanteils der Infrastrukturrealisierung durch Dritte, demnach Call-by-Call mit/ohne Anmeldung oder Preselection, oder durch Realisierung aufgrund eigener Infrastruktur über die Anmietung von Anschlüssen abgefragt.

Die Fragen 11 bis 13 betreffen die Abhängigkeit von den (Vor-)leistungen Dritter bzw. den Zugang zu den Absatz- und Beschaffungsmärkten, die Beurteilung von potenziellem und tatsächlichem Wettbewerb und die vertikale Integration der Unternehmen. Die Fragen 14 bis 16, deren Beantwortung den Unternehmen anheim gestellt wurde, betreffen die Existenz von Marktzutrittsschranken, Expansionshemmnissen oder Behinderungsstrategien sowie die allgemeinen wettbewerblichen Verhältnisse auf den genannten Märkten unter besonderer Berücksichtigung des technischen Fortschrittes.

Mit Ausnahme des Auskunftsersuchens an die Firma Hansacom, die sich zum damaligen Zeitpunkt im Insolvenzverfahren befand, wurden alle Auskunftsersuchen erfolgreich zugestellt. Alle verbleibenden 62 Unternehmen haben das Auskunftsersuchen beantwortet.

Aus verschiedenen Gründen wie etwa missverständlichen oder lückenhaften Angaben waren vielfach Nachfragen und Fristverlängerungen erforderlich, wobei die letzte gewährte Fristverlängerung am 10.02.2004 endete. Die Nacherhebung fehlender Daten sowie die Klärung ungenauer oder unklarer Angaben mit den jeweiligen Unternehmen hat sich bis Ende Juni 2004 erstreckt. Die Fragen, die bis zuletzt unbeantwortet blieben, wurden durch Daten der Unternehmen, die diese in der Marktstrukturdatenabfrage im Zusammenhang mit dem Tätigkeitsbericht im Mai 2003[54] angegeben haben, bzw. durch Schätzungen dieser Daten vervollständigt, soweit dies erforderlich, möglich und zulässig war. Die DT AG wurde mit Schreiben vom 11.08.04 gebeten, eine getrennte Aufstellung der Erlöse mit Anschlussentgelten, die keine Bestandteile aus Optionstarifen enthalten, sowie der Erlöse mit fixen monatlichen Bestandteilen der Optionstarife zu übersenden.

II. Die Regulierungsbehörde hat darüber hinaus im Rahmen einer allgemeinen Anhörung zu VoIP, die am 21.04.2004 im Amtsblatt 8/2004 veröffentlicht wurde, Fragen der Marktdefinition und der Marktabgrenzung adressiert. Insbesondere wurde die Frage gestellt, ob VoIP als austauschbar mit Sprachtelefondienst betrachtet werde.

Im Rahmen der Anhörung sind 64 Stellungnahmen eingegangen und ausgewertet worden. Im Hinblick auf den hier relevanten Themenbereich ergab sich folgendes Bild: In der Mehrzahl der Antworten wurde zum Ausdruck gebracht, dass VoIP mit dem Sprachtelefondienst grundsätzlich austauschbar sei. Für Kunden mit Breitbandzugang sei die Sprachqualität bereits heute so gut, dass kaum Unterschiede zu den üblichen PSTN-Sprachdiensten feststellbar seien. Die technische Erreichbarkeit wurde ebenfalls für möglich gehalten. Mit der fortschreitenden technologischen Entwicklung würden noch bestehende Qualitätsprobleme weitgehend behoben; es könne sogar eine bessere Qualität als beim PSTN erreicht werden. In einigen Antworten wurde dargelegt, dass es sehr wohl Qualitätsunterschiede gebe, insbesondere bei der Echtzeitübertragung. Hinsichtlich der Erreichbarkeit müsse der Teilnehmer permanent mit dem Internet verbunden sein, was u.U. hohe Kosten verursache. Anders als beim PSTN sei somit derzeitig keine jederzeitige Erreichbarkeit sichergestellt.

Positiv wurde von allen Antwortenden der technische Fortschritt gesehen, der sich beschleunigen werde, so dass VoIP in absehbarer Zeit nicht nur die herkömmliche PSTN-Telefonie ersetzen, sondern auch zusätzliche Funktionalitäten substituieren und zur Konvergenz aller Kommunikationsdienste (Sprache, Daten, TV usw.) führen werde.

Eine Bündelung von VoIP mit anderen Leistungen (z.B. Internetanschluss) wurde von der Mehrheit als nicht zwingend angesehen. Wichtig sei jedoch, dass marktbeherrschende Unternehmen den Wettbewerb nicht durch die Bündelung von Leistungen behinderten. Allerdings werde die Marktentwicklung wohl dahin gehen, dass den Kunden über VoIP eine umfassende Kommunikationsplattform angeboten werde. Nur wenige wollten ausschließlich VoIP anbieten.

Hinsichtlich der Differenzierung von Kundengruppen brachte die Mehrzahl der Antworten zum Ausdruck, dass VoIP eine technische Alternative für alle Kunden darstelle. Eine geringe Anzahl war der Ansicht, dass eine Unterscheidung insbesondere aufgrund der unterschiedlichen Kundenanforderungen notwendig sei.

[54] Diese Abfrage enthielt den ausdrücklichen Hinweis, dass die erhobenen Daten auch für die Marktabgrenzung genutzt werden können.

III. Am 23.03.2005 wurde ein ergänzendes formelles Auskunftsersuchen an die unter I. genannten 61 Unternehmen (mit Ausnahme der inzwischen insolventen Firma Hansacom und der Firma nordcom, die zwischenzeitlich mit EWE TEL verschmolzen ist) mit Frist 12.05.2005 versandt. Hierbei wurde auch eine zwischenzeitlich erfolgte Unternehmensänderung berücksichtigt. So gehören BerliKomm, tesion und KomTel nunmehr zum Versatel-Konzern und treten unter dem Namen Versatel Berlin GmbH, Versatel Süd-Deutschland GmbH bzw. Versatel Nord-Deutschland GmbH auf.

Bei der Auswertung der Daten des ersten Auskunftsersuchens hatte sich gezeigt, dass sich namentlich im Bereich der öffentlichen Auslandsgespräche an festen Standorten Marktanteilsverschiebungen ergeben haben, die im Zusammenspiel mit der insgesamt dynamischen Entwicklung dieses Marktes und den entsprechenden Stellungnahmen der interessierten Parteien im Konsultationsverfahren eine ergänzende Erhebung erforderlich machten, um ein realistisches Bild der derzeitigen und zukünftigen Marktgegebenheiten erhalten zu können.

Die ergänzende Erhebung zu den Bereichen des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und der öffentlichen Orts- und/oder Inlandsgespräche an festen Standorten erfolgte, um den Entwurf auf einen zeitlich einheitlichen Stand zu bringen.

Aus verschiedenen Gründen wie etwa missverständlichen oder lückenhaften Angaben waren vielfach Nachfragen und Fristverlängerungen erforderlich. Die Nacherhebung fehlender Daten sowie die Klärung ungenauer oder unklarer Angaben mit den jeweiligen Unternehmen hat sich bis Anfang Juni 2005 erstreckt.

Nach Übersendung des modifizierten Entwurfs vom 12.08.05 hat sich herausgestellt, dass in Bezug auf den Markt für öffentliche Auslandsgespräche weiterhin ungenaue oder fehlerhafte Daten von einigen Unternehmen vorlagen. Die Überprüfung und Klärung dieser Daten erstreckte sich bis Anfang Oktober.

IV. Die Bundesnetzagentur hat am 21.07.2005 in einer weiteren Abfrage bei der DT AG sowie Arcor, BT, COLT und MCI die Anzahl von Verträgen mit Großkunden ermittelt. Dabei ging es um Gruppen von Verträgen mit Sprachleistungen mit einem Gesamtjahresumsatz netto von 100.000 € bis 1 Mio. €, 1 Mio. € bis 3 Mio. € bzw. mehr als 3 Mio. €. Diese Abfrage diente dazu, sich in einem knappen Zeitrahmen ein Bild vom Umfang dieser Marktsegmente machen zu können.

D. Vorbringen der Anbieter

I. 01051 Telecom GmbH

(Potenzielle) Anbieter auf den Märkten Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche stünden nicht unerheblichen Marktzutrittsbarrieren gegenüber, wenn sie heute in diese Segmente einsteigen wollten.

Insbesondere für den Bereich der Orts- und Fernverbindungen sei es für einen Anbieter auf dem Endkundenmarkt essentiell, Zugriff auf die entsprechenden Vorleistungen im Zusammenschaltungsbereich zu haben. Gerade für das Angebot von Call-by-Call bzw. Carrier-Preselection sei es erforderlich, die entsprechenden Zuführungsleistungen der DT AG zu erhalten, da sonst ein eigenes Endkundenangebot (Orts-, Inlands- und Auslandsverbindungen) nicht möglich sei.

Für alle Arten dieses Angebotes sei es erforderlich, Vorleistungen verfügbar zu haben, so dass im Falle einer Verweigerung entsprechender Leistungen auch ein Marktzutrittshemmnis bestünde. Ferner gebe es erhebliche Barrieren, den Zusammenschaltungsanbieter zu wechseln. Dies betreffe insbesondere die Leistungen der Anrufzuführung und Anrufzustellung, für die es in weit über 90% der Fälle keine Möglichkeit der Substitution der Leistungen der DT AG gebe, so dass ein Wechsel nicht möglich sei.

Im Bereich des Transits sei ein Anbieterwechsel in einigen Fällen möglich. Dieser werde aber durch die eingeführte und inzwischen vom VG Köln im einstweiligen Verfahren gestoppte Entscheidung zugunsten der nicht-reziproken Zusammenschaltungsentgelte im Festnetz wiederum erschwert. Ein Anbieterwechsel und dessen Möglichkeit hingen u.a. davon ab, ob und inwieweit ein anderer Anbieter über eine größere Zahl von lokalen Zusammenschaltungspunkten verfüge und daher in der Lage sei, Transit und Terminierung zu einem günstigeren Preis anzubieten. Allerdings sei dieser Anbieter der Transitleistung wiederum davon abhängig, mit der DT AG zusammengeschaltet zu sein, um die entsprechenden Terminierungsleistungen anbieten zu können. Insofern sei in Bezug auf den „Letztanbieter“ von Terminierungsleistungen kein Wechsel möglich.

Neue Angebote auf dem Markt müssten im Vergleich zu den bereits bestehenden Anbietern einen besonderen Vorteil bieten. Dies bedeute vor allem [...]. Daher müsse ein Geschäft zunächst aufgebaut werden, bevor dann im weiteren Zuge auf der Basis erster Umsätze eine Erweiterung erfolgen könne. Daher sei es erforderlich, dass auch in Zukunft Leistungen im Bereich der Fakturierung und des Inkassos als Vorleistungen angeboten würden.

Die Bewertung der Chancen von Marktneulingen hingen auch davon ab, ob und inwieweit neue Geschäftsfelder eröffnet würden, so dass entsprechender Raum für neue Teilnehmer geschaffen werde. Als Beispiel möge die Einführung von [...] gesehen werden, durch die auch neue Möglichkeiten für das Angebot alternativer Anbieter entstehen würden. Die Nicht-Existenz eines solchen Ansatzes stelle für bestehende alternative Betreiber ein erhebliches Expansionshemmnis dar.

Behinderungsstrategien bestünden dort, wo es keine konsistente Abstufung zwischen den Entgelten für Vorleistungen von Zusammenschaltungspartnern einerseits und Endkundenentgelten gebe. So habe die Änderung von § 43 Abs. 6 TKG im Jahre 2002 dazu geführt, dass die DT AG einen Anschlusskostenbeitrag erheben konnte, mit dem die behaupteten negativen Effekte für die DT AG aufgrund der Einführung von Carrier-Selection im Ortsnetz aufgefangen werden sollten. Nicht zuletzt dieser Anschlusskostenbeitrag habe aber dazu geführt, dass die entsprechenden Vorleistungen, die ein alternativer Anbieter für Call-by-Call oder Carrier-Preselection im

Ortsnetz benötigte, deutlich teurer würden als die entsprechenden Endkundenentgelte der DT AG. Dadurch werde ein derartiges Angebot und auch die Expansion des Produktportfolios alternativer Anbieter massiv behindert.

Eine Behinderung sei auch darin zu sehen, dass alternative Teilnehmernetzbetreiber mittels nicht-reziproker Entgelte höhere Terminierungsentgelte verlangen dürften. Dadurch werde für Verbindungsnetzbetreiber die Möglichkeit einer einheitlichen Endkundenpreisbildung deutlich erschwert. Auch verändere sich bei steigenden Zusammenschaltungskosten die Marge für die vom Verbindungsnetzbetreiber angebotenen Endkundenleistungen bei einem einheitlichen Endkundenpreis. In einigen Fällen könnten die Vorleistungskosten für die Terminierung bzw. den Transit das Endkundenentgelt übersteigen. Hierüber lägen dem Verbindungsnetzbetreiber jedoch keine transparenten Informationen (z.B. mittels einer zentralisierten Datenbank) vor, so dass ein großes Risiko bestehe, dass die DT AG die höheren, nicht-reziproken Entgelte einfach durchreiche und damit zu einer Belastung für die Verbindungsnetzbetreiber beitrage.

Eine der deutlichsten wettbewerbsbehindernden Strategien seien die Bündel- und Optionstarife der DT AG. Diese hätten eine Sogwirkung zugunsten des Netzes der DT AG. Sie seien auch deshalb wettbewerbsschädlich, weil es keine Vorleistungen der DT AG gebe, die den Verbindungsnetzbetreibern ein adäquates Angebot gleichartiger Endkundenprodukte erlauben würden.

Der Wettbewerb im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz sei sehr schwach. Auf den anderen Märkten habe sich der Wettbewerb besser entwickelt, dennoch bleibe es erforderlich, auf entsprechende Vorleistungen bzw. Zusammenschaltungsleistungen der DT AG (und teilweise anderer Betreiber) zurückzugreifen. Daher könne von einem selbsttragenden Wettbewerb noch nicht gesprochen werden. Erfreulich sei der Marktanteilsgewinn alternativer Betreiber mittels Carrier Selection und Preselection im Ortsnetz gewesen. Allerdings sei zu beachten, dass bei der eingetretenen Verzögerung mit der Einführung auch in den vorangegangenen Jahren viel Potenzial für den Wettbewerb verloren gegangen sei.

Es seien technische Lösungen entwickelt worden, durch die man zu wettbewerblichen Verbesserungen kommen konnte, die aber teilweise noch nicht in die Praxis umgesetzt worden seien (z.B. CIC-Hosting).

Insgesamt bleibe daher festzuhalten, dass auf den Märkten öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche die wettbewerblichen Positionierungen alternativer Anbieter besser seien als auf den Anschlussmärkten. Trotzdem bleibe die DT AG mit über 60% Marktanteil das dominierende und mit beträchtlicher Marktmacht versehene Unternehmen. Die Wettbewerbsbedingungen seien noch nicht gleichartig genug, so dass alternative Anbieter nicht ohne Weiteres die Möglichkeit hätten, ähnliche und gleichartige Endkundenprodukte anzubieten.

II. 01063 Telecom GmbH & Co. KG

Schwierigkeiten für die Markttätigkeit sieht 01063 Telecom darin, dass es keine verlässlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf Regulierung, Preise und Vorleistungen (insbesondere durch den marktbeherrschenden Anbieter) gebe und somit die Planungssicherheit gering sei.

III. 01081 Telecom AG

Angesichts des fortgeschrittenen Wettbewerbs, der erzielten Marktanteile und der etablierten Geschäftsmodelle sei ein Marktzutritt heute nur schwer möglich. Dazu trage auch die Verpflichtung zu einem Ausbau auf 475 POI bei, um bundesweit auch lokalen Verkehr als Verbindungsnetzbetreiber anbieten zu können.

Die Behinderungsstrategien der DT AG seien bekannt. Sie beträfen vor allem eine wettbewerbsverdrängende Preissetzung (IC-Entgelte vs. Marktentgelte). Die IC-Entgelte der DT AG lägen oft nicht oder nicht ausreichend unterhalb der Endkundenentgelte, wodurch es zu einem Price-Cost-Squeezing kommen könne. Des Weiteren seien der Anschlusskostenbeitrag und die Verweigerung der direkten Zusammenschaltung durch alternative Teilnehmernetzbetreiber als Beispiele aufgeführt.

Der Markt für Verbindungsleistungen sei der einzige, in dem wirklich etwas Wettbewerb entstanden sei. Alle anderen Segmente zeigten sich recht resistent. Dennoch sei die Entwicklung der Marktanteile auch im Verbindungsbereich für die Wettbewerber noch steigerungsfähig. Der Wettbewerb müsste noch stärker strukturell abgesichert werden.

IV. Arcor AG & Co. KG

Bei der Definition der Märkte und Leistungen sei der Mobilfunk explizit ausgeklammert. Dies sei jedoch nicht für alle Fragen des Katalogs sachgerecht, da gerade bei der Betrachtung „sprachorientierter Systemlösungen“ der Mobilfunk eine zentrale Rolle spiele. Daher müsse der Mobilfunk hier als Bestandteil des Instrumentariums zur Marktverdrängung im Festnetz gesehen werden.

Die Leistung Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sei per Definition an Anschlusskunden gebunden, so dass nur Teilnehmernetzbetreiber in diesen Markt eintreten könnten. Der Kapitalbedarf eines solchen neuen Unternehmens wäre aufgrund der relativ hohen Miete für TAL und der Kosten für die notwendige Erschließung der Hauptverteiler hoch. Daher bestünden signifikante Hürden für den Eintritt in einen Markt, in dem infrastrukturbasierte Dienstleistungen angeboten würden.

Die Leistungen öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche könnten sowohl von Teilnehmernetzbetreibern als auch von Verbindungsnetzbetreibern angeboten werden. Entsprechend dem höheren Marktanteil der Wettbewerber im Verbindungsmarkt würden diese Leistungen überwiegend von reinen Verbindungsnetzbetreibern erbracht. Ursache sei, dass die von den Verbindungsnetzbetreibern zu beziehenden Vorleistungen (Interconnection) relativ günstiger seien als die der Teilnehmernetzbetreiber (TAL und – weniger – Interconnection). Die Hürden für einen Markt mit Dienstewettbewerb seien daher wesentlich niedriger als für einen Markt mit infrastrukturbasiertem Wettbewerb.

Daher sei der Eintritt in die Märkte für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche für einen Verbindungsnetzbetreiber eher möglich als für einen Teilnehmernetzbetreiber. Allerdings habe es nach Kenntnis von Arcor in den zurückliegenden Jahren keinerlei Neueintritte in diese Märkte gegeben. Hingegen habe beobachtet werden können, dass Unternehmen ihre Geschäftsfelder ergänzten und ausweiteten. Dies geschehe dahingehend, dass Teilnehmernetzbetreiber, die überwiegend für Geschäftskunden tätig seien, die Leistungen öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche ergänzend als Verbindungsnetzbetreiber anböten. Die Einführung von Carrier Selection im Ortsnetz könne diese Entwicklung gefördert haben. Die umgekehrte Entwicklung, dass Verbindungsnetzbetreiber ihre Angebote auf den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ausweiteten, sei aus den genannten Gründen nicht zu beobachten gewesen. Nach Auffassung von Arcor sei im Rahmen einer „konsistenten Entgeltregulierung“ das preisliche Ungleichgewicht der Vorleistungen für Verbindungsnetzbetreiber und Teilnehmernetzbetreiber zu beseitigen.

Auch bei den Behinderungsstrategien zeige sich ein Unterschied zwischen den Leistungen Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sowie den Leistungen öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche.

Die Behinderung eines chancengleichen Wettbewerbs vor allem bei den analogen Anschlüssen ergebe sich daraus, dass die Preis-Kosten-Schere allenfalls bei einem Durchschnittswert über alle Anschlüsse beseitigt worden sei. Bezogen auf Analoganschlüsse bestehe sie aber fort und mache es für Wettbewerber unmöglich, diese kostendeckend anzubieten. Insbesondere die Höhe der TAL-Miete, die vom marktbeherrschenden Unternehmen gefordert werde, erweise sich als prohibitiv.

Hinsichtlich der Leistungen öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche fänden Behinderungen weniger auf dem Vorleistungs- als auf dem Endkundenmarkt statt. Durch eine Vielzahl von Optionstarifen, die weder den Anforderungen des TKG noch denen des GWB genügten, werde es Wettbewerbern weitgehend unmöglich gemacht, (neue) Kunden zu gewinnen. Die von der DT AG beantragten und genehmigten Endkundentarife stellten Maßnahmen des Verdrängungswettbewerbs dar und ständen daher nicht mit den o.g. Vorschriften im Einklang. Die Sogwirkung, die durch die bereits länger bestehenden „AktivPlus-Tarife“ ausgeübt werde, werde darüber hinaus zunehmend auf spezielle Kundensegmente fokussiert. Kunden, die Optionstarife wahrnähmen, würden keinen Preselection-Vertrag abschließen, da hierbei nahezu das gesamte Volumen über den Preselection-Anbieter abgewickelt werde und die in den Optionstarifen enthaltenen Vergünstigungen allenfalls über „Call-by-Call DT AG“ genutzt werden könnten.

Durch die Optionstarife werde somit Preselection- und Call-by-Call-Angeboten von Wettbewerbern weiter die Grundlage entzogen. Neben dem immer wieder beantragten Preselection-Verbot geschehe dies durch eine geschickte Bündelung von Vergünstigungen mit Standardangeboten wie einem (ISDN-)Anschluss und Minuten zum nicht kostendeckenden „AktivPlus“-Tarif. Durch die weitere Ausdehnung solcher Optionstarife sei zu erwarten, dass aufgrund des dargelegten Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung eine Verdrängung anderer Anbieter stattfände.

Auch würden von der DT AG durch Rahmenverträge Rabatte für Geschäftskunden angeboten, die zu Preisen unter den Kosten der DT AG bzw. unter den Vorleistungspreisen lägen.

Weitere Behinderungsstrategien der DT AG beträfen Lieferverzögerungen und willkürliche Nichteinhaltung der vereinbarten Rückmelde- und Auftragsabwicklungszeiten. Die Konsequenz sei, dass die Anschaltung von Kunden sehr schwierig sei, die Kunden durch diese Verzögerungen unzufrieden würden und sogar den Auftrag stornierten. Diese Wechselbarriere soll Kunden den Übergang zum Wettbewerb erschweren, was insbesondere bei Geschäftskunden zu sehr hoher Unzufriedenheit geführt habe, da diese besonders auf eine verlässlich funktionierende Telekommunikation angewiesen seien.

Die wettbewerbliche Situation auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz habe sich eher verschlechtert. Insbesondere der Substitutionswettbewerb zur „Zugangstechnologie TAL“ habe die in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllen können, da sich sämtliche potenzielle Alternativen als nicht praktikabel und/oder zu teuer erwiesen hätten. Dadurch habe die TAL ihr Monopol als Zugangstechnologie gefestigt. Die Wettbewerber seien mehr denn je auf den Zugang zur TAL angewiesen, um den Kunden ihre Dienstleistungen anbieten zu können.

Der Wettbewerb auf den Märkten für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche sei hingegen stärker. Insbesondere Anbieter, welche Verbindungsnetzbetreiber-Vorleistungen bezögen, seien in der Lage, eigene, konkurrenzfähige Angebote zu erstellen. Diese seien aber zunehmend durch eine Vielzahl von Optionstarifen bedroht. Daher handele es sich typischerweise um „regulierungsbedingten Wettbewerb“.

Auf den Märkten für öffentliche Auslandsgespräche herrsche ebenfalls regulierungsbedingter Wettbewerb, der auch durch eine Vielzahl von Optionstarifen bedroht sei. Erschwert werde die Regulierungssituation bei den Auslandsentgelten der DT AG, weil die Vorleistung T-O.1 aufgrund fehlender Marktbeherrschung nicht reguliert werde.

V. AugustaKom Telekommunikation GmbH & Co. KG

Der Neueinstieg in die Festnetztelefonie sei nur durch hohen Kapitalaufwand möglich. Insbesondere eine flächendeckende Netzverfügbarkeit sei deshalb nicht zu erreichen. Dies sei auch daran zu erkennen, dass die aktiven Carrier sich meist nur auf die lukrativen Ballungszentren konzentrierten.

Die monatlichen Überlassungskosten für die TAL bestimmten im Wesentlichen den monatlichen Grundpreis eines Produktes. Chancengleichheit wäre nur durch die diskriminierungsfreie Vergabe des TAL-Netzes möglich (Trennung von Leitungsnetz und Dienstleistung).

Die DT AG behindere die Expansion z.B. durch lange Vertragslaufzeiten mit unüberschaubaren Kündigungsfristen. Portierungsaufträge würden zurückgewiesen ohne die Angabe, welche Position nicht mit der Datenbank der DT AG übereinstimme.

TAL-Anfragen würden von der DT AG mit Meldungen wie „APL voll“ zurückgewiesen, die nicht überprüft werden könnten. Ferner würden TAL-Anfragen abgewiesen, wenn die Daten nicht absolut mit der Datenbank der DT AG übereinstimmten. Erschwerend komme hinzu, dass die unterschiedlichen Datenbanken der DT AG nicht miteinander abgeglichen seien.

Bei der TAL-Verwaltung gebe es keine kostenfreie Möglichkeit, zuverlässig Leitungslängen und Güte festzustellen. Dies stelle insbesondere bei DSL-Produkten einen erheblichen finanziellen und zeitlichen Mehraufwand dar.

Designed Networks und innovative Dienste seien für alternative Netzbetreiber nicht möglich. Viele Leistungen der DT AG seien nicht als Interconnection-Leistung möglich.

Auch gebe es eine massive Behinderung durch die Gesetzgebung, da sowohl Resale als auch Call-by-Call und Preselection angeboten werden müssten.

Eine starke Behinderung gebe es durch die hohen Interconnection-Gebühren in die Mobilfunknetze. Dieses Problem gewinne zunehmend an Bedeutung, da seit 2001 die Verbindungen vom Festnetz in das Mobilfunknetz überproportional gestiegen seien.

Regulatorische Entscheidungen seien eindeutig an Verbindungsnetzbetreibern und Diensteanbietern orientiert. Teilnehmernetzbetreiber würden dadurch oft behindert. Eine konsistente Entgeltregulierung sei nicht vollständig realisiert.

VI. Versatel Berlin GmbH (früher: BerliKomm Telekommunikationsgesellschaft mbH)

Die Bedingungen für einen Neueinstieg in den deutschen Telekommunikationsmarkt seien aus wirtschaftlichen Gründen nicht sehr attraktiv. Die Marktpreise für die einzelnen Tarifzonen seien derzeit (vorwiegend durch Produkte der DT AG) so niedrig, dass ein neu auftretender Wettbewerber seine Telefonminuten zu einem niedrigeren Preis einkaufen müsste. Um die günstigsten Einkaufspreise zu erhalten, müsste ein neuer Anbieter 475 Übergabestellen in Deutschland anschließen. Dies erfordere einen Zeitraum zwischen [...] Monaten sowie einen hohen finanziellen Aufwand. Einige Teilgebiete seien aufgrund der technischen Versorgung durch die DT AG per Glasfaser (OPAL-Gebiete) durch einen neuen Anbieter wirtschaftlich nicht anschließbar.

Die Anmietung von TAL sei sehr kostspielig für Unternehmen, die auch das Segment der Privat- und kleineren Geschäftskunden betreuen möchten. Eine weitere Hemmschwelle bildeten die Regelungen um 0190/0900-Verbindungen. Aufgrund der unklaren Rechtslage und der Vorgehensweise der Reg TP ergebe sich ein nicht planbares Risiko für die Unternehmen, die ihre Kunden als mündige Bürger betrachteten. Wegen der hohen Marktpenetration der DT AG müssten neue Wettbewerber neben dem hohen finanziellen Aufwand für die Netzinfrastruktur auch verstärkt Mittel für die Kommunikation und Werbung ausgeben, die sich erst in Jahrzehnten refinanzieren würden.

Auch Expansionen seien mit einem hohen Aufwand an Zeit und Geld verbunden. Durch Anschlusszeiten der Übergabestellen zwischen [...] Monaten oder z.T. auch länger könnten die Unternehmen nicht schnell und flexibel reagieren.

Durch die Förderung von Call-by-Call und Preselection sei in der Vergangenheit ein Preiskampf entstanden, der zu sinkenden Margen geführt habe. Als Folge davon refinanzierten sich die Investitionen in die Infrastruktur bei kleineren Unternehmen statt wie in der Vergangenheit nach [...] Jahren nun erst nach [...] Jahren. Daher seien keine Mittel für den Einkauf von fortschrittlicher Technologie vorhanden. Der vorhandene Wettbewerb fände ausschließlich preislich statt und sei daher für den Wirtschaftsstandort Deutschland und die Förderung neuer Technologien schädlich.

VII. BreisNet Telekommunikations- und Carrier-Dienste GmbH

Wegen der Resellerangebote für Festnetzanschlüsse sei ein Markteintritt bei den Teilnehmeranschlüssen durch die hohen Anfangsinvestitionen, Erschließungs- und Bereitstellungskosten aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll.

Behinderungsstrategien gebe es durch Unternehmen, die ihre Produkte zu unnötig günstigen Konditionen anböten, sowie durch fehlende Interconnection-Angebote der DT AG.

Der technische Fortschritt wirke sich auf die Wettbewerbsfähigkeit aus, da ein Unternehmen in der Größe der BreisNet GmbH aus Kostengründen nicht jeden technischen Fortschritt einführen könne, was wiederum zu einem Nachteil im Wettbewerb führe.

VIII. BT (Germany) GmbH & Co. oHG

Man halte es für ausgeschlossen, dass neue Wettbewerber noch auf den genannten Märkten eintreten könnten. Dies liege in den notwendigen Zutrittsinvestitionen begründet. Gleichzeitig sei ein angemessener Return aufgrund des Margenverfalls nicht mehr zu erzielen.

Behinderungsstrategien gebe es durch das bislang marktbeherrschende Unternehmen, etwa durch Festsetzung der Endkundenpreise unter den Vorleistungspreisen, konstante Verweigerung eines den Vorgaben der Reg TP entsprechenden Standardvertragsangebotes, jahrelange rechtswidrige Verweigerung eines den Vorgaben des Regulierers entsprechenden Resale-Angebotes, Bevorzugung der eigenen Konzerntöchter beim Bezug von Zusammenschaltungsleistungen, durch im internationalen Maßstab überteuerte Zusammenschaltungsentgelte und permanente sachlich ungerechtfertigte Bündelung von Produkten, durch die das Anschlussmonopol des marktbeherrschenden Unternehmens faktisch in den Verbindungsbereich übertragen werde.

BT sehe auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche in Deutschland keine Anzeichen für wirksamen Wettbewerb. Im Bereich des Kundenzugangs gebe es ein fortbestehendes Anschlussmonopol des etablierten Unternehmens. Dieses werde mit großem Erfolg durch die ge-

nannten Bündelprodukte in den Verbindungsbereich übertragen. Außerhalb der klassischen Privatkundenmärkte sichere das etablierte Unternehmen seine signifikante Marktmacht durch das Angebot von „Sprachkommunikationslösungen“, die nur den Zweck hätten, die bestehende Regulierung der Endkundenmärkte für Sprachtelefondienst zu umgehen.

Technischer Forschritt sei nicht zu erkennen. Die Technik für Sprachkommunikation sei ausgereift. Nennenswerte technische Innovationen seien daher auf absehbare Zeit nicht zu erwarten.

IX. COLT Telecom GmbH

COLT Telecom GmbH führt aus, dass es aus ihrer Sicht keine getrennten Märkte für Festnetzleistungen für Privat- bzw. Geschäftskunden gebe. Eine solche Marktaufspaltung wäre künstlich, da es sich aus Sicht der Marktgegenseite um dieselben technischen Produkte handele, die sich allenfalls hinsichtlich des Preises bzw. der Preissystematik unterscheiden. Nach dem Bedarfsmarktkonzept ließen sich keine Telefondienstleistungen (Anschlüsse, Orts-, Fern- und Auslandsgespräche) abgrenzen, die aus Sicht von Geschäfts- und Privatkunden nicht austauschbar seien. Ein unterschiedliches Nutzerverhalten rechtfertige keine Trennung in Privat- und Geschäftskundenmärkte.

Ein Marktzutritt neuer Unternehmen werde nicht mehr durch rechtliche Marktzutrittsschranken beeinträchtigt. Allerdings dürfte es für einen neu hinzutretenden Anbieter schwierig sein, signifikante Marktanteile zu gewinnen. Preiserhöhungen zahlreicher Wettbewerber zeigten, dass mit einem neuen Preisverfall bei Festnetzleistungen nicht mehr gerechnet werden könne. Ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen müsste zudem zunächst, sofern es nicht lediglich als Reseller tätig werden möchte, eine eigene Netzinfrastruktur errichten, um überhaupt Festnetzleistungen anbieten zu können. Es sei nicht absehbar, dass potenzielle Wettbewerber bei der derzeitigen wirtschaftlichen Lage diesen Schritt wagen würden.

Expansionshemmnisse bestünden immer dann, wenn ein Wettbewerber der DT AG auf deren Vorleistungen angewiesen sei. Es habe sich gezeigt, dass die Vorleistungen erst mühsam über ein Missbrauchs- oder Anordnungsverfahren erkämpft werden müssten. Zudem seien entsprechende Maßnahmen der Reg TP gerichtlich häufig wieder suspendiert worden. Selbst wenn es nicht zu einer Suspendierung gekommen sei, habe die DT AG jedoch regelmäßig durch die Ausschöpfung der ihr zur Verfügung stehenden Verfahrensmittel erreicht, den entsprechenden Endkundenmarkt zu besetzen und die Expansion ihrer Wettbewerber dadurch erheblich zu erschweren.

Nach den Erfahrungen der COLT Telecom versuche die DT AG, durch Produktbündelungen, Preisdumpingstrategien und Optionstarife ihre beträchtliche Marktmacht zu festigen. Durch Optionstarife würden die Wettbewerbsmöglichkeiten insbesondere dadurch beeinträchtigt, dass diese Elemente eines Gesamtumsatzrabattsystems aufwiesen. Dadurch entstehe ein zeitlicher Druck auf die Kunden, um in den Genuss des Rabatts zu kommen. Hierdurch werde eine erhebliche Bezugskonzentration ausgelöst, die kartellrechtswidrig sei.

Das Problem des Marktmachttransfers von Märkten ohne oder mit wenig Wettbewerb auf Märkte mit höherer Wettbewerbsintensität gewinne an Bedeutung. Dies gelte insbesondere für die Optionstarife der DT AG, die an einen Teilnehmeranschluss gekoppelt seien. Auch für die Koppelung mit Ortnetzverbindungen bestehe diese Problematik trotz der Einführung der Betreibervorauswahl auf absehbare Zeit fort.

Ferner nutze die DT AG seit Jahren TDN-Verträge dazu, insbesondere mit Großkunden günstigere Bedingungen und Entgelte zu vereinbaren als die von der Reg TP genehmigten. Die Versuche der Reg TP, dieses Verhalten zu vereiteln, seien bislang erfolglos geblieben, da das VG Köln die aufschiebende Wirkung der Klagen der DT AG angeordnet habe.

Auf dem Markt für Festnetzleistungen bzw. den jeweiligen Teilsegmenten bestehe noch kein wirksamer Wettbewerb. In den letzten vier Jahren habe die DT AG ihren Marktanteil bei ca. 80% stabilisieren können. Dies spreche dafür, dass auch in den nächsten Jahren im Bereich der Festnetzleistungen kein spürbarer Marktanteilsverlust der DT AG zu erwarten sei.

Zwar habe die Einführung der Betreiber(vor)auswahl für Ortsgespräche zu einer spürbaren Verschiebung von Marktanteilen zugunsten der Wettbewerber geführt. Es sei allerdings nicht zu erwarten, dass die alternativen Anbieter kurz- oder mittelfristig vergleichbare Marktanteile wie bei den Ferngesprächen erzielen könnten, da die DT AG anders als zum Zeitpunkt der Wettbewerbseröffnung bei den Fern- und Auslandsgesprächen im Jahre 1998 im Bereich der Ortsgespräche frühzeitig mit Preissenkungen auf die Angebote der Wettbewerber reagiert habe. Zudem habe sie in den vergangenen zwei Jahren die Kundenbindung mit Angebotsbündeln, zu denen auch Ortsgespräche gehörten, nach Ansicht der Monopolkommission merklich erhöht.

Daher fordere COLT Telecom, die DT AG im Bereich der Festnetztelefonie weiterhin einer ex-ante-Regulierung zu unterwerfen.

X. Deutsche Telekom AG

Die Deutsche Telekom AG ist der Ansicht, dass eine trennscharfe Abgrenzung der Märkte für Privat- und Geschäftskunden sowie eine weitergehende Differenzierung nach kleinen, mittleren und großen Geschäftskunden möglich sei, sofern die Umsatzhöhe mit dem Kriterium „Qualitätsanforderungen des Kunden“ kombiniert werde. In der Regel hätten Privatkunden nur einen Telefonanschluss (analog oder ISDN) und einen wesentlich geringeren Umsatz bei den Verbindungsleistungen. In der Vergangenheit sei nicht zweifelsfrei zu ermitteln gewesen, welche Umsatztätigung durch einen Kunden typischerweise als private bzw. geschäftliche Nutzung einzustufen sei. Dies werde sich in Zukunft noch verstärken, da sich – insbesondere durch die zunehmende Nutzung des Internets sowie multimediafähiger Telekommunikationsangebote – ein privater Kunde in seiner Umsatztätigung zunehmend quantitativ einem kleinen Geschäftskunden annähere. Für eine eindeutige Zuordnung müsse daher ein weiteres Kriterium hinzugenommen werden. Die Qualitätsanforderungen eines kleinen Geschäftskunden unterschieden sich deutlich von denen eines Privatkunden in Bezug auf die Beratungsintensität, die Betreuung und Serviceleistungen wie die Entstörung und die Leistungen im Rahmen der Rechnungsstellung. Die Deutsche Telekom unterteile ihre Kunden in Privatkunden sowie in kleine, mittlere und große Geschäftskunden. Diese Segmentierung ermögliche aufgrund der homogenen Teilsegmente eine effiziente Marktbearbeitung, die eng an den Qualitätsanforderungen der Kundengruppen orientiert sei.

Im Übrigen seien die Angebote im Bereich der Sprachtelefonie im Privat- und Geschäftskundensegment grundsätzlich allen Nachfragern zugänglich. Insofern gebe es kein Angebot, das von vornherein auf eine bestimmte Kundengruppe beschränkt sei. Es obliege dem Kunden, auf der Grundlage der Beratungsleistung das seinem Kommunikationsprofil am besten entsprechende Produkt auszuwählen (Selbstselektion). Eine Ausnahme bildeten die sprachorientierten Systemlösungen, die allein dem Segment der Systemkunden vorbehalten blieben.

Das Angebot eines umfassenden Produktportfolios durch die Deutsche Telekom ermögliche es den Wettbewerbern, sich mit ihrem Geschäftsmodell im Markt zu platzieren, so dass für neu in den Markt eintretende Unternehmen grundsätzlich keine Markteintrittsbarrieren auf dem Markt für Telefondienstleistungen beständen.

Mit dem gewählten Geschäftsmodell des in den Markt eintretenden Wettbewerbers – Teilnehmernetzbetreiber, Verbindungsnetzbetreiber oder Reseller – gingen stets Investitionen in unterschiedlichem Ausmaß einher. Diese Investitionen stellten aber keine Marktzutrittsschranken im eigentlichen Sinne dar. Anfangsinvestitionen seien vielmehr ein Charakteristikum für den Marktzutritt in nahezu allen Branchen. Die Höhe der relativen Investitionskosten sei ausschlaggebend für die Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Geschäftsmodell.

Bei der Planung des Markteintritts könne sich ein Marktneuling entscheiden, ob er Endkundenangebote im offenen oder geschlossenen Call-by-Call, Preselection, als Teilnehmernetzbetreiber oder zukünftig möglicherweise auch verstärkt als Reseller offerieren wolle. Damit verbunden sei der Grad seiner vertikalen Integration in den Vorleistungsmarkt. Je stärker der Marktneuling in eigene Infrastruktur investiere, desto größer seien seine technischen Freiheitsgrade in der Gestaltung der Endkundenprodukte.

Um als Anbieter von Teilnehmeranschlüssen auftreten zu können, sei in den Jahren seit der vollständigen Marktliberalisierung ein vergleichsweise starkes Engagement im Bereich der Infrastruktur erforderlich gewesen, sei es durch den Aufbau eigener Anschlussleitungen oder durch TAL-basierten Marktzutritt, der die Erschließung der betreffenden Hauptverteilerstandorte vorausgesetzt habe. Durch die Anordnung von entbündeltem Anschlussresale durch die Reg TP in 2003 und die einschlägigen Gerichtsentscheidungen drohe dies jedoch grundsätzlich in Frage gestellt zu werden. Reseller von Anschlüssen würden in Zukunft in die Lage versetzt, ohne nennenswerte Investitionen in irreversible Infrastruktur und damit weitgehend risikolos in lokale Telekommunikationsmärkte einzutreten. Als Folge entstehe eine ordnungspolitische Schieflage, da bisherige Investitionen von Teilnehmernetzbetreibern zwangsläufig entwertet würden und das Modell eines nachhaltigen, infrastrukturbasierten Wettbewerbs zugunsten einer kurzfristigen Belebung des Dienstewettbewerbs aufgegeben werde.

Auf den Verbindungsmärkten lägen ebenfalls keine Marktzutrittsschranken vor. Marktzutrittsschranken setzten die Existenz erheblicher irreversibler Kosten (wie etwa beim Aufbau eigener Festnetzinfrastruktur) in Verbindung mit nicht ausgeschöpften Größenvorteilen und damit das Vorliegen eines nicht-angreifbaren natürlichen Monopols voraus. Beim Marktzutritt als Anbieter von Verbindungsleistungen fielen jedoch keine Irreversibilitäten an. Grund sei, dass kein Anbieter von Verbindungsleistungen gezwungen sei, vor Marktzutritt die komplementäre Infrastruktur selbst zu errichten, sondern vielmehr auch hier der Zugang zu einem umfangreichen Vorleistungsportfolio, aus dem er alle relevanten Infrastrukturleistungen fremdbeziehen könne, gewährleistet sei. Daher bleibe festzuhalten, dass auf den Märkten für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche keine Marktzutrittsschranken vorlägen, die über das auf den Märkten anderer Branchen übliche Maß hinausgingen.

Auch auf dem Markt für sprachorientierte Systemlösungen gebe es weder rechtliche noch faktische Marktzutrittsschranken. Da das Angebot von sprachorientierten Systemlösungen für geschlossene Benutzergruppen schon vor dem Inkrafttreten des TKG, nämlich seit 1993, vom Sprachtelefondienstmonopol ausgenommen gewesen sei, habe sich der Wettbewerb hier viel früher etablieren können als auf den übrigen Märkten der Telekommunikation. Dies habe zu einer Eigendynamik der Entwicklung von funktionierendem Wettbewerb geführt.

Aufgrund der wettbewerblichen Struktur des Marktes für sprachorientierte Systemlösungen habe die Deutsche Telekom hier bereits vor 1998 signifikant Marktanteile bei den Verbindungsminuten und den Anschlüssen über PMxAs verloren. Es könne davon ausgegangen werden, dass in diesem Zeitraum ein großer Teil des abgehenden Verkehrs von „corporate-networks"-Kunden durch Direktanschaltungen der Wettbewerber realisiert worden sei. Ankommender Verkehr sei wegen der noch fehlenden Möglichkeit der Rufnummernmitnahme und Übernahme der Teilnehmeranschlussleitung überwiegend von der Deutschen Telekom realisiert worden. Zum

anderen sei davon auszugehen, dass die alternativen „corporate-networks“-Betreiber ihre Kunden über Primärmultiplexanschlüsse (PMxAs) angeschlossen hätten.

Des Weiteren könne festgestellt werden, dass auf dem Markt für sprachorientierte Systemlösungen neben den großen Carriern verstärkt Regio- und City-Carrier auf regionaler und lokaler Ebene aktiv würden. Hierbei träten sie zum einen mit eigenen Angeboten, zum anderen in Kooperation mit den großen Carriern für derartige Angebote auf. Dies ermögliche den Wettbewerbern eine kundennahe Betreuung durch die regionale/lokale Präsenz der Regio- und City-Carrier und eine eigene nationale bzw. internationale Infrastruktur der großen Carrier für die nationale bzw. internationale Anbindung der Kunden.

Die Zweckentfremdung der XXL-Tarife der Deutschen Telekom stelle eine Behinderungsstrategie von Carriern und ISP dar. Die XXL-Angebote enthielten eine Flatrate und schlössen Ziele in anderen Netzen nicht aus. Carrier und ISP nutzten dies und vermarkteten geographische Rufnummern im Internet, indem sie XXL-Kunden der Deutschen Telekom anböten, sonntags für „0“ Cent zu surfen. Neuerdings würden Kunden des neuen XXL-Tarifs sogar aufgefordert, einen Dienst anzuwählen und am Wochenende die Verbindung stehen zu lassen. Der Endkunde erhalte auf diese Weise ein Guthaben, welches er währen der folgenden Wochen über eine 0800-Rufnummer abtelefonieren könne. Der Carrier erhalte die Abrechnung und Auszahlung des Tarifs ICP-B.1.

Durch die zunehmende Verfügbarkeit alternativer Technologien sowie der Konvergenzentwicklung von Netzen, Diensten und Endgeräten verfügten Wettbewerber über verschiedenste Markteintrittsoptionen. Da z.B. auch Endgeräte zunehmend konvergierten, könnten Kunden mehrere Dienste über das gleiche Gerät nutzen, was die Kosten senke und neue Geschäftsmodelle zulasse.

Eine Fortführung von Regulierung in – wie nachgewiesen – wettbewerblichen Märkten hemme nicht nur die Innovationsbereitschaft der Unternehmen. Da im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens jedes innovative Angebot der Deutschen Telekom veröffentlicht werde, seien die Wettbewerber in der Lage, das gleiche Angebot zu imitieren und sich preislich darunter zu platzieren. Diese Tatsache im Kontext der niedrigen, unter den tatsächlichen Kosten der Deutschen Telekom liegenden Vorleistungspreise (z.B. Interconnection-Entgelte) biete keine Möglichkeit, die hohen und riskanten Investitionskosten zu decken und in Folgeinnovationen zu investieren.

Es sei in der Theorie des technischen Fortschritts unbestritten, dass jedes innovative Unternehmen eine temporäre Monopolstellung benötige, weil andernfalls kein ökonomischer Anreiz bestehe, in riskante und kostenintensive Produkte oder Verfahren zu investieren. Jeder temporäre innovationsbedingte Wettbewerbsvorsprung verschwinde aber spätestens dann, wenn die ersten Wettbewerber als Imitatoren in den Markt treten würden.

Dies bedeute, dass die Dynamik der Telekommunikationsmärkte gerade durch Schumpeters Hypothese des Wettbewerbs zwischen First-Movern und Imitatoren gekennzeichnet sei. Allerdings entfalte sich diese Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs nur bei Abwesenheit von Regulierung. Regulierung hemme die Suche nach schöpferischen Ideen und Verfahren.

Daher müsse jede Art von Regulierung die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Innovationsbereitschaft der Unternehmen berücksichtigen, um die Nachhaltigkeit der Telekommunikationsinfrastruktur nicht zu gefährden und ein Umfeld zur Entstehung von Innovationen zu schaffen.

Mit Schreiben vom 13.09.04 hat die DT AG ihre Stellungnahme zur Unterscheidung von Privat- und Geschäftskunden ergänzt. Darin weist sie darauf hin, dass die Staaten, welche die Endkundenmärkte für öffentlichen Telefondienst bereits notifiziert hätten, nämlich Finnland, Portugal

und Großbritannien, eine Differenzierung in Privat- und Geschäftskundenmärkte vorgenommen hätten. Eine solche Differenzierung sei auch in Deutschland geboten, da keine nationalen Besonderheiten vorlägen, die eine Abweichung von der Empfehlung der EU-Kommission rechtfertigen würden. Typischerweise adressierten die Anbieter im Markt Privat- und Geschäftskunden separat und differenzierten zwischen ihnen über Produktgestaltung und Preise. Beispielhaft würde auch auf die Homepages der Teilnehmernetzbetreiber Arcor, NetCologne und HanseNet verwiesen. Ferner erläutert die DT AG ihr Konzept für die gegenwärtige und zukünftige Marktbearbeitung im Hinblick auf Privat- und Geschäftskunden.

Die DT AG schlägt vor, ggf. gemäß dem Vorgehen der britischen Regulierungsbehörde Oftel eine produktorientierte Trennung anhand der Zielgruppe aus Anbietersicht vorzunehmen.

Die portugiesische Regulierungsbehörde habe ebenfalls zwischen Privat- und Geschäftskundenmärkten differenziert. Als Begründung würden die speziellen Preismodelle für Geschäftskunden mit Umsatzrabatten und Mindestumsätzen angeführt, was im Privatkundenmarkt grundsätzlich nicht üblich sei. Es bestehe sogar Potenzial, im Geschäftskundenbereich noch weiter zu differenzieren, und zwar zwischen freiberuflichen Geschäftskunden, kleinen und großen Unternehmen. Diese Argumentation lasse sich ohne Abstriche auch auf die deutsche Situation übertragen.

Die DT AG weist darauf hin, dass in Finnland eine Differenzierung anhand einer Identifikationsnummer (Personen- bzw. Gesellschaftsidentifikationsnummer) vorgenommen werde. Eine vergleichbare Differenzierung sei der DT AG aufgrund des Diskriminierungsverbotes in Deutschland verwehrt.

Angesichts dieser Argumentation in anderen Ländern gebe es keine deutschen Besonderheiten, die einen Verzicht auf die Trennung von Privatkunden- und Geschäftskundenmärkten für öffentlichen Telefondienst rechtfertigten könnten. Neben dieser grundsätzlichen Differenzierung von Privat- und Geschäftskunden halte die DT AG daran fest, dass für den Geschäftskundenmarkt eine weitere Abtrennung eines Geschäftskundensegmentes für sprachorientierte Systemlösungen notwendig sei. Im produktorientierten Ansatz handele es sich, wie bereits im Schreiben vom 21.01.04 dargestellt, um das Produkt T-VPN[55], welches eine kundenindividuelle Lösung darstelle. Dabei sei zu berücksichtigen, dass es sich um ein Angebot an geschlossene Benutzergruppen handele, was eine Zuordnung zu öffentlich zugänglichem Telefondienst schon grundsätzlich verbiete.

XI. European Telecommunication Holding E.T.H. AG

Hindernisse bestünden in den angesprochenen Bereichen nach wie vor aufgrund der erheblichen Investitionserfordernisse. Barrieren beständen auch im Bereich der „last mile“ und den damit zusammenhängenden Kosten im Bereich der Ortsnetzzuführung aufgrund des nach wie vor bestehenden „Monopols“ der DT AG.

Das Verhalten der Anbieter bestimme und beeinflusse die Märkte, die Nachfrager hingegen hätten wegen der starken Stellung der DT AG kaum Einfluss auf den Markt.

Marktzutrittsschranken und Expansionshemmnisse gebe es aufgrund der Preise und der Marktstruktur im Ortsnetz für Zuführung und Terminierung. Behinderungsstrategien könnten in dem Verhalten und der Preisgestaltung einzelner Anbieter gesehen werden.

[55] Die DT AG hat nachträglich klargestellt, dass es sich nur bei den T-VPN-Verträgen um sprachorientierte Systemlösungen handele. TDN-Verträge hingegen stellten Datenlösungen für Unternehmen dar. Im vor Gericht verhandelten Fall habe der Vertrag „TDN Kommunen Baden-Württemberg“ versehentlich eine falsche Bezeichnung gehabt.

Die wettbewerblichen Verhältnisse seien nach wie vor schwierig. Der technische Fortschritt insbesondere durch VoIP könnte allerdings zu einigen Änderungen führen, da die Anfangsinvestitionen nicht mehr astronomische Höhen erreichen würden. Weitere technische Fortschritte im Soft- und Hardwarebereich könnten ebenfalls in Zukunft Erleichterungen für die „kleineren“ Anbieter und mehr Wettbewerb bringen.

XII. EWE TEL GmbH

Auf diesen Märkten bestünden erhebliche Zutritts- und Expansionshemmnisse, insbesondere aufgrund der überhöhten TAL-Entgelte und dem neu eingeführten Entgelt für die Sicherstellung der Rufnummernportabilität. Ferner würden Marktzutritt und Expansion durch die Kontingentierung der Portierungsmengen im Rahmen der Planungsabsprachen behindert; eine Anpassung an Nachfrageschwankungen könne aufgrund der von der DT AG verlangten Planungsabsprachen mit einem Vorlauf von [...] Monaten zwischen Kontingentfestlegung und Portierungsauftrag kaum erfolgen. Die Wettbewerber könnten auf diese Absprachen nicht verzichten, weil die DT AG sonst TAL nur im Rahmen ihrer jeweiligen betrieblichen Möglichkeiten und damit unregelmäßig bereitstelle.

Weitere Hindernisse ergäben sich aus Einengungen bei Sonderportierung und Qualitätsmängeln bei der Bereitstellung und Entstörung der TAL. Erhebliche Probleme ergäben sich ferner daraus, dass die DT AG die Überlassung der TAL bei Kapazitätsengpässen verweigere mit dem Hinweis auf die fehlende Pflicht zur Schaffung von Kapazitäten für Wettbewerber, dann aber dem Endkunden selbst entsprechende Neukapazitäten zur Verfügung stelle.

Diese Hemmnisse für Zutritt und Expansion seien von der DT AG in vollem Umfang beeinflussbar und auf eine bewusste Behinderung der neuen Wettbewerber zurückzuführen.

Die wettbewerblichen Verhältnisse auf den genannten Märkten seien noch unbefriedigend. Die TAL-basierten Anbieter hätten gezeigt, dass sie zu erheblichen Anstrengungen bereit seien, und damit deutliche Erfolge erzielt. Sie litten jedoch unter der Inkonsistenz der Entgeltentscheidungen in den Bereichen TAL-Entgelte, Interconnection-Entgelte und DT AG-Endkundenentgelte. Hervorzuheben seien dabei die Wettbewerbsverzerrungen zwischen der DT AG und alternativen Teilnehmernetzbetreibern insbesondere beim analogen Anschluss, aber auch bei ISDN, die nach wie vor durch die überhöhten einmaligen und monatlichen TAL-Entgelte hervorgerufen würden, sowie die Wettbewerbsverzerrung zwischen Teilnehmernetzbetreibern und Verbindungsnetzbetreibern, die durch den erheblichen Preisverfall bei IC-Entgelten bei weitgehend unveränderten TAL-Entgelten hervorgerufen und durch die Einführung von Carrier Selection im Ortsnetz in ihren Auswirkungen noch verstärkt werde. Eine deutliche Korrektur dieser Verzerrungen bei Vorleistungs- und Endkundenentgelten könnte die Marktanteile der Wettbewerber deutlich erhöhen.

Des Weiteren bestehe regulatorischer Handlungsbedarf bei den Bündelprodukten der DT AG. Diese erhöhten die Gefahr von Verdrängungsstrategien seitens des beherrschenden Anbieters, da sie prinzipiell geeignet seien, Marktmacht aus weniger wettbewerbsintensiven Märkten in wettbewerbsintensivere zu übertragen. Als Beispiel seien hier insbesondere die Bündelung von Festnetz- und Mobilfunkdiensten zu nennen.

XIII. freenet.de AG (früher: freenet Cityline GmbH)

Die Möglichkeiten von Unternehmen, Festnetzleistungen zu erbringen, seien durch praktische, technische und wirtschaftliche Barrieren weitgehend beschränkt. Angesichts der Stellung der DT AG im Teilnehmeranschlussbereich sei jeder alternative Anbieter auf Zuführungsleistungen für sämtliche seiner Leistungsangebote angewiesen.

freenet lasse ausdrücklich offen, inwiefern objektiv behindernden Faktoren explizite Behinderungsstrategien zu Grunde lägen. Im Verhalten der DT AG gäbe es einige Faktoren, die sich objektiv als behindernd dargestellt hätten.

Um Verbindungen mit Ursprung im nationalen Telefonnetz der DT AG zu 01019 oder 01024 zuführen zu lassen, sei man gezwungen, diesen Dienst bei der DT AG nachzufragen. Die DT AG unterbinde die Zuführung durch Transit über einen alternativen Netzbetreiber. Damit werde die Nachfrage auf die DT AG beschränkt.

Behinderungen hätten in der Vergangenheit bei der Bereitstellung von Zusammenschaltungs- und Kollokationsleistungen bestanden. In der letzten Zeit habe die Praxis der DT AG in diesem Bereich weniger Beanstandungen hervorgerufen, auch wenn die vertraglichen Regelungen nach wie vor eher unzureichend erschienen.

Massive Behinderung bestehe durch die enge Beschränkung von Inkasso und Fakturierung auf minutenabhängige Tarife im Call-by-Call, gerade angesichts der zunehmenden Bündelprodukte und –tarife der DT AG auf den Endkundenmärkten. Ferner auch durch Cost-Prize-Squeezes, die die DT AG im Endkundenbereich vor allem durch Bündelprodukte, teilweise mit unentgeltlichen Gesprächsminuten erzeuge. Als Vor- oder Zusammenschaltungsleistungen seien derartige Tarifmodelle nicht verfügbar.

Stark behindernd wirkten auch die Prozesse im Bereich der Verbindungsnetzbetreiber-Preselection-Freischaltung. Hier scheine es eine ungleiche Handhabung von Formerfordernissen zu geben (auf Verbindungsnetzbetreiber-Seite sei ein schriftlicher Nachweis der Willenserklärung des Kunden erforderlich, die Umstellung erfolge jedoch offenbar auf Zuruf durch die DT AG). Weiterhin sei auffällig, dass nur etwa 80% der gewonnenen Preselection-Kunden von der DT AG tatsächlich freigeschaltet würden. Etwa 20% der Kunden würden zum Teil ohne oder mit nicht plausibler Begründung nicht freigeschaltet. Bei erneuter Übermittlung der identischen Daten nach einer Negativmeldung sei die Freischaltung dann plötzlich problemlos möglich.

Die Beherrschung der Märkte ergebe sich weitgehend aus der Marktbeherrschung im Bereich des Teilnehmeranschlusses für herkömmlichen Telefondienst. Der technische Fortschritt und die Marktentwicklung würden sich hierauf in absehbarer Zeit nicht auswirken. Die von freenet vertretenen Unternehmen hätten sich mit hohen Verlusten aus dem Geschäft mit Teilnehmeranschlussleistungen zurückgezogen, da dort das bestehende Monopol nur sehr lokal aufgebrochen werden könne, wirtschaftlich aber nicht flächendeckend, da es sich im derzeitigen Regulierungsszenario wirtschaftlich nicht rechne. Daher sei eine Remonopolisierung für Teilnehmeranschlussleitungen in der Fläche entstanden, ebenso wie neuerdings auch im DSL-Anschlussbereich.

Entscheidend für die Entwicklung des Wettbewerbs sei es, die DT AG dazu zu verpflichten, Vorleistungsprodukte in allen Produktbereichen zu Preisen anzubieten, die ein marktfähiges Angebot durch alternative Anbieter ermöglichten. Weiterhin bestehe insbesondere im Bereich Preselection Handlungsbedarf hinsichtlich der Gestaltung bzw. Einhaltung der Prozesse.

Dringend erforderlich zur Verbesserung der wettbewerblichen Verhältnisse sei die Aufnahme eines Bitstream Access Vorproduktes, welches auf Basis der monopolistisch geprägten T-DSL Infrastruktur (bezogen auf Flächendeckung bzw. Privatkunden als Endkunden) von der DT AG angeboten werden sollte. Dieses Vorprodukt sollte auch in einer vom Telefonanschluss der DT AG abgekoppelten Version bereitgestellt werden. Dies versuche die DT AG allerdings zu verhindern. Nur hierdurch könne aber der Innovationssprung auch in Produkte transferiert und den Kunden auch durch Wettbewerber bereitgestellt werden.

XIV. HanseNet Telekommunikation GmbH

Während Verbindungsnetzbetreiber ohne Investitionen in Infrastrukturen umgehend ihre Dienste gegenüber Endkunden umsetzen könnten, würden investitionsbereite Teilnehmernetzbetreiber, die für werthaltige Infrastrukturen und einen nachhaltigen Wettbewerb sorgten, durch die Wettbewerbsstrategie der marktbeherrschenden DT AG sowie durch die regulatorischen Rahmenbedingungen schlechter gestellt. Im Bereich der Festnetzanschlüsse für Endkunden bestehe hierdurch die Gefahr der Re-Monopolisierung.

Die in Deutschland derzeit forcierte Resale-Verpflichtung für die Endkundenprodukte der DT AG erhöhe die Risiken für Teilnehmernetzbetreiber und wirke sich expansionshemmend für den nachhaltigen Wettbewerb aus.

Die nachfolgenden Behinderungsstrategien der marktbeherrschenden DT AG wirkten sich negativ auf die Entwicklung des werthaltigen Festnetzmarktes aus: Überhöhte TAL-Entgelte, keine Abrechnung offline-gebillter Mehrwertdienste sowie längere, bei der Reg TP nicht beantragte Vertragsbindungsfristen der Endkunden für Optionstarife.

XV. htp GmbH (früher: htp Hannovers Telefon Partner GmbH)

Da über den politischen Willen Bereiche wie Resale oder Bitstreaming gefördert würden, sei ein neuer Markteintritt in Geschäftsbereiche, die auf Infrastruktur basierten, wirtschaftlich nicht tragbar. Die aktuelle Preissituation am Telekommunikationsmarkt erlaube es lediglich bereits etablierten Carriern, in Markterweiterungen zu investieren. Auch diese Investitionen seien vor den sich veränderten Wettbewerbsbedingungen zu hinterfragen.

Die TAL werde vom Vorlieferanten, der zugleich Marktführer und Hauptwettbewerber sei, zu einem Preis weit über den effektiven Kosten angeboten. Es sei somit sehr schwer, dem Kunden ein Qualitätsprodukt anzubieten. Für mehr Wettbewerb müsse die Preis-Kosten-Schere aufgehoben werden.

TAL-Bestellungen und insbesondere Bestellungen von hochbitratigen Leitungen würden seitens des Lieferanten auffällig oft aus technischen Gründen abgelehnt. Ob im Einzelfall tatsächlich ein berechtigter Ablehnungsgrund vorliege, sei für htp in der Praxis nicht nachprüfbar. Für den Endkunden sei es wiederum nicht nachvollziehbar, dass er von htp eine Ablehnung seines Auftrags erhalte, seitens des anderen Wettbewerbers auf Anfrage hingegen umgehend angeschlossen werde.

Leitungsbereitstellungen würden seitens des Lieferanten häufig nicht innerhalb der Frist bearbeitet, so dass der Endkunde vom Umschalttermin nicht rechtzeitig informiert oder ihm in angemessener Frist eine Ablehnung mitgeteilt werden könne. Selbst wenn der alternative Carrier z.B. die Kosten einer notwendig gewordenen zweiten Anfahrt erstattet bekomme, bliebe der Imageschaden.

Durch den regulatorischen Eingriff der Reg TP u.a. in den Bereichen Resale und Bitstream (Internet) werde ein Technologiewettbewerb verhindert. Unternehmen, die in technischen Fortschritt investierten, würden gegenüber Resellern, die vorhandene Technik kostengünstig und risikofrei mieten könnten, benachteiligt. Es bleibe fraglich, ob sich unter diesen Marktgegebenheiten Innovationen durchsetzen könnten. Des Weiteren führten die lediglich kurz- bis mittelfristigen Entscheidungen der Reg TP dazu, dass die Wettbewerber zum Quasimonopolisten DT AG aufgrund der langfristigen Planungsunsicherheit nur gehemmt investierten.

XVI. IN-telegence GmbH & Co. KG

Die Vergangenheit der Telekommunikation als ein ehemaliges Staatsmonopol habe bis heute erschwerende Auswirkungen auf den Marktzutritt. Durch die Vorteile der DT AG beim Angebot netzgebundener Dienstleistungen sei kein chancengleicher Wettbewerb sichergestellt, so dass sektorspezifische Regulierungen notwendig seien.

In praxi werde die Expansion der bestehenden Wettbewerber der DT AG z.B. durch das Fehlen eines Entgeltregulierungskonzeptes im TKG gehemmt. Dadurch biete die DT AG den Netzbetreibern für Vorprodukte von Mehrwertdienstleistungen keine besseren Konditionen an als ihren eigenen Diensteanbietern und Resellern. Da die alternativen Netzbetreiber jedoch im Gegensatz zu Resellern der DT AG ernorme Investitionen in die Bereitstellung und Modernisierung der Netzinfrastruktur getätigt hätten und auch zukünftig tätigen müssten, stelle dies ein klares Hemmnis bei der Expansion dar.

Speziell für den Markt der Mehrwertdienste komme für den Neueintritt z.B. erschwerend hinzu, dass sämtliche Rufnummern des Hauptumsatzträgers „0190“ bereits an Netzbetreiber vergeben seien.

Für alternative Mehrwertdiensteanbieter stelle es eine Behinderung dar, dass die marktbeherrschende DT AG gemäß ihrer Fakturierungsverpflichtung nur zeitabhängige Mehrwertdienste auf Minutenbasis abrechne. Die DT AG weigere sich, Dienste abzurechnen, die klassischerweise den Einsatz von Einmalbeträgen erforderten. Dem gegenüber biete die DT AG ihren Diensteanbietern derartige Services ausdrücklich an und erfreue sich in ihrer Monopolstellung hierbei einer steigenden Nachfrage am Markt. Gerade Fakturierung und Inkasso der Dienste der Wettbewerber über die Telefonrechnung des Anschlussinhabers stellten damit ein zentrales Problem des Telekommunikationsmarktes dar.

Die DT AG halte bestimmte Leistungen, die sie ihren eigenen Diensteanbietern zur Verfügung stelle, nicht immer oder erst mit großer zeitlicher Verzögerung für ihre Wettbewerber bereit [...]. Dadurch werde der Zutritt zu neuen Diensten für die Wettbewerber der DT AG erschwert.

Der Wettbewerb sei durch die marktbeherrschende Stellung der DT AG insbesondere bei den TAL in vielen Bereichen erschwert. Technische Innovationen wie WLL oder Powerline hätten daran bislang wenig ändern können. Auf absehbare Zeit seien kaum Innovationen in Sicht, die direkten Einfluss auf die derzeitigen wettbewerblichen Verhältnisse haben könnten.

XVII. KielNET GmbH (früher: KielNet GmbH)

Ein Markteintritt als Verbindungsnetzbetreiber sei nur in größtem Rahmen (bundesweit, großer Markt) oder als Spezialanbieter (Randzielgruppen, kleiner Markt) möglich. In jedem Fall sei der wirtschaftliche Erfolg nur schwer zu erzielen. Der Markteintritt als Teilnehmernetzbetreiber sei unmöglich, da die notwendigen Anfangsinvestitionen und der TAL-Preis jedes wirtschaftliche Handeln verhinderten. Nur als bundesweiter Anbieter mit bestehendem Transportnetz bestehe eine Möglichkeit, neu am Markt zu agieren. Marktzutrittsschranken seien das Verhältnis von Investitionen zu Erträgen, extreme Refinanzierungszeiten und die ungerechtfertigten Kosten zur Erschließung eigener Festnetzkunden (TAL).

XVIII. MCI WorldCom Deutschland GmbH

Aufgrund der hohen Anfangsinvestitionen und dem Verfall der Margen sei nicht davon auszugehen, dass neue Wettbewerber auf den genannten Märkten tätig würden. Problematisch sei darüber hinaus nach wie vor der hohe Marktanteil der DT AG. Auch die lange Verfahrensdauer bei nicht fristgebundenen Regulierungsverfahren sowie bei der Überprüfung von Regulierungsentscheidungen vor den Verwaltungsgerichten seien ein großes Hemmnis, insbesondere dann,

wenn Regulierungsentscheidungen durch die aufschiebende Wirkung einer Klage durch die Verwaltungsgerichte nicht zeitnah umgesetzt würden. Beispiele seien die Verfahren um den Wiederverkauf der Dienstleistungen der DT AG im Ortsnetz (Resale) und das Verfahren zu den Telekom Designed Networks (TDN).

Auch könnte die Reg TP selbst wesentlich zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse beitragen. So seien bei einer Beschlusskammer 31 von 33 Anträgen der DT AG ohne Änderung genehmigt worden. Dabei scheinen die wettbewerblichen Auswirkungen nicht immer berücksichtigt worden zu sein. Insbesondere die Bündelprodukte wie Aktiv Plus XXL etc. hätten zu großen Marktproblemen geführt.

Expansionshemmnisse bzw. das Fehlen von Anreizen zu Investitionen seien auch dadurch gegeben, dass bei der neuesten Entscheidung zu den immer noch zu hohen Zusammenschaltungsentgelten der DT AG keine weitergehende Tarifspreizung (Local Tarif – Single/ Double Tarif) eingeführt worden sei. [...]. Eine Marktzutrittsschranke sei gewesen, dass Call-by-Call im Ortsnetz nur nach einer Gesetzesänderung möglich geworden sei.

Es sei zu befürchten, dass bei Inkrafttreten des neuen TKG auf dem Stand des Kabinettsentwurfs die DT AG zu früh aus der Ex-ante-Regulierung entlassen werde. Darüber hinaus fehle es an einer Verpflichtung der DT AG, zu jedem Endkunden-Produkt zeitgleich auch ein Vorleistungsprodukt anzubieten.

Es existierten Behinderungsstrategien der DT AG, indem diese z.B. ungerechtfertigt lange für die Bereitstellung von Mietleitungen benötige. [...]

Durch TDN versuche die DT AG zu verschleiern, dass sie „normale“ Telefongespräche anbiete und somit einer Entgeltregulierung entgehen könne. Unter dem Deckmantel einer geschlossenen Benutzergruppe habe die DT AG unregulierte Tarife für Telefonverbindungen an Endkunden angeboten und so durch Dumpingpreise die Wettbewerbsfähigkeit anderer Telekommunikationsfirmen schwächen können. Darüber hinaus gebe es auch andere Fälle, in denen die Endkundenpreise der DT AG unter den Preisen für die jeweiligen Vorleistungsprodukte lägen.

Weitere Punkte seien die konstante Verweigerung der DT AG eines den Vorgaben der Reg TP entsprechenden Standardvertragsangebotes und die Bevorzugung der eigenen Töchter. Zudem sei MCI mitgeteilt worden, dass ehemalige Kunden der DT AG massiv bedrängt worden seien, zur DT AG zurückzukehren bzw. dass aktuelle Kunden an einem Anbieterwechsel gehindert worden seien.

Außerdem greife die DT AG nahezu jede ihr nachteilige Entscheidung der Reg TP vor den Verwaltungsgerichten an und erreiche so zumindest eine zeitliche Verzögerung.

MCI sehe auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, öffentliche Orts- und/ oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche keine Anzeichen für einen wirksamen Wettbewerb. Im Bereich des Kundenzugangs gebe es ein fortbestehendes Anschlussmonopol der DT AG. Bei den Telefonverbindungen sei zu beobachten, dass die DT AG mit großem Erfolg durch die genannten Bündelprodukte ihr Zugangsmonopol in den Verbindungsbereich übertrage.

Technischer Fortschritt sei nicht zu erkennen. Da die Technik für Sprachkommunikation ausgereift sei, seien nennenswerte technische Innovationen auf absehbare Zeit nicht zu erwarten.

XIX. M’net Telekommunikations GmbH

Es existierten in erheblichem Maße Marktzutrittsbarrieren und Expansionshemmnisse aufgrund des niedrigen Marktpreisniveaus, der erforderlichen Investitionen und der konjunkturell nicht vorhandenen Kaufkraft des Marktes. Der Verdrängungswettbewerb erfolge über den Endkundenpreis und neue innovative Produkte. Ein neuer Anbieter müsste in Konkurrenz zu dem Marktführer DT AG treten und mit niedrigeren Margen seine umfangreichen Investitionen refinanzieren. Die DT AG habe als Ex-Monopolist gegenüber den neuen Wettbewerbern erhebliche Vorteile.

Gegenüber innovationshemmenden Resale-Anbietern bestände erhebliche Nachteile durch den erheblich höheren Investitionsaufwand. Dem stände eine deutlich bessere Innovationsmöglichkeit gegenüber, von welcher letztlich der Endkunde profitiere.

Teilnehmernetzbetreiber hätten in erheblichem Umfang mit den unzureichenden Vertragsgestaltungen sowohl im Bereich der Zusammenschaltung als auch der Teilnehmeranschlüsse zu kämpfen.

Es lägen vielfältige, strategische Behinderungen vor, die jedoch schwer zu beweisen wären. Die Behinderungsstrategien seien im Wesentlichen durch unzureichende Angebote von Leistungen an sich als auch innerhalb von angebotenen Leistungen durch mangelhafte Leistungsinhalte gekennzeichnet. Die DT AG sei nicht bereit, über die regulierten Angebote hinaus Leistungen anzubieten, um so Wettbewerbern den Zugang zu Märkten, Diensten und Kunden zu versperren. Des Weiteren werde versucht, Märkte zu besetzen, bevor Vorleistungen Wettbewerbern zur Verfügung gestellt würden.

Weitere Behinderungen lägen dadurch vor, dass das Angebot von Zusammenschaltungsleistungen durch vielfältige, marktunübliche Vertragsregelungen verhindert bzw. erschwert werde (z.B. zusätzliche Einstellung von Technik für nicht Telekomleistungen, Untervermietung von Kollokationsräumen der DT AG).

Behinderungen gebe es auch durch Mobilfunkbetreiber, die Endkunden quersubventionierte Preise gewährten und diese durch überhöhte Konditionen für den Netzzugang finanzierten und weithin ihre Terminierungsleistung häufig nur indirekt über Transitnetzbetreiber anbieten würden.

Echter Wettbewerb könne nur dort entstehen, wo es Chancengleichheit für die Marktpartner gebe. Dies sei aufgrund der regulatorischen Bedingungen nicht in ausreichendem Umfang gegeben.

Der technische Fortschritt werde durch den derzeitigen Stand der Regulierung und der vertraglichen Gestaltung gehemmt, insbesondere bei den Sprachprodukten, weil die Margen für den Innovationsspielraum nicht vorhanden seien. Technischer Fortschritt sei in der Regel nur so weit möglich, wie die DT AG selbst innovativ sei und andere auf diese Produkte aufsetzen könnten. Der technische Fortschritt werde für einen Teil der Wettbewerber dort reduziert, wo die DT AG die Vorleistungen verweigere. Den Wettbewerbern werde mit der Möglichkeit zur technischen Innovation ein wesentliches Differenzierungskriterium gegenüber der DT AG genommen, da die übrigen Kriterien über Preis und Qualität letztlich immer auch den Stand und das Angebot der DT AG als Hauptlieferant wiedergeben würden. Daher sei Wettbewerb faktisch nicht vorhanden.

XX. NEFkom Telekommunikation GmbH & Co. KG

Die Möglichkeit des Markteintritts sei aufgrund der bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen, insbesondere den angeordneten Entgelten im Teilnehmeranschlussbereich, extrem

schwierig und risikobehaftet. Marktzutrittsschranken bzw. Expansionshemmnisse seien insbesondere dadurch gegeben, dass nur eine bestimmte Anzahl von Kunden getätigte Investitionen rechtfertige. Die Erreichung dieser Kundenzahlen sei nur [...] möglich.

Es beständen Behinderungsstrategien, insbesondere durch überhöhte Entgelte. Dies gelte insbesondere für die DT AG, deren Berechnungen sich nicht nachvollziehen ließen. Die Preis-Kosten-Schere zwischen dem Angebot an Endkunden sowie an Wettbewerber falle nachteilig für die Wettbewerber aus. Ferner seien die sehr hohen Einmalkosten bei der Einrichtung von Teilnehmeranschlüssen und die Kündigungsentgelte zu nennen. [...]

Das Wettbewerbsverhältnis im Markt der Teilnehmeranschlüsse bestehe nur völlig unzureichend, da weiterhin über 95% der Teilnehmeranschlüsse bei der DT AG lägen. Die Einführung von Call-by-Call im Ortsnetz sowie weitere Resalemöglichkeiten würden zukünftig den technischen Fortschritt weiter behindern.

Ferner werde der technische Fortschritt auch dadurch behindert, dass die vertraglichen Bestimmungen bei den Teilnehmeranschlussleitungen so nachteilig zu Ungunsten der Wettbewerber ausgelegt seien, dass im Zusammenspiel mit den deutlich überhöhten Miet- und Einrichtungsentgelten eine Innovation in diesem Bereich nur mit unverhältnismäßigem Aufwand betrieben werden könne. Technischer Fortschritt werde an dieser Stelle durch die DT AG vorgegeben, da nur diese in der Lage sei, durch die überhöhten Entgelte ausreichend finanzielle Mittel für Forschung und Entwicklung in diesem Bereich vorzuhalten.

XXI. NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH

Der Zugang zu den Märkten Zugang zum öffentlichen Telefonnetz werde insbesondere durch den unzureichenden Zugang zu den relevanten Vorleistungen gehemmt. Besonders hervorzuheben sei der hohe Preis der TAL-Komponenten des marktbeherrschenden Unternehmens DT AG. Auf dem Markt für den Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz bestehe aufgrund der von der EU-Kommission festgestellten und nach Auffassung von NetCologne nach wie vor existierenden Preis-Kosten-Schere insbesondere für Anschlüsse auf Basis von Analog-Technik eine Markteintrittsbarriere.

Das Angebot der DT AG an Options- und Bündeltarifen und Wechselkosten z.B. bei der Rufnummermitnahme behinderten neu eintretende Unternehmen beim Aufsetzen von Standardprodukten in den Märkten Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche durch Hemmung der Wechselbereitschaft. Die DT AG nutze ihre marktbeherrschende Stellung in den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz aus, um diese auf die Märkte für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche zu übertragen.

Die DT AG dominiere die Märkte für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz mit Marktanteilen bei Umsätzen von weit über 90%. Auch in Ballungsräumen, in denen Wettbewerber stärker vertreten seien, sei die DT AG mit einem Marktanteil von über 75 % deutlich marktbeherrschend.

Bei den Ortsverbindungen sei die DT AG deutlich marktbeherrschend. Zwar lägen die Marktanteile der DT AG bei den Fernverbindungen niedriger, jedoch lasse sich dies – wie auch von der Monopolkommission festgestellt – relativieren, da die DT AG über ihre marktbeherrschende Stellung bei den relevanten Vorleistungen einen Teil der Umsätze wieder einnehme. Dementsprechend lasse sich für die Märkte für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche eine deutliche Dominanz der DT AG feststellen. Gleiches gelte für die Wettbewerbsverhältnisse bei den Auslandsgesprächen.

Zwar würden alternative Techniken wie VoIP in Zukunft den Wettbewerb in den betrachteten Märkten beleben, dies werde jedoch für eine Übergangszeit die Dominanz der herkömmlichen Technologien nicht beeinträchtigen.

XXII. One Tel Telecommunication GmbH

Marktzutrittsschranken seien das Lizenzerfordernis, einseitig von der DT AG diktierte Interconnectionverträge, ein eingeschränktes Angebot an Produktvorleistungsangeboten (Resale) seitens der Teilnehmernetzbetreiber, die fehlenden Alternativen zu Fakturierungs- und Inkassoverträgen mit der DT AG für OCBC, hohe Vorauszahlungen und dadurch hoher Kapitalbedarf gegenüber der DT AG bei neuem Netzaufbau (ICA-Vorauszahlungen), jährliche Vorauszahlungen der anfallenden ICA-Gebühren an die DT AG, geringe Margen durch den Preiskampf, das aus Wettbewerbsgründen notwendige flächendeckende Ortsnetzangebot nur beim Netzausbau auf 475 POI, unnötig hohe Kosten durch überzogene und nicht praxisgerechte datenschutzrechtliche Bestimmungen, verstärkt durch eine widersprüchliche Rechtsprechung, und erhöhte Aufwendungen durch Widersprüche zwischen TKG/TKV und datenschutzrechtliche Bestimmungen.

Expansionshemmnisse seien die Verringerung der Wirtschaftlichkeit eines notwendigen flächendeckenden Netzaufbaus auf 475 POI durch den geringeren Abstand zwischen Tarifzone I und II der neuen IC-Preisstruktur, Planungsunsicherheit durch fortwährendes Unterlaufen von Regulierungsentscheidungen durch gerichtliche Anfechtungen und die langwierige Beschlussfassung bezüglich des neuen TKG.

Massive Behinderung fände durch die Weigerung der Mobilfunknetzbetreiber zur direkten Zusammenschaltung statt.

Bei der dauerhaften Voreinstellung kämen immer noch unerklärliche Ablehnungen seitens der DT AG vor. Außerdem seien von Kunden telefonische Rückgewinnungs- und Verhinderungsmaßnahmen seitens der DT AG berichtet worden.

Es seien deutliche Remonopolisierungstendenzen zu beobachten. Der Markt bewege sich auf ein Oligopol mit sehr wenigen Beteiligten hin.

XXIII. Tele/OS Gesellschaft für Telekommunikation und Netzdienste Ostwestfalen-Schaumburg mbH & Co. KG

Für neue Marktteilnehmer bestünden die folgenden Risiken: Investitionsrisiken wegen unklarer rechtlicher Rahmenbedingungen (Bedrohung durch Resale-Modelle), deutlich verringerte Gewinnmargen in Relation zum Zeitpunkt der Marktöffnung, dauerhafte Abhängigkeit von der DT AG im Teilnehmeranschlussbereich, zunehmende Marktsättigung, zunehmende Bedrohung von langfristig angelegten Geschäftsmodellen durch sich ändernde regulatorische Rahmenbedingungen (CSO, Resale, etc.) und zunehmender Verdrängungswettbewerb aus benachbarten Märkten.

Diese Risiken stellten auch Markthemmnisse für bereits tätige Unternehmen – im Wesentlichen Teilnehmernetzbetreiber bzw. Unternehmen, die auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz für andere Kunden tätig seien – dar. Gerade die nachträgliche Änderung von Rahmenbedingungen führte dazu, dass einst wirtschaftlich tragfähige Geschäftsmodelle zunehmend in Frage gestellt werden müssten. Dies führe zu einem Zeitpunkt, an dem sich beispielsweise getätigte Investitionen noch nicht amortisiert haben, zunehmend zur Verunsicherung von Shareholdern und damit automatisch zu Expansionshemmnissen.

Behinderungsstrategien bestünden in unterschiedlichem Umfang und unterschiedlicher Intensität auf nahezu allen Märkten. Exemplarisch seien die Zusammenfassung von regulierten und nicht regulierten Märkten beim Endkundenangebot, die Überwälzung von Inkassorisiken auf die Teilnehmernetzbetreiber, der Zugang zu allen am Markt verfügbaren Produktangeboten und Leistungsmerkmalen, die schnellere Bereitstellung von Telefonanschlüssen für Endkunden als Portierung zu alternativen Netzbetreibern und hohe Einmalentgelte beim Wechsel von Kunden genannt.

Insgesamt könne von nahezu ausreichenden Wettbewerbsverhältnissen auf den angesprochenen Märkten ausgegangen werden. Wechselhemmnisse und die Entgeltstruktur für Vorleistungsprodukte hätten vor allem im Bereich der Terminierung teilweise zu monopolähnlichen Strukturen in den Ortsnetzen geführt.

Es sei richtig, über langfristige Investitionen in Infrastruktur den Wettbewerb zu fördern. Dass es selbst über den technischen Fortschritt am Ortsnetzmonopol noch keine wesentlichen Änderungen gegeben habe, liege an der gezielten Zusammenfassung von regulierten und nicht regulierten Märkten bei Endkundenprodukten. Der Wettbewerb könne über den technischen Fortschritt gefördert werden, wenn ein Transfer von Monopolstrukturen in andere Märkte unterbunden würde. Nur dann könnten alternative Netzbetreiber mit technischen Innovationen auch Marktanteile in den angesprochenen Märkten generieren.

XXIV. The Phone House Telecom GmbH

Die Möglichkeiten zur Neuaufnahme der Geschäftstätigkeit seien als problematisch einzustufen, da das Preis-Niveau im Festnetzmarkt einen sehr geringen Margenkorridor zu Verfügung stelle, der für einen Diensteanbieter mit den Vertriebswegen Handelskette und Fachhandel wenig Spielraum lasse, sich in der Wertschöpfungskette zwischen Netzbetreibern und Fachhandel resp. dem Eigenvertrieb der Netzbetreiber zu positionieren.

Der Prozess der Aufschaltung von Neukunden in der Festnetz-Preselection sei insbesondere im europäischen Vergleich zu langwierig und für die Kunden zu aufwändig gestaltet.

In den für The Phone House relevanten Festnetz-Märkten sei der Wettbewerb seit 2000 nicht signifikant gestiegen. Bei einer effizienten Nutzung des technischen Fortschritts (z.B. Möglichkeit zur elektronischen Wahl der dauerhaften Voreinstellung des Kunden) sei sicherlich Potenzial vorhanden. Der technische Fortschritt wirke sich nur auf den Wettbewerb im Breitbandsektor aus.

XXV. Tiscali Business GmbH

Das sehr niedrige Preisniveau sei eine bedeutende Marktzutrittsbarriere. Reseller erhielten so kaum mehr die Möglichkeit, konkurrenzfähige Produkte anzubieten. Infrastrukturanbietern ermögliche nur ein nahezu vollständiger Netzausbau gemäß EBC 1 das Angebot wettbewerbskonformer Konditionen. Die damit verbundenen Investitionen stellten eine signifikante Eintrittshürde dar.

Zweifelsohne seien Maßnahmen der DT AG wie ausgeklügelte Preisdifferenzierungsstrategien dazu geeignet, den Wettbewerb zu verhindern. Zudem seien die Gebühren für das Inkasso angesichts der angebotenen Leistung, die sich nunmehr ausschließlich auf das Erstinkasso begrenze, zu hoch bepreist.

Bedenklich sei, dass sich nennenswerter Wettbewerb weitestgehend auf den Markt des offenen Call-by-Call begrenze, bei dem es nahezu keine Kundenbindung gebe. Den Wettbewerbern der DT AG sei es bislang insbesondere durch die beschriebenen Maßnahmen der DT AG noch nicht gelungen, eine ausreichende Kundenbindung aufzubauen.

XXVI. TROPOLYS GmbH

TROPOLYS GmbH teilt mit, die Unternehmen pulsaar Gesellschaft für Telekommunikation mbH, Citykom Münster GmbH Telekommunikationsservice, CNE Gesellschaft für Telekommunikation mbh, meocom Telekommunikation GmbH, TeleBel Gesellschaft für Telekommunikation Bergisches Land mbH, TeleLev Telekommunikation GmbH, Chem Tel Telekommunikations GmbH Chemnitz, ddkom – Die Dresdener Telekommunikationsgesellschaft mbH, hukom Telekommunikation GmbH, Jetz! Kommunikation GmbH & Co. KG, maineotk TROPOLYS Rhein-Main GmbH, Mainz-Kom Telekommunikation GmbH und tnp TeleNet Potsdam Kommunikationsgesellschaft mbH zu vertreten.

Marktzutrittsschranken seien die Preis-Kosten-Schere, regulatorische Vernachlässigung und Probleme des Infrastrukturwettbewerbs. Behinderungsstrategien der DT AG gebe es im Bereich von Vorleistungen und Zugangsleistungen. Ferner sei der Sündenfall DSL zu nennen.

XXVII. Ventelo Deutschland GmbH

Es beständen keine rechtlichen, aber faktische Beschränkungen für neue Anbieter auf den Märkten. Die Konkurrenz mit dem alles dominierenden marktbeherrschenden Anbieter im Wettbewerb, unangemessene Vorleistungskosten bei Leitungskosten, Neben- und Zusatzkosten zu den IC-Entgelten sowie wettbewerbsbeschränkende Resale-Angebote im Mobilfunkbereich begrenzten die Möglichkeiten neuer Anbieter, sich auf dem deutschen Markt zu etablieren.

Angebote für Sprach-VPN könnten de facto nur von bereichsübergreifend am deutschen Markt tätigen Unternehmen zusammengestellt und wettbewerbsfähig bei Kunden angeboten werden.

Die wesentlichen Probleme beständen in der Preis-Kosten-Schere zu den IC-Tarifen und hohen Konfigurationskosten, der Entgeltregulierung und den sich ständig erhöhenden Neben- und Zusatzentgelten, der mangelnden Regulierung von Mobilfunkentgelten (Terminierung), dem regulierungsfreien Raum für Sprach-VPN-Angebote des marktbeherrschenden Unternehmens und dem Investitionsbedürfnis bei TAL.

Behinderungsstrategien seien die Preis-Kosten-Schere für TAL, das Angebot von Bündelprodukten mit Verbindungsleistungen, Verdrängungswettbewerb mittels Preisdumping und Zusatzangebote für Kunden.

Auswirkungen auf die Märkte für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz: regional begrenzter Wettbewerb; für analoge Anschlusswünsche zusätzlich hohe Einmalentgelte und hohe TAL-Entgelte (Preis-Kosten-Schere); Substitution durch Mobilfunk, angereizt durch subventionierte Terminierungsentgelte.

Auswirkungen zu den Märkten öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche: Starker Preiswettbewerb für Terminierung und Zuführung; Kostendruck durch massive Erhöhung der regulierten Kosten für Zusatz- und Nebenleistungen wie IC-Anschluss und Konfigurationsleistungen; Wettbewerb durch Bündelprodukte wie AktivPlus oder Angebote, die nur in Verbindung mit einem DSL-Anschluss gewährt würden.

Auswirkungen auf sprachorientierte Bündel- und Systemlösungen – VPN: Wettbewerb sei nur potenziell vorhanden. Substitutionsprodukte würden vorwiegend durch marktbeherrschende Unternehmen – auch im Mobilfunk – angeboten. [...]. Durch die nicht durch wirksame Regulierung bekämpften Dumpingstrategien der marktbeherrschenden Unternehmen werde Wettbewerb langfristig nicht entstehen. Potenzieller Wettbewerb drücke lediglich kurzfristig die Preise ohne Chance auf dauerhaften Wettbewerb.

XXVIII. wilhelm.tel GmbH

Im Bereich der Interconnection mit Mobilfunkbetreibern bleibe wilhelm.tel grundsätzlich außen vor. Das Unternehmen habe keinerlei Möglichkeiten, zu wettbewerbsfähigen Preisen anbieten zu können, da der IC-Preis im Mobilfunkbereich reguliert sei. In wichtigen Geschäftskundenbereichen werde dieser von der DT AG bzw. Vodafone unterlaufen. Daher könne kein wettbewerbsfähiges Portfolio angeboten werden.

Neue Telekommunikationsunternehmen orientierten sich hauptsächlich am Dienste-Portfolio der DT AG und könnten sich nur in Nuancen differenzieren. Wirkliche Innovationen könnten nur durch den Aufbau eines eigenen Netzes erfolgen.

XXIX. WOBCOM GmbH

In Zeiten knapper und teurer Investitionsmittel sei es heute fast unmöglich, auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz neu tätig zu werden. Besonders in ländlichen Gebieten mit kleineren Ortsvermittlungsstellen wäre es auch bei 100 % Marktanteil unmöglich, die Kollokationsflächen kostendeckend zu erreichen, sofern man nicht eine eigene Netzstruktur aufbaue.

Viel besser sehe es in den Märkten für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche als Call-by-Call-Anbieter (Verbindungsnetzbetreiber) aus, wenn man sich [...]

Behinderungsstrategien seien vorhanden. Es sei auffällig, dass kein einziger Verbindungsnetzbetreiber Interesse an Zuführungsleistungen aus alternativen Teilnehmernetzen habe. Gleiches gelte eingeschränkt für einige Online-Dienste. Für den Endkundenmarkt ergebe sich somit eine Zweiklassengesellschaft. Immer mehr Endkunden würden von Diensten ausgesperrt. Bundesweit agierende Verbindungsnetzbetreiber und Online-Dienste müssten Auflagen in der Verfügbarkeit erhalten, die denen der Mobilfunknetzbetreiber zur Netzversorgung innerhalb ihres Lizenzgebietes ähneln, um langfristig den Wettbewerb unter gleichen Rahmenbedingungen zu sichern.

Der technische Fortschritt werde sich in den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz nur wenig bemerkbar machen, da die Kosten nicht durch die Technik, sondern vielmehr in den Kollokationsflächen und den Übertragungswegen zum Endkunden entstünden. In den Märkten für öffentliche Orts- und/oder Inlandsgespräche und öffentliche Auslandsgespräche werde sich der technische Fortschritt zukünftig stark bemerkbar machen.

E. Nationale Konsultation

Zum Zweck der Durchführung einer nationalen Konsultation im Sinne des § 12 Absatz 1 TKG hat die Reg TP am 24.11.2004 einen Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, der öffentlichen Orts- und/ oder Inlandsgespräche an festen Standorten und der öffentlichen Auslandsgespräche an festen Standorten im Amtsblatt Nr. 23 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung 375/2004 und auf den Internetseiten der Reg TP veröffentlicht. Damit wurde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 30.12.2004 gegeben. Innerhalb dieser Frist sind 7 Stellungnahmen eingegangen. Für weitere 5 Stellungnahmen wurde eine Fristverlängerung bis zum 07.01.2005 beantragt und gewährt. Eine weitere Stellungnahme ist nach Fristablauf eingegangen.

Gemäß § 12 Absatz 1 Satz 2 TKG sind sodann am 02.03.2005 die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens im Amtsblatt Nr. 04 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 46/2005 und auf den Internetseiten der Reg TP veröffentlicht worden.

Bei beiden Veröffentlichungen sind Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach § 12 Absatz 1 Satz 3 TKG geschwärzt worden.

In Anhang 4 werden die Stellungnahmen interessierter Parteien wie veröffentlicht wiedergegeben.

Aufgrund der nationalen Konsultation hat sich die Bundesnetzagentur entschieden, die Themen „VoIP“ und „sprachorientierte Systemlösungen“ einer erneuten Prüfung zu unterziehen.

Die Bundesnetzagentur hat am 12.08.05 den modifizierten Entwurf an die 13 interessierten Parteien gesandt, die sich im Rahmen der nationalen Konsultation mit Stellungnahmen an die Reg TP gewandt haben.

Innerhalb der Frist (31.08.05) sind 9 Stellungnahmen eingegangen. Für 2 weitere Stellungnahmen wurde Terminverlängerung bis zum 02.09.05 beantragt und gewährt. Die eingegangenen Stellungnahmen werden in Anhang 5 in ihrem wesentlichen Inhalt wiedergegeben.

F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Absatz 1 TKG

Mit Schreiben vom 08. November 2005 wurde das Bundeskartellamt um die Herstellung des Einvernehmens nach § 123 Absatz 1 TKG gebeten. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat das Einvernehmen mit Schreiben vom 14. November 2005 erteilt.

Das Bundeskartellamt hat im Einvernehmen folgendes angemerkt:

„Hinsichtlich des Marktes für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten (Märkte Nr. 4 und 6 der Kommissions-Empfehlung) erfolgt das Einvernehmen ausschließlich im Hinblick auf die von der Bundesnetzagentur zugrundegelegten Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, C 165/6), die für die Annahme von beträchtlicher Marktmacht eine Marktanteilsschwelle von 40 % vorsehen.

Eine derartige Marktanteilsschwelle existiert für die Feststellung von Marktbeherrschung nach dem GWB nicht und ist aus der Sicht des Bundeskartellamtes als Ausschlusskriterium auch nicht sinnvoll. Nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen ist vielmehr auch bei Unterschreitung dieser Schwelle das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung – etwa bei einem großen Marktanteilsabstand des nächstfolgenden Wettbewerbers – denkbar.

Obwohl auch die Leitlinien der Kommission davon ausgehen, dass das Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht nicht allein anhand des Marktanteils ermittelt werden kann, hat die Beschlussabteilung im Verlauf des Marktanalyseverfahrens den Eindruck gewonnen, dass die Kommission die Annahme von beträchtlicher Marktmacht unterhalb der 40 %-Schwelle nicht akzeptieren wird.

Die Beschlussabteilung erteilt das Einvernehmen bezüglich der Feststellung der fehlenden beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt für öffentliche Auslandsverbindungen daher einerseits im Interesse des Fortgangs des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens, andererseits aber auch im Hinblick einer trotz weiterhin bestehenden Marktbeherrschung möglicherweise nicht mehr bestehenden Regulierungsbedürftigkeit im Sinne des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG. Eine Bindungswirkung für die Prüfung der marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des § 19 GWB oder Art. 82 EG ergibt sich hieraus nicht.“

G. Europäisches Konsolidierungsverfahren

Am 21. November 2005 wurde das europäische Konsolidierungsverfahren im Sinne von § 12 Absatz 2 Nr. 1 TKG eingeleitet. In dessen Rahmen hat zwar keine der nationalen Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wohl aber die Europäische Kommission am 21. Dezember 2005 Stellung genommen. [56]

Im Hinblick auf die Verbindungen in Mobilfunknetze fordert die Kommission die Bundesnetzagentur auf, diesen Markt ebenfalls zu analysieren. Verbindungsleistungen in das PSTN sowie Verbindungsleistungen in Mobilfunknetze würden regelmäßig (insbesondere von der DT AG) als Bündel angeboten. Daher sei eine Regulierung dieses Marktes ohne Berücksichtigung von Verbindungsleistungen in Mobilfunknetze nur eingeschränkt effektiv.

Ferner ist die Kommission der Ansicht, dass sich die Technologie für VoIP-Dienste dynamisch entwickeln werde und die Mehrzahl dieser Dienste sich letztendlich als Ersatz für traditionelle Festnetzdienste entwickeln werde. Zur Zeit wiesen jedoch sog. „Unmanaged VoIP-Dienste“ noch spezifische Produktmerkmale auf, die besondere analytische Sorgfalt im Rahmen der Marktanalyse erforderten. Da der Ausschluss dieser Dienste im vorliegenden Fall keine Auswirkungen auf die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht hätte, könne die Frage hier offen gelassen werden.

Die Kommission stimmt mit der Feststellung wirksamen Wettbewerbs auf dem Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten überein. Sie führt jedoch ergänzend aus: „Der wettbewerbsfähige Status dieses Marktes ist jedoch von der Existenz auferlegter Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl (CS/CPS) abhängig. Diese Verpflichtungen, die momentan auf Basis des alten Rechtsrahmens von BNetzA auferlegt sind, müssen nun auf Basis des jetzt gültigen Rechtsrahmens auferlegt werden, wenn beträchtliche Marktmacht in einem eng verbundenen Zugangsmarkt auf der Endkundenebene festgestellt wird.[57] Falls BNetzA beträchtliche Marktmacht für DT AG auf den Zugangsmärkten auf der Endkundenebene feststellt, sind Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl (CS/CPS) beizubehalten.[58]“

[56] Die Wiedergabe in Anhang 6 beschränkt sich auf die eigentliche Stellungnahme der Europäischen Kommission. Das Original-Dokument ist außerdem über das Internet öffentlich zugänglich (http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library).

[57] Artikel 19 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldienstrichtlinie). Betreiber(vor)auswahl-Verpflichtungen, die einem SMP Betreiber im Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten auferlegt werden, ermöglichen dem Kunden die Wahl verschiedener Anbieter für Verbindungsleistungen.

[58] BNetzA hat gemäß § 40 TKG SMP-Unternehmen Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl aufzuerlegen.

H. Marktabgrenzung

Die jeweils relevanten Märkte sind, wie aus § 10 Absatz 1 TKG, der insoweit Artikel 15 Absatz 3 Rahmenrichtlinie umsetzt, hervorgeht, von den nationalen Regulierungsbehörden abzugrenzen. § 10 Absatz 2 des TKG verpflichtet die Regulierungsbehörde, bei der Festlegung der Märkte weitestgehend die Märkte-Empfehlung zu berücksichtigen.

Maßstab der danach durchzuführenden Marktabgrenzung ist also zunächst die in Anhang 1 dargestellte Märkte-Empfehlung. Ihre Bedeutung liegt einmal darin, dass sie hinsichtlich bestimmter Märkte eine Art „Anfangsverdacht“[59] für die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb darstellt. Derart wird sowohl der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde der Eintritt in die Marktanalyse erleichtert als auch eine gemeinschaftsweit koordinierte Aufnahme der Marktanalyse gewährleistet.

Darüber hinaus gibt die Märkte-Empfehlung der Regulierungsbehörde aber vor allem eine Orientierung für die inhaltliche Prüfung der Marktabgrenzung.

Zwar konnte die Europäische Kommission eine „Vorabdefinition“ von Märkten nur aufgrund summarischer Kriterien vornehmen.[60] Deshalb haben im Ergebnis „die NRB [...] im Rahmen der Marktanalyse sowohl das Recht als auch die Pflicht, die ‚relevanten’ Märkte in Abweichung von der Märkte-Empfehlung festzulegen, wenn die Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht dies aufgrund der spezifischen nationalen Gegebenheiten erfordert.“[61] Dennoch ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Europäische Kommission die in der Empfehlung genannten Märkte gemäß Art. 15 Absatz. 1, 1. Unterabsatz Satz 3 der Rahmenrichtlinie im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts definiert hat. Infolgedessen geht die Europäische Kommission auch davon aus, dass die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörde in der Regel darin bestehen wird, die geographische Tragweite der relevanten Märkte zu bestimmen[62] (und damit nicht darin, das Verfahren der sachlichen Marktabgrenzung jedes Mal erneut vollständig nachzuvollziehen). Nur wenn besondere nationale Gegebenheiten vorliegen, welche eine Abweichung von den von der Europäischen Kommission festgestellten Märkten rechtfertigen könnten, ist daher von der Regulierungsbehörde eine eigenständige sachliche Marktabgrenzung durchzuführen. Die Europäische Kommission hat die hierbei zu beachtenden „Grundsätze des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts“ in den im Anhang 1 dargestellten Leitlinien zusammengefasst. Schließlich ist bei der Vornahme der Marktabgrenzung der Normzweck entscheidend zu berücksichtigen (Stichwort: Relativität der Marktabgrenzung).[63] Bei der Untersuchung der nationalen Gegebenheiten auf den von der Europäischen Kommission empfohlenen Märkten ist deshalb im Auge zu behalten, dass „es bei der sektorspezifischen Regulierung und Deregulierung nicht nur um den einzelnen Markt, sondern auch um das Gesamtsystem und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt gehen muss“.[64]

Im Folgenden werden nunmehr die entsprechenden sachlich und räumlich relevanten Märkte untersucht (für eine Darstellung der Marktabgrenzungskriterien siehe Anhang 2).

[59] Elkettani, K & R Beilage 1 (2004) S. 11, 13.
[60] Elkettani, a. a. O., S. 13.
[61] Elkettani, a. a. O., S. 14.
[62] Leitlinien, Rn. 36.
[63] Vergleiche Möschel in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 86 EGV Rn. 39 ff.
[64] Monopolkommission, „Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes“, 40. Sondergutachten der Monopolkommission vom 17. Februar 2004, S. 13.

I. Sachliche Marktabgrenzung

Nachstehend werden zunächst die empfohlenen Märkte Nr. 1 und Nr. 2, sodann die empfohlenen Märkte Nr. 3 und Nr. 5 und schließlich die empfohlenen Märkte Nr. 4 und Nr. 6 darauf hin überprüft, ob insoweit der Märkte-Empfehlung gefolgt wird, oder ob es aufgrund besonderer tatsächlicher Umstände unumgänglich erscheint, von der Märkte-Empfehlung abzuweichen. Anschließend werden sog. sprachorientierte Systemlösungen untersucht.

Zusätzlich wird VoIP bei der Marktdefinition berücksichtigt. Es ist davon auszugehen, dass diese Vorgehensweise im Einklang mit den grundlegenden Prinzipien der Märkte-Empfehlung steht. Wenngleich VoIP darin nicht thematisiert ist, enthalten sowohl das Explanatory Memorandum als auch die Leitlinien allgemeine Aussagen, die diese Entscheidung stützen.

Demnach müssen die von den nationalen Regulierungsbehörden durchzuführenden Marktanalysen vorausschauend sein, d.h. voraussichtliche künftige Entwicklungen sind neben den bisherigen zu berücksichtigen.[65] Aktuelle Entwicklungen, wie etwa die zunehmende Verbreitung von VoIP, können daher nicht unberücksichtigt bleiben, nur weil sie im Rahmen der Märkte-Empfehlung noch nicht thematisiert waren. In den Leitlinien heißt es hierzu, dass für eine vorausschauende Marktanalyse ein dynamischer und kein statischer Ansatz erforderlich sei.[66] Des Weiteren sei der Sektor elektronische Kommunikation technologie- und innovationsorientiert, weshalb Marktdefinitionen zu einem späteren Zeitpunkt bereits überholt sein könnten.[67]

Neben dieser grundsätzlichen Herangehensweise gebietet es auch der Grundsatz der Technologieneutralität, VoIP zu berücksichtigen. Die Kommission führt hierzu aus, dass je nach Unternehmen und eingesetzter Technologie Anschluss und Telefondienste mit unterschiedlichen Mitteln bereitgestellt werden könnten. Künftig sei sogar damit zu rechnen, dass eine breitere Palette von Technologien für die Bereitstellung des Ortsanschlusses und die Erbringung von Diensten einschließlich des öffentlichen Telefondienstes kommerziell genutzt würden.[68] Grundsätzlich könnten Dienste unabhängig von ihrer technischen Bereitstellung Substitute bilden.[69] Damit hat die Kommission abstrakt zum Ausdruck gebracht, dass neue alternative Technologien im Rahmen einer Marktanalyse, die zwangsläufig zu einem späteren Zeitpunkt als die Märkte-Empfehlung erarbeitet wird, in die Untersuchung mit einbezogen werden können.

All dies wird unterstützt durch aktuelle Äußerungen der EU-Kommission in ihren Kommentaren vom 24.06.2005 zur Notifizierung der Märkte 3 bis 6 durch die schwedische Regulierungsbehörde PTS und vom 15.09.2005 zur Notifizierung der Märkte 1 bis 6 der französischen Regulierungsbehörde ARCEP[70]. Darin heißt es sinngemäß: Wenn untersucht wird, ob VoIP-Dienste Bestandteil der hier untersuchten Märkte sind, müssen nationale Regulierungsbehörden unter Berücksichtigung der nationalen Umstände einerseits die objektiven Merkmale, Tarife und die typische Nutzung dieser Dienste sowie andererseits die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und die Angebotsumstellungsflexibilität prüfen. Daraus folgt, dass die EU-Kommission eine Berücksichtigung von VoIP unter der Bedingung der Austauschbarkeit grundsätzlich bejaht. Die von der EU-Kommission genannten Kriterien werden von der Bundesnetzagentur in Abschnitt H.I.2.a geprüft.

[65] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 7.
[66] Vgl. Leitlinien Rn. 35.
[67] Vgl. Leitlinien Fn. 21.
[68] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[69] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 15, FN 28.
[70] Abrufbar unter http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library.

1. Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung (Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten)

Die Empfehlung beschreibt unter den genannten Märkten den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Dabei handelt es sich um den beim Endkunden vorhandenen Teilnehmeranschluss.

Es stellen sich für den sachlich relevanten Markt insbesondere die Fragen, ob hier öffentliche Telefonstellen zu berücksichtigen sind und ob Voraussetzungen bzw. Bestandteile von VoIP-Diensten diesen Märkten zugeordnet werden können. In Betracht kommen hier Breitbandanschlussprodukte, Internetzugangsprodukte sowie die Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters. Danach ist zu untersuchen, ob es einen gemeinsamen Markt für die verschiedenen Anschlussarten (analoge Anschlüsse, ISDN-Basisanschlüsse und ISDN-PMX-Anschlüsse) gibt und ob es aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten unterschiedliche Märkte für Privat- und Geschäftskunden gibt.

a. Einbeziehung öffentlicher Telefonstellen

Für eine Einbeziehung von öffentlichen Telefonstellen fehlt es bereits an der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht. Denn für einen Endkunden ist, wenn er aus seiner Wohnung oder seiner Arbeitsstelle ein Gespräch führen möchte, der dort vorhandene Telefonanschluss nicht mit einer öffentlichen Telefonstelle, die er dann erst aufsuchen müsste, austauschbar. Auch das Explanatory Memorandum legt den Ausschluss von öffentlichen Telefonstellen nahe. Dort heißt es: „Der Endkundenmarkt lässt sich generell beschreiben als Bereitstellung einer Verbindung (an festen Standorten oder einer Festadresse) zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe und entsprechende Dienste.“[71] In der Bundesrepublik Deutschland ist es an öffentlichen Telefonstellen häufig nicht möglich, eingehende Anrufe zu erhalten. Weiter heißt es im Explanatory Memorandum: „Verschiedene Optionen und Pakete können je nach ihren typischen Nutzungs- oder Gesprächsmustern für Endnutzer zur Verfügung stehen.“[72] Dies zeigt deutlich, dass damit nur Anschlüsse in Wohnungen oder Geschäftsräumen gemeint sein können, nicht aber öffentliche Telefonstellen, da dem Endnutzer dort keine Optionstarife oder Leistungen aus Paketlösungen zur Verfügung stehen.

Daher fallen die öffentlichen Telefonstellen nicht unter den sachlich relevanten Markt.

b. Einbeziehung von VoIP-Diensten in den Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten

Wie eingangs bereits dargelegt, setzt ein VoIP-Dienst in der Regel drei Komponenten voraus:

- Breitbandanschluss (vereinzelte Dienste sind allerdings auch über einen Schmalbandanschluss realisierbar)
- Internetzugang
- Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters

Nachfolgend wird geprüft, ob eine dieser Komponenten dem hier relevanten Markt zugeordnet werden kann.

[71] Explanatory Memorandum, S. 16.
[72] Explanatory Memorandum, S. 16.

Breitbandanschlussprodukte

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

An dieser Stelle ist zu prüfen, inwieweit Verbraucher bereit sind, Schmalbandanschlüsse durch Breitbandanschlüsse zu ersetzen.

Dabei ist zunächst festzustellen, dass die beiden Anschlussarten nicht exakt dem selben Endzweck dienen. Analog- und ISDN-Anschlüsse werden in der Regel im Paket mit einem Telefondienst vermarktet und sind somit dienstespezifisch. Wenngleich auch diese Anschlüsse die Nutzung zusätzlicher Dienste wie Telefax und Internetzugang ermöglichen, kann man sie wegen der traditionellen Kombination mit dem Telefondienst als „telefondienstspezifisch“ bezeichnen. DSL-Anschlüsse sind hingegen grundsätzlich offener für andere Dienste. Sie ermöglichen insbesondere keinen unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Telefondiensten, sondern lediglich die optionale Nutzung unterschiedlicher Breitbanddienste (z.B. Internetzugang oder VoIP-Dienst). DSL-Anschlüsse sind somit in der Regel diensteneutral. Es gibt zwar eine Tendenz zur Kombination des DSL-Anschlusses mit einem Internetzugangsdienst. Dies ist jedoch bei weitem nicht so ausgeprägt wie die Kombination des Telefonanschlusses mit dem Telefondienst. Insbesondere ist die gemeinsame Vermarktung von DSL-Anschlüssen mit VoIP-Diensten bislang noch nicht so weit verbreitet wie die von traditionellen Telefonanschlüssen mit Telefondiensten.

Aus Nachfragersicht könnte ein DSL-Anschluss daher nur in Verbindung mit der Nutzung eines VoIP-Dienstes ein Substitut für einen Analog-/ISDN-Anschluss darstellen. Ein DSL-Anschluss kann daher nicht unmittelbar, sondern nur über die Nutzung eines VoIP-Dienstes einen Zugang zu öffentlichen Telefondiensten gewährleisten.

Bei der Frage, ob dies für eine funktionale Austauschbarkeit der Anschlussarten ausreicht, sind auch die weiteren Funktionalitäten der Anschlüsse zu berücksichtigen. Bezogen auf andere Dienste, wie etwa den Internetzugang, erfüllen breitbandige Anschlüsse umfassendere Funktionalitäten als schmalbandige Anschlüsse. Neben der sehr viel schnelleren Datenübertragung, die dazu führt, dass die Nutzung der meisten Breitbanddienste erst ermöglicht wird, bieten diese Anschlüsse eine wirtschaftliche Möglichkeit der Permanent-Verbindung. Häufig ist auch die parallele Nutzung des Telefonanschlusses möglich.

Breitbandanschlüsse erfüllen somit grundsätzlich die Funktionalitäten eines Schmalbandanschlusses, allerdings teilweise nur in Verbindung mit zusätzlich genutzten Diensten. Darüber hinaus erfüllen Breitbandanschlüsse weitere Funktionalitäten, die Schmalbandanschlüsse nicht bzw. nicht so gut erfüllen. Eine funktionale Austauschbarkeit von Schmalbandanschlüssen durch Breitbandanschlüsse kann aber bejaht werden.

Die Frage nach einer preislichen Austauschbarkeit ist hingegen schwieriger. Hier ist zunächst die Tatsache zu beachten, dass in Deutschland die meisten DSL-Anschlüsse mit einem Analog- bzw. ISDN-Anschluss gemeinsam vertrieben werden. Neben der DT AG bieten nahezu alle Teilnehmernetzbetreiber die Anschlüsse nur gemeinsam an. Lediglich einige der Unternehmen, die in der Kategorisierung der VoIP-Anbieter den infrastrukturbasierten Anbietern der Kategorie 1 zugeordnet wurden (siehe oben, Kapitel B.II.2), bieten Breitbandanschlüsse an, die es den Kunden ermöglichen, auf einen traditionellen Analog- oder ISDN-Anschluss zu verzichten. Daraus folgt, dass die meisten Kunden nicht in der Lage sind, einen Schmalbandanschluss tatsächlich durch einen Breitbandanschluss zu ersetzen. Sie sind lediglich in der Lage, den Schmalbandanschluss durch einen Breitbandanschluss zu ergänzen.

Hinzu kommt, dass die Produkte der Unternehmen, die einen Breitbandanschluss ohne Analog- oder ISDN-Anschluss anbieten, häufig teurer sind als andere breitbandige Anschlüsse. Dies kann Einsparungen für nicht erforderliche Analog- oder ISDN-Anschlüsse relativieren. Allerdings ist es nur eingeschränkt möglich, die Preise zu vergleichen. Schmalbandige Anschlüsse

sind Teil des Telefonanschlussgrundpreises. Die Tarifierung für einen DSL-Anschluss kann entweder als reines Anschlussentgelt oder in Kombination mit zusätzlichen Diensten (z.B. Internetzugang oder VoIP) erfolgen.

Bei der ergänzenden Frage, ob umgekehrt ein Wechsel von Breitbandnutzern zu einem Schmalbandanschluss denkbar ist, ist das Ergebnis eindeutiger. Wegen der geringeren Qualitäten sowie der eingeschränkten Funktionalitäten ist ein solcher Wechsel eher unwahrscheinlich. Entsprechende Entwicklungen in der Praxis sind bislang auch nicht beobachtet worden. Der derzeit starke Trend zu Breitbandanschlüssen ist ein relativ eindeutiger Trend zur Ergänzung des bestehenden Schmalbandanschlusses durch einen Breitbandanschluss, der in umgekehrter Richtung nicht besteht.

Die Austauschbarkeit von Schmalbandanschlüssen durch Breitbandanschlüsse aus Nachfragersicht ist somit im Ergebnis nicht gegeben.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Eine Angebotsumstellungsflexibilität zwischen schmalbandigen und breitbandigen Anschlüssen ist zu verneinen. Steigt der Preis für einen schmalbandigen Anschluss, müsste ein Anbieter, der zu dem Angebot von breitbandigen Anschlüssen wechseln wollte, ein eigenes Breitbandnetz aufbauen (z.B. Investitionen in DSLAMs), was in einem annehmbaren Zeitraum (1 Jahr) schwer realisierbar und mit hohen Kosten verbunden sein dürfte. Eine solche Investition ist daher bei einer kleinen aber signifikanten Preiserhöhung von z.B. 10 % eher unwirtschaftlich.

Aufgrund der fehlenden Substituierbarkeit und der nicht vorhanden Angebotsumstellungsflexibilität sind schmalbandige Anschlüsse und DSL-Anschlüsse getrennten Märkten zuzuordnen. Die Bundesnetzagentur wird Breitbandanschlussprodukte zeitnah einer separaten Marktuntersuchung unterziehen. Dieses Ergebnis entspricht auch den grundsätzlichen Ausführungen der Kommission im Explanatory Memorandum zur Märkte-Empfehlung: Werden neuartige Infrastrukturtypen zur Bereitstellung vorhandener Dienste verwendet, setze jegliche Regulierung der neuen Infrastrukturen eine erneute Marktanalyse voraus, da die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung der Innovation erklärte Ziele der Regulierungsbehörden seien[73].

Internetzugangsprodukte

Internetzugangsprodukte sind Dienste, die ihrerseits auf Anschlüssen basieren, und gehören schon insofern nicht zu dem selben Markt wie die hier relevanten Anschlüsse. Als reine Dienste, die keinen Netzabschlusspunkt wie die ansonsten im hier relevanten Markt befindlichen Produkte darstellen und lediglich den Zugang zum Internet gewährleisten, sind sie für sich betrachtet mit Analog-/ISDN-Anschlüssen nicht austauschbar. Es fehlt den Produkten bereits an einem gemeinsamem Endzweck, der für das Vorliegen eines sachlich relevanten Marktes erforderlich ist.

Internetzugangsprodukte werden daher nicht den Märkten 1 und 2 zugeordnet.

Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters

Es gilt das gleiche wie bei Internetzugangsprodukten: Als reines Angebot, das keinen Netzabschlusspunkt wie die ansonsten im hier relevanten Markt befindlichen Produkte darstellt, und lediglich den Zugang zu einem Dienst eröffnet, ist die Beauftragung für sich betrachtet mit Analog-/ISDN-Anschlüssen nicht austauschbar.

[73] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 15.

Die Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters wird daher ebenfalls nicht den Märkten 1 und 2 zugeordnet.

Der sachlich relevante Markt umfasst daher Analog-, ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse, also lediglich schmalbandige Anschlüsse.

c. Unterteilung des Marktes nach Anschlüssen

Wie dargestellt, gibt es für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten für Endkunden analoge Anschlüsse, ISDN-Basisanschlüsse und ISDN-PMX-Anschlüsse. Die Kommission sieht in ihrer Märkte-Empfehlung keine eigenen sachlich relevanten Märkte für die verschiedenen Anschlussarten vor. Eine Trennung könnte daher nur vorgenommen werden, wenn sich Anhaltspunkte ergeben, die ein Abweichen von der Märkte-Empfehlung aufgrund nationaler Besonderheiten als zwingend geboten erscheinen lassen.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

ISDN-Basisanschlüsse sind, wie bereits dargelegt, in der Bundesrepublik Deutschland flächendeckend verfügbar. ISDN-Basisanschlüsse und analoge Anschlüsse könnten zu einem Markt gehören, auch wenn sie sich in Einzelheiten wie Qualität und Preis voneinander unterscheiden, sofern sie dem gleichen Verwendungszweck dienen. Der Bedarf des Kunden ist darauf gerichtet, Zugang zum öffentlichen Telefonnetz zu erhalten. Über welche Anschlussart dies geschieht, erscheint zunächst demgegenüber aus Endkundensicht zweitrangig.

Auch hat die Untersuchung gezeigt, dass bezogen auf die tatsächlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland die Preisunterschiede zwischen einem analogen Anschluss und einem ISDN-Basisanschluss relativ gering sind. So betrug beispielsweise der monatliche Preis für einen ISDN-Basisanschluss im Jahr 2002 durchschnittlich zwischen 19,06 € und 22,99 €. Dies ist deutlich weniger als das Doppelte eines analogen Anschlusses. Hier lag der durchschnittliche monatliche Preis im betreffenden Jahr zwischen 12,90 € und 15,37 €. Wünscht ein Kunde zwei Sprechkanäle, so ist für ihn ein (mit höherwertigen Funktionen ausgestatteter) ISDN-Basisanschluss sogar preisgünstiger als die sonst erforderlichen zwei analogen Anschlüsse.

ISDN-PMX-Anschlüsse sind ausschließlich für größere Telekommunikationsanlagen gedacht. ISDN-PMX-Anschlüsse haben gegenüber den ISDN-Basisanschlüssen lediglich die Besonderheit, dass es mehrere Kanäle gibt, die ohne weiteres durch mehrere ISDN-Basisanschlüsse ersetzt werden könnten. Führt man auf dieser Annahme einen Preisvergleich durch, so zeigt sich, dass ISDN-PMX-Anschlüsse, bei einem monatlichen Durchschnittspreis im Jahr 2002 zwischen 180,40 € und 187,49 €, in der Regel etwas preiswerter sind als die Summe der ISDN-Basisanschlüsse.

Somit kann aus Nachfragersicht nicht abschließend festgestellt werden, ob die einzelnen Anschlussarten untereinander austauschbar sind.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

ISDN ist flächendeckend in der Bundesrepublik Deutschland verfügbar. Derzeit bieten viele Unternehmen sogar ausschließlich ISDN-Anschlüsse an. Dies bedeutet, dass heutige Nutzer analoger Anschlüsse von den Unternehmen jederzeit ohne größeren Aufwand auf ISDN-Basisanschlüsse, oder, falls gewünscht, auf ISDN-PMX-Anschlüsse umgestellt werden könnten.

Prinzipiell könnten auch Unternehmen, die ihren Kunden zur Zeit nur ISDN-Anschlüsse anbieten, diesen ebenfalls analoge Anschlüsse anbieten.

Meinungsbild aus der nationalen Konsultation

Die Stellungnahmen zeigen ein unterschiedliches Meinungsbild. Eine interessierte Partei fordert eine Trennung von Analog- und ISDN-Anschlüssen, da letztere keinen Mehrwert für Einpersonenhaushalte oder Haushalte mit nur sporadischer Internetnutzung hätten.

Es kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass der Mehrwert eines ISDN-Basisanschlusses überwiegend oder gar ausschließlich von der Zahl der zum Haushalt gehörenden Personen abhängig ist. Vielmehr spielt z.B. auch das dem Haushalt zur Verfügung stehende Einkommen eine Rolle, so dass beispielsweise ein Single-Haushalt mit höherem Einkommen eher bereit ist, für einen Nebenzweck mit Mehrwert mehr Geld auszugeben als ein Familienhaushalt mit geringerem Einkommen. Zudem wird nachstehend aufgezeigt, dass Analoganschlüsse keinesfalls ausschließlich oder vorwiegend von Privatkunden, sondern in großer Zahl auch von Geschäftskunden genutzt werden.

Dieselbe Partei führt an, dass es bei diversen Preiserhöhungen für analoge Anschlüsse der DT AG nicht zu einer vermehrten Abwanderung von Kunden gekommen sei. Angesichts des in J.III.1. beschriebenen konservativen Wechselverhaltens der Kunden, das sich auch in den Marktanteilen für den Zugangsmarkt zeigt, ist das geschilderte Phänomen nicht überraschend.

Die Mehrzahl der Stellungnahmen begrüßt die von der Regulierungsbehörde in ihrem Konsultationsentwurf gewählte breite Abgrenzung. So weist eine interessierte Partei darauf hin, dass bei einer zu engen Abgrenzung (z.B. Abgrenzung von Analoganschlüssen) große monopolartige „Inseln“ dauerhaft bestehen könnten, da das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dann keinen Anreiz an einer Wettbewerbsdurchdringung habe. Durch die gewählte breite Abgrenzung sei dieses Unternehmen aber angehalten, auch in diesen Marktteilen Wettbewerb zuzulassen. Die Abgrenzung trage somit entscheidend zu positiven Anreizen für dieses Unternehmen bei, sich in allen Teilmärkten dem Wettbewerb zu öffnen und nicht in einigen sachlichen bzw. räumlichen Teilmärkten sprichwörtlich „gefangene“ Kunden zurückzubehalten.

Im Übrigen würde eine – hier nur theoretisch denkbare – Abgrenzung eines eigenen Marktes für ISDN-PMX-Anschlüsse auch das Ergebnis der Marktanalyse nicht verändern. Das 1. Auskunftsersuchen hat nämlich gezeigt, dass die DT AG auf einem denkbaren – hier nicht abgegrenzten – Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse im 1. Halbjahr 2003 über einen Marktanteil von gut [...] % nach Anschlüssen verfügt.[74] Da die ISDN-PMX-Anschlüsse jedoch nur einen sehr geringen Anteil der Gesamtanschlüsse ausmachen, ändert sich dadurch das Ergebnis für den Restmarkt nur minimal. Bei einer Herausnahme der PMX-Anschlüsse würde sich daher auf dem Restmarkt noch ein Marktanteil von ca. [...] % nach Anschlüssen ergeben. Neuere Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Erstellung des Tätigkeitsberichts der Bundesnetzagentur zeigen, dass eine Verschiebung der Marktanteile zugunsten der Wettbewerber der DT AG – insbesondere im Bereich der ISDN-PMX-Anschlüsse – nur in sehr geringem Umfang erfolgt ist.

Meinungsbild aus der 2. Stellungnahme

In der 2. Stellungnahme hat die DT AG nochmals darauf hingewiesen, dass ein eigener Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse von einem gemeinsamen Markt für analoge und ISDN-Basisanschlüsse abgetrennt werden müsse, da hier keine Austauschbarkeit vorliege und auch die Wettbewerbsbedingungen unterschiedlich wären. Mit der gleichen Argumentation weisen zwei andere interessierte Parteien darauf hin, dass der Markt in einen Markt für analoge und einen Markt für ISDN-Anschlüsse abgegrenzt werden müsse.

[74] Bei der Aktualisierungsabfrage wurde zur Beschleunigung des Verfahrens nur nach dem Gesamtmarkt gefragt, so dass eine Aufteilung auf die einzelnen Anschlussarten nicht möglich ist.

Zwar kann bei der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht keine eindeutige Feststellung getroffen werden. Jedoch besteht aus Anbietersicht eine Austauschbarkeit der einzelnen Anschlussarten. Einer Überprüfung der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen bedarf es daher nicht. Im Ergebnis besteht keine Notwendigkeit, von der Kommissions-Empfehlung abzuweichen, da es keine nationalen Besonderheiten gibt, die auf eine Trennung nach Anschlussarten hinweisen würden. Im Übrigen hätte eine derartige Trennung nach den drei Anschlussarten auch kein anderes Ergebnis in der Marktbeherrschungsprüfung zur Folge.

Die Bundesnetzagentur bleibt daher bei ihrer Einschätzung, dass der Bedarf des Kunden der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ist und die Frage, über welchen Anschluss dies geschieht, für ihn zweitrangig ist. Somit erfolgt keine Trennung nach Anschlussarten.

d. Unterteilung des Marktes nach Kundengruppen

Von der Kommission empfohlen wird eine Unterscheidung der Angebote nach Nachfragern, nämlich Privatkunden einerseits und Geschäftskunden andererseits. Nachfolgend wird untersucht, wie sich die tatsächlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland darstellen und ob es Besonderheiten gibt, die ein Abweichen von der Empfehlung erforderlich erscheinen lassen. Da von der Kommission keine Unterscheidungskriterien für Privat- und Geschäftskunden explizit empfohlen werden, wird nachfolgend nach den allgemeinen Kriterien des Wettbewerbsrechts geprüft.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

Gesonderte Märkte für Geschäfts- und Privatkunden würden bedeuten, dass Geschäftskunden einen speziellen Bedarf haben, der sich vom Bedarf der Privatkunden deutlich unterscheidet, so dass es eine herabgesetzte Austauschbarkeit zwischen den Produkten für Geschäftskunden einerseits und Privatkunden andererseits gibt.

Der Verwendungszweck eines Telefonanschlusses – gleich welcher Art – ist es, eine Telefonverbindung aufzubauen. Dieser Verwendungszweck gilt für alle Arten von Kundengruppen, also auch Privat- und Geschäftskunden. Dies ändert sich auch nicht dadurch, dass ggf. noch weitere Funktionen bei einem Anschluss einer bestimmten Art möglich und erwünscht sind, da diese Funktionen ohne den Zugang nicht denkbar und gegenüber dem Hauptverwendungszweck nachrangig sind.[75]

Der BREKO teilt die Auffassung der Reg TP, dass eine schlüssige Unterteilung des Marktes nach Kundengruppen konform der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung und Praxis[76] derzeit nicht gelingen könne. Zweck eines Telefonanschlusses sei der Aufbau einer Telefonverbindung; weitere Funktionen bei einem Anschluss seien gegenüber dem Hauptverwendungszweck nachrangig. Ein spezieller Bedarf von Geschäftskunden hinsichtlich des Hauptverwendungszwecks bestehe nicht. Aus Anbietersicht könnten die Mitglieder des BREKO bestätigen, dass schon aus Wirtschaftlichkeitsgründen grundsätzlich keine unterschiedlichen technischen Systeme zum Einsatz kämen oder unterschiedliche Kundenbetreuungssysteme vorgehalten würden. Privatkunden würde bezogen auf die Funktionalität des Anschlusses grundsätzlich der gleiche Umfang angeboten wie Geschäftskunden.

[75] Vgl. dazu sinngemäß Albers/Hacker, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 2, Rn. 51, zur Zugehörigkeit von Dienstleistungen zum selben sachlich relevanten Markt, sofern es sich um dieselbe Hauptleistung handelt.
[76] Siehe Rn. 24 der Leitlinien.

Die DT AG hat mehrmals vorgebracht, dass eine Trennung in Privat- und Geschäftskunden nicht ausschließlich nach Umsatzhöhe, sondern auch nach Qualitätsanforderungen der Kunden im Sinne von Beratungsintensität, Betreuung und Serviceleistungen erfolgen sollte, da sich die Qualitätsanforderungen eines Geschäftskunden deutlich von denen eines Privatkunden unterscheiden würden. So seien Geschäftskunden i.d.R. an günstigen Verbindungspreisen während der Geschäftszeiten interessiert. Demgegenüber fokussiere sich die Nachfrage nach günstigen Tarifen bei Privatkunden auf die off-peak-Zeiten. Auch hätten Geschäftskunden hohe Ansprüche an Service und Entstörzeiten.

Allerdings zeigen die Internetseiten der DT AG („Professionals“) für kleine Unternehmen und Freiberufler, dass sich die Qualitätsanforderungen offenkundig nicht so stark unterscheiden, dass sie ausschließlich für Privat- oder Geschäftskunden interessant sind[77]. Neben den Produkten BusinessCall 301[78] und BusinessCall 501 werden dort auch Angebote beworben, welche die DT AG auch auf den Seiten für Privatkunden anbietet. So wird z.B. das XXL-Angebot in der Tarifübersicht wie folgt beworben „Der optimale Spartarif für alle, die am Wochenende so richtig aufleben“. Würde sich die Nachfrage von Privat- und Geschäftskunden tatsächlich auf andere Zeiten fokussieren, und zwar bei Geschäftskunden auf die Geschäftszeiten, würde die DT AG diesen (kleinen) Geschäftskunden kaum einen Tarif anbieten, mit dem diese besonders günstig am Wochenende telefonieren können. Auch erhalten hier Geschäftskunden Tarife, die ebenso an Privatkunden angeboten werden und daher auch die gleichen Serviceangebote und Entstörzeiten haben. Hätten Geschäftskunden tatsächlich Qualitätsanforderungen, die sich deutlich von denen eines Privatkunden unterscheiden würden und für diese Geschäftskunden erheblich wichtiger wären als die Hauptleistung bzw. preisliche Aspekte, würden sie solche Tarife nicht auswählen. Das Angebot dieser Tarife auf einer Internet-Seite, die für kleine Geschäftskunden gedacht ist, wäre daher überflüssig. Somit zeigt der Internet-Auftritt der DT AG deutlich, dass auch nach deren Einschätzung die genannten Peak- bzw. Off-peak-Zeiten sowie Qualitätsmerkmale keine entscheidende Rolle für eine Unterscheidung in Privat- und Geschäftskunden spielen, sondern die Mehrzahl der Tarife für eine Vielzahl von Kunden interessant ist, unabhängig davon, ob es sich um Privat- oder Geschäftskunden handelt.

Die DT AG führt dazu in ihrer 2. Stellungnahme aus, dass nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Tarifmodelle Call Plus, Call Time, Call XXL und Call XXL Freetime die gewerbliche Nutzung ausgeschlossen sei. Allerdings werden diese Tarife mit Stand vom 17.10.05 nach wie vor von der DT AG auf den o.g. Internetseiten beworben.

Ähnliches gilt auch für die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht zwischen kleineren und großen Geschäftskunden. Denn die Produkte BusinessCall 301 bzw. 501 werden sowohl auf der Internetseite der DT AG für kleine Geschäftskunden als auch auf der Seite für große Geschäftskunden angeboten. Dies zeigt, dass auch diese Produkte für große Geschäftskunden interessant sind (und nicht nur das Produkt BusinessCall 701).

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Als Grund für eine Trennung von Privat- und Geschäftskunden auf den Endkundenmärkten für feste Telefondienste nennt die Kommission[79], dass ein Anbieter auf einem Markt für Geschäftskunden auf Preiserhöhungen eines mutmaßlichen Monopolträgers auf dem Privatkundenmarkt in der Regel nicht reagieren könne, da die Systeme der Kundenbetreuung an beiden Standorten erheblich voneinander abweichen könnten.

[77] S. unter D.X.
[78] Seit dem 01.07.2005 vertrieben als Tarif „Call Profi“.
[79] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.

In der Befragung haben nur 5 der 39 Unternehmen, die den Zugang zum Telefonnetz anbieten, angegeben, dass sie diese Leistung nur für sog. Geschäftskunden anbieten. 4 weitere Unternehmen haben Telefonanschlüsse zunächst nur für die von ihnen definierten Geschäftskunden angeboten, aber innerhalb von maximal zwei Jahren diese Leistung auf alle Endkunden ausgedehnt. Dies zeigt, dass nach einer kurzen Zeit, in der sich diese Unternehmen auf dem Markt etablieren mussten, eine Erweiterung auf alle Kundengruppen kein Problem dargestellt hat. Vielmehr haben die Unternehmen ihre Tätigkeit in den damals lukrativsten Segmenten des Marktes begonnen und sie dann sukzessive auf die anderen Marktsegmente ausgeweitet.

Der überwiegende Anteil von Unternehmen bietet den Zugang zum Telefonnetz ohne Einschränkungen auf bestimmte Kundengruppen an. Diese Unternehmen verfügen damit ohnehin über die notwendige Infrastruktur für eine Ausweitung sowohl des Leistungsangebotes als auch der Kundenbetreuung.

Wettbewerbsbedingungen

Rückschluss von Anschlussarten auf unterschiedliche Kundengruppen

Es wäre möglich, dass eine Unterteilung in Kundengruppen anhand der drei Anschlussarten erfolgen könnte. ISDN-PMX-Anschlüsse werden wegen ihrer Kapazitäten nur geschäftlich genutzt. Es ist davon auszugehen, dass ein Privathaushalt keine 30 Anschlüsse benötigt.

Die DT AG ist der Ansicht, dass zumindest ein eigener Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse hätte abgegrenzt werden müssen, da auch die Reg TP anerkenne, dass diese nur von Geschäftskunden genutzt würden.

Allerdings werden selbst von größeren Geschäftskunden nicht ausschließlich ISDN-PMX-Anschlüsse genutzt, auch wenn diese über eine große Anzahl von Anschlüssen insgesamt verfügen. Dies zeigt sich am deutlichsten in den von der DT AG angebotenen sprachorientierten Systemlösungen, die nach Aussagen der DT AG für die Bedürfnisse größerer Geschäftskunden bereitgestellt werden: So verteilen sich die Anschlüsse in einem Vertrag mit einem Gesamtvolumen von ca. [...] €/Jahr und [...] Nutzkanälen wie folgt: [...] ISDN-PMX-Anschlüsse, [...] ISDN-Basisanschlüsse und [...] Analoganschlüsse. Das bedeutet, dass in diesem Vertrag nicht einmal [...] % der Nutzkanäle auf ISDN-PMX-Anschlüsse entfallen. Diese Aussage gilt auch für weitere Verträge, ohne dies im Einzelnen detailliert auszuführen. Die insgesamt von der DT AG angegebenen Anschlüsse innerhalb der sprachorientierten Systemlösungen verteilen sich wie folgt:

Jahr	**Analoganschlüsse**	**ISDN-Basis-Anschlüsse**	**ISDN-PMX-Anschlüsse**
2001	[...]	[...]	[...]
2002	[...]	[...]	[...]
2003	[...]	[...]	[...]
2004	[...]	[...]	[...]

Abb. 1: Abgesetzte Anschlüsse innerhalb sprachorientierter Systemlösungen der DT AG

Diese Übersicht zeigt, dass die Anzahl der Analog- und ISDN-Basisanschlüsse in den vergangenen Jahren sogar gestiegen ist, und dass aufgrund der hohen Zahlen insgesamt nicht davon ausgegangen werden kann, dass größere Unternehmen/Organisationen ausschließlich über ISDN-PMX-Anschlüsse verfügen. Oft wird dies auch gar nicht möglich bzw. sinnvoll sein. Gerade Unternehmen/Organisationen, die über eine größere Zahl von Filialen bzw. Standorten verfügen (z.B. Banken, Versicherungen, Autovermietungen oder auch kommunale Einrichtungen größerer Städte), benötigen für diese oftmals relativ kleinen Standorte nur einen oder wenige Anschlüsse und keinen ISDN-PMX-Anschluss. Insofern ist auch für die Zukunft nicht davon auszugehen, dass größere Geschäftskunden alle derzeit vorhandenen Analog- und ISDN-Basisanschlüsse durch ISDN-PMX-Anschlüsse ersetzen.

Daraus folgt, dass ISDN-PMX-Anschlüsse keinen eigenen Geschäftskundenmarkt begründen können, da dieser nur einen geringen Teil der von Geschäftskunden genutzten Anschlüsse umfassen würde. Der übrige Markt würde Anschlüsse enthalten, die in unbekannter Zusammensetzung von Privat- und Geschäftskunden genutzt werden. Auch wurde bereits gezeigt, dass es keine signifikanten Preisunterschiede gibt, sofern man eine Anzahl von Anschlüssen zugrunde legt, die den 30 Nutzkanälen eines ISDN-PMX-Anschlusses entsprechen.

Hinsichtlich der ISDN-Basisanschlüsse wurde bereits unter B.II.1. dargelegt, dass in der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu anderen Ländern schon zu einem sehr frühen Zeitpunkt flächendeckend ISDN angeboten wurde. Aufgrund der vorhandenen Kapazitäten war es möglich, dass ISDN in der Bundesrepublik Deutschland keinen „Premium-Dienst“ darstellt, sondern zunehmend Verbreitung als Standardprodukt gefunden hat. Daher werden ISDN-Basisanschlüsse nicht vorwiegend oder gar ausschließlich von Geschäftskunden genutzt.

Andererseits muss aber ein Geschäftskunde nicht unbedingt über einen ISDN-Anschluss verfügen. Kleine Geschäftskunden, bei denen der Telefonverkehr für den Betriebszweck keine bedeutende Rolle spielt, können durchaus über analoge Anschlüsse verfügen.

Eine interessierte Partei schlägt vor, von den Anschlussarten auf die Kundengruppen zu schließen. Dabei seien alle Anschlüsse dem Geschäftskundenbereich zuzuordnen, die sich von Privatkundenanschlüssen klar abgrenzen ließen (ISDN-PMX-Anschlüsse und Systemlösungen). Alles andere falle in den Privatkundenbereich. Bei Analoganschlüssen sei davon auszugehen, dass sie nur von Privatkunden genutzt würden. Lediglich ISDN-Basisanschlüsse könnten sowohl von Privat- als auch von Geschäftskunden genutzt werden. Diese machten aber nur 30 % des Gesamtmarktes aus. Dies führe zwar dazu, dass Geschäftskunden auch Privatkundenangebote einkaufen würden. Trotzdem seien es Privatkundenmärkte, weil es sich um Standardangebote für den Massenmarkt handele. Als Ergänzung könnte eine Obergrenze eingeführt werden (z.B. Zuordnung von mehreren ISDN-Basisanschlüssen an einer Rechnungsadresse zum Geschäftskundenmarkt), dies stelle aber eher eine Komplizierung dar. Auch wenn für einen geringen Anteil der Endkunden eine Unterscheidung schwierig sei, sei aber für eine große Mehrheit (zwischen 70 und 100 %) die Trennung eindeutig möglich.

Ein mögliches Kriterium ist nach Auffassung der DT AG die Zahl der Anschlüsse. So hätten Privatkunden i.d.R. nur einen Anschluss. Allerdings gibt es auch viele Geschäftskunden, insbesondere Freiberufler und kleine Unternehmen, die nur einen Anschluss haben.

Auch die DT AG schlägt in ihrer Stellungnahme im Rahmen der nationalen Konsultation vor, zur einfachen Operationalisierbarkeit hilfsweise eine produktorientierte Trennung vorzunehmen. Danach würden dem Geschäftskundenmarkt nur solche Produkte zugeordnet, die auf die speziellen Bedürfnisse von Geschäftskunden zugeschnitten und dadurch für Privatkunden i.d.R. weniger attraktiv seien.

Dem Vorbringen der beiden Parteien kann nicht gefolgt werden, denn ein solches Vorgehen würde dazu führen, dass es zwar einen Markt mit ISDN-PMX-Anschlüssen geben würde, auf dem tatsächlich überwiegend Geschäftskundenprodukte angeboten würden. Auf dem übrigen Markt aber würden Privat- und Geschäftskundenangebote in einem nicht bekannten Verhältnis erfasst. Dieser Restmarkt wäre somit nicht der Markt der Privatkunden, sondern der Gesamtmarkt, von dem lediglich der sehr kleine Anteil der ISDN-PMX-Anschlüsse als Geschäftskundenmarkt abgetrennt worden wäre. Im Übrigen würden bei einer geforderten Einbeziehung von Anschlüssen aus sprachorientierten Systemlösungen in den ISDN-PMX-Anschlussmarkt auch Analog- und ISDN-Anschlüsse miteinbezogen.

Der Aussage, dass Analoganschlüsse (fast) ausschließlich von Privatkunden genutzt würden, kann ebenfalls nicht zugestimmt werden. So sind z.B. von den von der DT AG als solche bezeichneten Geschäftskundenanschlüssen (inkl. sprachorientierter Systemlösungen) gut [...]

Analoganschlüsse. Im Übrigen muss bei den ISDN-Basisanschlüssen von einem erheblichen Anteil von Privatkunden ausgegangen werden (s.o.). Auch gibt eine andere interessierte Partei an, dass nach den Erfahrungen aus der Praxis keinesfalls davon ausgegangen werden könne, dass ISDN-Anschlüsse lediglich von Geschäftskunden genutzt würden.

Eine Abgrenzung von Privat- und Geschäftskunden nach den Anschlussarten würde also nicht zu homogenen Gruppen führen, da Privat- und Geschäftskunden sowohl analoge Anschlüsse als auch ISDN-Basisanschlüsse nutzen können. Lediglich bei den ISDN-PMX-Anschlüssen könnte eindeutig auf Geschäftskunden geschlossen werden. Andererseits nutzen Geschäftskunden aber auch in großem Maße Analog- und ISDN-Anschlüsse, so dass auf einem Geschäftskundenmarkt für ISDN-PMX-Anschlüsse nur ein geringer Teil der von Geschäftskunden genutzten Anschlüsse erfasst würde. Daher stellen die Anschlussarten kein geeignetes Kriterium zur Unterteilung des Marktes in Privat- und Geschäftskunden dar.

Unterschiedliche Preis- und Absatzstrategien

Allerdings könnten unterschiedliche Märkte für Geschäfts- und Privatkunden dadurch gegeben sein, dass beide Gruppen unterschiedliche Vorstellungen von den erbrachten Leistungen und dem Endzweck haben und somit keine homogenen Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Ein Indiz dafür wären unterschiedliche Absatzstrategien[80] der Anbieter.

Als spezielle Absatzstrategien für Geschäftskunden kommen bestimmte Tarifoptionen, Rabatte sowie gezielte Werbung und Akquisition in Betracht. Weitere Merkmale bei unterschiedlichen Tarifen sind besondere Serviceleistungen (z.B. besonderer Entstörservice). Allerdings ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass durch die von der Universaldienstrichtlinie vorgegebenen Verbraucherschutzbestimmungen ein durchaus umfänglicher Basis-Service besteht, den die Unternehmen auf diesem Markt anbieten müssen. Die Unterschiede im Service zwischen verschiedenen Nutzergruppen halten sich deshalb in überschaubaren Grenzen.

Unterschiedliche Kundengruppen können sich auch aufgrund von unterschiedlichen Preisgestaltungsmodellen und Angeboten für ein bestimmtes Produkt ergeben. Daher können die NRB nach Auffassung der Kommission nach Untersuchung der Preise gesonderte Märkte für Geschäfts- und Privatkunden für eigentlich denselben Dienst ermitteln.[81]

Die Befragung hat gezeigt, dass viele Anbieter entweder identische Privat- und Geschäftskundenpreise für Analog- bzw. ISDN-Basisanschlüsse haben oder die Preisunterschiede nur geringfügig sind. Dies ist auch durchaus nachvollziehbar, stützen sich doch etwa Anschlussangebote alternativer Teilnehmernetzbetreiber häufig auf von der DT AG angemietete Teilnehmeranschlussleitungen, die ihrerseits – unabhängig vom angeschlossenen Nutzer – jeweils den gleichen Betrag kosten. Größeren Preisunterschieden liegen häufig auch andere, nicht vergleichbare Leistungen zugrunde (z.B. Aufpreise im Rahmen von Optionstarifen, Preise für Anlagenanschlüsse o.ä.). Daher kann alleine von den Preisen nicht geschlossen werden, dass für Privat- und Geschäftskunden unterschiedliche Märkte vorliegen.[82]

Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich derartige unterschiedliche Marktstrategien im Allgemeinen nur dann entwickeln können, wenn die Abnehmergruppen, für die jeweils verschiedene Verwendungszwecke bestehen, deutlich voneinander getrennt sind[83]. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob verlässliche Kriterien für eine Abgrenzung bestehen oder nicht. Einen

[80] Vgl. Langen/Bunte-Ruppelt, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, § 19, Rdnr. 15; BGH v. 7.3.1989 WuW/E BGH 2575, 2576f. „Kampffmeyer-Plange“.
[81] Vgl. Leitlinien, Rn. 46.
[82] So auch für den irischen Markt ComReg, Market-Analysis – Retail Fixed Narrowband Access Markets, Doc. No. 05/25 vom 22.03.2005, Rn. 3.51.
[83] Vgl. dazu Wendland in: Beck’scher TKG-Kommentar, vor § 33, Rn. 36, mit mehreren Beispielen.

Eindruck, wann eine Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftskunden eindeutig ist, geben die folgenden Beispiele.

So ist beispielsweise im Arzneimittelsektor zwischen dem Großhandels- und dem Krankenhaus-vollapotheken-Markt zu unterscheiden. Grund dafür ist – so ausdrücklich der Bundesgerichtshof -, dass beide „zwei deutlich voneinander abgehobene Vertriebsbereiche“ darstellen.[84] Entscheidend ist damit, dass die Abnehmergruppen deutlich von einander getrennt sind.

Auch Industrie- und Haushaltsmehl werden beispielsweise als getrennte, sachlich relevante Märkte angesehen, weil – so ein entscheidendes Begründungskriterium – der Lebensmittelhandel (Haushaltsmehl) auf Industriemehl nur unter besonderen Investitions- und Organisationsanstrengungen ausweichen kann[85]. Es handelt sich also um deutlich getrennte Abnehmergruppen (Lebensmittelhandel einerseits und Industriebetriebe andererseits). Auch das in der o. g. Gerichtsentscheidung genannte Kriterium der für eine Umstellung erforderlichen Anstrengungen ist deutlich nur für ein bestimmtes, klar abgrenzbares Produkt (Industriemehl) zutreffend.

In den vorliegenden Fällen gibt es jedoch keine bestimmte, d.h. abgrenzbare Abnehmergruppe (unabhängig davon, ob es sich um private oder geschäftliche Nutzer handelt), die sogenannte Geschäftskundenangebote im Gegensatz zu den übrigen Tarifvarianten nutzt, denn die in der Bundesrepublik Deutschland vorkommenden Tarifgestaltungen für die sog. Geschäftskunden sind mannigfaltig und je nach Anbieter sehr unterschiedlich.[86] Dies gilt auch entsprechend für die Anbieter von sprachorientierten Systemlösungen. Nur einige wenige Anbieter vermarkten derartige Produkte, währenddessen eine Vielzahl der Wettbewerber gerade keine gesonderten Absatzstrategien verfolgen. Diese bieten nämlich Produkte für Geschäftskunden an und differenzieren hierbei nicht nach Systemlösungskunden.

Eine interessierte Partei führt an, es treffe zu, dass bestimmte Tarifoptionen, Rabatte etc. auf unterschiedliches Nutzerverhalten zugeschnitten seien, ohne verlässliche Kriterien für die Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftskunden zu geben.

Dies bedeutet, dass die Anbieter keine prinzipiell unterschiedlichen Strategien für Privat- und Geschäftskunden haben bzw. die Wettbewerbsbedingungen nicht grundsätzlich unterschiedlich sind.

Uneinheitliche Handhabung vorhandener Kriterien durch die Anbieter

Viele Anbieter haben unterschiedliche Tarife, deren Bezeichnungen auf eine Nutzung durch Privat- oder Geschäftskunden hinweisen. Es gibt jedoch auch bei diesen Anbietern keine einheitliche Zuordnung der Endkunden zu bestimmten Gruppen von Geschäfts- oder Privatkunden, wie die folgende Abbildung derjenigen Unternehmen, die ihren Kunden Telefonanschlüsse bereitstellen, verdeutlicht.

Etwa ein Fünftel der Anbieter, die Angaben gemacht haben, trifft keine Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden. Ein Sechstel der Anbieter überlässt dem Kunden die Auswahl des Tarifes, der – unabhängig von der Bezeichnung – seinen Bedürfnissen am besten Rechnung trägt. Dies bedeutet, dass jeder Kunde jeden Tarif zu den gleichen Bedingungen beziehen kann. So kann ein Kunde mit ausschließlich privater Nutzung, der ein hohes Verkehrsaufkommen hat, einen Tarif auswählen, der als „Geschäftskundentarif“ bezeichnet wird, während ein Kunde mit vorwiegend geschäftlicher Nutzung passend zu seinem Gesprächsverhalten einen sogenannten „Privatkundentarif“ auswählen kann.

[84] Vgl. BGH, 12.02.1980 „Valium II“ WuW/E BGH 1678, 1681; vgl. dazu auch KG, 24.08.1978, „Valium“ WuW/E OLG 2053, 2055.
[85] Vgl. BGH, 07.03.1989 „Kampffmeyer-Plange“ WuW/E BGH 2575, 2576.
[86] Vgl. ComReg, Market-Analysis – Retail Fixed Narrowband Access Markets, Doc. No. 05/25 vom 22.03.2005, Rn. 3.51, für den irischen Markt.

Keine Unterscheidung	7
Kunde wählt selbst aus/nach Kundenverhalten[87]	6
Mindestumsatz[88] ohne Nennung von Kriterien	2
Mindestumsatz von [...] € pro Monat	1
Mindestumsatz von [...] € pro Monat	10
Nachweis eines Gewerbes (u.U. nach Umsatz gestaffelt)	5
Gewerbe/Behörde oder Mindestumsatz	2
Für Geschäftskunden nur individuelle Arrangements	-
Unterscheidung ohne Nennung von Kriterien	3

Abb. 2: Unterscheidungskriterien der Anbieter, die Telefonanschlüsse anbieten, für Privatkunden/Geschäftskunden

Ebenso viele Anbieter nehmen als Kriterium bestimmte (aber jeweils unterschiedliche) Mindestumsätze. Dadurch ergibt sich auch hier größtenteils kein eindeutiges Bild, das eine Unterscheidung nach Kundengruppen rechtfertigen würde: Auch Privatkunden können ein hohes Gesprächsvolumen haben, während Geschäftskunden nicht unbedingt einen hohen Mindestumsatz erreichen müssen. Die DT AG (bei der der Kunde allerdings seinen Tarif selbst auswählt) geht bei ihrer Einteilung davon aus, dass typische Geschäftskunden im unteren Segment einen monatlichen Umsatz von [...] € [...] haben. Dies liegt erheblich unter dem Mindestumsatz von [...] €, den andere Anbieter bei ihrer (teilweise verbindlichen) Einteilung zugrunde legen, und würde im Übrigen dazu führen, dass Privatkunden mit hohem Gesprächsvolumen zu den Geschäftskunden gerechnet werden könnten. Die Mehrzahl der Anbieter, die sich nach der Umsatzhöhe ihrer Kunden richten, legt eine Schwelle von [...] € fest. Diese Schwelle dürfte jedoch selbst für viele kleinere und mittlere Unternehmen kaum realisierbar sein.

15 % der Anbieter macht die Wahl eines sogenannten Geschäftskundentarifs vom Nachweis eines Gewerbes abhängig. Dadurch werden bestimmte Kundengruppen, die u.U. ein hohes Telefonaufkommen haben (z.B. Freiberufler oder gemeinnützige Organisationen), von diesen Anbietern den Privatkunden zugerechnet.

Ferner gibt es offenbar bei anderen Unternehmen noch weitere Kriterien. Dies zeigt, dass die verschiedenen Anbieter kein konsistentes und eindeutiges Kriterium für eine Unterscheidung nach Kundengruppen haben. Auch werden die genannten Voraussetzungen von fast keinem der Unternehmen bei Vertragsabschluss geprüft.

Eine interessierte Partei führt an, dass immerhin fünf der großen Wettbewerber nur Geschäftskundenprodukte anböten. Weiter habe die DT AG ihren Geschäftskundenvertrieb in T-Systems ausgegliedert. Wie viele der restlichen 34 Anbieter nur Privatkundenprodukte anböten, sei nicht angegeben. Auch würden nach Angaben der Reg TP 66 % der Anbieter eine Trennung durchführen. Beispiele seien auf den Internetseiten der Anbieter ersichtlich. So gebe es solche, die ihre Produktinformationen nach Kundengruppen getrennt hätten wie z.B. Arcor oder NetCologne, und andere, die sich nur auf Geschäfts- oder Privatkunden konzentrierten wie z.B. MCI, Colt oder die interessierte Partei.

Im Rahmen des Auskunftsersuchens hat ein Unternehmen angegeben, nur ein Tarifmodell zu haben, das vorwiegend von Privatkunden in Anspruch genommen werde. Die o.g. interessierte Partei hat aber selbst im Widerspruch zur o.g. Aussage im ersten wie auch im ergänzenden Auskunftsersuchen angegeben, dass ihr eine Trennung von Umsatz- und Absatzdaten (der Verbindungen, da Verbindungsnetzbetreiber) nach Privat- und Geschäftskunden nicht möglich sei, und hat diese daher jeweils auch nur als Gesamtsumme angegeben.

[87] Einige Unternehmen werten dies als Zeichen dafür, dass sie zwischen Privatkunden und Geschäftskunden unterscheiden, andere dafür, dass sie nicht unterscheiden. Die Einordnung in der Tabelle erfolgt neutral, d.h. ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Wertungen oder der Angabe unverbindlicher Kriterien.
[88] Die Mindestumsätze umfassen jeweils sowohl die Anschlüsse als auch die Verbindungen.

Eine weitere interessierte Partei gibt an, dass kaum ein Unternehmen sein Kundensegment danach einteile, ob es sich um juristische Personen oder um ein angemeldetes Gewerbe handele. Vielmehr seien die Unterscheidungen willkürlich und häufig nach Umsätzen bedingt. So würden regelmäßig besonders umsatzstarke Privatkunden einem so genannten „Geschäftskundenbereich“ zugeordnet und besonders wenig telefonierende Gewerbetreibende oder Freiberufler als „Privatkunden“ eingeordnet. Weil diese Verteilung willkürlich sei, drohe die Gefahr, dass keine klare Trennung möglich sei und Unternehmen versuchten, zu ihren Gunsten die jeweiligen Kundenzahlen zu beschönigen.

Die Reg TP verneint im Konsultationsentwurf nicht, dass es Unternehmen gibt, die eine Trennung nach Privat- oder Geschäftskunden vornehmen oder sich auf eine Kundengruppe spezialisieren. Sie weist aber darauf hin, dass es eine Vielzahl von Unternehmen gibt, die keine Unterscheidung treffen bzw. treffen können oder die Auswahl ihren Kunden überlassen.

Die Einstufung durch den Anbieter selbst bzw. die Selbstselektion durch den Nachfrager führen allerdings im Ergebnis dazu, dass der Kunde je nach Anbieter einmal als Privatkunde bzw. als Geschäftskunde eingestuft wird. Dies wiederum zeigt, dass eine klare Trennung aufgrund des Anbieterverhaltens gerade nicht möglich ist. Dies gilt analog für Nachfrager von sprachorientierten Systemlösungen, da die Nachfrager je nach Anbieter als Geschäftskunde bzw. Systemlösungskunde eingestuft werden.

In der o.g. Auflistung ist im Übrigen allein die Anzahl der jeweiligen Unternehmen berücksichtigt, nicht deren Gewicht am Markt, da ansonsten immer die Kriterien des marktbeherrschenden Unternehmens für alle verbindlich würden. Sie zeigt aber, dass sich die Kriterien sehr stark voneinander unterscheiden und nicht eine eindeutige Marktrealität reflektieren, sondern von den jeweiligen Unternehmen im Rahmen ihrer Marktstrategien willkürlich als Trennlinie ausgewählt wurden.

Unterscheidung anhand der Tarifbezeichnungen

Viele Anbieter haben unterschiedliche Tarife im Angebot, deren Bezeichnungen in unterschiedlichen Formen auf Privatkunden bzw. Geschäftskunden hinweisen. Die Tarifbezeichnung stimmt jedoch nicht notwendigerweise damit überein, ob die betreffende Tarifvariante tatsächlich privat bzw. geschäftlich genutzt wird. Viele Anbieter, die eine Unterscheidung treffen (darunter auch die DT AG, T-Com), haben nämlich in der Befragung angegeben, dass es im Belieben des Kunden liege, welche Tarifvariante er wähle. Insbesondere hat z.B. die DT AG angegeben, dass es kein Angebot gebe, das von vornherein auf eine bestimmte Kundengruppe beschränkt sei. Dies bedeutet, dass auch Privatkunden sogenannte Geschäftskundentarife (z.B. sogenannte Business-Call-Tarife) nutzen und Geschäftskunden sogenannte Privatkundentarife.

Vergleicht man dies mit den Verhältnissen in anderen Branchen, z.B. im Bahn- oder Flugverkehr, so haben hier Kinder-, Studenten- oder Seniorentarife verbindliche Voraussetzungen, ohne die ein Kunde nicht in den Genuss eines bestimmten Tarifs kommt. Die Bezeichnung weist dabei eindeutig auf diese Voraussetzungen hin.

Demgegenüber ist die Bezeichnung der Tarife durch die einzelnen Telekommunikationsanbieter letztlich beliebig, weil hier der Kunde ohne Einhaltung bestimmter Bedingungen seinen Tarif selbst aussuchen kann. Diese Unverbindlichkeit in der Bestimmung der Tarifzugangsberechtigung weist darauf hin, dass eine Segmentierung des Marktes in Privat- und Geschäftskunden nicht der Marktrealität entsprechen kann.[89]

[89] Vgl. dazu auch das Urteil des VG Köln, Az. 1 K 2184/01, S. 9 des amtlichen Umdrucks.

Aus den o.g. Gründen wäre es im Übrigen sogar möglich, dass ein an sich marktbeherrschender Anbieter durch strategische Benennung seiner Tarife, die aber weiterhin für alle Kundengruppen wählbar bleiben, eine Marktbeherrschung formal vermeiden könnte.

Somit kann anhand der Tarifbezeichnungen nicht auf den tatsächlichen Status des Endkunden geschlossen werden.

Eine interessierte Partei ist der Ansicht, dass unterschiedliche Tarifbezeichnungen, die auf Privat- und Geschäftskunden hinweisen, ein deutliches Argument für eine Abgrenzung von Geschäfts- und Privatkundenmärkten seien. Nur ein kleiner Anteil der Kunden (zwischen 0 und 30 %) nutze als Privatkunden Geschäftskundenprodukte und umgekehrt. Ein Nachweis darüber, wie die vorgenannte Aufteilung erfolgt ist, wurde von dieser Partei nicht gegeben.

Eine andere interessierte Partei gibt an, dass sich aus der Bezeichnung eines Produktes (auch wegen der Möglichkeit der Selbstselektion) nur eine Indizwirkung für ein typisches Nutzungsverhalten ergeben könne, sich jedoch keine korrekte Abgrenzung durchführen ließe. Diese Feststellung treffe auch für andere Wirtschaftsbereiche zu. So könne etwa im Bereich der Märkte für Flugverbindungen nicht aufgrund des genutzten Tarifes (Business oder Economy Class) ein Markt für Flugverbindungen für Geschäftskunden einerseits und Privatkunden andererseits abgegrenzt werden. Auch hier bestehe der Hauptanwendungszweck einer bestimmten Flugverbindung in dem Transport von A nach B. Eine Differenzierung der Märkte zwischen Privat- und Geschäftskunden nach Tarifbezeichnungen würde zu untragbaren Ergebnissen führen. Letztlich führten diese Versuche zu Willkür bzw. einem strategischen Zuschnitt von Produkten.

Die DT AG hat in ihrem Vorbringen angegeben, dass sie ab Anfang 2005 eine Umstrukturierung mit einer Kundenzuordnung nach den Kriterien Umsatzpotenzial und Qualitätsanforderungen und gleichzeitig nach Produkten vornehmen werde. Das Produktmanagement für BusinessCall werde der T-Systems-Business-Services zugeordnet, währen die Privatkunden-Produkte in der Zuständigkeit der T-Com verbleiben würden.

Auf den Internetseiten der DT AG[90] werden im Bereich der T-Com unter dem Stichwort „Professional – Angebote für kleine Unternehmen, Selbstständige und freie Berufe“ u.a. verschiedene Festnetztarife angegeben. Dabei handelt es sich um die BusinessCall-Tarife 301[91] und 501, die ebenfalls von der T-Systems als Produkte für mittlere und große Geschäftskunden vertrieben werden, aber auch um Produkte, die von der T-Com auf den Internetseiten an Privatkunden vertrieben werden, nämlich Call Plus, Call Time und XXL. Daran zeigt sich, dass das Unternehmen der Tatsache Rechnung trägt, dass die überwiegende Mehrzahl der Kunden die Tarife unabhängig von der Bezeichnung nach ihren eigenen Bedürfnissen aussucht.

Daher bleibt die Bundesnetzagentur bei ihrer Feststellung, dass von der Bezeichnung eines Tarifs – insbesondere wegen deren Beliebigkeit – nicht auf bestimmte Kundengruppen geschlossen werden kann. Zusätzlich besteht die Gefahr, dass Produkte strategisch bezeichnet werden, um damit möglicherweise eine Regulierung zu umgehen. Die Tarifbezeichnungen auf den genannten Märkten sind somit kein geeignetes Kriterium zur Marktabgrenzung.

Festlegung des Abgrenzungskriteriums durch die Bundesnetzagentur

Die Wahl eines einheitlichen Abgrenzungskriteriums durch die Bundesnetzagentur ist nur dann möglich, wenn dieses Kriterium von einer überwiegenden Mehrheit der Anbieter verwendet wird oder sich tatsächliche Anhaltspunkte ergeben, dass in einem bestimmten Segment des Marktes andere Marktverhältnisse vorliegen als in einem oder mehreren weiteren Segmenten.

[90] Stand. 16.10.05.
[91] Seit dem 01.07.2005 als „Call Profi“ vertrieben.

Im vorliegenden Fall ergeben sich Schwierigkeiten bei der Festlegung eines Kriteriums, weil die von den Unternehmen verwendeten Kriterien zahlreich und stark unterschiedlich sind.

Wählt man den Mindestumsatz, der von den meisten Unternehmen zu Grunde gelegt wird, so wäre dies ein Mindestumsatz von [...] € pro Monat. Abgesehen davon, dass – wie bereits erwähnt – viele Geschäftskunden im unteren Segment einen solchen Umsatz nicht erreichen und somit nicht als Geschäftskunden erfasst würden, repräsentieren diese Unternehmen insgesamt nur einen sehr geringen Marktanteil (zusammen weniger als [...] % nach Umsätzen). Daher würde eine solche Unterteilung nicht den Marktgegebenheiten entsprechen.

Würde man den Mindestumsatz der Unternehmen wählen, die eine Mehrheit der Marktanteile auf sich vereinen können, so wäre dies immer der Mindestumsatz der DT AG, T-Com. Dieser liegt nur bei [...] € pro Monat [...] und ist somit erheblich niedriger als der jeweilige Mindestumsatz aller anderen Anbieter, die einen Mindestumsatz als Unterscheidungskriterium angegeben haben. Zusätzlich gibt die DT AG an, innerhalb der Gruppe der Geschäftskunden weiter nach Umsätzen und Qualitätskriterien zu differenzieren. Dies bedeutet, dass die Bundesnetzagentur bei Auswahl dieser Kriterien allen anderen Wettbewerbern quasi dieses Geschäftsmodell aufzwingen würde.

Einige Unternehmen legen im Übrigen keinen Mindestumsatz zu Grunde, sondern setzen das Vorliegen eines Gewerbes voraus. Andere unterscheiden nicht zwischen Privat- und Geschäftskunden. Auch diese müssten dann ihr Geschäftsmodell und ihre Absatzstrategie an die des oder der Marktführer anpassen.

Betrachtet man die Wettbewerbsbedingungen, so liegen der Bundesnetzagentur keine Anhaltspunkte vor, dass für die Trennung von Privat- und Geschäftskunden in bestimmten Segmenten, die sich an den o.g. Kriterien der Wettbewerber orientieren, signifikant andere Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Dies gilt auch im Hinblick auf das Angebot von Verbindungsleistungen, in dem unterschiedlichste Optionspakete mit Call-by-Call-Angeboten konkurrieren.

Lediglich für das oberste Marktsegment könnten signifikant andere Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Dies wird jedoch an späterer Stelle im Rahmen der Überlegungen zu den sog. sprachorientierten Systemlösungen geprüft.

Festlegung des Abgrenzungskriteriums durch die Anbieter selbst

Das breite Spektrum der von den Unternehmen angeführten Unterscheidungskriterien zeigt, dass bei einer Festlegung des Abgrenzungskriteriums durch das jeweilige Unternehmen eine Vergleichbarkeit der Daten nicht gewährleistet ist. Ein Anbieter, der einen niedrigen Mindestumsatz oder das Vorliegen eines Gewerbescheins als Kriterium nimmt, wird einen erheblich höheren Anteil an Geschäftskunden haben als ein Anbieter mit einem höheren Mindestumsatz. Auch dabei bleibt letztlich die Frage bestehen, wohin solche Umsätze zuzuordnen sind, deren Anbieter nicht zwischen Privat- und Geschäftskunden unterscheiden (können oder wollen). Dadurch ist eine Vergleichbarkeit der Daten nicht gewährleistet. Die Folge wären Verzerrungen bei der Berechnung der Marktanteile, die in ihren Auswirkungen nicht abzuschätzen wären und zu nahezu willkürlichen Ergebnissen führen könnten.

Die DT AG hat in der nationalen Konsultation vorgebracht, dass die Marktrealität verschiedene Kundensegmente mit spezifischen Bedürfnissen und Anforderungen seien. Die DT AG werde auf diese Anforderungen mit organisatorischen Konsequenzen reagieren. Ab Anfang 2005 werde eine Umstrukturierung mit einer Kundenzuordnung anhand der Kriterien Umsatzpotenzial und Qualitätsanforderungen und gleichzeitig nach Produkten vorgenommen. Das Geschäftskundensegment würde von „T-Systems-Business-Service“ adressiert, während die Privatkundenprodukte in der Zuständigkeit der T-Com verbleiben würden.

Allerdings geht aus einer Präsentation der T-Systems bei der Regulierungsbehörde hervor, dass bei Weitem nicht alle Geschäftskunden von der T-Systems betreut werden. So betrachtet die DT AG nur etwa [...]. Die so abgegrenzten Geschäftskunden stellen jedoch [...] des gesamten von der DT AG angegebenen Geschäftskundensegments dar, das bei einem monatlichen Umsatz von [...] € beginnt und nach Angaben der DT AG insgesamt [...] Geschäftskunden umfasst. Dies bedeutet, dass [...] der Geschäftskunden – [...] – als kleine Unternehmen, Selbstständige und freie Berufe weiterhin von der T-Com betreut wird[92]. [...]. Gerade diese werden aber auf den Seiten der DT AG als „Professionals" auch mit Tarifen adressiert, die nach Aussagen der DT AG besonders auf Privatkunden zugeschnitten werden (s.o.). Dies zeigt, dass selbst die DT AG bei der von ihr befürworteten Trennung von Privat- und Geschäftskunden nur einen geringen Teil ihrer Geschäftskunden tatsächlich als solche qualifiziert. Dies zeigt aber auch den breiten Spielraum, den die DT AG bei einer eigenen Festlegung des Abgrenzungskriteriums hätte.

Eine Übernahme der Einteilung der Anbieter greift daher – ebenso wie eine Trennung nach den Bezeichnungen der Anbieter – zu kurz und führt ggf. sogar zu willkürlichen Ergebnissen. Auch ermöglicht ein solches Vorgehen einen strategischen Zuschnitt von sogenannten Produkten für Privat- bzw. Geschäftskunden. Dadurch könnte ein an sich marktbeherrschendes Unternehmen u.U. sogar eine Marktbeherrschung formal vermeiden. Daher führt auch die Festlegung von Kriterien durch die Anbieter selbst zu keinem verlässlichen, der Marktrealität Rechnung tragenden Ergebnis.

Die tatsächlichen Marktgegebenheiten in der Bundesrepublik Deutschland lassen keine klar abgrenzbaren Nutzergruppen erkennen. Auch verfolgen die einzelnen Wettbewerber keine einheitliche Absatzstrategie in Bezug auf unterschiedliche Kundengruppen. Die Einteilung derjenigen Unternehmen, die eine Abgrenzung in Privat- und Geschäftskunden vornehmen, erfolgt vielmehr nach von den Unternehmen selbst festgelegten – unterschiedlichen – Merkmalen, ohne dass diese aber für die Kunden verbindlich sind. Auch die in der nationalen Konsultation vorgebrachten Argumente der interessierten Parteien sprechen überwiegend für eine Zusammenfassung von Privat- und Geschäftskunden in einem Markt (mit Ausnahme der DT AG und einer weiteren interessierten Partei) und stützen weitestgehend die Argumentation der Regulierungsbehörde im Konsultationsentwurf. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass entsprechend der Empfehlung der Kommission zwar ein Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten festgelegt wird, jedoch keine Unterteilung nach Kundengruppen erfolgt.

Sofern sich in der Zukunft zeigt, dass sich Kriterien herausgebildet haben, nach denen die überwiegende Mehrzahl der Anbieter tatsächlich Privat- und Geschäftskunden unterschiedlich adressiert, wird die Bundesnetzagentur ihre Feststellungen überprüfen.

2. Märkte Nr. 3 und Nr. 5 der Kommissions-Empfehlung (öffentliche Orts- und/ oder Inlandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten und öffentliche Orts- und/ oder Inlandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten)

a. Über VoIP-Dienste aufgebaute Verbindungen

Unabhängig von der unter b. zu klärenden Frage nach der Unterteilung des Marktes nach Zielen, wird vorab geprüft, ob auch über VoIP-Dienste aufgebaute Verbindungen den hier relevanten Märkten zuzuordnen sind.

[92] S. dazu auch http://www.telekom.de/sas/startseite/flash-kl/small_business .

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

An dieser Stelle ist zu prüfen, inwieweit Verbraucher bereit sind, PSTN-Verbindungen durch VoIP-Verbindungen zu ersetzen.[93]

VoIP-Verbindungen dienen demselben **Endzweck** wie herkömmliche PSTN-Verbindungen, nämlich dem Führen eines Telefongespräches mit einem bestimmten Teilnehmer. Dass hierfür unterschiedliche Infrastruktur verwendet wird, ist zweitrangig (so auch Leitlinien Ziffer 45 und ausdrücklich für paketvermittelte Netze Ziffer 47). Schließlich wird die IP-Technologie netzintern bereits seit längerem verwendet. Viele traditionelle Verbindungen laufen über weite Strecken bereits über IP. An einer Bewertung sollte sich nichts ändern, nur weil sie über einen anderen als den traditionellen Anschluss erbracht werden.

Es bestehen auch keine unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck. Zwar ist nicht zu bestreiten, dass VoIP nicht für jeden Kunden als Alternativprodukt in Frage kommt. Internet einerseits und Telefonie andererseits sind für viele Kunden auch weiterhin zwei wenn auch zusammengehörende, aber dennoch unterschiedliche Produktbereiche. Dies dürfte sich jedoch mit der zunehmenden Verbreitung von Breitbandanschlüssen und dem Zuwachs von VoIP-Diensten bereits geändert haben und wird sich zukünftig noch weiter ändern. Darüber hinaus dürfte es bezogen auf das konkrete Produkt Verbindung auch keine unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck geben, weil diese im Hinblick auf die konkrete Leistung und den konkreten Zweck identisch sind.

Potenzielle Kunden sind insbesondere die Nutzer von Breitbandanschlüssen. Bereits Ende 2004 gab es 6,9 Millionen Breitbandanschlüsse in Deutschland, die die technischen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme eines VoIP-Dienstes erfüllen. Dies entspricht etwa 17 % der deutschen Haushalte. Eine signifikante Anzahl von Teilnehmern ist somit in der Lage, unmittelbar VoIP-Dienste zu nutzen. Diese Anzahl dürfte groß genug sein, um eine nicht nur theoretische, sondern auch praktische Austauschbarkeit zu begründen. In einem hypothetischen Monopolistentest, der zum Beispiel eine Preiserhöhung von PSTN-Verbindungen um 5 bis 10 % unterstellt, bilden diese potentiellen Kunden eine relevante Größe, die im Falle eines Wechsels einen Umsatzrückgang verursachen könnten, der die erhöhten Gewinne, die durch die Preiserhöhung erzielt worden wären, aufwiegen könnte. Hinzu kommt ein im Bereich der Breitbandanschlussprodukte sehr dynamisches Wachstum. Den 6,9 Millionen Nutzern Ende 2004 stehen 4,5 Millionen Nutzer Ende 2003 gegenüber. Dies entspricht einem Anstieg von über 50 %. Ob diese Wachstumsrate auch in 2005 erreicht werden kann, ist spekulativ.[94] Festzustellen ist jedoch, dass die Breitbandpenetration auch weiterhin stark wächst. Somit wird tendenziell eine immer größere Menge potentieller Kunden in der Lage sein, VoIP-Dienste zu nutzen. Diese Tendenz wird dadurch unterstützt, dass führende Anbieter von Breitbandanschlussprodukten oder breitbandigen Internetzugangsdiensten mittlerweile zu den Anbietern von VoIP-Diensten zählen und ihren Kunden entsprechende Produktkombinationen anbieten. So sind mit T-Online, der AOL Deutschland GmbH & Co. KG (im Folgenden AOL), 1&1, Tiscali und freenet Anbieter auf dem Markt, die über einen vorhandenen Kundenstamm verfügen, dem VoIP-Dienste zusätzlich angeboten werden können.

Darüber hinaus existieren Großkunden, die im Rahmen von Komplettlösungen bislang lediglich ihre Innenkommunikation IP-basiert durchführen. Hierbei handelt es sich um potentielle Kunden, die zukünftig auch die Außenkommunikation IP-basiert realisieren könnten.

[93] Die von der DT AG in ihrer zweiten Stellungnahme enthalten Aussage, im Falle einer Gleichsetzung von VoIP und traditionellem Telefondienst müssten für VoIP auch die gleichen Verpflichtungen gelten, ist an dieser Stelle nicht zu bewerten, da sie für die Frage der Austauschbarkeit keine Rolle spielt. Dies ist anhand der jeweils einschlägigen Normen unabhängig von dieser Marktanalyse zu entscheiden.

[94] Die Wachstumsrate bei Breitbandanschlüssen betrug im ersten Halbjahr 2005 etwa 21 %.

Die DT AG vertritt in ihrer zweiten Stellungnahme die Auffassung, VoIP-Verbindungen könnten mit PSTN-Verbindungen nicht austauschbar sein, weil die erforderlichen Breitbandanschlüsse einen eigenständigen Markt bilden. VoIP müsse daher als korrespondierendes Endkundenprodukt ebenfalls einen eigenständigen Markt bilden. Die Bundesnetzagentur hält dies nicht für zutreffend. Aufgrund der in der Märkte-Empfehlung vorgegebenen und in dieser Marktanalyse umgesetzten Differenzierung von Anschluss- und Verbindungsmärkten sind diese unabhängig voneinander zu betrachten. Voraussetzung für eine Zugehörigkeit zum Verbindungsmarkt ist demnach lediglich die Öffentlichkeit der Verbindung, der feste Standort und das Ziel der Verbindung. Die verwendete Anschluss-Technologie ist hingegen zweitrangig[95]. Rückschlüsse von den Anschluss- auf die Verbindungsmärkte können daher lediglich Anhaltspunkte geben, nicht jedoch über eine Zugehörigkeit von bestimmten Diensten zu den jeweiligen Märkten abschließend entscheiden.

Auch die grundsätzliche Aussage der DT AG, VoIP-Dienste könnten lediglich eine Ergänzung zur PSTN-Telefonie darstellen und seien daher nicht miteinander vergleichbar, ist zurückzuweisen. Wenn dies richtig wäre, müssten auch Betreiberauswahl- und Betreibervorauswahlprodukte unberücksichtigt bleiben, da auch sie stets nur einen Zusatzdienst darstellen können. Diese Produkte werden jedoch unstreitig den hier relevanten Märkten zugeordnet. Die DT AG unterliegt diesem Denkfehler an mehreren Stellen in ihrer zweiten Stellungnahme, weil sie nicht, wie bei der Betreiber(vor)auswahl auch, die reinen Verbindungen betrachtet, sondern die gesamten Produktkombinationen aus Anschlüssen und Verbindungen vergleicht. Die von der DT AG genannten Unterschiede zwischen VoIP und PSTN resultieren häufig aus der Mitbetrachtung von Anschlüssen, die hier jedoch fehl am Platz ist.

Bei der Frage der anfallenden **Wechselkosten** ist zwischen diesen Kunden mit vorhandenem Breitbandanschluss und Kunden mit Schmalbandanschluss zu unterscheiden. Wer bereits über einen Breitbandanschluss und somit regelmäßig auch über einen Internetzugang verfügt, benötigt lediglich die Beauftragung eines VoIP-Diensteanbieters, um einen VoIP-Dienst nutzen zu können. Aus technischer Sicht benötigt ein Kunde ein entsprechendes Endgerät, sofern sein DSL-Router nicht in der Lage ist, als Adapter zu fungieren. Durchschnittliche Endgeräte kosten etwa 100 €, werden von den Anbietern aber häufig subventioniert.

Tendenziell höhere Wechselkosten kommen auf Nutzer von Schmalbandanschlüssen zu. Potenziell ist jeder Kunde, der einen Breitbandanschluss bekommen kann, in der Lage, auch VoIP-Dienste zu nutzen. Dies sind allein bezogen auf DSL-Anschlüsse über 90 % der Telefonanschlusskunden. Grundsätzlich fallen durch einen Wechsel von einem schmalbandigen zu einem breitbandigen Anschluss und der damit verbundenen Möglichkeit, VoIP-Dienste zu nutzen, gewisse Kosten an. Neben einem einmaligen Bereitstellungsentgelt (in der Regel knapp 100 €) sind Investitionen in Hardware (z.B. DSL-Modem) erforderlich. Die Nutzung eines VoIP-Dienstes erfordert zudem den Erwerb entsprechender Endgeräte bzw. Adapter. Diesbezüglich besteht kein Unterschied zu den Kunden, die bereits einen Breitbandanschluss nutzen. Es ist bei den Wechselkosten zu berücksichtigen, dass das Bereitstellungsentgelt zur Zeit aus Marketinggründen von mehreren Anbietern erlassen wird. Beim Erwerb der Endgeräte findet darüber hinaus häufig eine gewisse Subventionierung statt, so dass Endkunden mit relativ geringen Kosten entsprechende Geräte erhalten können. Durch die Nutzung eines Breitbandanschlusses kann es im weiteren Verlauf der Nutzung zu insgesamt höheren Kosten als bei der Nutzung eines Schmalbandanschlusses kommen. Dies hängt sowohl vom individuellen Nutzerverhalten sowie von den konkret genutzten Anschlüssen und Diensten ab. Gegebenenfalls höheren Kosten steht allerdings auch die Möglichkeit der Nutzung unterschiedlichster breitbandiger Dienste

[95] So auch Leitlinien, Ziffer 47 („Ein paketvermitteltes Netz wie Internet kann z. B. in Konkurrenz zu den herkömmlichen Sprachtelefondiensten zur Übertragung digitaler Sprachsignale verwendet werden.“ Dies widerlegt auch die Behauptung der DT AG in ihrer zweiten Stellungnahme, wonach Technologieneutralität nicht bedeute, dass grundlegend andere Technologien miteinander gleichgesetzt würden. Abgesehen davon wird angesichts des parallelen Einsatzes von leitungs- und paketvermittelter Technologie und des damit verbundenen fließenden Übergangs bestritten, dass es sich um grundlegend andere Technologien handelt.

gegenüber, von denen VoIP nur einer ist. Pauschalierte Aussagen hierzu lassen sich daher nicht treffen. Die Wechselkosten sind also nicht VoIP-spezifisch, sondern generell für den Wechsel vom Schmalband- zum Breitbandanschluss erforderlich. Die derzeitige stark wachsende Ausbreitung der Breitbandanschlussprodukte spricht jedenfalls dafür, dass Kunden eventuelle Mehrkosten in Kauf nehmen.

Bei der Frage der Austauschbarkeit sind darüber hinaus gewisse Kriterien zu berücksichtigen, die eine Substituierbarkeit im Bezug auf Verbindungen belegen könnten. Dabei ist zu prüfen, inwieweit diese Kriterien (z.B. Qualität, Tarifstruktur, Vermarktung und Nummerierung) bei PSTN-Verbindungen einerseits und VoIP-Verbindungen andererseits vergleichbar sind.

Ein **Qualitätsvergleich** zwischen VoIP-Verbindungen einerseits und PSTN-Verbindungen andererseits spricht für eine Austauschbarkeit. Wie die Auswertung der im Rahmen der VoIP-Anhörung eingegangenen Stellungnahmen ergeben hat, bestehen, anders als noch vor einigen Jahren, als VoIP aus Endkundensicht mit schlechter Qualität und unkomfortabler Handhabung gleichgesetzt wurde, bei den heutigen Diensten kaum noch qualitative Unterschiede. Auch das Echtzeitkriterium, das nach altem Recht Voraussetzung für die Einstufung als lizenzpflichtigem Sprachtelefondienst war, kann heute in der Regel erfüllt werden. Die Qualität einer einzelnen Verbindung hängt von mehreren Faktoren ab. Die verwendeten Endgeräte und Codecs[96], die tatsächlich zur Verfügung stehende Bandbreite, die Vermittlung über das Internet oder über gemanagte IP-Netze sowie sonstige netzinterne Faktoren können zu unterschiedlichen Qualitäten führen. So können einzelne VoIP-Verbindungen verglichen mit PSTN-Verbindungen sowohl von unterdurchschnittlicher, durchschnittlicher, aber gerade bei gemanagten IP-Netzen auch von überdurchschnittlicher Qualität sein. Dies ist jedoch nicht VoIP-spezifisch, sondern in einem liberalisierten Umfeld mit unterschiedlichen Endgeräten, Netzbetreibern und Diensteanbietern bei vielen Telekommunikationsdiensten der Fall. Auch PSTN-Verbindungen unterliegen gewissen Qualitätsschwankungen. Dies hat beispielsweise im Rahmen der nationalen Konsultation der Anbieter 01051 Telecom für den Bereich der Auslandsverbindungen ausdrücklich vorgetragen. Entscheidend ist allein, dass davon auszugehen ist, dass VoIP-Dienste im Regelfall denselben Qualitätsbereich wie PSTN-Verbindungen erreichen.

Betrachtet man die **Tarife** einzelner VoIP-Dienste, ergibt sich sehr schnell ein relativ stabiles Bild. Die Tarife für nationale bzw. internationale Verbindungen orientieren sich bezüglich ihrer Höhe relativ stark an den Verbindungsentgelten der Verbindungsnetzbetreiber. Sie sind jedoch deutlich einfacher strukturiert. Eine Verbindung ins deutsche Festnetz kostet etwa bei 1&1 oder freenet.de 1 Cent pro Minute, bei WEB.DE 1,49 Cent und bei Sipgate 1,79 Cent. Damit liegen diese Tarife im Bereich gängiger Call-by-Call-Tarife[97]. Die Tarife zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass sie meist einheitlich an allen Tagen rund um die Uhr gelten. Im Gegensatz dazu sind die Call-by-Call-Tarife in eine Vielzahl unterschiedlicher Zeitfenster mit jeweils unterschiedlichen Tarifen unterteilt.

Infrastrukturbasierte Anbieter wie Kabelnetz- oder Teilnehmernetzbetreiber, die ihren Kunden einen Komplettanschluss anbieten, liegen mit ihren Tarifen teilweise höher. Eine nationale Verbindung kostet etwa bei QSC 2 Cent[98], beim Kabelnetzbetreiber ish 3 Cent pro Minute[99]. Auch dies entspricht den bekannten Tarifmodellen im Festnetz. Denn auch dort haben Anschlussanbieter tendenziell höhere Verbindungspreise als Verbindungsnetzbetreiber.

[96] Codec: Verfahren das aus einem Codierer und einem Decodierer besteht und analoge in digitale Signale umwandelt sowie digitale in analoge Signale.
[97] Die Behauptung der DT AG in ihrer zweiten Stellungnahme, die Tarife lägen deutlich unter PSTN-Tarifen, ist weder belegt noch nachvollziehbar.
[98] Im Tarif IPfonie privat in der Hauptzeit (Mo. – Fr. 8.00 – 19.00 Uhr); mittlerweile bietet QSC auch andere Tarife mit günstigeren Verbindungspreisen an.
[99] Im Standard-Tarif für nationale Ferngespräche.

Bei internationalen Verbindungen sind ebenfalls parallele Strukturen erkennbar. Verbindungsentgelte in Länder, die traditionell günstig zu erreichen sind (z.B. USA), sind auch bei VoIP-Diensten günstig zu erreichen (ab etwa 1,5 Cent pro Minute). Traditionell eher teurere Länder wie die Türkei sind hingegen auch von VoIP-Diensten nur zu vergleichsweise hohen Entgelten zu erreichen. Der Trend zu Flattarifierungen und Optionstarifen, der im Festnetz erkennbar ist, wird auch von VoIP-Diensten abgebildet, ist aber dort nicht stärker ausgeprägt. Vielmehr werden auch hier Tarifmodelle aus dem Festnetz nachgebildet. So wird beispielsweise die Festnetz-Flatrate, also die Möglichkeit unbegrenzt ins nationale Festnetz zu telefonieren, von den VoIP-Anbietern AOL[100], econo[101] und Indigo Networks[102] für knapp 15 bis 20 € angeboten. Zu ähnlichen Preisen bieten auch die Festnetzanbieter Arcor AG & Co. KG[103] (im Folgenden Arcor) sowie regionale Anbieter wie NetCologne[104] vergleichbare Produkte an.

Lediglich zwei Unterschiede bestehen in der Tarifierung. Zum einen sind netz- bzw. dienstinterne Gespräche bei VoIP-Diensten fast immer kostenlos. Vergleichbares bieten zwar auch traditionelle Anbieter an[105]. Es ist jedoch bislang nicht so verbreitet wie bei VoIP-Diensten und bezieht sich zudem in der Regel nicht auf kooperierende Anbieter, wie dies bei Anbietern von VoIP-Diensten häufig der Fall ist. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass eventuell zusätzliche Entgelte im Rahmen des Internetzugangsvertrags für den anfallenden Verkehr zu berücksichtigen sind. Letzteres macht sich jedoch nur bei Zeit- oder Volumentarifen bemerkbar und spielt bei Flattarifen keine Rolle.

Bei der Frage der Austauschbarkeit hinsichtlich der **Nummerierung** ist zunächst zu berücksichtigen, dass es in den an dieser Stelle relevanten Märkten um abgehende Verbindungen geht. Dabei spielt die genutzte Rufnummer des Anrufers keine wesentliche Rolle. Dennoch stellt sich die Frage, inwieweit Kunden VoIP-Dienste generell aufgrund der verwendeten Rufnummern im Vergleich mit traditionellen Telefondiensten als austauschbar betrachten. Zur Zeit vergeben die meisten VoIP-Dienste Ortsnetzrufnummern an ihre Kunden. Dies spricht in hohem Maße für eine Austauschbarkeit aus Kundensicht, weil somit für beide Dienste identische Rufnummern verwendet werden. Zukünftig ist damit zu rechnen, dass Anbieter auch vermehrt NTR aus der Gasse (0)32 verwenden werden. Da NTR bislang aber kaum kommerziell genutzt werden, sind die konkreten Ausgestaltungen der Dienste nur zu prognostizieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Nummern strukturell ähnlich wie Ortsnetzrufnummern konzipiert sind. Damit sollte bewusst eine Abgrenzung zu Diensterufnummern, z.B. aus den Gassen (0)180, (0)190, (0)700, (0)800, (0)900, ermöglicht werden. Im Übrigen sind NTR nicht ausschließlich für VoIP-Dienste vorgesehen. Sie sind vielmehr technologieneutral einsetzbar. Da auch City-Carrier und damit traditionelle Telefondienstanbieter zu den Zuteilungsnehmern gehören, ist auch in diesem Umfeld mit einem Einsatz von NTR zu rechnen. Aus Kundensicht werden daher auch Dienste, die diese Nummern verwenden, austauschbar sein, da sich die Verwendung dieser Nummern kommerziell nur durchsetzen wird, wenn sie sich in ihrer Tarifstruktur an die bestehenden Dienste anpassen. Bei vergleichbaren Tarifen wird es aus Kundensicht vernachlässigbar sein, ob ein Dienst eine Ortsnetzrufnummer oder eine NTR nutzt.

Wenn man sich die **Vermarktungsstrategien** der einzelnen VoIP-Diensteanbieter anschaut, zeigt sich, dass hier in der Regel eindeutig auf einen direkten Wettbewerb mit klassischen Telefonverbindungen abgezielt wird. Hierfür sprechen neben der vergleichbaren Tarifstruktur auch die Angebote zahlreicher Dienstemerkmale des klassischen Telefondienstes. Dienstleistungen wie Rufumleitung, Rufnummernanzeige, Einzelverbindungsnachweis, Anklopfen, Makeln, Dreierkonferenz, aber auch die Möglichkeit, beim Endkunden vorhandene Endgeräte für den VoIP-

[100] AOL Phone Flat für 14,99 € monatlich.
[101] nikotel VoIP-Flat für 19,90 € monatlich; diese Flatrate umfasst auch Gespräche in die Festnetze von Österreich und der Schweiz.
[102] nufone für 19,95 € monatlich.
[103] Arcor-ISDN *telefon flat* für 19,95 € monatlich.
[104] NetCologne Joker Flat für 19,90 € monatlich.
[105] Stellvertretend für weitere Anbieter: Arcor, EWE Tel GmbH und HanseNet Telekommunikation GmbH.

Dienst zu nutzen, weisen eindeutig darauf hin, dass Anbieter versuchen, mindestens die gewohnten Dienste abzubilden. So nennt etwa der Anbieter des Dienstes Sipgate, Indigo Networks in Pressemitteilungen die Ablösung des traditionellen Festnetzes durch sein VoIP-Angebot als Ziel[106]. Dies gilt erst recht für Anbieter einer Kombination aus Breitbandanschluss, Internetzugang und VoIP-Dienst auf der Basis eigener Infrastruktur, die es den Endkunden ermöglicht, auf einen herkömmlichen Telefonanschluss zu verzichten. Diese Anbieter werben teilweise aktiv mit dieser Möglichkeit des Kunden.

Den Ausführungen der DT AG in ihrer zweiten Stellungnahme zu den Unterschieden zwischen VoIP- und PSTN-Verbindungen im Hinblick auf die angebotenen Leistungsmerkmale kann nicht gefolgt werden. Die genannten Leistungsmerkmale werden von zahlreichen Anbietern erbracht. Die Notruffunktionalität wird bereits heute von mehreren Anbietern realisiert. Davon abgesehen dürfte dies bei der hier relevanten Betrachtung der Vermarktungsstrategien nicht von wesentlicher Bedeutung sein. Die Merkmale Anklopfen, Rückrufen und Makeln sind auch bei VoIP-Diensten in der Regel standardmäßig angebotene Dienstemerkmale. Die Nutzung von Mehrwertdienstenummern spielt bei den hier relevanten Verbindungen darüber hinaus überhaupt keine Rolle, da es nur um nationale und internationale Verbindungen geht.

Auch die teilweise angebotene Möglichkeit der **nomadischen Nutzung** bietet keine Anhaltspunkte, die gegen eine Austauschbarkeit aus Nachfragersicht sprechen. Dabei handelt es sich um eine Zusatzfunktion eines VoIP-Dienstes, die von einigen Anbietern ermöglicht wird. Bei nomadisch nutzbaren Diensten kann der Kunde den Dienst in der Regel über jeden beliebigen Breitbandanschluss nutzen. Der jeweilige Breitbandanschluss ist dabei jedoch stets ein fester Standort im Sinne eines Netzabschlusspunktes an einer feststehenden Adresse. Davon ausgenommen sind insbesondere breitbandige Mobilfunkanschlüsse. Eine nomadische Nutzung ist keine mobile Nutzung im Sinne einer Nutzung „in Bewegung“. Die Nutzung eines Dienstes von wechselnden Standorten aus bleibt bei der jeweils einzelnen Verbindung eine Verbindung an einem festen Standort. Mobil telefonieren wird von VoIP-Diensten nicht ermöglicht, wenngleich Produkte denkbar sind, die beides kombinieren. So hat etwa der Anbieter freenet ein entsprechendes Produkt angekündigt. Mit dem speziellen Mobiltelefon freenet iP1 sollen Kunden demnächst einerseits mobil telefonieren können und andererseits Zuhause in der sogenannten „freenet PhoneZone“ über den DSL-Anschluss sowie einen Internetzugang den VoIP-Dienst nutzen können[107]. Wie ein derartiges Produkt einzuordnen wäre, hängt auch von der tatsächlichen Realisierung ab. Wenn Verbindungen zuhause tatsächlich über einen Breitbandanschluss an einem festen Standort realisiert werden, dürften diese Verbindungen auch den hier relevanten Märkten zuzuordnen sein, da es sich um keine Mobilfunkverbindungen handeln würde.

Die DT AG trägt in ihrer zweiten Stellungnahme hierzu vor, eine beidseitige Austauschbarkeit der beiden Produkte (VoIP und PSTN) sei nicht möglich, da das Merkmal der nomadischen Nutzung bei der PSTN-Telefonie nicht geboten werden könne. Zwar trifft dies für die PSTN-Telefonie zu. Die Schlussfolgerung ist jedoch falsch. Nur wenn man Anschlüsse und Verbindungen gemeinsam betrachten würde, käme man zu diesem Ergebnis. Bei der hier erforderlichen getrennten Betrachtungsweise von Anschlüssen und Verbindungen wurde zutreffend festgestellt, dass die einzelnen im Rahmen der nomadischen Nutzung realisierten Verbindungen ein Substitut einer entsprechenden Inlandsverbindung darstellen können. Diese einzelne Verbindung kann aber auch wechselseitig durch eine traditionelle Inlandsverbindung ersetzt werden. Insofern liegt bei den Verbindungen eine Austauschbarkeit vor.

Die Notwendigkeit, den Anschlussbezug geographischer Rufnummern durch die Kriterien Wohnort bzw. Firmensitz zu ergänzen, hat ebenso wie die Einführung der nicht-geographischen NTR nichts mit der nomadischen Nutzung zu tun. Sie wirken sich daher auch nicht auf die Fra-

[106] Vgl. Pressemitteilung vom 23.02.2005, abrufbar unter http://www.sipgate.de/user_interface/newsletter/sipgate_CeBIT_Pressemappe.pdf
[107] Vgl. hierzu http://www.freenet.de/freenetiphone/zusatzseiten/iphonephonezone/index.html.

ge der Austauschbarkeit im Sinne der Auffassung der DT AG aus. Die Ergänzung des Anschlussbezugs war erforderlich, weil VoIP auch von reinen Diensteanbietern angeboten werden kann. Dieser Umstand wird von den gültigen Zuteilungsregeln für Ortsnetzrufnummern nicht abgebildet. Die Einführung der NTR dient nicht primär der Unterstützung der nomadischen Nutzung, sondern war eine Reaktion auf entsprechend geltend gemachte Interessen von Unternehmen, die für ihre Dienste entsprechend ihrer Geschäftsmodelle national einheitliche Rufnummern besser verwenden können als Ortsnetzrufnummern aus über 5000 Ortsnetzen.

Im Ergebnis sprechen alle Argumente für eine Austauschbarkeit aus Nachfragersicht.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Eine **Angebotsumstellungsflexibilität** aus der Sicht eines Anbieters von schmalbandig realisierten Verbindungen kann ebenfalls unterstellt werden. Ein Indiz hierfür ist die derzeitige Marktsituation[108]: Zahlreiche Unternehmen sind in den letzten Monaten mit Angeboten in den Markt getreten. Derzeit sind es bereits über 30 Anbieter mit über 60 Produkten[109]. Neben etablierten Anbietern sind dies insbesondere auch kleine Unternehmen, die bislang keine Telekommunikationsdienste erbracht haben. Dies ist insbesondere möglich, weil Anbieter von VoIP-Diensten kein eigenes Breitbandnetz aufbauen müssen, sondern auch mit relativ wenig Infrastruktur (z.B. Callserver, Gateway) auskommen können. Daraus folgt, dass die Gesamtkosten für den Markteinstieg nicht übermäßig hoch sein dürften.

Die DT AG folgert in ihrer zweiten Stellungnahme hieraus, dass VoIP einen eigenen Markt darstelle, der nicht durch beträchtliche und anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Markteintrittsbarrieren gekennzeichnet sei. Dies trifft indes nicht zu. Der Umstand, dass bestimmte Produkte mit vergleichsweise geringem Aufwand angeboten werden können, führt nicht zwangsläufig zu einer Einordnung dieser Produkte in einen separaten Markt. Hier werden unterschiedliche Prüfschritte vermischt. Die Fragen der Austauschbarkeit im Rahmen der Marktdefinition, die Frage der Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen der Marktanalyse sowie der Drei-Kriterien-Test des § 10 Abs. 2 TKG sind getrennt voneinander zu beantworten.

Im Ergebnis werden Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, somit den hier relevanten Verbindungsmärkten zugeordnet. Dazu zählen zukünftig auch Verbindungen im nationalen Festnetz unter Verwendung von NTR (vom Anrufer und/oder dem Angerufenen), da es sich dabei um Inlandstelefonverbindungen handelt. Die entsprechenden Dienste, die NTR nutzen, müssen dabei an festen Standorten erbracht werden. Verbindungen, die gegebenenfalls zukünftig über mobile Dienste hergestellt werden, werden hingegen nicht erfasst.

b. Unterteilung des Marktes nach Zielen

H.I.2.b.(1) Inlands- und Auslandsverbindungen

Bevor nachfolgend verschiedene Optionen einer möglichen Differenzierung der Inlandsverbindungen nach Zielen betrachtet werden, wird kurz dargelegt, warum Inlands- und Auslandsverbindungen unterschiedlichen Märkten angehören. Zum einen stellen für den Nachfrager Auslandsverbindungen kein Substitut zu Inlandsverbindungen dar. Zum anderen unterliegen In- und Auslandsverbindungen auch aus Anbietersicht heterogenen Wettbewerbsbedingungen. So gibt es Call-by-Call-Anbieter, die sich überwiegend bzw. ausschließlich auf das Auslandsgeschäft spezialisiert haben. Dies mag daran liegen, dass bei Auslandsverbindungen einer der entscheidenden Kostenfaktoren der Einkauf von Transit und Terminierung im Ausland ist und es einige Unternehmen gibt, die – anders als bei Verbindungsminuten ins Inland – Verbindungsminuten

[108] Vgl. hierzu auch die Anbieterübersicht, Anhang 5.
[109] Die Angaben beziehen sich auf die anhängende Anbieterübersicht. Mittlerweile liegt die Zahl bereits höher.

ins Ausland beispielsweise über Konzernunternehmen besonders günstig einkaufen können. Jedenfalls zeigt auch die im Abschnitt J. dargestellte Marktanteilsentwicklung, dass sich der Wettbewerb hinsichtlich Auslandsverbindungen besser entwickelt hat als derjenige hinsichtlich der Inlandsverbindungen. Verbindungen ins Inland einerseits und ins Ausland andererseits gehören deshalb nicht einem gemeinsamen Markt an.

H.I.2.b.(2) Verbindungen in Festnetze und Verbindungen in Mobilfunknetze

Vorab ist aus rechtlicher Sicht auf Folgendes hinzuweisen:

Die Auslegung der Märkte-Empfehlung ergibt, dass bei der Untersuchung der Märkte 3 und 5 nicht notwendigerweise die Verbindungen in inländische Mobiltelefonnetze mit einbezogen werden müssen.

Für die Auslegung der Märkte-Empfehlung ist zunächst der Wortlaut der Märkte-Empfehlung heranzuziehen.

Danach sind im Bereich der Endkundenmärkte der Markt 3 und Markt 5 mit dem Begriff „öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen [...] an festen Standorten“ umschrieben. Mit der Formulierung „an festen Standorten“ wird zunächst eine Aussage darüber getroffen, dass die Verbindung aus dem Festnetz generiert wird. Hinsichtlich des Ziels der jeweiligen Verbindung ergibt sich lediglich ein Hinweis aus dem Begriff „Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen“. Dabei lässt sich dem Wortlaut der Märkte-Empfehlung nicht entnehmen, ob diese Telefonverbindungen in inländische Festnetze oder in inländische Mobiltelefonnetze geführt werden. Gleiches gilt für die englischsprachige Fassung der Märkte-Empfehlung, da hier die Formulierung „national telephone services provided at a fixed location“ genutzt wird.

Demnach wird keine Vorgabe des Zielnetzes, in welches die Telefonverbindungen aufgebaut werden, gegeben. Folglich ergibt sich aus der Märkte-Empfehlung auch keine zwingende Notwendigkeit, die Telefonverbindungen in Mobiltelefonnetze mit einzubeziehen.

Unterstützt wird diese Ansicht darüber hinaus durch einen systematischen Vergleich mit den Großkundenmärkten. Denn in diesem Bereich beinhaltet die Märkte-Empfehlung jeweils explizite Hinweise darauf, ob der Markt als Zielnetz ein Fest- bzw. ein Mobiltelefonnetz umfasst. Dieses trifft beispielsweise auf Markt 16 zu. Hier soll die „Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen“ untersucht werden. Als Ziel der Verbindung wird damit explizit der Bereich der Mobiltelefonnetze genannt, was bei den hier gegenständlichen Märkten 3 und 5 jedoch nicht der Fall ist. Demzufolge ist die Frage, ob die Telefonverbindungen in Mobiltelefonnetze mit einbezogen werden, der Auslegung durch die Bundesnetzagentur zugänglich.

Der Sinn und Zweck des neuen Rechtsrahmens spricht ferner gegen eine Einbeziehung der Verbindungen in inländische Mobiltelefonnetze. Denn dadurch würde das generelle Ziel, einen Regulierungsabbau zu erreichen, verfehlt. Die Telefonverbindungen in inländische Mobiltelefonnetze waren vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens und dessen Umsetzung durch das TKG 2004 nicht Gegenstand von regulatorischen Maßnahmen. Demzufolge würde eine Einbeziehung der Telefonverbindungen in inländische Mobiltelefonnetze eine Ausweitung der Regulierung zur Folge haben. Eine derartige Zielrichtung ist der Märkte-Empfehlung nicht zu entnehmen und bedürfte ansonsten einer konkreten Grundlage.

Neben dem generellen Ziel des Regulierungsabbaus würde ferner die Schwerpunktsetzung im Bereich Mobilfunk verschoben. Denn im Mobilfunk sollten grundsätzlich lediglich die Vorleistungsprodukte regulatorischen Maßnahmen unterworfen werden. Dieses belegt die explizite Nennung des Marktes 16, mit dem die Terminierungsleistungen in Mobiltelefonnetze auf der Großkundenebene analysiert werden sollen. Mit einer Einbeziehung der Verbindungen in inlän-

dische Mobiltelefonnetze in die Märkte 3 und 5 käme es jedoch zu zusätzlichen regulatorischen Maßnahmen im Endkundenbereich. Eine derartige Vorgehensweise widerspräche dem Sinn und Zweck des Ansatzes im Mobilfunkbereich, der mit der Märkte-Empfehlung gewählt wurde.

Die obige Auslegung der Märkte-Empfehlung ergibt, dass Wortlaut und Systematik die Einbeziehung der Verbindungen in inländische Mobiltelefonnetze nicht zwingend erforderlich machen. Die Erwägungen zum Sinn und Zweck sprechen dafür, auf eine Einbeziehung der Verbindungen in inländische Mobiltelefonnetze in den vorliegenden Markt zu verzichten. Nachstehend wird überprüft, ob eine Austauschbarkeit von Verbindungen an festen Standorten in inländische Festnetze mit denen in inländische Mobilfunknetze vorliegt.

Austauschbarkeit von Verbindungen an festen Standorten in inländische Festnetze mit denen in inländische Mobilfunknetze

Aus der Sicht der Nachfrager ist die Austauschbarkeit von Verbindungen an festen Standorten in inländische Festnetze mit Verbindungen in inländische Mobilfunknetze in der Regel schon allein aufgrund der erheblichen Preisunterschiede nicht gegeben.[110] Zudem verfügt nicht jeder Angerufene sowohl über einen Festnetz- als auch einen Mobilfunkanschluss bzw. sind dem Nachfrager nicht beide Rufnummern bekannt, so dass auch hier keine ausreichende Substituierbarkeit vorliegen dürfte. Schließlich kann ein Anruf zu einem Mobilfunkanschluss in denjenigen Fällen schon faktisch nicht durch einen Anruf zu einem Festnetzanschluss ersetzt werden, in denen sich der Angerufene gerade nicht in Reichweite des Festnetzanschlusses aufhält.[111]

Eine Nachfragesubstitution ist damit nicht gegeben. Nach Meinung der Kommission könnte jedoch eine Angebotssubstitution vorliegen.[112] Denn Anbieter einer bestimmten Dienstkategorie könnten ebenso wie bei geographischen Äquivalenten unter Umständen die erforderlichen Vorleistungskomponenten einschließlich mobiler Anrufzustellung erwerben, wenn ein mutmaßlicher Monopolträger die Preise anzuheben versuche. Daher empfehle es sich angesichts der Substitution auf der Angebotsseite in der Regel, den Endkundenmarkt für abgehende Anrufe breiter zu definieren. Sei aber eine Substitution auf der Angebotsseite nicht möglich oder äußerst begrenzt, könne sich eine engere Marktdefinition empfehlen.

Im vorliegenden Zusammenhang kann letztlich dahin stehen, inwiefern eine solche Angebotsumstellungsflexibilität tatsächlich besteht. Zweifel kommen vor allem deswegen auf, weil der Verweis auf eine Inanspruchnahme sonstiger Vorleistungen von der Kommission in anderen Zusammenhängen durchaus kritisch gesehen wird. So hat die Kommission zum einen in ihrer Entscheidung K(2004)4070endg. in der Sache AT/2004/0090 vom 20.10.2004 unter Rz. 19 hervorgehoben, eine direkte Zusammenschaltung erfordere hohe Investitionen sowie Planungs- und Zeitressourcen. Die österreichische Regulierungsbehörde habe deshalb nicht nachgewiesen, dass ein Netzbetreiber hinreichend schnell von dem Erwerb fremder Transitdienste auf eine Eigenerstellung durch direkte Zusammenschaltung mit dem Anbieter der Terminierungsleistungen umschwenken könne. Zum anderen hat die Kommission in der Entscheidung K(2005)1442endg. in der Sache DE/2005/0144 vom 17.05.2005 unter Rz. 41 betont, die Wettbewerbsverhältnisse bei Terminierungsleistungen dürften nicht maßgeblich davon abhängig gemacht werden, ob die Nachfrager auf der Vorleistungsebene auf regulierte Transitleistungen dritter Netzbetreiber ausweichen könnten. Es bestehen deshalb gewisse Zweifel, inwieweit im vorliegenden Zusammenhang Anbieter von Endkundenleistungen gleichwohl umstandslos auf Vorleistungen anderer Netzbetreiber verwiesen werden können. Allerdings brauchen die Zweifel am Ende nicht aufgelöst zu werden.

[110] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 17.
[111] Ebenso Oftel, Fixed Narrowband Retail Services Market, 2003, Rz. 2.144.
[112] Explanatory Memorandum, S. 17; siehe ferner die französische Regulierungsbehörde ARCEP, Analyse des machés pertinents de la téléphonie fixe, 2005, S. 21 sowie die irische Regulierungsbehörde ComReg, Market Analysis: Retail Fixed Call Markets, 2005, Rz. 3.24.

Auf jeden Fall nämlich unterliegen Angebote für Festnetz-Festnetz-Verbindungen einerseits und Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen andererseits derart unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen, dass sie nicht zum selben Markt gezählt werden können. Der entscheidende Punkt ist bereits angeklungen: die Anbieter von Inlandsgesprächen benötigen für das Angebot von Festnetz-Festnetz-Verbindungen sowie von Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen jeweils unterschiedliche Vorleistungen. Dieser Umstand macht sich bemerkbar, studiert man etwa die Preislisten der größeren Anbieter von Verbindungsleistungen. In diesen Preislisten sind mehrere strukturelle Unterschiede zwischen den Preisen für City- und Fernverbindungen einerseits sowie denjenigen für Mobilfunkverbindungen andererseits feststellbar.

Zum einen findet sich ein Unterschied hinsichtlich der absoluten Höhe der Entgelte. Für den Stand vom 04.10.2005 etwa ergeben sich folgende Werte: abhängig von Haupt- und Nebenzeit fordern die sechs umsatzstärksten Anbieter beim Call-by-Call für Cityverbindungen zwischen 0,95 ct/Min. und 5,1 ct/Min., für Fernverbindungen zwischen 0,97 ct/Min. und 9,2 ct/Min. und für Verbindungen in Mobilfunknetze zwischen 20,5 ct/Min. und 31 ct/Min. Damit besteht ein Abstand von mehr als 100 % zwischen dem teuersten Festnetz-Festnetz-Angebot und dem günstigsten Festnetz-Mobilfunknetz-Angebot.

Darüber hinaus sind die relativen Abweichungen vom Mittelwert bei den Verbindungen ins Festnetz weitaus größer als diejenigen bei den Verbindungen ins Mobilfunknetz. Die summierten Preise pro Anbieter für die vier Verbindungstypen Citynetzverbindungen und Fernverbindungen jeweils zur Haupt- und Nebenzeit pro Call-by-Call-Angebot betrugen zwischen 7,8 ct/Min. und 22,0 ct/Min. bei einem Mittelwert von 14,4 ct/Min.; die Abweichungen vom Mittelwert beliefen sich damit auf bis zu –47 % und +55 %. Im Gegensatz dazu betrugen die summierten Preise für die vier Verbindungstypen in die D- und E-(Mobilfunk-)Netze zu je Haupt- und Nebenzeit zwischen 82 ct/Min. und 108 ct/Min. bei einem Mittelwert von 97,1 ct/Min.; vom Mittelwert wurde damit nur um bis zu –16 % und +11 % abgewichen.

Schließlich besteht auch keine erkennbare Korrelation in dem Sinne zwischen den Preisen, dass etwa die Entgelte für Festnetz-Festnetz-Verbindungen diejenigen für Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen subventionieren würden bzw. vice versa. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass ein Anbieter unterdurchschnittlich teurer Festnetz-Festnetz-Verbindungen auch unterdurchschnittlich teure Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen anbietet (01501 Telecom: 11,2 ct/Min. - 82 ct/Min.; Tele2: 10,2 ct/Min. - 95 ct/Min.; freenet: 7,8 ct/Min. - 92 ct/Min.), durchschnittlich teure Festnetz-Festnetz-Verbindungen mit durchschnittlich teuren Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen zusammentreffen (DT AG „Call Plus“: 14 ct/Min. – 97,9ct/Min.), und überdurchschnittlich teure Festnetz-Festnetz-Verbindungen mit überdurchschnittlich teuren Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen auftreten (Arcor: 15,7 ct/Min. – 107,1 ct/Min.; Versatel 01023: 22 ct/Min. – 98 ct/Min.; Versatel 01044: 20 ct/Min. – 108 ct/Min.). Die Preise scheinen damit eher anhand der tatsächlich pro Verbindungstyp auftretenden Kosten als anhand einer Mischkalkulation zwischen den Verbindungstypen festgelegt zu werden.

Dies wiederum bedeutet, dass sich die Anbieter von Festnetz-Festnetz-Verbindungen bei der Festlegung ihrer Marktauftrittsstrategie nicht maßgeblich von dem Angebot von Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen beeinflussen lassen. Es bestehen damit, wie auch die britische Regulierungsbehörde Oftel für den britischen Markt festgestellt hat,[113] keine hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen zwischen diesen Produktgruppen. Der Sortimentsgedanke, der von der irischen Regulierungsbehörde mit Blick auf die Märkte 3-6 bemüht worden ist, kann unter diesen Umständen keine entscheidende Rolle spielen.[114]

[113] So auch Oftel, Fixed Narrowband Retail Services Market, 2003, Rz. 2.149.
[114] Vgl. ComReg, Market Analysis: Retail Fixed Call Markets, 2005, Rz. 3.23.

Festnetz-Festnetz-Verbindungen und Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen gehören danach unterschiedlichen Märkten an. Eine entsprechende Unterteilung der Märkte 3-6 ist unvermeidbar. Die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Märkten, zu denen Festnetz-Mobilfunknetz-Verbindungen gehören, werden im Anschluss an diese Marktanalyse in einer eigenständigen Untersuchung zu prüfen sein.

H.I.2.b.(3) Ort- und Fernverbindungen

Die Empfehlung stellt – je nach tatsächlichen nationalen Gegebenheiten - anheim, ob Verbindungen ins nationale Festnetz einem gemeinsamen sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, oder ob – insbesondere in Hinblick auf Ortsverbindungen – eine weitere Ausdifferenzierung erforderlich erscheint. Daher wird im Folgenden anhand der wesentlichen Punkte überprüft, ob der Markt für Inlandstelefonverbindungen aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland weiter zu unterteilen ist.

Alternativ erscheinen die folgenden Abgrenzungen des sachlich relevanten Marktes/der sachlich relevanten Märkte denkbar:

- getrennte Märkte für Orts-, Nah- und Fernverbindungen,
- getrennte Märkte für Ortsverbindungen einerseits und Nah- und Fernverbindungen andererseits,
- ein gemeinsamer Markt für Inlandstelefonverbindungen.

Die Frage, welchen Verbindungsarten Verbindungen von bzw. zu NTR zuzuordnen sind, ist nur im Falle der ersten beiden Alternativen zu beantworten, da Verbindungen zu NTR in jedem Fall Inlandstelefonverbindungen darstellen.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

Eine stringente Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes hätte zur Folge, dass jede Sprachtelefonverbindung zu einem bestimmten Teilnehmeranschluss – und sei es auch nur in einer anderen Wohn- oder Geschäftseinheit desselben Ortes, Stadtteils oder gar desselben Gebäudes – mangels Austauschbarkeit einen eigenen abgrenzbaren sachlich relevanten Markt darstellen würde[115]. Eine derartige Marktabgrenzung wäre indes zu eng. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Annahme zahlreicher kleiner Märkte die Gefahr beinhaltet, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen[116].

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Die Kommission spricht sich bei mangelnder Angebotsumstellungsflexibilität der Anbieter für eine Trennung von Orts- und Fernverbindungen aus, z.B. wenn die Anbieter von Teilnehmeranschlüssen und Ortsverbindungen ihren Teilnehmern keine Fernverbindungen direkt anbieten können[117].

Es besteht jedoch in der Bundesrepublik Deutschland eine sehr hohe Angebotsumstellungsflexibilität der Anbieter. Fernverbindungen werden von allen Anbietern bereitgestellt. Nahverbindungen werden nur von 12 Anbietern bereitgestellt. Nahverbindungen sind aber technisch mit den Fernverbindungen identisch und stellen lediglich eine Preisdifferenzierung dar. Daher könnten alle Anbieter von Fernverbindungen auch Nahverbindungen anbieten.

[115] Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 32 (allerdings zu Mobilfunk).
[116] Vgl. KG, 07.11.1985 „Pillsbury – Sonnen-Bassermann“ WuW/E OLG 3759, 3759 f.
[117] Vgl. COMP/M.1439 – Telia/Telenor, Rn. 88.

In der Bundesrepublik Deutschland waren bis zum Jahr 2003 im Ortsnetzbereich weder Call-by-Call noch Preselection möglich, so dass in diesem Bereich nur einige Teilnehmernetzbetreiber tätig waren. Seit dem 25.04.2003 ist Call-by-Call im Ortsnetz möglich, seit dem 09.07.2003 Preselection im Ortsnetz. Daher können nun alle Anbieter ihren Endkunden sowohl Fern- als auch Ortsverbindungen anbieten, auch wenn sie nicht über ein eigenes Ortsnetz verfügen.

Die für den Tätigkeitsbericht 2003 ermittelten Daten haben gezeigt, dass zum 31.12.2003 trotz des kurzen Zeithorizonts bereits zwölf Netzbetreiber und 24 Wiederverkäufer Call-by-Call im Ortsnetz sowie neun Netzbetreiber und zehn Wiederverkäufer Preselection im Ortsnetz angeboten haben[118]. Die jüngst erhobenen Zahlen für den Tätigkeitsbericht 2005 zeigen, dass die von den Wettbewerbern abgewickelten Umsätze und Verbindungsminuten im Ortsverkehr stark angestiegen sind. So sind die von diesen abgewickelten Verbindungsminuten im Ortsverkehr von 2002 auf 2004 auf das [...] gestiegen.

Somit sprechen die guten Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebotsseite ebenfalls für eine Zusammenfassung von Orts-, Nah- und Fernverbindungen zu einem Markt für Inlandsverbindungen. Die Kommission empfiehlt, in solchen Fällen die Märkte eher weiter abzugrenzen.[119]

Wettbewerbsbedingungen

Aus Sicht des Nachfragers stellen Nahverbindungen keine gesonderte Art des Verwendungszwecks im Vergleich zu Fernverbindungen dar, sondern lediglich eine andere Tarifart der Fernverbindung. Ein Telefongespräch eines Kunden aus einer Großstadt in das dazugehörige Umland hat nur einen Verwendungszweck, nämlich den betreffenden Teilnehmer zu erreichen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es geringfügige Preisunterschiede geben kann, weil diese Verbindung bei einigen Anbietern als (günstigere) Nahverbindung und bei anderen als Fernverbindung tarifiert wird. Hinzu kommt, dass sich der Anrufer nicht immer darüber bewusst sein wird, dass er ein Nahgespräch führt, weil er die Ortsnetzkennzahl bei Nahverbindungen ebenso wählen muss wie bei Fernverbindungen.

Bei Orts- und Fernverbindungen können prinzipiell zwei getrennte Märkte vorliegen. Auch ist für den Teilnehmer anhand der Ortsnetzkennzahl erkennbar, ob er eine Orts- oder eine Fernverbindung führt. Allerdings liegt auch hier die selbe Art des Verwendungszwecks vor, nämlich ein Telefongespräch mit einem bestimmten Teilnehmer zu führen.

In der Vergangenheit hat es in der Bundesrepublik Deutschland eine Unterteilung des Marktes in Ortsverbindungen und Fernverbindungen gegeben, wobei die Fernverbindungen auch Nahverbindungen umfasst haben. Die Wettbewerbsbedingungen auf diesen beiden Märkten waren nicht homogen, da bei den Fernverbindungen im Gegensatz zu den Ortsverbindungen Call-by-Call und Preselection möglich waren.

Durch die oben erwähnte Einführung der Betreiberauswahl im Ortsnetz können nun auch Anbieter, die nicht Netzbetreiber eines Ortsnetzes sind, ihren Kunden Ortsverbindungen über Preselection und Call-by-Call anbieten. Die Gründe für die bisher erfolgte Marktdefinition liegen demnach nicht länger vor.

Für getrennte Märkte könnten die unterschiedlichen Preise für Orts- und Fernverbindungen sprechen. Aber auch wenn dieser Umstand bei isolierter Betrachtung gegen das Vorliegen eines gemeinsamen sachlich relevanten Marktes spricht, so ist nicht zu verkennen, dass dem Preis im Vergleich zur Beschaffenheit des Produkts und seines Verwendungszwecks vielfach nur eine relativ untergeordnete Rolle bei der Marktabgrenzung zukommt.[120] Hinsichtlich der

[118] Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Tätigkeitsbericht 2002/2003, Bonn 2003, S. 17.
[119] Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 17 Absatz 4.
[120] Siehe dazu Wendland in: Beck'scher TKG-Kommentar, vor § 33 Rn. 41 m. w. N.; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 29 m. w. N.

(abstrakt, d. h. losgelöst vom einzelnen angebundenen Endkunden betrachteten) Art des Verwendungszwecks, bei dem auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Marktgegenseite abzustellen ist[121], weist der Zugang zu beiden Spielarten der nationalen Verbindungen frappierende Gemeinsamkeiten auf. Insoweit spricht auch die Marktstruktur für die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen.

Ferner können Inlandstelefonverbindungen, wie bereits ausgeführt, über Direktanschluss, Call-by-Call, Preselection oder VoIP-Dienste angeboten werden. Die Kommission sieht eine solche Unterteilung nicht vor. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ein Abweichen von der Märkte-Empfehlung aufgrund nationaler Besonderheiten als zwingend geboten erscheinen lassen würden. Insbesondere sind die unterschiedlichen Bereitstellungsarten aus Kundensicht austauschbar.

Im Hinblick auf einen einheitlichen Markt für Inlandsverbindungen gab es keine Einwendungen der interessierten Parteien.

Die Kommission lässt offen, ob eine weitere Unterteilung des Inlandstelefonmarktes erfolgen soll. Die Untersuchung hat gezeigt, dass die meisten Argumente für einen gemeinsamen Markt und gegen getrennte Märkte für Orts- und Fernverbindungen bzw. für Orts-, Nah- und Fernverbindungen sprechen. Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass keine weitere Unterteilung nach Verbindungsarten erfolgt. Insofern zählen auch Verbindungen von bzw. zu NTR zu den Inlandstelefonverbindungen, unabhängig davon, ob man sie eher Orts-, Nah- oder Fernverbindungen zuordnen würde.

c. Unterteilung des Marktes nach Kundengruppen

Von der Kommission empfohlen wird eine Unterscheidung der Angebote nach Nachfragern, nämlich Privatkunden einerseits und Geschäftskunden andererseits.

Gesonderte Märkte für Geschäftskunden und Privatkunden würden bedeuten, dass Geschäftskunden einen speziellen Bedarf haben, der sich vom Bedarf der Privatkunden deutlich unterscheidet, so dass es keine Austauschbarkeit zwischen den Produkten für Geschäftskunden einerseits und Privatkunden andererseits gibt.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

Das nachgefragte Produkt ist eine Inlandstelefonverbindung im Festnetz. Diese Verbindung unterscheidet sich nicht danach, für welche Kundengruppen sie erbracht wird. Der Verwendungszweck ist aus der Sicht der Nachfrager immer derselbe, nämlich die Realisierung eines Telefongesprächs. Der Nachfrager wählt hier nämlich die Verbindungen anhand des für ihn günstigsten Angebotes aus, unabhängig davon, ob es sich bei den Produkten um Angebote für Privatkunden, Geschäftskunden oder sprachorientierte Systemlösungen handelt. Einzig und allein entscheidend ist – wie bereits ausgeführt – das Herstellen einer Inlandsverbindung.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Als weiteren Grund für eine Trennung von Privat- und Geschäftskunden auf den Endkundenmärkten nennt die Kommission im Explanatory Memorandum[122], dass ein Anbieter auf einem Markt für Geschäftskunden auf Preiserhöhungen eines mutmaßlichen Monopolträgers auf dem Privatkundenmarkt in der Regel nicht reagieren könne, da die Systeme der Kundenbetreuung an beiden Standorten erheblich voneinander abweichen können.

[121] Vgl. Dirksen in Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Art. 82 Rn. 23.
[122] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.

In der Befragung haben nur fünf Anbieter angegeben, dass sie derzeit Inlandsverbindungen ausschließlich oder vorwiegend für Geschäftskunden anbieten. Es ist aber davon auszugehen, dass diese Unternehmen auch anderen Kunden ohne Probleme ihre Leistungen über Call-by-Call und Preselection zur Verfügung stellen können, sofern die Tarife, die als Privatkundentarife bezeichnet werden, steigen. Auch die Kundenbetreuung stellt kein Ausschlusskriterium dar. Eine Vielzahl der Anbieter, insbesondere Anbieter von offenem Call-by-Call, hat keine unterschiedliche Betreuung oder Absatzstrategie für verschiedene Kundengruppen. Insbesondere bei Call-by-Call-Angeboten ist eine weniger intensive Kundenbetreuung üblich.

Schon allein aufgrund des tatsächlichen Angebots von Inlandsverbindungen zumindest für einen bestimmten Nachfragerkreis ist es für eine Vielzahl von Anbietern auch problemlos möglich, das Angebot derart zu gestalten, dass weitere bzw. alle Abnehmergruppen bzw. potenzielle Nachfrager angesprochen werden können. Die Angebotsumstellungsflexibilität ist somit auf jeden Fall gegeben und spricht hier somit gegen eine Trennung nach Kundengruppen.

Der überwiegende Anteil von Unternehmen erbringt Telefondienst für die Öffentlichkeit ohne Einschränkungen auf bestimmte Kundengruppen. Diese Unternehmen verfügen über die notwendige Infrastruktur für eine Ausweitung sowohl des Leistungsangebotes als auch der Kundenbetreuung.

Wettbewerbsbedingungen

Zu den Wettbewerbsbedingungen sei auf die Ausführungen unter Abschnitt 1.d. verwiesen. Diese gelten auch für öffentliche Telefonverbindungen im Inland. Hinzu kommen aber – neben der Übersicht über die Unterscheidungen aller Anbieter von Verbindungsleistungen – weitere Aspekte, die ausschließlich für Verbindungsleistungen gelten.

17 Anbieter treffen keine Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden und haben somit für beide Gruppen auch die gleichen Standardtarife. Auch bei den übrigen Anbietern gibt es keine wesentlichen Unterschiede zwischen den sogenannten Privat- und Geschäftskundentarifen. Allerdings muss hierbei berücksichtigt werden, dass viele Anbieter eine Reihe unterschiedlicher Rahmenverträge oder Rabattsysteme nach der Höhe der Verbindungsumsätze haben. Beides führt dazu, dass Endkunden u.U. günstiger telefonieren können, als es aus den Standardtarifen hervorgeht. Dies ist aber unabhängig davon, ob es sich hierbei um Privat- oder Geschäftskunden handelt.

Hinzu kommt, dass es keine einheitliche Zuordnung der Endkunden zu bestimmten Gruppen von Geschäfts- oder Privatkunden durch die Anbieter gibt, wie die folgende Abbildung verdeutlicht.

Keine Unterscheidung	17
Kunde wählt selbst aus/nach Kundenverhalten[123]	9
Mindestumsatz ohne Nennung von Kriterien	3
Mindestumsatz von [...] € pro Monat	4
Mindestumsatz von [...] € pro Monat	10
Nachweis eines Gewerbes (u.U. nach Umsatz gestaffelt)	7
Gewerbe/Behörde oder Mindestumsatz	2
Für Geschäftskunden nur individuelle Arrangements	1
Unterscheidung ohne Nennung von Kriterien	3

Abb. 3: Unterscheidungskriterien der Anbieter von Verbindungsleistungen für Privatkunden/Geschäftskunden

[123] Einige Unternehmen werten dies als Zeichen dafür, dass sie zwischen Privatkunden und Geschäftskunden unterscheiden, andere dafür, dass sie nicht unterscheiden. Die Einordnung in der Tabelle erfolgt neutral, d.h. ohne Berücksichtigung der unterschiedlichen Wertungen oder der Angabe unverbindlicher Kriterien.

Etwa ein Drittel der Anbieter, die Angaben gemacht haben, trifft keine Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden. Etwa ein Sechstel der Anbieter überlässt dem Kunden die Auswahl des Tarifes, der – unabhängig von der Bezeichnung – seinen Bedürfnissen am besten Rechnung trägt. Dies bedeutet, dass jeder Kunde jeden Tarif zu den gleichen Bedingungen beziehen kann. So kann auch ein Privatkunde mit hohem Verkehrsaufkommen einen Tarif auswählen, der als „Geschäftskundentarif" bezeichnet wird, während ein Geschäftskunde sich passend zu seinem Gesprächsverhalten einen sogenannten „Privatkundentarif" auswählen kann.

Ca. 30 % der Anbieter nimmt als Kriterium bestimmte (aber jeweils unterschiedliche) Mindestumsätze. Dadurch ergibt sich auch hier größtenteils kein eindeutiges Bild, das eine Unterscheidung nach Kundengruppen rechtfertigen würde: Auch Privatkunden können ein hohes Gesprächsvolumen haben, während Geschäftskunden nicht unbedingt einen hohen Mindestumsatz erreichen müssen. Andererseits dürfte der am häufigsten genannte Mindestumsatz von [...] € pro Monat selbst für viele kleinere und mittlere Geschäftskunden kaum realisierbar sein.

Ca. 12 % der Anbieter macht die Wahl eines sogenannten Geschäftskundentarifs vom Nachweis eines Gewerbes abhängig. Dadurch werden bestimmte Kundengruppen, die u.U. ein hohes Telefonaufkommen haben (z.B. Freiberufler oder gemeinnützige Organisationen), von diesen Anbietern den Privatkunden zugerechnet.

Ferner gibt es bei anderen Unternehmen noch weitere, aber nicht genannte Kriterien. Dies zeigt, dass die verschiedenen Anbieter kein konsistentes und eindeutiges Kriterium für eine Unterscheidung nach Kundengruppen haben. Auch werden die genannten Voraussetzungen von fast keinem der Unternehmen bei Vertragsabschluss geprüft.

Diese Unverbindlichkeit in der Bestimmung der Tarifzugangsberechtigung weist darauf hin, dass eine Segmentierung des Marktes für öffentliche Telefonverbindungen im Inland in Privat- und Geschäftskunden nicht der Marktrealität entsprechen kann.[124]

Dies bedeutet, dass nicht alle Anbieter prinzipiell unterschiedliche Strategien für Privat- und Geschäftskunden haben bzw. die Wettbewerbsbedingungen nicht grundsätzlich unterschiedlich sind.

Seit der Öffnung des Marktes für Fernverbindungen in der Bundesrepublik Deutschland ist insbesondere offenes Call-by-Call sehr erfolgreich gewesen. Es gibt daher nicht nur verschiedene Unternehmen, die ausschließlich offenes Call-by-Call oder offenes Call-by-Call und ein Preselection-Modell anbieten. Neben Verbindungsnetzbetreibern bieten auch größere Teilnehmernetzbetreiber offenes Call-by-Call an.

Diese Umsätze geben wegen der Art des angebotenen Dienstes keinerlei Aufschluss darüber, ob es sich bei den Endkunden um Privat- oder Geschäftskunden handelt. Daher würden sie sich bei Bildung separater Privat- und Geschäftskundenmärkte auch keinem der beiden Märkte eindeutig zuordnen lassen. Es gibt auch keinerlei Untersuchungen darüber, ob offenes Call-by-Call eher von Privat- oder Geschäftskunden genutzt wird, so dass eine Aufteilung dieser Umsätze letztlich willkürlich bleiben muss.

Im Jahr 2004 wurden knapp [...] % der Umsätze mit Verbindungsleistungen[125] der Wettbewerber (ohne DT AG) mittels Call-by-Call getätigt. Dabei entfielen ca. [...] % auf offenes Call-by-Call, bei dem bereits alleine aus technischen Gründen keine Möglichkeit für das anbietende Unternehmen besteht, die Identität des Anrufers festzustellen und ihn ggf. als Privat- oder Ge-

[124] Vgl. dazu auch das Urteil des VG Köln, Az. 1 K 2184/01, S. 9 des amtlichen Umdrucks.
[125] Umfasst Inlands- und Auslandsverbindungen, da hier keine Trennung der Angaben differenziert nach Call-by-Call und Preselection erfolgt ist.

schäftskunden einzustufen. Aber auch bei dem Anteil an Preselection von gut [...] % ist zu berücksichtigen, dass es Unternehmen gibt, die nur ein Preselection-Modell für alle Kunden haben und daher ebenfalls nicht differenzieren können. Der Anteil an Verbindungsleistungen der Wettbewerber, bei dem keinerlei Daten für eine Aufteilung vorliegen, dürfte somit noch höher liegen als der Anteil der Verbindungsleistungen, die über Call-by-Call abgewickelt werden.

Ausgehend von dieser Tatsache ist eine Differenzierung hinsichtlich Privat- und Geschäftskunden nahezu unmöglich bzw. willkürlich. Selbst Verbindungsumsätze der Wettbewerber, die ausschließlich über Direktanschlüsse erzielt werden, sind nicht regelmäßig plausibel einer bestimmten Abnehmergruppe zuzuordnen. Allein schon die faktische Unmöglichkeit spricht für eine fehlende Trennung nach Kundengruppen. Auch sind die Wettbewerbsbedingungen derart homogen, dass eine Trennung nicht sachgerecht erscheint. Daher würde angesichts der tatsächlichen Situation auf dem Verbindungsmarkt in Deutschland eine Differenzierung zwischen Privat- und Geschäftskunden einen derartigen Willkürgrad beinhalten, der weder ökonomisch noch rechtlich vertretbar ist.

Auf dem Markt für Inlandsverbindungen bieten von den sechs größten Wettbewerbern der DT AG (gemessen an den Marktanteilen bei den Umsätzen) [...] ausschließlich offenes Call-by-Call an bzw. offenes Call-by-Call und ein Preselection-Modell an (vgl. ausführlich unter J.I.2). [...] dieser sechs Anbieter haben Anteile (im Jahr 2003) von ca. [...] % offenem Call-by-Call an ihren Gesamtumsätzen im Bereich der Verbindungsleistungen. Dies zeigt, dass eine – letztendlich willkürliche - Zuordnung dieser Umsätze zu erheblichen Verzerrungen bei den Marktanteilen führen würde.

Eine interessierte Partei hat angegeben, dass Verbindungen anhand der Anschlüsse, an denen sie initiiert werden, oder mittels einer durchschnittlichen Umsatzgrenze, z.B. monatlich 100 €, den jeweiligen Märkten zugerechnet werden könnten.

Wie im vorigen Abschnitt gezeigt, ist es nicht möglich, anhand der Anschlüsse auf Privat- oder Geschäftskunden zu schließen. Eine Trennung der Verbindungen danach, ob sie an einem Analog-, ISDN-Basis- oder ISDN-PMX-Anschluss initiiert worden sind, ist aber nicht sachgerecht, da sich die von unterschiedlichen Anschlüssen abgehenden Verbindungen weder vom Verwendungszweck noch von ihren wesentlichen Eigenschaften unterscheiden. Auch hier gilt für die Umsatzgrenzen, dass diese von den Unternehmen willkürlich gewählt sind und sich zwischen den einzelnen Unternehmen stark unterscheiden (vgl. ausführlich unter Abschnitt H.I.1.b).

Im Übrigen würde eine Trennung der Verbindungen anhand der Anschlüsse, an denen sie initiiert werden, nicht dem Prinzip der Technologieneutralität entsprechen. Auch würde sie zu kurz greifen, denn die zum Markt gehörenden VoIP-Verbindungen werden überwiegend über DSL-Anschlüsse geführt. Diese gehören aber nicht zu den hier relevanten Märkten für schmalbandige Anschlüsse.

Dieselbe interessierte Partei führt aus, dass es aufgrund der fehlenden Vertragsverhältnisse zwar richtig sei, dass bei Preselection und Call-by-Call-Angeboten keinerlei Aufschluss über die Kundengruppen bestehe. Diese Produkte seien aber i.d.R. Endkundenprodukte. Sofern diese von einem sehr kleinen Anteil der Geschäftskunden genutzt werden, erfolge der Vertrieb hauptsächlich durch persönliche Kontaktaufnahme, während bei Privatkunden der Vertrieb über den Detailhandel, das Internet oder Telefonvertrieb erfolge. Diese Partei selbst hat aber im Auskunftsersuchen angegeben, nicht zwischen Privat- und Geschäftskunden trennen und dementsprechend die Daten nicht getrennt angeben zu können.

Auch gibt es durchaus Anhaltspunkte dafür, dass (offenes) Call-by-Call auch von Geschäftskunden genutzt wird. [...]. Auch ist dies ein starkes Indiz dafür, dass eine Austauschbarkeit verschiedener Produkte und der darin enthaltenen Verbindungsleistungen – zum einen für einen Privatkunden und zum anderen für größere Geschäftskunden – gegeben ist.

Die übrigen interessierten Parteien haben – mit Ausnahme der DT AG – der Feststellung des Konsultationsentwurfs zugestimmt, keine Trennung zwischen Privat- und Geschäftskunden auch bei den Verbindungsmärkten vorzunehmen.

Die Bundesnetzagentur bleibt daher bei ihrer Feststellung: Die tatsächlichen Marktgegebenheiten in der Bundesrepublik Deutschland lassen keine klar abgrenzbaren Nutzergruppen erkennen. Auch verfolgen die einzelnen Wettbewerber keine einheitliche Absatzstrategie in Bezug auf unterschiedliche Kundengruppen. Die Einteilung derjenigen Unternehmen, die eine Abgrenzung in Privat- und Geschäftskunden vornehmen, erfolgt vielmehr nach von den Unternehmen selbst festgelegten – unterschiedlichen – Merkmalen, ohne dass diese aber für die Kunden verbindlich sind. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass entsprechend der Empfehlung der Kommission zwar ein Markt für öffentliche Inlandsverbindungen an festen Standorten festgelegt wird, jedoch keine Unterteilung nach Kundengruppen erfolgt.

3. Märkte Nr. 4 und Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung (öffentliche Auslandsgespräche für Privatkunden an festen Standorten und öffentliche Auslandsgespräche für andere Kunden an festen Standorten)

Die Empfehlung der Kommission umfasst öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten. Verbindungen, die über VoIP-Dienste hergestellt werden, sind ebenfalls diesen Märkten zuzuordnen. Es gelten insoweit die grundsätzlichen Ausführungen zu den Märkten 3 und 5.

a. Unterteilung nach Zielen

H.I.3.a.(1) Verbindungen in Festnetze und Verbindungen in Mobilfunknetze

Verbindungen von festen Standorten in ausländische Festnetze einerseits und in ausländische Mobilfunknetze andererseits gehören unterschiedlichen Märkten an. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen zur Abgrenzung zwischen inländischen Festnetz-Festnetz-Verbindungen sowie Festnetz-Mobilfunknetzverbindungen verwiesen.

H.I.3.a.(2) Unterteilung nach Zielländern

Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ein Abweichen von der Märkte-Empfehlung aufgrund nationaler Besonderheiten als zwingend geboten erscheinen lassen würden. Insbesondere gibt es keine Anhaltspunkte für einzelne Zielländermärkte.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

An sich sind Verbindungen zu einem Teilnehmeranschluss in einem bestimmten Zielstaat nicht mit Verbindungen zu einem Teilnehmeranschluss in einem anderen Zielstaat austauschbar, was auf den ersten Blick dafür sprechen würde, Verbindungsleistungen in einzelne Zielstaaten allgemein als jeweils eigenständigen sachlich relevanten Markt zu qualifizieren. Eine stringente Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes hätte sogar – wie bereits dargestellt - zur Folge, dass jede Sprachtelefonverbindung zu einem bestimmten Teilnehmeranschluss mangels Austauschbarkeit einen eigenen abgrenzbaren sachlich relevanten Markt darstellen würde. Eine derartige Marktabgrenzung wäre indes zu eng. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Annahme zahlrei-

cher kleiner Märkte die Gefahr beinhaltet, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen[126].

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Es besteht eine sehr hohe Produktionsflexibilität der Anbieter, die weitgehend Angebote nicht nur für einzelne, sondern für alle möglichen Zielländer vorweisen können. Wenn überhaupt, so sind derzeit Spezialanbieter für einzelne Zielstaaten die Ausnahme. In Marktanteilen gemessen spielen selbst diese wenigen Spezialanbieter auch bezogen auf einzelne Zielstaaten jedenfalls nur eine untergeordnete Rolle. Jeder Anbieter, der Verbindungen ins Ausland herstellt, ist i.d.R. in der Lage, alle Zielländer einzubeziehen. Wer beispielsweise eine Verbindung nach Frankreich anbietet, kann auch eine Verbindung nach Dänemark herstellen und sein Sortiment jederzeit ausweiten[127]. Demzufolge ist auch das potenzielle Angebot der Anbieter zu berücksichtigen.

Somit deuten die guten Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebotsseite ebenfalls auf einen gemeinsamen Markt für Auslandsverbindungen hin. Die Kommission empfiehlt in solchen Fällen, die Märkte eher weiter abzugrenzen.[128]

Wettbewerbsbedingungen

In Betracht käme eine Zusammenfassung von verschiedenen Zielländern zu mehreren Ländergruppen, wenn diese gegenüber anderen Ländergruppen homogene Wettbewerbsbedingungen aufweisen würden. Derzeit ist aber eine solche Gruppenbildung nicht gerechtfertigt. Weder eine geographische Gruppenbildung, noch eine Gruppenbildung nach Wirtschaftsräumen oder Liberalisierungsgrad sichert einheitliche Wettbewerbsbedingungen, die sich gegenüber den anderen Ländern bzw. Ländergruppen unterscheiden. Dies zeigt sich vor allem darin, dass sich keine einheitlichen Preisstrukturen für bestimmte Ländergruppen ergeben. Eine Unterteilung bleibt daher letztlich willkürlich.

Die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen ist auch dadurch gegeben, dass bei Auslandsgesprächen in alle Zielländer Call-by-Call und Preselection von den Kunden genutzt werden können.

Im Hinblick auf einen einheitlichen Markt für Auslandsverbindungen gab es keine Einwendungen der interessierten Parteien.

Im Ergebnis besteht keine Notwendigkeit, von der Märkte-Empfehlung abzuweichen, da es keine nationalen Besonderheiten gibt, die auf eine Unterteilung des Auslandsmarktes in verschiedene Zielländer oder Gruppen von Zielländern hinweisen.

b. Unterteilung nach Kundengruppen

Zur Unterteilung nach Kundengruppen wird auf den vorstehenden Abschnitt 2.c. verwiesen.

Auch auf dem Markt für Auslandsverbindungen spielt offenes Call-by-Call im Übrigen eine sehr wichtige Rolle, weil das Einsparpotenzial bei den häufig um ein Vielfaches höheren Auslandsentgelten sehr hoch ist. Ähnlich wie auf dem Inlandsmarkt wird offenes Call-by-Call daher sowohl von Unternehmen, die ausschließlich offenes Call-by-Call oder offenes Call-by-Call und ein Preselection-Modell offerieren, als auch von größeren Teilnehmernetzbetreibern angeboten.

[126] Vgl. KG, 07.11.1985 „Pillsbury – Sonnen-Bassermann“ WuW/E OLG 3759, 3759 f.
[127] vgl. Langen/Bunte-Ruppelt, § 19, Rdnr. 20; Bechtold, GWB, § 19 Rdnr. 6 m.w.N.
[128] Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 17 Absatz 4.

Diese Umsätze geben von der Art des angebotenen Dienstes keinerlei Aufschluss darüber, ob es sich bei den Endkunden um Privatkunden oder Geschäftskunden handelt. Daher würden sie sich bei Bildung separater Privat- und Geschäftskundenmärkte auch keinem der beiden Märkte eindeutig zuordnen lassen. Es gibt auch keinerlei Untersuchungen darüber, ob offenes Call-by-Call eher von Privat- oder Geschäftskunden genutzt wird, so dass eine Aufteilung dieser Umsätze letztlich willkürlich bleiben muss.

Auf dem Markt für Auslandsverbindungen bieten von den sechs größten Wettbewerbern der DT AG (gemessen an den Marktanteilen bei den Umsätzen) [...] ausschließlich offenes Call-by-Call in Verbindung mit einem Preselection-Modell an.[129] Dabei handelt es sich um den [...] Wettbewerber der DT AG. Die vollständige Zuordnung seiner Umsätze und Verbindungsminuten zu möglichen Privat- und Geschäftskundenmärkten bzw. die Aufteilung auf diese könnte alleine über eine mögliche marktbeherrschende Stellung der DT AG entscheiden. [...] weitere dieser sechs Anbieter haben Anteile von ca. [...] % offenem Call-by-Call an ihren Gesamtumsätzen im Bereich der Verbindungsleistungen. Dies zeigt, dass eine – letztendlich willkürliche – Zuordnung dieser Umsätze zu erheblichen Verzerrungen bei den Marktanteilen führen würde.

Die tatsächlichen Marktgegebenheiten in der Bundesrepublik Deutschland lassen keine klar abgrenzbaren Nutzergruppen erkennen. Auch verfolgen die einzelnen Wettbewerber keine einheitliche Absatzstrategie in Bezug auf unterschiedliche Kundengruppen. Die Einteilung derjenigen Unternehmen, die eine Abgrenzung in Privat- und Geschäftskunden vornehmen, erfolgt vielmehr nach von den Unternehmen selbst festgelegten – unterschiedlichen – Merkmalen, ohne dass diese aber für die Kunden verbindlich sind. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass entsprechend der Empfehlung der Kommission zwar ein Markt für öffentliche Auslandsverbindungen an festen Standorten festgelegt wird, jedoch keine Unterteilung nach Kundengruppen erfolgt.

4. Sprachorientierte Systemlösungen

a. Allgemeine Ausführungen

Die Regulierungsbehörde hat auf Grundlage der Eilentscheidung des OVG NW vom 13.03.2002 (Az.: 13 B 32/02) in die Fragebögen für das Auskunftsersuchen folgenden Punkt aufgenommen: „Bitte geben Sie – unabhängig von den vorstehenden denkbaren Unterscheidungskriterien für Privat- und Geschäftskunden – in jedem Fall an, ob Sie besondere sprachorientierte Systemlösungen für bestimmte Kundengruppen anbieten. Derartige Angebote sind regelmäßig vor allem dadurch gekennzeichnet, dass das jeweilige Produkt ein auf den Kunden individuell ausgelegtes Bündel verschiedener Leistungen ist, das häufig von diesem ausgeschrieben wird und im Ergebnis preislich günstiger ist.“

Im Rahmen des Auskunftsersuchens hat ausschließlich die DT AG ausführliche Angaben zu sprachorientierten Systemlösungen gemacht und die damit erzielten Umsätze und Absätze detailliert aufgegliedert nach den hier relevanten Leistungen.

[...] weitere Unternehmen [...] haben hierbei angegeben, Systemlösungen anzubieten. Diese Unternehmen hatten 2003 zusammen einen Umsatzanteil von [...] % bzw. 2004 [...] von [...] % auf dem Markt für Inlandsverbindungen und [...] % bzw. 2004 von [...] % auf dem Markt für Auslandsverbindungen. [...] Unternehmen [...] haben angegeben, Systemlösungen im Ausnahmefall für kommunale Kunden anzubieten. Diese Unternehmen hatten 2003 zusammen einen Umsatzanteil von [...] % bzw. 2004 von [...] % auf dem Markt für Inlandsverbindungen und [...] % bzw. 2004 von [...] % auf dem Markt für Auslandsverbindungen. Allerdings konnten diese Unternehmen die Umsätze bzw. Absätze mit sprachorientierten Systemlösungen nicht getrennt angeben.

[129] Mit Stand Oktober 2005 wird auf der Homepage dieses Anbieters nur noch offenes Call-by-Call angeboten.

Außerhalb dieser Gruppe von Unternehmen hat ARCOR angegeben, keine besonderen Systemlösungen für bestimmte Kundengruppen anzubieten. Die besonderen Anforderungen von Großkunden[130] würden mit einem modularen Konzept beantwortet. Insbesondere die größeren Anbieter, die sich als Anbieter von Geschäftskundenprodukten verstehen (BT, COLT und MCI), haben keinerlei Angaben zum Angebot von sprachorientierten Systemlösungen gemacht, aber auf telefonische Nachfrage mitgeteilt, dass sie keine sprachorientierten Systemlösungen anböten.

Wegen des o.g. Beschlusses des OVG NW hat sich die Bundesnetzagentur die Abgrenzung eines eigenen Marktes für sprachorientierte Systemlösungen vorbehalten.[131] Auch einige Fusionskontrollentscheidungen der Kommission wie insbesondere die Fusionskontroll-Entscheidung vom 30. März 1999 in der Sache IV/JV.15 – *BT/AT&T* haben nahe gelegt, dass es einen eigenen Markt für sprachorientierte Systemlösungen gibt.

Allerdings hat es – wie vorstehend beschrieben – im Rahmen des Auskunftsersuchens keine ausreichenden Anhaltspunkte gegeben, die eine Untersuchung ermöglicht hätten, wie ein eigener Markt für sprachorientierte Systemlösungen aussehen müsste, da lediglich die DT AG ihre eigene Produktdefinition angeführt hat. Weitere Definitionen oder Beschreibungen sind von anderen Anbietern im Rahmen des Auskunftsersuchens nicht vorgebracht worden. Auch hat die DT AG behauptet, es gäbe noch andere Unternehmen, die nicht Telekommunikationsanbieter seien und ebenfalls sprachorientierte Systemlösungen anböten (ohne dies jedoch zu belegen).

Im Rahmen der nationalen Konsultation haben die Unternehmen und Verbände eine Vielzahl neuer Informationen beigebracht, die sie im Rahmen des Auskunftsersuchens nicht vorgebracht haben. Dabei haben sich sowohl die Verbände als auch die überwiegende Mehrzahl der Unternehmen gegen die Abgrenzung eines eigenen Marktes für sprachorientierte Systemlösungen gewandt. Ihrer Auffassung nach sei dies nur eine DT AG-spezifische Bezeichnung für Leistungen des öffentlichen Telefondienstes, da die in den Verträgen angebotenen Leistungen mit denen des „normalen“ Telefondienstes vollständig substituierbar seien. Hierfür wurde eine größere Zahl von Beispielen vorgebracht. Insbesondere Arcor und BT haben aufgezeigt, dass sie zwar keine sprachorientierten Systemlösungen anböten, aber dennoch im Rahmen der öffentlichen Zugangs- und Verbindungsleistungen Leistungen für Unternehmen anböten, die denen der T-VPN-Verträge der DT AG vergleichbar seien. Daher sähen sie die Bezeichnung „sprachorientierte Systemlösungen“ lediglich als Etikett für eine mit Sprachtelefondienst substituierbare Leistung an.

Teilweise wird darauf verwiesen, dass es ggf. einen sehr engen Markt für kundenindividuelle, nicht AGB-Produkte für Großkunden mit einem Umsatzvolumen, das signifikant höher sei als das „normaler“ Geschäftskunden, geben könnte. Diesem dürften aber keinesfalls alle TDN- bzw. T-VPN-Verträge der DT AG zugeordnet werden.

Für die Abgrenzung eines eigenen Marktes für sprachorientierte Systemlösungen hat sich lediglich die DT AG ausgesprochen. Diese bestreitet im Übrigen bereits die Möglichkeit, dass die Reg TP diesen Markt untersuchen könne, da es sich ihrer Meinung nach wegen des Angebots an geschlossene Benutzergruppen nicht um öffentlichen Sprachtelefondienst handele.

Die einzelnen Argumente der interessierten Parteien sind in den veröffentlichten Stellungnahmen detailliert wiedergegeben (vgl. Anhang 4).

[130] Hiermit sind nicht wie in den Leitlinien die Vorleistungskunden gemeint, sondern besonders bedeutende Endkunden.
[131] Inzwischen hat das OVG NW am 18.05.2005 ein Urteil gefällt (Az. 13 A 85/03).

Aufgrund der in der nationalen Konsultation vorgebrachten Argumente hat die Bundesnetzagentur weitergehende Prüfungen zu den sprachorientierten Systemlösungen durchgeführt. Sie betreffen zum einen die Frage, ob es sich bei den sprachorientierten Systemlösungen um öffentlichen Telefondienst handelt, und zum anderen die Frage, ob die im Rahmen von sprachorientierten Systemlösungen angebotenen Zugangs- und Verbindungsleistungen mit den vorstehend betrachteten Zugangs- und Verbindungsleistungen der Märkte 1-6 der Märkte-Empfehlung substituierbar sind. Diese Prüfungen werden im Weiteren dargestellt.

Im Rahmen der 2. Stellungnahmen hat die DT AG wiederum vorgebracht, dass es sich bei den sprachorientierten Systemlösungen nicht um öffentlichen Telefondienst handele, so dass diese auch nicht den vorliegenden Märkten zuzuordnen seien. Im Übrigen gebe es aber auch keine Austauschbarkeit aus Nachfrager- oder Anbietersicht mit den Leistungen der Märkte 1-6. Auch seien die Wettbewerbsbedingungen unterschiedlich. Daher dürften diese Leistungen nicht den Märkten 1-6 zugerechnet werden.

Alle anderen interessierten Parteien haben die Zuordnung der sprachorientierten Systemlösungen zu den Märkten 1-6 ausdrücklich begrüßt. Es wurde insbesondere unterstrichen, dass es eine vollumfängliche Austauschbarkeit aus Nachfragersicht mit den Leistungen der Märkte 1-6 gebe.

Allerdings ist von den meisten interessierten Parteien kritisiert worden, dass Leistungen aus Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. € nicht den vorliegenden Märkten zugerechnet worden seien. Für eine solche Grenze gebe es keine Rechtfertigung.

Die Bundesnetzagentur hat die vorgebrachten Argumente überprüft.

b. Relevanz des Kriteriums „Öffentlich“

Fraglich ist, ob die Berücksichtigung sogenannten „Systemlösungen“ in den hier sachlich relevanten Märkten 1 bis 6 rechtlich und ökonomisch möglich ist.

Die Märkte werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt. Sie berücksichtigt dabei weitestgehend die Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte, die die Kommission nach Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) veröffentlicht hat, in ihrer jeweils geltenden Fassung[132]. Die Märkte 1 bis 6 werden wie folgt beschrieben:

1. Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten
2. Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten
3. Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für Privatkunden an festen Standorten
4. Öffentliche Auslandstelefonverbindungen für Privatkunden an festen Standorten
5. Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für andere Kunden an festen Standorten
6. Öffentliche Auslandstelefonverbindungen für andere Kunden an festen Standorten

Damit ist die Berücksichtigung der sogenannten „Systemlösungen“ im Rahmen der Märkte 1 bis 6 möglich, wenn durch die Systemlösungen für Privat- oder andere Kunden der „Zugang“ zum öffentlichen Telefonnetz geschaffen wird (Märkte 1 – 2) bzw. „öffentliche Orts-, Inlands- oder Auslandstelefonverbindungen“ gewährleistet werden (Märkte 3 – 6).

[132] § 10 Abs. 2 S. 2 f. TKG.

Märkte 1 bis 2

Unter dem Begriff „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz“ ist der Teilnehmeranschluss für Endkunden zu verstehen (analoger Anschluss, ISDN-Basisanschluss und ISDN-PMX-Anschluss)[133]. Im Anhang I der Rahmenrichtlinie werden die Märkte 1 und 2 mit dem Begriff „Anschluss an das öffentliche Telefonnetz [...]“ beschrieben[134]. Auch im Rahmen der sogenannten „Systemlösungen“ wird unter anderem dieser Zugang des einzelnen Teilnehmers zum öffentlichen Telefonnetz hergestellt. Denn es ist bisher nicht bekannt, dass die hier in Rede stehenden Systemlösungen als in sich abgeschlossene Netze konzipiert sind und somit nur eine interne Kommunikation ermöglichen. Vielmehr erlaubt eine Systemlösung einerseits die Kommunikation innerhalb der Systemlösung. Andererseits erlaubt die Systemlösung die Kommunikation aus der Systemlösung hinaus in das öffentliche Telefonnetz und gewährleistet gleichzeitig die Erreichbarkeit der Teilnehmer in der Systemlösung für Anrufe, die außerhalb der Systemlösung entstehen. Die Verbindung aus der Systemlösung hinaus stellt eben den für die Märkte 1 und 2 notwendigen „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz“ dar. Damit können die sogenannten Systemlösungen unter Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 f. TKG bei der Analyse der Märkte 1 und 2 Berücksichtigung finden.

Märkte 3 bis 6

Problematisch ist, ob die Verbindungsleistungen, die im Rahmen der sogenannten Systemlösungen angeboten werden, als „öffentliche“ Telefonverbindungen i. S. d. Märkte 3 bis 6 anzusehen sind und damit im Rahmen der Untersuchung zu den Märkten 3 bis 6 Berücksichtigung finden können.

Einer Einbeziehung der Verbindungsleistungen im Rahmen der Untersuchung zu den Märkten 3 bis 6 könnte entgegen gehalten werden, dass nach TKG 1996 aufgrund mehrerer verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen die Qualifizierung der Systemlösungen als „Sprachtelefondienst“ (vgl. § 3 Nr. 15 TKG 1996) abgelehnt wurde[135]. Eines der tragenden rechtlichen Argumente war dabei der Rückgriff auf § 3 Nr. 19 TKG 1996, wonach es sich bei den Systemlösungen nicht um Telekommunikationsdienstleistungen „für“ die Öffentlichkeit, sondern lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen handelte. Ein davon zu trennendes tragendes ökonomisches Argument bestand in den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen nach TKG 1996 darin, dass die Frage nach der Austauschbarkeit der Leistungen zu verneinen war (hierzu im Detail unter H.I.4.b.1).

Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung der Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Systemlösungen angeboten werden, bei der Marktdefinition und Marktanalyse zu den Märkten 3 – 6 ist eine differenzierte Betrachtungsweise notwendig. Hierbei ist zum einen neben der bisherigen Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde insbesondere die der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu untersuchen (hierzu unter H.I.4.b.1). Ferner bedarf es der Berücksichtigung der Systematik, die der Märkte-Empfehlung innewohnt (hierzu unter H.I.4.b.3). Schließlich ist zu berücksichtigen, wie sich die Änderungen, die sich durch das Inkrafttreten des TKG 2004 ergeben haben, auf die regulatorische Einordnung der Verbindungsleistungen im Rahmen von Systemlösungen auswirken (hierzu unter H.I.4.b.4)

[133] Vgl. hierzu im Detail Kapitel B.
[134] Richtlinie 2002/21/EG, Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 49.
[135] OVG Münster, Beschluss vom 13. März 2002 (Az. 13 B 32/02); VG Köln, Beschluss vom 13. Dezember 2001 (Az. 1 L 2442/01); vgl. darüber hinaus VG Köln, Beschluss vom 25. März 2003 (Az. 1 L 381/03); OVG Münster, Beschluss vom 15. September 2003 (Az. 13 B 806/03); VG Köln, Urteil vom 7. Juli 2005 (Az. 1 K 115/03).

H.I.4.b.(1) Behandlung der Systemlösungen nach TKG 1996

Nach TKG 1996 war die Frage problematisch, ob Systemlösungen der Vorabregulierung nach § 25 Abs. 1 i. V. m. § 3 Nr. 15 TKG 1996 zu unterwerfen seien. Hierzu mussten die Systemlösungen das Merkmal „Bereitstellung von Sprachtransport und -vermittlung für die Öffentlichkeit“ erfüllen [Unterstreichungen nur hier]. Das OVG Münster hat im Beschluss vom 13. März 2002 Bedenken geäußert, ob Systemlösungen das Merkmal Bereitstellung von Sprachtransport und -vermittlung „für die Öffentlichkeit“ erfüllen und den Beschluss des VG Köln vom 13. Dezember 2001 bestätigt[136]. Im Wesentlichen wurde die Argumentation auf den Begriff „Sprachtelefondienst“ gestützt. Danach war „Sprachtelefondienst“ in § 3 Nr. 15 TKG 1996 definiert als gewerbliche Bereitstellung für die Öffentlichkeit des direkten Transports und der Vermittlung von Sprache in Echtzeit von und zu den Netzabschlusspunkten des öffentlichen vermittelten Netzes, wobei jeder Benutzer das an solch einem Netzabschlusspunkt angeschlossene Endgerät zur Kommunikation mit einem anderen Netzabschlusspunkt verwenden kann. Der Begriff „Öffentlichkeit“ wurde in § 3 Nr. 19 TKG 1996 umschrieben als „für beliebige natürliche und juristische Personen und nicht lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“. Diese für den Begriff „Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ maßgebliche Definition war nach Ansicht des OVG Münster auch für das Verständnis des „Sprachtelefondienstes“ nach § 3 Nr. 15 TKG 1996 heranzuziehen. Denn Sprachtelefondienst war als Angebot von Telekommunikation und daher auch als Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit i. S. d. § 3 Nr. 19 TKG 1996 anzusehen. Aus der Gegenüberstellung beider Adressatenkreise in § 3 Nr. 19 TKG 1996 folgte, dass es neben der Öffentlichkeit und der geschlossenen Benutzergruppe keinen weiteren möglichen Adressaten gibt.

Darüber hinaus setzte „Sprachtelefondienst“ die Bereitstellung von Sprachtransport und -vermittlung „für“ die Öffentlichkeit voraus. Dadurch sei der Bereitstellung eine Zielrichtung beigegeben und es werde eine Adressierung der Leistung Sprachtransport und -vermittlung an den gewollten Leistungsempfänger zum Ausdruck gebracht.

Ebenfalls abgelehnt wurde eine Differenzierung zwischen Innen- und Außenkommunikation. Denn auch soweit Sprachtransport und -vermittlung im Rahmen der Kommunikation nach außen erbracht werde, geschehe das „für“ die Mitglieder der geschlossenen Benutzergruppe als Empfänger einer so gewollten zweckgerichteten Leistung[137].

Ein Rückgriff auf das Verständnis von einem corporated net nach der früheren Telekommunikations-Verleihungsverordnung wurde vom OVG Münster abgelehnt. Danach verfolgte die Telekommunikations-Verleihungsverordnung einen anderen Zweck - nämlich die Förderung von Netzbetreiberwettbewerb - als die die Vorabentgeltregulierung und Lizenzbindung betreffenden § 25 Abs. 1 und § 3 Nr. 15 TKG 1996. Ferner habe der Gesetzgeber des TKG 1996 bewusst an frühere Begriffsbestimmungen des Fernmeldeanlagengesetzes, das Rechtsgrundlage der den Begriff der geschlossenen Benutzergruppe seinerzeit einführenden Telekommunikations-Verleihungsverordnung war, nicht anknüpfen wollen[138].

Im Ergebnis stellen nach Ansicht des OVG Münster die sogenannten Systemlösungen keine Bereitstellung von Sprachtransport und -vermittlung für die Öffentlichkeit dar. Damit konnte das Merkmal Sprachtelefondienst nicht bejaht werden, so dass eine Vorabregulierung nach § 25 TKG 1996 auszuschließen war.

---

[136] OVG Münster, Beschluss vom 13. März 2002 (Az. 13 B 32/02); VG Köln, Beschluss vom 13. Dezember 2001 (Az. 1 L 2442/01); vgl. darüber hinaus VG Köln, Beschluss vom 25. März 2003 (Az. 1 L 381/03); OVG Münster, Beschluss vom 15. September 2003 (Az. 13 B 806/03); VG Köln, Urteil vom 7. Juli 2005 (Az. 1 K 115/03).

[137] OVG Münster, Beschluss vom 13. März 2002 (Az. 13 B 32/02).

[138] Vgl. hierzu OVG Münster, Beschluss vom 13. März 2002 (Az. 13 B 32/02) mit Verweis auf die Begründung zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Drucks. 13/3609, S. 37.

Seine Auffassung, wonach sowohl die Innen- als auch Außenkommunikation im Rahmen von Systemlösungen *nach TKG 1996* nicht der Entgeltregulierung unterliegt, hat das OVG Münster mit Beschluss vom 18.05.2005 aktuell bestätigt[139].

H.I.4.b.(2) Behandlung der Systemlösungen nach TKG 2004

Die rechtliche Einordnung der Verbindungsleistungen, die im Rahmen einer sogenannten Systemlösung angeboten werden, ist nach Inkrafttreten des TKG 2004 neu vorzunehmen.

Denn zum einen hat die Regulierungsbehörde gemäß § 10 Abs. 2 S. 3 TKG bei der Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens die Märkte-Empfehlung „weitestgehend" zu berücksichtigen. Damit ist auch die der Märkte-Empfehlung innewohnende Systematik weitestgehend zu berücksichtigen (hierzu unter H.I.4.b.3.).

Zum anderen hat der Gesetzgeber mit dem Inkrafttreten des TKG 2004 die Legaldefinitionen in § 3 TKG überarbeitet und den im Richtlinienpaket vorgesehenen europäischen Rechtsrahmen umgesetzt. Hiermit gehen systematische Änderungen einher, die es bei der Zuordnung der Verbindungsleistungen der sogenannten Systemlösungen zu den Märkten 3 bis 6 zu berücksichtigen gilt. So weist auch bereits das OVG Münster in seinem Beschluss vom 18.05.05 darauf hin, dass „das aktuelle Telekommunikationsgesetz 2004 die Entgeltregulierung für Telekommunikationsdienstleistungen für Endnutzer an andere Voraussetzungen als das alte Recht knüpft"[140] (hierzu unter H.I.4.b.4.))

H.I.4.b.(3) Systematik der Märkte-Empfehlung

Folgt man der Systematik der Märkte-Empfehlung zu den Märkten 1 bis 6, so ist im Gegensatz zum TKG 1996 nunmehr lediglich zwischen dem Anschluss als solchem (Märkte 1 – 2) und den öffentlichen Telefonverbindungen (Märkte 3 – 6) zu unterscheiden. Als öffentliche Telefonverbindungen sind danach diejenigen zu qualifizieren, für die der Anschluss zum öffentlichen Kommunikationsnetz - der Netzabschlusspunkt - genutzt wird.

Eine ausdrückliche Definition des Begriffes „öffentlich" ergibt sich aus dem Richtlinienpaket nicht. Folgerungen lassen sich jedoch aus Anhang I der Rahmen-RL, der von der Märkte-Empfehlung in Bezug genommen wird und damit ebenfalls gemäß § 10 Abs. 1 S. 3 TKG „weitestgehend" zu berücksichtigen ist, ziehen. Die Märkte 1 bis 6 sind danach mit der Formulierung „Anschluss an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an bestimmten festen Standorten" umschrieben[141] [Unterstreichungen nur hier]. Das bedeutet, Untersuchungsgegenstand ist zum einen der Anschluss an das öffentliche Telefonnetz (Markt 1 und 2) und zum anderen die „Nutzung", die aus diesem Anschluss entsteht (Märkte 3 bis 6).

Den „Anschluss" an das öffentliche Telefonnetz stellt üblicherweise der sogenannte „Netzabschlusspunkt" dar. Unter einem Netzabschlusspunkt ist der physische Punkt zu verstehen, an dem einem Teilnehmer der Zugang zu einem öffentlichen Kommunikationsnetz bereitgestellt wird; in Netzen, in denen eine Vermittlung oder Leitwegbestimmung erfolgt, wird der Netzabschlusspunkt anhand einer bestimmten Netzadresse bezeichnet, die mit der Nummer oder dem Namen eines Teilnehmers verknüpft sein kann (Art. 2 e) Universaldienst-RL). Infolgedessen handelt es sich bei den öffentlichen Telefonverbindungen der Märkte 3 bis 6 um alle diejenigen Telefonverbindungen, für die der Anschluss zum öffentliche Telefonnetz - der Netzabschlusspunkt - genutzt wird.

[139] OVG Münster, Beschluss vom 18. Mai 2005 (Az. 13 A 85/03).
[140] OVG Münster, Beschluss vom 18. Mai 2005 (Az. 13 A 85/03), S. 12 des amtlichen Umbruchs.
[141] Richtlinie 2002/21/EG, Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 49.

Die DT AG hat im Rahmen ihrer zweiten Stellungnahme zum Marktanalyseentwurf die Ansicht geäußert, dass dieser Ansatz mit Art. 2 lit. b) Universaldienst-RL nicht vereinbar sei, da es danach auf den Verwendungszusammenhang ankomme, in dem der Anschluss genutzt werde. Dem ist jedoch bereits an dieser Stelle entgegenzuhalten, dass die Verbindungsleistungen im Rahmen einer sogenannten Systemlösung Bestandteil eines öffentlich zugänglichen Telefondienstes sind (vgl. hierzu im Detail unten H.I.4.b.6 zur konkreten Beurteilung des Einzelfalls Systemlösungen). Darüber hinaus hat der europäische Richtliniengeber einen neutralen Ansatz gewählt. Denn Art. 2 lit. b) Universaldienst-RL legt fest, dass ein öffentliches Telefonnetz insbesondere „die Übertragung von gesprochener Sprache zwischen Netzabschlusspunkten" gewährleisten soll. Dies legt die Schlussfolgerung nahe, dass eben dieser Netzabschlusspunkt als Abgrenzungskriterium für den Begriff der öffentlichen Telefonverbindungen herangezogen werden kann.

In diesem Zusammenhang ist des Weiteren darauf hinzuweisen, dass das Gemeinschaftsrecht im Gegensatz zu früher keine Hinweise mehr dafür bietet, wonach das Angebot von Telekommunikationsdiensten an Firmen oder geschlossene Benutzergruppen als nicht-öffentlich anzusehen ist.

So hat die Kommission im Jahre 1995 in ihrer *Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat über den Stand der Umsetzung der Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste* (EG-Amtsblatt C 275/2 vom 20.10.95) solche Telekommunikationsdienste als nicht-öffentlich bewertet, die gegenüber Firmen und geschlossenen Benutzergruppen angeboten werden. Dies geschah allerdings vor einem völlig anderen Hintergrund als dem heutigen. Da öffentliche Telekommunikationsdienste noch einem Monopol unterliegen durften, war es das Ziel der Kommission, den Begriff der „Öffentlichkeit" möglichst eng zu fassen, um so eine gewisse Liberalisierung zu erreichen. Die Ausnahme der Firmennetze und geschossenen Benutzergruppen verfolgte somit das Ziel, Wettbewerb zu fördern.

In den heute geltenden Gemeinschaftsrecht findet sich zwar der Begriff der Öffentlichkeit wieder, jedoch an keiner Stelle die Aussage, dass (spezielle) Telekommunikationsdienste gegenüber Firmen oder geschlossenen Benutzergruppen als „nicht-öffentlich" gelten. Eine solche Ausnahme widerspräche auch dem Sinn und Zweck des Richtlinienpakets und der Märkteempfehlung.

Hintergrund aller bisherigen und gegenwärtigen EG-Rechtsakte im Bereich der Telekommunikation ist die Verwirklichung eines funktionierenden gemeinsamen europäischen Binnenmarktes. Diesem Ziel diente früher die Eingrenzung des Begriffs der Öffentlichkeit durch Ausnahme der Firmen und geschlossenen Benutzergruppen. Denn nur so konnten andere Firmen neben dem staatlichen Monopolunternehmen überhaupt auf diesem Markt auftreten.

Die selbe Begrenzung des Begriffs der Öffentlichkeit würde heute hingegen dem Ziel der Verwirklichung der Binnenmarktes durch Wettbewerb zuwiderlaufen. Denn diese Begrenzung würde dazu führen, dass Telekommunikationsdienste des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht gegenüber Firmen und geschlossenen Benutzergruppen schon begrifflich nicht der Regulierung unterlägen, weil sie nicht öffentlich wären.

Werden also nach heutigem Gemeinschaftsrecht vom Begriff der Öffentlichkeit nicht mehr die Firmennetze und geschlossenen Benutzergruppen ausgenommen, so ist darin die bewusste Entscheidung des EU-Gesetzgebers zu erkennen, solche Angebote als öffentlich einzuordnen.

Die DT AG ist hingegen der Ansicht, dass die Begriffsbestimmungen der Art. 2 lit. a) und d) Rahmen-RL und Art. 2 lit. b) und c) Universaldienst-RL weiterhin eine Unterscheidung nach Telefondiensten für die Öffentlichkeit und für andere Adressatenkreise nach sich ziehen würden. Hierzu sei auf die nach § 3 Nr. 19 TKG 1996 bekannten Kriterien abzustellen. Denn Art. 2 lit. c) Universaldienst-RL definiere den Begriff des „öffentlich zugänglichen Telefondienstes als

ein der „Öffentlichkeit zur Verfügung stehender Dienst für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen“. Mit Verweis auf die englische und französische Fassung der Universaldienst- und der Wettbewerbs-RL geht die DT AG davon aus, dass diese Leistungen „für“ die Öffentlichkeit erbracht würden, was sich insofern nicht von § 3 Nr. 19 TKG 1996 unterscheide.

Bezüglich dieser Argumentation ist festzuhalten, dass die Unterscheidung des Richtlinienpaketes zwischen öffentlich und nicht-öffentlich zugänglichen Telefondiensten keine konkreten Hinweise auf eine Übertragung der aus dem TKG 1996 bekannten Abgrenzungskriterien enthält. Vielmehr legt die Formulierung in Art. 2 lit. c) Universaldienst-RL die Interpretation nahe, dass immer dann ein Telefondienst der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, wenn dieser auf dem Markt angeboten wird, gleich welche Art von Telefonverbindungen hierbei ermöglicht werden. Der Dienst „Systemlösungen“ mit den für die Märkte 3 - 6 relevanten Telefonverbindungen wird einer unbestimmten Anzahl an potentiellen Abnehmern (Gemeinden, Unternehmen, etc.), d. h. der Öffentlichkeit, angeboten. Die am Markt angebotenen sogenannten Systemlösungen sind damit ein Dienst, der öffentlich zugänglich ist. Der systematische Zusammenhang wird darüber hinaus dadurch deutlich, dass dieser Dienst das „Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen“ ermöglichen soll (vgl. Art. 2 lit. c) Universaldienst-RL). Eben diese „Gespräche“ sind jedoch die „Telefonverbindungen“, die Untersuchungsgegenstand der Märkte 3 – 6 der Märkte-Empfehlung sind.

Des Weiteren äußert die DT AG die Ansicht, dass es sich bei der auf den Adressatenkreis bezogenen Unterscheidung zwischen Öffentlichkeit und Nicht-Öffentlichkeit nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bei letzterer nur um die geschlossenen Benutzergruppen handeln könne. Dieses ergebe sich aus folgender Verweisungskette: Märkte-Empfehlung Ziffer 6 Abs. 3 S. 1 und S. 2 i. V. m. Anhang I. Ziffer 1 Rahmen-RL, Art. 16 Abs. 1 lit. a) Universaldienst-RL, Art. 2 Abs. 1 RL 98/10/EG, Art. 1 Abs. 1 RL 90/387/EWG bzw. Art. 1 Abs. 1 RL 90/388/EWG.

Einer derartigen Sichtweise stehen historische und systematische Erwägungen sowie Argumente zum Sinn und Zweck entgegen.

- Die DT AG verkennt den der Verweisung in Art. 16 Abs. 1 lit. a) Universaldienst-RL innewohnenden Sinn und Zweck. Denn in Art. 16 Abs. 1 lit. a) Universaldienst-RL wird seitens der Richtliniengebers festgelegt, dass die „Mitgliedstaaten [...] alle Verpflichtungen für Endnutzertarife [...] nach Artikel 17 der Richtlinie 98/10/EG“ so lange aufrechterhalten, „bis diese Verpflichtungen einer Überprüfung unterzogen wurden“ und eine Feststellung im Rahmen des Marktanalyseverfahrens getroffen wurde. Damit wird deutlich, dass der Richtliniengeber lediglich beabsichtigt hat, den Übergangszeitraum bis zum Abschluss eines Marktanalyseverfahrens zu gestalten. Denn gerade in dieser Phase fehlt es an einer „Festlegung“ im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens. Die vorliegend diskutierte Marktdefinition der Märkte 3 – 6 dient jedoch eben dieser Festlegung, die seitens der Bundesnetzagentur nunmehr nach dem neuen Rechtsrahmen zu treffen ist. Folglich kann ein Verweis auf den „alten“ europäischen Rechtsrahmen im Rahmen einer Übergangsvorschrift nicht zur zeitlich unbegrenzten Übertragung dieser Auslegung in den neuen Rechtsrahmen herangezogen werden.

  Diese durch den neuen europäischen Rechtsrahmen angelegte historische und systematische Trennlinie wird darüber hinaus dadurch gezogen, dass der Richtliniengeber des neuen Richtlinienpaketes das hergebrachte Richtlinienpaket außer Kraft gesetzt hat. Mit Art. 26 Spiegelstrich 8 Rahmen-RL wird die in Bezug genommene RL 98/10/EG aufgehoben.

- Die DT AG verweist ferner darauf, dass zur Auslegung weiterhin Art. 2 Abs. 1 der RL 90/387/EWG und Art. 1 Abs. 1 der RL 90/388/EWG heranzuziehen seien. Dem muss zum einen ebenfalls die nicht dem Sinn und Zweck entsprechende Anwendung von Art. 16 lit. a) Universaldienst-RL entgegengehalten werden. Zum anderen gilt auch hier, dass die RL 90/387/EWG mit Art. 26 Spiegelstrich 1 Rahmen-RL aufgehoben wurde. Gleiches trifft auf

die RL 90/388/EWG zu. Diese wurde mit Art. 10 S. 1 der Wettbewerbs-RL außer Kraft gesetzt[142].

- Aber auch wenn man der Ansicht der DT AG folgt, dass das „alte“ Richtlinienpaket zur Auslegung heranzuziehen sei, sprechen neben den soeben dargestellten systematischen Erwägungen, auch der Sinn und Zweck der RL 388/90/EWG und der darauf beruhenden Mitteilung ABl. C 275/02 gegen eine Übertragung der dort dargestellten Abgrenzung. Dieses soll – neben den bereits oben getroffenen Erwägungen – noch einmal differenziert dargestellt werden.

  Denn gemäß Art. 2 RL 388/90/EWG sollte zum 31.12.1990 die Liberalisierung des Telekommunikationsdienstes mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes initiiert werden. Dabei kam es bei der Interpretation des Begriffs „Sprachtelefondienst“ zu Unklarheiten. Denn nach Art. 1 der RL 388/90/EWG war Sprachtelefondienst „die kommerzielle Bereitstellung für die Öffentlichkeit [...]“[143]. Mit der Mitteilung ABl. C 275/02 wurde daraufhin konkretisierend darauf hingewiesen, dass es sich bei den Diensten, die für „Firmennetze und/oder geschlossene Benutzergruppen bereitgestellt werden“, nicht um Dienste für die Öffentlichkeit handelt. Diese Dienste gehörten damit „nicht zu den Sprachdiensten [...], die die Mitgliedsstaaten ihren Fernmeldeorganisationen vorbehalten“ durften. Folglich diente nach dieser historischen Betrachtungsweise das Merkmal „für die Öffentlichkeit“ dazu, den liberalisierten Bereich vom Bereich des verbleibenden Fernsprechmonopols abzugrenzen. Die sogenannten corporate networks und die geschlossenen Benutzergruppen als nicht-öffentlicher Sprachtelefondienst waren damit nach der Definition in Art. 1 RL 388/90/EWG voll liberalisiert[144].

  Eine Ausrichtung am gesetzgeberischen Zweck der Abgrenzung vor dem jeweiligen historischen Hintergrund hat auch bereits das OVG Münster im Beschluss vom 13.03.2002 (Az. 13 B 32/02) betont. Dort wurde beispielsweise darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber des TKG 1996 bewusst an frühere Begriffsbestimmungen des Fernmeldeanlagengesetzes nicht habe anknüpfen wollen. Das Fernmeldeanlagengesetz wiederum sei Rechtsgrundlage für die Telekommunikations-Verleihungsverordnung, die den Begriff der geschlossenen Benutzergruppe eingeführt habe[145].

  Vor dem Hintergrund dieser unterschiedlichen Zweckausrichtungen der RL 388/90/EWG bzw. Mitteilung ABl. C 275/02 erscheint eine Übertragung der Abgrenzungskriterien zur Auslegung des aktuellen nationalen und europäischen Rechtsrahmens als nicht folgerichtig.

Die DT AG äußert in ihrer zweiten Stellungnahme zum Entwurf der Marktanalyse ferner die Ansicht, dass die Abgrenzung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Telefonnetzen und Telefonverbindungen leer laufe, wenn man der Argumentation der Bundesnetzagentur folge. Dem muss entgegengehalten werden, dass weiterhin eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Telefonverbindungen möglich ist. Denn es werden die Telefonverbindungen, die über den Netzabschlusspunkt geführt werden, von solchen abgegrenzt, die den Netzabschlusspunkt nicht überschreiten. Darüber hinaus wird damit eine präzisere Betrachtungsweise der erbrachten Dienste gewährleistet. Dieses wird insbesondere durch die Bezugnahme auf den in Art. 2 lit. e) Universaldienst-RL legaldefinierten Netzabschlusspunkt erreicht. Ferner berücksichtigt die Vorgehensweise, die durch den europäischen Rechtsrahmen neu eingeführten Begrifflichkeiten.

[142] RL 2002/77/EG (Abl. L 249/21).
[143] Vgl. Mitteilung ABl. C 275/02, S. 4 f.
[144] KOM Mitteilung ABl. C 275/02, S. 8.
[145] Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 13.03.2002 (Az.: 13 B 2002) mit Verweis auf BT-Drs. 13/3609, S. 37.

Des Weiteren ist die DT AG im Rahmen ihrer zweiten Stellungnahme zum Entwurf der Marktanalyse der Ansicht, dass die Abgrenzung zwischen Öffentlichkeit und Nicht-Öffentlichkeit auch anhand allgemeiner Kriterien – hier der individuellen Bestimmbarkeit des Adressatenkreises – vorgenommen werden könne.

Unabhängig davon, ob ein Rückgriff auf die Auslegung zu Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG zielführend ist, ist auch in diesem Zusammenhang auf die Wahl des richtigen Anknüpfungspunktes hinzuweisen (Vgl. hierzu im Detail H.I.4.b.6). Stellt man auf das die sogenannten Systemlösungen am Markt anbietende Unternehmen ab, so handelt es sich hierbei um ein Angebot an einen nicht individualisierbaren Personenkreis. Dieses gilt unabhängig davon, dass durch die Systemlösung eine individualisierbare Anzahl von Nebenstellen an das öffentliche Telefonnetz angeschlossen wird.

H.I.4.b.(4) Systematik des TKG 2004

Neben der zu berücksichtigenden Märkte-Empfehlung können des Weiteren für die hier anstehende regulatorische Einordnung der sogenannten Systemlösungen die mit dem TKG 2004 einhergehenden systematischen Änderungen herangezogen werden.

Mit den Änderungen in § 3 TKG ist u. a. das im TKG 1996 noch enthaltene Merkmal „nicht lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen“ entfallen[146]. Mit dieser Änderung geht die Möglichkeit einher, bei der Beurteilung des Merkmals „öffentlich“ nicht mehr auf die Behörde oder das Unternehmen abzustellen, welches die Systemlösung nachfragt, sondern auf das Unternehmen, welches die Systemlösung am Markt anbietet. Daraus folgt letztlich, dass die im Rahmen von Systemlösungen angebotenen Verbindungsleistungen als öffentliche Telefonverbindungen i. S. d. Märkte-Empfehlung zu qualifizieren sind.

H.I.4.b.(5) Grundlegende Änderungen im TKG 2004

Der Gesetzgeber des TKG 2004 hat in § 3 TKG mehrerer Änderungen in den „vor die Klammer gezogenen“ Legaldefinitionen vorgenommen. Die Einordnung der Systemlösungen nach TKG 1996 war maßgeblich von den gesetzgeberischen Vorgaben im Rahmen der Legaldefinitionen nach § 3 TKG 1996 geprägt. Daher sind die in § 3 TKG 2004 vorgenommenen Änderungen im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse beachtenswert.

Im Rahmen der Legaldefinitionen in § 3 TKG wird der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ nicht mehr zur Abgrenzung herangezogen. In **§ 3 Nr. 16 TKG** wird der Begriff des „**öffentlichen Telefonnetzes**“ neu definiert. Ein „öffentliches Telefonnetz“ ist danach ein Telekommunikationsnetz, das zur Bereitstellung des öffentlich zugänglichen Telefondienstes genutzt wird und darüber hinaus weitere Dienste wie Telefax- oder Datenfernübertragung und einen funktionalen Internetzugang ermöglicht. Ausweislich der Begründung zu § 3 Nr. 16 TKG RegE wird damit Art. 2 b) Universaldienstrichlinie entsprochen[147].

Der in § 3 Nr. 16 TKG bereits verwandte Begriff des „**öffentlich zugänglichen Telefondienstes“** wird in **§ 3 Nr. 17 TKG** legal definiert. Unter öffentlich zugänglichem Telefondienst ist ein der Öffentlichkeit zur Verfügung stehender Dienst für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen einschließlich der Möglichkeit, Notrufe abzusetzen, zu verstehen; der öffentlich zugängliche Telefondienst schließt auch folgende Dienste ein: Unterstützung durch Vermittlungspersonal, Auskunftsdienste, Teilnehmerverzeichnisse, Bereitstellung öffentlicher Münz- und Kartentelefone, Erbringung des Dienstes nach besonderen Bedingungen sowie Bereitstellung

[146] Vgl. § 3 Nr. 19 TKG 1996.
[147] BT-Drs. 15/2316, S. 58.

geografisch nicht gebundener Dienste. Die Definition in § 3 Nr. 17 entspricht laut Begründung Art. 2 c) der Universaldienstrichtlinie[148].

Ebenfalls neu bestimmt wird gemäß **§ 3 Nr. 24 TKG** der Begriff des „**Telekommunikationsdienstes**". Telekommunikationsdienste sind in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetze. Hierzu hat der Gesetzgeber in der Begründung § 3 Nr. 25 TKG RegE, der sich nun ansonsten unverändert in § 3 Nr. 24 TKG wiederfindet, ausgeführt, dass diese Definition Art. 2 c) S. 1 Rahmenrichtlinie entspricht und „bisher in § 3 Nr. 18 und 19 TKG-alt dargestellt" war. Der Begriff ersetze den der Telekommunikationsdienstleistungen im TKG 1996[149]. Danach sind die Legaldefinitionen zu § 3 Nr. 18 und Nr. 19 TKG 1996 in der neuen Regelung des § 3 Nr. 24 TKG aufgegangen. In der Neuregelung des § 3 Nr. 24 TKG wird grundsätzlich nicht mehr zwischen Telekommunikationsdiensten und Telekommunikationsdiensten „für die Öffentlichkeit" unterschieden. Entgegen der Ansicht der DT AG im Rahmen ihrer zweiten Stellungnahme zum Marktanalyseentwurf kann infolgedessen die aus § 3 Nr. 19 TKG 1996 bekannte Differenzierung für den Öffentlichkeitsbegriff zwischen dem „Angebot [...] für beliebige natürliche oder juristische Personen" und dem Angebot „lediglich für die Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen" in der bekannten Form nicht mehr vorgenommen werden. Einen wie bisher nach § 3 Nr. 19 TKG 1996 vorgenommenen Ausschluss der Teilnehmer geschlossener Benutzergruppen, der aufgrund der Stellung in den Legaldefinitionen systematisch „vor die Klammer gezogen" war, kennt das TKG 2004 nicht mehr.

Ersatzlos weggefallen ist die bisher aus § 3 Nr. 15 TKG 1996 bekannte Definition für den „Sprachtelefondienst".

Zu beachten ist jedoch, dass der Gesetzgeber über den gesamten telekommunikationsrechtlichen Normenkomplex hinweg keine einheitliche Regelung getroffen hat. Denn die bisher bekannten Begrifflichkeiten haben insbesondere in der Form des Telekommunikationsdienstes „für die Öffentlichkeit" an zahlreichen Stellen Eingang in das TKG 2004 gefunden[150]. Auch der Begriff der „Benutzergruppe" findet im Teil 7, Abschnitt 2 des TKG 2004 weiterhin Anwendung[151]. Der dort geregelte Bereich des Datenschutzes steht jedoch nicht in direkter inhaltlicher und systematischer Beziehung zur Marktregulierung im Teil 2.

Eine Aussage, was unter dem Begriff der „Öffentlichkeit" zu verstehen ist, findet sich lediglich in der Begründung zu § 6 TKG RegE. Dort wird ausgeführt, dass unter Öffentlichkeit „jeder unbestimmte Personenkreis" zu verstehen ist[152].

Im Ergebnis lässt sich damit aus den vorgenommenen systematischen Änderungen zumindest folgern, dass eine einheitliche Abgrenzung für das gesamte Telekommunikationsrecht - wie bisher aus § 3 Nr. 19 TKG 1996 bekannt - nicht mehr besteht. Entscheidend ist vielmehr für die Einordnung nach TKG 2004 die Auslegung des Gesetzesanwenders im konkreten Einzelfall.

H.I.4.b.(6) Konkrete Beurteilung des Einzelfalls Systemlösungen

Aufgrund der oben beschriebenen Änderungen des gesetzlichen Umfeldes ist eine Einordnung der Systemlösungen als „Sprachtelefondienst" im herkömmlichen Sinne vergleichbar mit TKG 1996 nicht mehr zwingend und auch nicht zielführend. Denn der Gesetzgeber hat mit dem Weg-

[148] BT-Drs. 15/2316, S. 58.
[149] BT-Drs. 15/2316, S. 58.
[150] §§ 3 Nr. 8, 3 Nr. 19, 4, 6 Abs. 1, 7, 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 4, 21 Abs. 2 Nr. 7, 40 Abs. 1, 40 Abs. 2, 46 Abs. 2, 46 Abs. 3, 47 Abs. 1, 78 Abs. 1, 86 Abs. 1, 96 Abs. 3, 98 Abs. 1, 109 Abs. 2, 109 Abs. 3, 110 Abs. 6, 112 Abs. 1, 114 Abs. 1, 127 Abs. 1, 133 Abs. 1, 134 Abs. 2 Nr. 2, 144.
[151] §§ 91 Abs. 2, 97 Abs. 4 S. 4, 99 Abs. 1 S. 7, Abs. 2 S. 7, 101 Abs. 1 S. 4, 102 Abs. 1 S. 3, 103 S. 2.
[152] BT-Drs. 15/2316, S. 60.

fall des Merkmals „Sprachtelefondienst“ i. S. d. § 3 Nr. 15 TKG 1996 diese Begrifflichkeit aufgegeben. Diese Schlussfolgerung wird ferner dadurch gestützt, dass die Legaldefinitionen in § 3 Nr. 18 und Nr. 19 TKG 1996 unter Verzicht auf die Abgrenzung Öffentlichkeit gegenüber geschlossene Benutzergruppen in der Nachfolgeregelung des § 3 Nr. 24 TKG zusammengefasst wurden.

Wie oben bereits zum Teil ausgeführt, findet sich im TKG 2004 lediglich eine direkte Aussage des Gesetzgebers, was unter dem Begriff der „Öffentlichkeit“ zu verstehen ist. In der Begründung zu § 6 TKG RegE wird ausgeführt, dass unter Öffentlichkeit „jeder unbestimmte Personenkreis“ zu verstehen ist[153]. Der „öffentlich zugängliche Telefondienst“ ist gemäß § 3 Nr. 17 TKG ein „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehender Dienst für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen“

Entscheidend für die Qualifizierung der Telefonverbindungen als „öffentliche“ Telefonverbindungen ist damit der Bezugspunkt, der zur Beurteilung der Frage herangezogen wird. Berücksichtigt man die mit dem Inkrafttreten des TKG 2004 einhergehenden Änderungen und den zugrundeliegenden europäischen Rechtsrahmen, so ist als Bezugspunkt auf das die Systemlösung am Markt anbietende Unternehmen abzustellen. Denn – entgegen der von der DT AG im Rahmen ihrer zweiten Stellungnahme zum Marktanalyseentwurf geäußerten Ansicht – kann der Begriff „Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit“ nach TKG 1996 nicht mit dem Begriff „öffentlich zugänglicher Telefondienst“ in § 3 Nr. 17 TKG 2004 bzw. Art. 2 lit. c) Universaldienst-RL gleichgesetzt werden.

Das TKG 1996 hat mit der Unterscheidung zwischen Öffentlichkeit und geschlossener Benutzergruppe in dem nunmehr weggefallenen § 3 Nr. 19 TKG 1996 auf das nachfragende Unternehmen abgestellt. Es wurde auf den für diese Kundengruppe typischen Umstand abgestellt, dass sie ausschließlich ihren zugehörigen Teilnehmern den Zugang zu den eingekauften Leistungen gewähren.

Die in § 3 Nr. 19 TKG 1996 explizit enthaltene Abgrenzung zwischen Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit bzw. für geschlossene Benutzergruppen ist weggefallen. Darüber hinaus ist dem nationalen und europäischen Rechtsrahmen kein Hinweis auf den gesetzgeberischen Willen zur Übertragung dieser Abgrenzung vom hergebrachten auf den aktuellen Rechtsrahmen zu entnehmen.

Vielmehr ist nach § 3 Nr. 17 TKG - entgegen der Ansicht der DT AG festzustellen -, dass es sich bei den sogenannten Systemlösungen um einen „öffentlich zugänglichen Telefondienst“ handelt. Denn es wird damit ein der Öffentlichkeit zur Verfügung stehender Dienst für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen angeboten. Denn das Unternehmen, welches die Einrichtung von Systemlösungen anbietet, macht dieses Angebot üblicherweise bundesweit. Dieses Angebot richtet sich an alle potentiellen Kunden, für die beispielsweise die Einrichtung eines individuellen, virtuellen Unternehmensnetzwerkes wirtschaftlich interessant erscheint. Der Annahme eines grundsätzlich bundesweiten Angebotes steht auch nicht der Umstand entgegen, dass ein bestimmter Teil der Systemlösungen in öffentlichen Ausschreibungen vergeben wird. Denn bei einer öffentlichen Ausschreibung handelt es sich letztlich lediglich um einen speziellen Vergabemechanismus. Dieser soll die transparente Vergabe öffentlicher Aufträge gewährleisten und dem Wettbewerbsgrundsatz Rechnung tragen. Es wird das Ziel verfolgt, die öffentliche Verwaltung zur Beauftragung des wirtschaftlichsten Anbieters anzuhalten. Dieser spezielle Vergabemechanismus hat jedoch keine Auswirkungen auf die telekommunikationsrechtliche Einordnung als solche.

[153] BT-Drs. 15/2316, S. 60.

Folgt man der Begründung zu § 6 TKG RegE steht somit dem die Systemlösung anbietenden Unternehmen ein unbestimmbarer Kreis an potentiellen Kunden gegenüber. Im Grundsatz kann jedermann das Angebot auf Einrichtung einer sogenannten Systemlösung annehmen, soweit die Bereitschaft zur Zahlung des dafür verlangten Entgeltes besteht. Damit steht dieser Telefondienst der Öffentlichkeit für das Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen zur Verfügung (vgl. § 3 Nr. 16 und Nr. 17) und ist infolgedessen auch „öffentlich zugänglich". Dass die Einrichtung einer Systemlösung nur für eine bestimmte Gruppe wirtschaftlich sinnvoll ist, ändert jedoch nichts daran, dass es sich aus Sicht des anbietenden Unternehmens um ein öffentliches Angebot handelt. Daraus kann gefolgert werden, dass es sich bei den im Rahmen dieses Angebots erbrachten Verbindungsleistungen um eine „öffentliche" Telefonverbindung handelt. Damit hat es entgegen der Ansicht der DT AG nach dem Wegfall von § 3 Nr. 19 TKG 1996 keine Relevanz mehr, dass quasi „hinter" dem einzelnen Anschlusskunden (Bsp.: einzelnes Unternehmen oder öffentliche Verwaltung) eine bestimmbare Anzahl von vielen einzelnen Teilnehmern angeschlossen wird.

Die Folgerichtigkeit dieses Ansatzes lässt sich darüber hinaus durch zweierlei Kontrollüberlegungen stützen.

Es stellt sich zum einen die Frage, was beispielsweise einen herkömmlichen ISDN Anschluss mit einer „dahinterliegenden" Nebenstellenanlage im Hinblick auf die Verbindungsleistung von dem grundsätzlichen Konzept einer sogenannten Systemlösung unterscheidet. Wenn man - entsprechend der Position der DT AG - für die Abgrenzung von Öffentlichkeit und Nicht-Öffentlichkeit den Begriff der geschlossenen Benutzergruppe heranzieht, müssten auch die einzelnen Teilnehmer der ISDN Nebenstellenanlage eine geschlossene Benutzergruppe darstellen. Folglich müssten diese Telefonverbindungen ebenfalls als nicht-öffentlich bezeichnet werden.

Löst man sich hingegen – entsprechend der Position der Bundesnetzagentur – aufgrund des geänderten europäischen und nationalen Rechtsrahmens von hergebrachten Abgrenzungsmerkmalen, so stellt das Angebot der sogenannten Systemlösungen hinsichtlich der Verbindungsleistungen ein der Öffentlichkeit zugänglichen Telefondienst zum Führen von Inlands- und Auslandsgesprächen dar. Dabei stellen alle Verbindungen, die über den Zugang zum öffentlichen Kommunikationsnetz - den Netzabschlusspunkt - geführt werden, öffentliche Verbindungen i. S. d. Märkte 3 – 6 dar[154].

Im Rahmen der Stellungnahme zum zweiten Entwurf der Marktanalyse hat ein Wettbewerber zum anderen berechtigterweise die Frage aufgeworfen, ob noch vollumfänglich ein „öffentliches" Telekommunikationsnetz i. S. d. § 69 Abs. 1 TKG vorliegt. Denn wenn man der Position der DT AG folgen würde, ist davon auszugehen, dass diese über das Netz für geschlossene Benutzergruppen „nicht-öffentliche" Telefonverbindungen realisiert. Die Regelungen über Wegerechte setzen jedoch vielmehr voraus, dass die Telekommunikationslinie, für die das Wegerecht verliehen wird, „öffentlichen Zwecken" dient.

H.I.4.b.(7) Ergebnis

Gemäß § 10 Abs. 2 S. 3 TKG ist die Systematik der Märkte-Empfehlung weitestgehend zu berücksichtigen. Ferner gehen mit dem Inkrafttreten des TKG 2004 Änderungen in § 3 TKG einher. Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass die Verbindungsleistungen, die im Rahmen der sogenannten Systemlösungen angeboten werden, öffentliche Telefonverbindungen i. S. d. Märkte 3 bis 6 darstellen. Die Verbindungsleistungen sind infolgedessen ebenfalls Gegenstand der Untersuchung zu den Märkten 3 – 6.

[154] Vgl. Art. 2 lit. e) Universaldienst-RL.

c. Umfang der sprachorientierten Systemlösungen

Es stellt sich die Frage nach dem Umfang der zu betrachtenden Leistungen aus sprachorientierten Systemlösungen. Dabei geht es insbesondere um die Frage, ob nur die sog. Außenkommunikation (Verbindungen aus der Systemlösung hinaus zu externen Teilnehmern) oder auch die sog. Innenkommunikation (Verbindungen zwischen zwei Mitgliedern derselben Systemlösung) einer sprachorientierten Systemlösung öffentlichen Telefondienst darstellt.

Die DT AG hat angegeben, dass im Rahmen einer sprachorientierten Systemlösung das jeweilige Unternehmen bzw. die jeweilige Organisation ein virtuelles Privatnetz zur Verfügung gestellt bekommt. Bei einem solchen virtuellen Netz werden Teile des öffentlichen Telefonnetzes eines Anbieters für die Realisierung der Systemlösung genutzt. Das virtuelle Netz ist damit eine Teilmenge des öffentlichen Netzes des Anbieters. Somit handelt es sich hierbei um eine andere technische Realisierung derselben Leistung, nämlich eines Inlands- bzw. eines Auslandsgesprächs. Eine solche Unterscheidung würde aber – ähnlich wie bei VoIP – dem Prinzip der Technologieneutralität widersprechen.

Zudem kommt es bei der Marktabgrenzung ohnehin nicht auf technisch-physikalische Eigenschaften, sondern auf den Verwendungszweck an. Für das Unternehmen, das einen Vertrag über eine sprachorientierte Systemlösung mit der DT AG abgeschlossen hat, ist es unerheblich, ob die Gespräche über das öffentliche Netz der DT AG oder über ein virtuelles Netz im Rahmen der sprachorientierten Systemlösung geführt werden. Wichtig ist die Möglichkeit des Führens von Telefongesprächen. Die Frage der technischen Realisierung der Verbindung ist hingegen unbedeutend.

Daher handelt es sich bei der sog. Innenkommunikation einer sprachorientierten Systemlösung der DT AG ebenfalls um öffentliche Verbindungen, weil diese funktionell mit öffentlichen Verbindungen (auch im Rahmen der sog. Außenkommunikation einer sprachorientierten Systemlösung) austauschbar sind. Im Folgenden wird daher bei der Betrachtung sprachorientierter Systemlösungen nicht mehr zwischen Innen- und Außenkommunikation unterschieden.

d. Paketangebote oder trennbare Leistungen?

Auf der Grundlage des o.g. Beschlusses des OVG NRW ist die Regulierungsbehörde in ihrem Konsultationsentwurf davon ausgegangen, dass es sich bei sprachorientierten Systemlösungen um nichttrennbare Leistungsbündel handelt, die auch Elemente enthalten können, die nicht unter die hier relevanten Endkundenmärkte an festen Standorten fallen. Dazu gehören insbesondere Hard- und Software sowie Mobilfunkkomponenten.

Dieser Einschätzung haben in der nationalen Konsultation außer der DT AG alle interessierten Parteien widersprochen. Dabei wurde von den interessierten Parteien vorgebracht, dass Paketangebote regelmäßig teilbar seien. Jedes Paketangebot bestehe aus (Bündeln von) Einzelleistungen, die erst vom jeweiligen Anbieter zu einem Paket zusammengefasst würden. Diese Bündel von Zugangs- und Verbindungsleistungen seien aufgrund ihrer Substituierbarkeit den vorstehend geprüften sachlich relevanten Märkten für Zugangs- und Verbindungsleistungen zuzuordnen. Diese Substituierbarkeit sei nicht nur bei absoluter Identität einer Teilleistung des Bündels mit einer sonst am Markt angebotenen Leistung gegeben, sondern auch, wenn sich aus Nachfragersicht die Leistungen hinsichtlich ihrer Merkmale im Wesentlichen entsprächen.[155]

Die DT AG hat im Rahmen des Auskunftsersuchens für die von ihr angebotenen sprachorientierten Systemlösungen Umsätze und Absätze für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sowie für öffentliche In- und Auslandsverbindungen einzeln angeben können (und nicht nur ein Gesamtvolumen der einzelnen Verträge). Zudem erfolgt eine genaue Trennung beim Zugang

[155] Vgl. detailliert in Anhang 4.

zum öffentlichen Telefonnetz in Analog-, ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse sowie bei den Verbindungen in Orts-, Nah-, Fern- und Auslandsverbindungen, so wie sie es auch im Rahmen von Standard- und Optionsangeboten ausweist.

Des Weiteren gilt auch für Optionsangebote, dass diese Paketangebote sind, die aus einem Bündel von Einzelleistungen zusammengestellt werden. Im Rahmen von Optionstarifen werden insbesondere Leistungen angeboten, die gerade auch den drei hier betrachteten sachlich relevanten Märkten zuzuordnen sind. Würde man hier nur das Bündel betrachten und nicht die zugehörigen Einzelleistungen, müsste im Extremfall für jeden Optionstarif ein eigener Markt entstehen, da eine vollständige Austauschbarkeit der einzelnen Optionstarife untereinander nicht gegeben sein dürfte. Dies würde aber zu einer Zersplitterung des Marktes führen, die nicht mehr der Marktrealität entspricht. Dem steht auch nicht entgegen, dass in sprachorientierten Systemlösungen [...].

Auch sieht die Kommission im Schmalbandbereich keine gesonderten Märkte für Pauschal- und Zeittakttarife.[156] Auf dem Schmalbandmarkt könne für Einwahlverbindungen eine Teilnahme- oder eine Nutzungsgebühr oder eine Kombination beider erhoben werden. Dienste zum Pauschaltarif (nur Teilnahmegebühr) ständen nunmehr in der Gemeinschaft auf breiterer Basis zur Verfügung und fänden bei Endnutzern großen Anklang. I.d.R. steige ein Nutzer von einem Zeittakt- auf einen Pauschaltarif um, wenn dessen Preis gegenüber dem Zeittarif hinreichend niedrig sei. Daher würden intensivere Nutzer zuerst umsteigen. Die Qualität eines Pauschal- und eines Zeittaktangebotes sei im Wesentlichen die gleiche. Der einzige Unterschied bestehe in der Tarifstruktur. Auch seien beide Produkte für den Endnutzer austauschbar.

Dies gilt auch für sprachorientierte Systemlösungen, da sich die angebotenen Leistungen per se nicht unterscheiden, sondern es nur unterschiedliche Tarifmodelle gibt, [...].

Dies bedeutet, dass die Zugangs- und Verbindungsleistungen im Rahmen der sprachorientierten Systemlösungen nicht – wie das OVG NRW in seinem Beschluss 13 B 806/03 vom 15.09.2003 auf S. 3 darlegt – ein untrennbares Bündel zusammen mit anderen Leistungen sind, die z.B. auch die Arbeitsabläufe in einem Unternehmen unterstützen, [...].

[...] Damit stellen sie nicht nur für die DT AG als Anbieter, sondern auch für den Vertragspartner eine Leistung dar, die innerhalb des Gesamtpaketes deutlich trennbar ist und durch die getrennte und leistungsabhängige Abrechnung auch getrennt von diesem wahrgenommen wird.

Daher können die entsprechenden Leistungen (Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, öffentliche In- und Auslandsverbindungen) und nicht die Gesamtpakete auf den jeweiligen sachlich relevanten Märkten untersucht werden. Es stellt sich somit die Frage, ob diese Leistungen den oben abgegrenzten sachlich relevanten Märkten aufgrund von Substituierbarkeit und homogenen Wettbewerbsbedingungen zuzuordnen sind, oder ob diese Leistungsbündel einen eigenen, sachlich getrennten Markt bilden.

Weitere Leistungen innerhalb der sog. sprachorientierten Systemlösungen, bei denen es sich nicht um den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten oder öffentliche In- oder Auslandsverbindungen an festen Standorten handelt, werden dementsprechend hier nicht weiter betrachtet.

e. Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

Anhand der Austauschbarkeit von Gütern aus Nachfragersicht wird festgestellt, inwieweit die Kunden (Verbraucher) bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen.[157]

[156] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16 (Fußnote 30), S. 23.
[157] Leitlinien, Rn. 39.

Entscheidend ist, dass alle Produkte zusammengefasst werden, die von den Nachfragern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.[158] Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten für denselben Zweck verwendet werden.[159] Umgekehrt können Dienstleistungen, welche an sich denselben Zweck erfüllen können, wegen der unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck dennoch unterschiedlichen Produktmärkten zugeordnet werden. Daher spielen rein physische Eigenschaften bei der Marktabgrenzung nur eine untergeordnete Rolle.

Es wird nachstehend geprüft, ob die im Rahmen von sprachorientierten Systemlösungen angebotenen Leistungen Zugang zum öffentlichen Telefondienst, öffentliche Inlandsverbindungen und öffentliche Auslandsverbindungen an festen Standorten mit den Leistungen der vorstehend geprüften sachlich relevanten Märkte aus Nachfragersicht austauschbar sind.

Getrennte sachlich relevante Märkte für sprachorientierte Systemlösungen würden bedeuten, dass deren Nutzer einen speziellen Bedarf haben, der sich vom Bedarf der übrigen (Privat- und Geschäfts-)Kunden deutlich unterscheidet. Im Rahmen sprachorientierter Systemlösungen werden von der DT AG Analog-, ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse sowie Orts-, Fern- und Auslandsverbindungen angeboten. Diese angebotenen Leistungen unterscheiden sich – auch in technischer Hinsicht – nicht von den übrigen Zugangs- und Verbindungsleistungen des öffentlichen Telefondienstes.

Auch haben sie keinen anderen Verwendungszweck, der für eine Nicht-Substituierbarkeit und damit für einen getrennten Markt sprechen würde: Denn der Verwendungszweck eines Telefonanschlusses – gleich welcher Art – ist, eine Telefonverbindung aufzubauen. Der Verwendungszweck einer öffentlichen In- oder Auslandsverbindung ist aus der Sicht der Nachfrager die Realisierung eines Telefongesprächs.[160]

Wechselt z.B. ein Unternehmen von einem BusinessCall-Vertrag der DT AG in eine von der DT AG angebotene sprachorientierte Systemlösung, so resultiert daraus kein anderer Bedarf oder Verwendungszweck bei den In- und Auslandsgesprächen. Zudem bleiben die Telefonanschlüsse i.d.R. erhalten. Gleiches gilt bei der Zusammenfassung einer größeren Zahl von Verträgen mit einem geringen Umsatzvolumen zu einem großen Rahmenvertrag. Auch hier ändern sich die Telefondienstleistungen der hier untersuchten Märkte durch den Vertragswechsel nicht.

So hat nicht nur BT in seiner 2. Stellungnahme darauf hingewiesen, dass es sich bei Großverträgen häufig um die Zusammenfassung einer Vielzahl von kleinen Verträgen handelt.[...]

[...]

[...]

Zudem erhalten die Nachfrager die gleichen Hauptleistungen und schauen daher auf die Konditionen, insbesondere die Preise. [...]

Daher ist der Verwendungszweck (und dessen Wahrnehmung) von Zugangs- und Verbindungsleistungen des Telefondienstes durch den nachfragenden Endkunden unabhängig davon, ob diese Leistungen im Rahmen eines Standardvertrages, eines Optionsvertrages oder einer sog. sprachorientierten Systemlösung in Anspruch genommen werden. Jeder Kunde – unabhängig davon, ob er aus eher privaten oder geschäftlichen Gründen das öffentliche Telefonnetz nutzen

[158] Leitlinien, Rn. 44.
[159] Leitlinien, Rn. 45.
[160] Vgl. dazu detailliert unter H.I.1.b. bzw. H.I.2.b.

möchte – entscheidet sich für die eine oder andere Vertragsart nach seinen individuellen Bedürfnissen, die auch die Frage der Wirtschaftlichkeit dieser Vertragsart einschließen.

Ein Unternehmen ist nicht von AGB-Verträgen ausgeschlossen, nur weil es z.B. mehrere Standorte hat oder einen gewissen Mindestumsatz überschreitet. Es wird daher vor Abschluss eines Vertrages alle Angebote prüfen, unabhängig davon, ob es sich um (AGB-)Optionstarife oder um auf das Unternehmen individuell zugeschnittene Angebote handelt. Die Auswahl erfolgt dann nach den Bedürfnissen des Kunden und dessen Präferenzen. Dabei werden bei dermaßen homogenen Produkten vor allem die Preise eine Rolle spielen. Hierbei kann es derzeit durchaus Unterschiede zwischen sprachorientierten Systemlösungen und den BusinessCall-Tarifen der DT AG schon allein deswegen geben, da die DT AG derzeit für die sprachorientierten Systemlösungen nicht reguliert ist. Dies rechtfertigt aber nicht, wie es das OVG NRW in seinem o.g. Beschluss vom 15.09.2003 annimmt, von unterschiedlichen Märkten auszugehen.

Nebenleistungen, die vom Telekommunikationsanbieter im Rahmen eines Pakets erbracht werden, sind aus Sicht der Kunden in der Regel nur sekundär. Insbesondere sind sie auch ohne die Hauptleistungen nicht denkbar. Daher sind diese auch kein Kriterium für die Einordnung in unterschiedliche Märkte.[161] Dies gilt insbesondere für Serviceleistungen wie Betreuung und Entstörung. Viele der Zusatzleistungen, die in von der DT AG vorgelegten Verträgen aufgeführt sind, finden sich im Übrigen auch in standardmäßigen Optionstarifen der DT AG [...].

Serviceleistungen werden, wie sich bei der Marktuntersuchung gezeigt hat, von vielen Anbietern im Rahmen von Optionstarifen standardmäßig oder wahlweise (gegen zusätzliches Entgelt) angeboten. Auch im europäischen Wettbewerbsrecht begründen unterschiedliche Nebenleistungen bei gleicher Hauptleistung nicht die Zugehörigkeit zu getrennten Märkten.[162]

Als entscheidende Kriterien für die Trennung zwischen Geschäftskunden und sprachorientierten Systemlösungen nennt die DT AG Umsatzhöhe, Anzahl der Kanäle und Minutenaufkommen. Das Kriterium „Umsatzhöhe“ erlaube eine klare Abgrenzung zum Geschäftskundenmarkt. Die kritische Umsatzgrenze zwischen beiden Märkten bzgl. der hier betroffenen Leistungen lasse sich bei [...] € pro Vertrag und Jahr einziehen, da nahezu [...] % des Umsatzes auf dem Markt für sprachorientierte Systemlösungen oberhalb dieser Grenze generiert würden. Betrachte man demgegenüber im Segment der großen Geschäftskunden den Umsatz in der Tarifoption BusinessCall 700 – der Tarifoption mit dem höchsten Umsatzpotenzial – zeige sich, dass hier im Durchschnitt lediglich ein Umsatz von ca. [...] € pro Vertrag und Jahr bzgl. der hier betrachteten Anschlüsse und Verbindungen erreicht werde.

Mit Schreiben vom 21.07.05 hat die DT AG ferner dargelegt, dass in Verträgen mit einer Obergrenze von [...] € Jahresumsatz weniger als [...] Sprachkanäle vorhanden seien, während bei Verträgen mit mehr als [...] € Jahresumsatz von mehr als [...] Sprachkanälen ausgegangen werden könne.

Ob der Mindestumsatz von [...] € pro Jahr tatsächlich eingehalten wird, kann nicht beurteilt werden, da die Bundesnetzagentur nicht alle [...] Verträge geprüft hat. Allerdings hat die DT AG in den oben zitierten Ausführungen selbst angegeben, dass [...] % aller Verbindungsminuten aus Systemlösungen von Kunden generiert würden, die weniger als [...] € pro Jahr umsetzten. Dies zeigt, dass es auch hier einen fließenden Bereich gibt, der kein „natürlicher“ oder im Markt festgeschriebener Grenzwert ist, sondern ein willkürlich vom Unternehmen definierter Schwellenwert, der – sofern es angezeigt scheint – auch unterschritten werden kann.

[161] Vgl. dazu ausführlich unter H.I.1.b. bzw. H.I.2.b.
[162] Vgl. Albers/Hacker, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, FKVO Art. 2, Rn. 51.

Eine interessierte Partei hat im Rahmen der nationalen Konsultation angegeben, dass man höchstens dann von tatsächlich untrennbaren und damit nicht substituierbaren Leistungsbündeln ausgehen könnte, wenn eine Untergrenze von 3.000.000 €/Jahr überschritten werde und auch weitere in der Stellungnahme genannte Kriterien kumulativ vorliegen müssten. Die eigene Erfahrung zeige, dass eine solche Untergrenze problemlos erreicht werde.

Ferner ist im Beschluss des OVG NRW in der Sache 13 B 806/03 vom 15.09.2003 dargelegt worden, dass Leistungen der sprachorientierten Systemlösungen technisch anders vonstatten gingen als die Leistungen des allgemeinen Sprachtelefondienstes. Abgesehen davon, dass sich die andersartige Realisierung nur auf wenige Nebenleistungen beschränkt, die zudem nur in einem Teil der Verträge erbracht wird, verdrängt die funktionelle Austauschbarkeit etwaige technische Unterschiede. Denn für die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht kommt es in erster Linie auf den Verwendungszweck an, d.h., ob für einen Nachfrager zwei Produkte funktionell austauschbar sind. Dies ist aber, insbesondere im Vergleich von AGB-Produkten für Großkunden und den genannten sprachorientierten Systemlösungen der DT AG, gegeben.

Dies bedeutet, dass eine Substituierbarkeit der Zugangs- und Verbindungsleistungen des öffentlichen Telefondienstes im Rahmen von sog. sprachorientierten Systemlösungen mit denen der von der Märkte-Empfehlung beschriebenen Zugangs- und Verbindungsleistungen des öffentlichen Telefondienstes besteht. Diese wird – genau wie bei den üblichen Options- und Bündeltarifen – weder von der Bündelung der Einzelprodukte noch von der Vertragsart beeinflusst. Dies ist in der nationalen Konsultation von allen interessierten Parteien mit Ausnahme der DT AG vorgebracht worden. Besonders ausführlich wurde dies von den Parteien dargestellt, die nach eigenen Angaben ähnliche Produkte des öffentlichen Telefondienstes anbieten.

Weitere Leistungen, die keine Leistungen der hier relevanten Märkte sind, werden, wie bereits erwähnt, im Rahmen dieser Marktanalyse nicht berücksichtigt. Ein solches Vorgehen der Trennung von Bündeln von Zugangs- und Verbindungsleistungen des öffentlichen Telefondienstes einerseits und übriger Leistungen, die diesem Markt nicht zuzurechnen sind, ist von einer Reihe interessierter Parteien in der nationalen Konsultation ausdrücklich befürwortet worden. Dem steht auch nicht entgegen, dass bei einem solchen Vorgehen in einem Paket Leistungen zusammengefasst sind, die verschiedenen Märkten angehören. Auch in den üblichen Bündel- und Optionstarifen sind bereits Leistungen vorhanden, die verschiedenen Märkten angehören, nämlich Zugangs- und Verbindungsleistungen des öffentlichen Telefondienstes. Dies gilt aber ebenfalls, wenn es sich um die Bündelung mit Leistungen oder Produkten handelt, die keinen öffentlichen Telefondienst oder nicht einmal einen Telekommunikationsdienst darstellen.

Dies ergibt sich zum einen daraus, dass es sonst ein potenziell marktbeherrschendes Unternehmen in der Hand hätte, sich durch geringfügige Zugabe telefondienstfremder oder telekommunikationsfremder Produkte und Leistungen (z.B. eines Endgeräts oder von IT-Leistungen) der Regulierung zu entziehen.[163] Zum anderen ergibt sich dies auch aus dem Wettbewerbsrecht. So können Unternehmen gebündelte Leistungen anbieten, die zugleich auf mehreren sachlich relevanten Märkten wirksam werden können. Wichtigstes Beispiel dafür sind Tageszeitungen, bei denen von vornherein zwischen Leser- und Anzeigemärkten zu trennen ist.[164]

Die von Kunden im Rahmen der sog. sprachorientierten Systemlösungen in Anspruch genommenen Leistungen sind somit mit denen der vorliegenden sachlich relevanten Märkte Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sowie öffentliche In- und Auslandsgespräche an festen Standorten aus Nachfragersicht austauschbar.

[163] Vgl. dazu auch Anhang 4, IV.
[164] Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 59.

f. Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Im Auskunftsersuchen haben insbesondere die großen Wettbewerber angegeben, keine sog. sprachorientierten Systemlösungen (so, wie sie von der Reg TP beschrieben worden waren) anzubieten. Weitergehend wurde dies allerdings nur von Arcor erläutert: „*Arcor bietet keine besonderen Systemlösungen für bestimmte Kundengruppen an. Die besonderen Anforderungen von Großkunden werden von A. mit einem modularen Produktkonzept beantwortet. Sprachanschluss und Verbindungsminuten werden dabei um weitere Leistungen wie z.B. Beratung oder Hardware ergänzt. Der Standardanschluss und die Verbindungsminuten bleiben aber im Vgl. zum Standardgeschäft unverändert; allenfalls kann ein etwas niedriger Preis, z.B. über Mengen- oder Laufzeitrabatte, ermöglicht werden.*“

Im Konsultationsverfahren haben sich insbesondere Arcor, BT und MCI ausführlich zu den sprachorientierten Systemlösungen geäußert und darauf hingewiesen, dass sie zwar keine sog. sprachorientierten Systemlösungen anböten, aber durchaus ähnliche Produkte als Leistungspakete des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz und der öffentlichen In- und Auslandsverbindungen. Daher seien auch sie von einer möglichen Abgrenzung eines Marktes für sprachorientierte Systemlösungen betroffen.[165]

Einige interessierte Parteien haben explizit darauf hingewiesen, dass es sich ihrer Meinung nach bei den sog. sprachorientierten Systemlösungen nur um ein Label der DT AG handele, unter dem diese vor allem Leistungen des öffentlichen Telefondienstes erbringe.

Auch wurde von interessierten Parteien vorgebracht, dass Leistungen (im vorliegenden Fall: Zugang zum öffentlichen Telefonnetz, öffentliche In- und Auslandsverbindungen) nicht per se gebündelt existierten. Vielmehr würden Unternehmen einzelne Leistungen zum Paket bündeln, weil sie davon Vorteile hätten oder sich versprechen würden.

Wie sich im Rahmen des Auskunftsersuchens gezeigt hat, bieten die Telekommunikationsunternehmen Zugangs- und Verbindungsleistungen sowohl als Einzelleistungen im Rahmen von Standardtarifen als auch gebündelt in Form von Paket- oder Optionstarifen an[166]. Somit stellen die Unternehmen nicht gebündelte, untrennbare Produkte her, sondern Einzelleistungen, die von ihnen nach eigener Strategie beliebig zusammengestellt und vertrieben werden. Dies geschieht nicht nur in großer Zahl im Rahmen von Options- oder Bündeltarifen, sondern auch im Rahmen kundenindividueller Verträge, in denen die Unternehmen ihre Einzelleistungen häufig auf der Grundlage von Ausschreibungen nach den jeweiligen Kundenanforderungen zu Paketen zusammenstellen (ggf. auch zusammen mit Nebenleistungen wie Entstörung, Voice Box), die entweder standardmäßig oder als zusätzlich zu vergütende Leistungen angeboten werden, und anderen Leistungen, die nicht Zugangs- und Verbindungsleistungen sind. Daher liegt es in der strategischen Ausrichtung der Unternehmen, ob und in welcher Form sie Zugangs- und Verbindungsleistungen sowie Nebenleistungen (Serviceprodukte) bündeln und als AGB-Verträge oder als individuell zugeschnittene Angebote nach Kundenwünschen oder im Rahmen einer Ausschreibung anbieten.

Auch dürfte gerade aus Sicht der DT AG die Austauschbarkeit der Privat- bzw. Geschäftskundentarife einerseits und der sprachorientierten Systemlösungen andererseits gegeben sein. [...]

Es hat sich aber gezeigt, dass ab einer Grenze von 1 Mio. € Jahresumsatz (Gesamtvertragsvolumen, netto) nur noch ein geringer Teil der Anbieter in der Lage ist, Systemlösungen anzubieten. Denn bei vielen der Anbieter, die angegeben haben, Systemlösungen generell oder im Ausnahmefall für kommunale Kunden anzubieten, ist bereits der Gesamtumsatz, den sie mit Sprachleistungen erzielen, zu klein, um Angebote in einer solchen Größenordnung machen zu

[165] S. auch B.I.3.
[166] Mit Ausnahme einiger Anbieter, die ausschließlich oder überwiegend Call-by-Call-Verbindungen anbieten.

können. Daher reduziert sich die Zahl möglicher Anbieter in diesem Bereich auf max. 10-15 Unternehmen.

Die DT AG weist in ihrer 2. Stellungnahme darauf hin, dass es keine Austauschbarkeit aus Anbietersicht für Systemlösungen insgesamt gebe. Insbesondere Verbindungsnetzbetreiber seien nicht in der Lage, in kürzerer Zeit und ohne erheblichen Aufwand sprachorientierte Systemlösungen anzubieten. Auch zeigten Analystenschätzungen, dass es noch andere Anbieter geben müsse, die nicht mit den Anbietern der Märkte 1-6 identisch seien.

Hinsichtlich der Analystenschätzungen ist zu sagen, dass nicht bekannt ist, welche Daten in deren Gesamtschätzung der von ihnen berechneten Märkte tatsächlich eingeflossen sind und ob diese den Märkten der vorliegenden Analyse entsprechen. Im Übrigen erscheint es aber widersprüchlich, dass es in großem Umfang Anbieter geben soll, die zwar nicht auf den Märkten 1-6 tätig sind, aber kundenindividuelle Systemlösungen anbieten, wenn nach Aussagen der DT AG nicht einmal Verbindungsnetzbetreiber dazu in der Lage sein sollen.

Auch die Aussagen anderer interessierter Parteien zur Austauschbarkeit aus Anbietersicht in Bezug auf Verträge mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Mio. € sind untereinander teilweise widersprüchlich. So weist z.B. eine interessierte Partei darauf hin, dass auch kleine City oder Regio Carrier unbegrenzt skalieren könnten, zumal die meisten mit anderen Carriern verbunden seien. Eine weitere Partei weist hingegen darauf hin, dass sich große Nachfrager primär an überregionale Anbieter wendeten, da sie ein erhebliches Interesse an der technologischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihrer Partner hätten. Daher würden regionale Anbieter von solchen Nachfragern ohnehin nur selten in den Blick genommen. Es sei aber auch so, dass Anbieter sich aus den genannten Bereichen zurückgezogen hätten, weil ihre Investitionen wegen der bisher fehlenden Regulierung nicht geschützt worden seien. Die geringere Austauschbarkeit sei somit das Ergebnis (fehlender) Regulierung. Auch würden Verträge mit einem hohen Vertragsvolumen häufig eine Vielzahl von kleinen Verträgen ablösen. Ein Unternehmen, dass viele kleine Verträge abwickeln könne, könne aber genauso einen großen Vertrag abwickeln.

Allerdings hat die Überprüfung gezeigt, dass von den 4 befragten Wettbewerbern der DT AG lediglich [...] mehr als [...] Verträge mit mehr als einer Mio. € Jahresumsatz[167] [...]. Es erscheint daher eher unwahrscheinlich, dass in diesem Bereich auch Regio-Carrier tätig sind. Die Zahl von max. 10-15 Anbietern in diesem Bereich ist daher schon sehr großzügig geschätzt.

Insgesamt sieht sich die Bundesnetzagentur durch die Stellungnahmen darin bestätigt, dass die Austauschbarkeit aus Anbietersicht in dem oberen Segment von Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Mio. € eine erheblich reduzierte Austauschbarkeit aus Anbietersicht vorliegt.

Somit ist eine Austauschbarkeit von Zugangs- und Verbindungsleistungen im Rahmen von sprachorientierten Systemlösungen mit den Zugangs- und Verbindungsleistungen der vorstehenden sachlich relevanten Märkte aus Sicht der Anbieter grundsätzlich gegeben. Lediglich ab einem Jahresumsatz von mehr als einer Mio. € pro Vertrag ist die Austauschbarkeit aus Anbietersicht stark eingeschränkt, weil hier nur noch einige große Anbieter in der Lage sind, die Nachfrage zu erfüllen.

g. Wettbewerbsbedingungen

Ferner ist zu prüfen, ob die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen für die Einbeziehung der Zugangs- und Verbindungsleistungen aus sprachorientierten Systemlösungen in die vorstehend geprüften sachlich relevanten Märkte sind.

[167] Gesamtvertragsvolumen, netto.

Die Kommission hat zu den Märkten 1-6 ausgeführt, dass dem Endkunden verschiedene Optionen und Pakete je nach seinen typischen Nutzungs- und Gesprächsmustern zur Verfügung stehen könnten. Obwohl viele Endkunden für Anschluss und abgehende Anrufe vorzugsweise ein und dasselbe Unternehmen wählen würden, entschieden sich andere bei abgehenden Anrufen ganz oder teilweise für einen anderen Betreiber als den, der den Anschluss (und eingehende Anrufe) übernehme.[168] Trotzdem hat die Kommission keine getrennten Märkte für Standardtarife einerseits und Options- und Pakettarife andererseits festgelegt. Dies zeigt, dass die Wettbewerbsbedingungen auch von der Kommission als hinreichend homogen angesehen werden.

Zwar kann man ausführen, dass die Kommission in ihrem Explanatory Memorandum von einer Trennung in Privat- und Geschäftskundenmärkte ausgegangen ist. Würde man aber (nahezu) identische homogene Wettbewerbsbedingungen fordern, so müssten auch bei einer Trennung in Privat- und Geschäftskundenmärkte eigene Märkte für Optionstarife gebildet werden: Denn ein Privatkunde, der zwar viel telefoniert, aber vorwiegend Orts- und Nahgespräche führt, würde z.B. einen Optionstarif ähnlich dem Country-Select-Tarif der DT AG nicht auswählen, weil er nicht seinem persönlichen Nutzungsmuster entspricht (dafür wäre gerade dieser Tarif aber für kleine Geschäftskunden mit zumindest teilweise grenzüberschreitender Ausrichtung durchaus interessant).

Auch hätte es ein Unternehmen selbst in der Hand, durch geringe Zugaben den Zuschnitt eines Pakets so zu verändern, dass dieses nicht mehr mit anderen Paketen vergleichbar wäre. Hinzu kommt, dass sich durch einzelne Optionstarife große Preisunterschiede selbst bei einem Anbieter ergeben. So kostet z.B. bei der DT AG[169] eine Minute nach Vietnam 1,49 € im CallPlus-Tarif, 1,03 € in den Tarifen BusinessCall 501, 551 und 701 sowie 0,35 € im Country Select[170]. Trotzdem werden von der Bundesnetzagentur keine unterschiedlichen Auslandsmärkte für die einzelnen Tarife abgegrenzt, weil dies zu einer Zersplitterung des Marktes führen würde. Genau so verhält es sich aber auch mit den sprachorientierten Systemlösungen.

Das Vorliegen von identischen Preisen, Bündelungen oder Wettbewerbsbedingungen würde schlussendlich dazu führen, dass jeder Optionstarif einen eigenen Markt bilden würde. Eine derartige Marktabgrenzung wäre indes zu eng. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Annahme zahlreicher kleiner Märkte die Gefahr beinhaltet, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen[171].

Gleiches gilt aber auch für die sog. sprachorientierte Systemlösungen, die ebenfalls Pakete für Zugangs- und Verbindungsleistungen darstellen. Auch diese sind aufgrund unterschiedlicher Nutzungs- und Gesprächsmuster der Endkunden nur für einen Teil der Endkunden attraktiv und werden daher auch nur von diesen genutzt. Sie sind aber ebenso wie die o.g. Optionstarife hinreichend homogen mit ähnlichen Leistungen auf den jeweiligen Märkten, die in AGB-Verträgen angeboten werden.

Die DT AG sieht u.a. deshalb einen eigenen Markt für sprachorientierte Systemlösungen, weil es sich um individuell gestaltete Lösungen zur Befriedigung der individuellen Kommunikationsbedürfnisse der Kunden handele. Von den übrigen interessierten Parteien ist im Konsultationsverfahren allerdings bestritten worden, dass es sich bei den sprachorientierten Systemlösungen der DT AG tatsächlich um nicht vergleichbare, kundenspezifische Verträge handele. Vielmehr seien es ihrer Auffassung nach Rahmenverträge, die verschiedene Einzelverträge preislich

[168] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[169] Stand 15.09.2005.
[170] Dieser Tarif kann zusätzlich auch zu anderen Optionstarifen gewählt werden. Dabei kann der Kunde bis zu 3 Länder auswählen, für die er – ohne Optionszuschlag, aber mit einem monatlichen Mindestumsatz von 1 € pro Land – die besonders günstigen Tarife erhält. Für die übrigen Länder gelten die Standardtarife.
[171] Vgl. KG, 07.11.1985 „Pillsbury – Sonnen-Bassermann“ WuW/E OLG 3759, 3759 f.

günstiger umfassten bzw. eine Kombination von Standardleistungen unter der Bezeichnung sprachorientierte Systemlösungen.

Von interessierten Parteien wurde darauf hingewiesen, dass es nicht darauf ankomme, ob sich ein Kunde für eine Leistung „von der Stange“ entscheide – also z.B. AGB-Produkte – oder ob er einzelvertraglich Bedingungen mit dem Anbieter aushandele. Für die Markteinteilung sei nicht die Art des Anbietens entscheidend, also wie oder wem eine Leistung angeboten werde, sondern die Art des dahinter stehenden Dienstes. Bezogen auf das zu befriedigende Bedürfnis des Kunden sei es diesem zunächst gleichgültig, ob es insoweit Bündelprodukte gebe oder jede Leistung einzeln ausgewählt und bestellt werden könne.

Auch hat die DT AG im Auskunftsersuchen vorgebracht, dass die sprachorientierten Systemlösungen sich von den BusinessCall-Angeboten dadurch unterscheiden würden, dass sie i.d.R. durch Ausschreibung vergeben würden. Dieses Kriterium ist auch vom OVG NW in seiner Entscheidung herausgestellt worden[172]. In der nationalen Konsultation hat eine interessierte Partei vorgebracht, die Ausschreibung und individuelle Verhandlung von Rahmenverträgen bzw. Verträgen über höhere Kommunikationsvolumina rechtfertige nicht die getroffene Abgrenzung als „sprachorientierte Systemlösung“. Soweit der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses in der Sprachkommunikation liege – und darauf weise der Begriff „sprachorientiert“ eindeutig hin – müssten diese Vertragsverhältnisse unabhängig von der jeweiligen Preisvereinbarung auch in die betreffenden Märkte einbezogen werden. Sonst könne keinesfalls das an anderer Stelle im Konsultationsdokument zitierte „Gesamtsystem und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt“ gewährt werden.

So hat eine interessierte Partei im Auskunftsersuchen angegeben, an Ausschreibungen teilzunehmen, allerdings mit einem modularen Produktkonzept. Würde die Bundesnetzagentur die Ausschreibung als Abgrenzungskriterium für kundenspezifische sprachorientierte Systemlösungen wählen, so würden diese Verträge ebenfalls erfasst, obwohl es sich hierbei offensichtlich um weitestgehend standardisierte Produkte handelt.

Die DT AG hat dazu in ihrer 2. Stellungnahme ausgeführt, dass auch die individuelle Zusammenstellung von standardisierten Modulen im Ergebnis eine Individuallösung darstelle, die sich die Kunden in diesem Segment individuell entsprechend ihrer Telekommunikationsbedürfnisse zusammenstellten. Zunächst hat die Bundesnetzagentur bereits im Entwurf vom 12.08.05 darauf hingewiesen, dass es sich um weitestgehend standardisierte Produkte handele. Zum anderen sind auch AGB-Lösungen von Unternehmen teilweise mit individuellem Zuschnitt. Als Beispiel wird hier das Produkt BusinessCall 701 der DT AG aufgeführt. Darin hat der Kunde entsprechend den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht nur die Möglichkeit, die Zahl der Anschlüsse auf dem eigenen Grundstück festzulegen, sondern auch, den Vertrag um weitere Anschlüsse auf anderen Grundstücken bzw. an anderen Standorten sowie um Anschlüsse von anderen Unternehmen, die demselben Unternehmensverbund angehören, zu erweitern.

Ferner haben interessierte Parteien darauf hingewiesen, dass sprachorientierte Systemlösungen ihrer Auffassung nach kein andersartiges, nicht substituierbares Produkt, sondern lediglich eine andere Produktbezeichnung für ein substituierbares Produkt seien. Die Marktabgrenzung dürfe sich aber nicht, wie dies die Regulierungsbehörde im Konsultationsentwurf bereits für die (fehlende) Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden aufgezeigt habe, an Produktbezeichnungen orientieren. Die Regulierungsbehörde hatte für diesen Bereich aufgezeigt, dass die Bezeichnung der Tarife durch die einzelnen Telekommunikationsanbieter letztlich beliebig sei, weil der Kunde ohne Einhaltung bestimmter Bedingungen seinen Tarif selbst aussuchen könne, was im Übrigen sogar zu strategischer Produktbenennung zur Vermeidung einer möglichen Marktbeherrschung führen würde. Dies gilt aber letztlich auch für die sprachorientier-

[172] Vgl. Beschluss des OVG NRW in der Sache 13 B 806/03 vom 15.09.2003, S. 4.

ten Systemlösungen, da diese Bezeichnung von der DT AG für die von ihnen vertriebenen Produktbündel eingeführt worden ist.

Ungeachtet der vorgebrachten Argumente müsste man bei einem so hohen Maß an Homogenität, wie es die DT AG offensichtlich fordert, davon ausgehen, dass selbst die einzelnen Verträge der von der DT AG angebotenen sprachorientierten Systemlösungen untereinander nicht mehr austauschbar wären. Dies würde dazu führen, dass im Extremfall jeder einzelne Vertrag einen eigenen Markt darstellen würde. Beim derzeitigen Stand würde dies alleine bei der Berücksichtigung der von der DT AG angebotenen Verträge über sprachorientierte Systemlösungen zu einer dreistelligen Zahl von Märkten führen. Einem solchen Vorgehen kann von Seiten der Bundesnetzagentur nicht gefolgt werden, da eine solche Marktabgrenzung zu eng und daher nicht mehr aussagekräftig ist.

Auch eine Rabattierung nach Umsatzvolumen ist kein Abgrenzungskriterium für sprachorientierte Systemlösungen. Dies zeigt sich z.B. auch darin, dass solche umsatzabhängigen Rabatte von der DT AG bereits in ihren BusinessCall501/701-Tarifen angeboten werden. Dabei wird bereits bei einem Umsatz von 50 € an Verbindungspreisen je Abrechnungszeitraum ein Volumennachlass von mind. 3 % gewährt. Solche Rabattierungen sind also kein Sonderfall sprachorientierter Systemlösungen, der durch einen besonderen Wettbewerbsdruck auf diesem Marktsegment entsteht, sondern übliche Praxis auch bei Verträgen mit geringen monatlichen Umsätzen.

Oberes Marktsegment

Allerdings haben in der nationalen Konsultation mehrere Parteien darauf hingewiesen, dass es möglicherweise einen eigenen Markt für Systemlösungen geben könnte, der deutlich enger und exklusiver sei als die Gesamtheit der sprachorientierten Systemlösungen der DT AG.

So hat z.B. Arcor angegeben, es müsse eine Umsatzgrenze gefunden werden, oberhalb derer erst eine Prüfung beginnen könne, ob tatsächlich eine individuelle, kundenspezifische, im Kern nicht gegen Bündelprodukte austauschbare Sonderlösung vorläge. Die eigene Erfahrung zeige, dass dabei eine Untergrenze von 3.000.000 €/Jahr problemlos überschritten werde und auch weitere in der Stellungnahme genannte Kriterien kumulativ vorlägen. Diese Untergrenze sei zusammen mit einem Kriterienkatalog in einer Gesamtschau zu würdigen, da einzelne Kriterien schon bei standardisierten TDN-/T-VPN-Verträgen oder auch bei den eigenen Produkten für große Geschäftskunden erfüllt seien. Nur das Vorliegen mehrerer Merkmale bei Überschreitung der genannten Umsatzgrenze spreche für die Nichttrennbarkeit der Leistungen.

Die Bundesnetzagentur hat daraufhin, wie bereits erwähnt, bei der DT AG sowie Arcor, COLT, BT und MCI die Anzahl von Verträgen mit Großkunden ermittelt. Dabei ging es um Gruppen von Verträgen mit Sprachleistungen mit einem Jahresumsatz[173] von 100.000 € bis 1 Mio. €, 1 Mio. € bis 3 Mio. € bzw. mehr als 3 Mio. €. Es hat sich gezeigt, dass die Anzahl der Verträge mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. € deutlich abnimmt: im Bereich bis zu 1 Mio. € gibt es ca. [...] Verträge, im Bereich von 1 Mio. € bis 3 Mio. € gibt es ca. [...] Verträge, im Bereich über 3 Mio. € gibt es ca. [...] Verträge. [...]. Zwar sind mit den ausgewählten Unternehmen nicht alle am Markt tätigen Anbieter erfasst. Allerdings ist im vorstehenden Kapitel H.I.4.e. dargelegt worden, dass eine Vielzahl von Anbietern nicht in der Lage sein dürfte, die Nachfrage im oberen Marktsegment zu bedienen. Daher dürften sich die genannten Zahlen nur um wenige Verträge von anderen Anbietern erhöhen.

Bei Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. € handelt es sich also nicht mehr um ein Massengeschäft wie bei Verträgen mit weniger als 1 Mio. €. Es stellt sich daher die Frage, ob in diesem Bereich die Wettbewerbsbedingungen noch homogen sind. So hat z.B. in der

[173] Gesamtumsatz des Vertrags, netto.

nationalen Konsultation eine interessierte Partei angegeben, dass Angebote, die als sprachorientierte Systemlösungen klassifiziert und nur bestimmten Kunden angeboten würden, ausschließlich den – aufgrund der hohen Umsätze pro Kunde – lukrativen Geschäftskundenbereich beträfen. Auch in den 2. Stellungnahmen haben mehrere interessierte Parteien, darunter auch die DT AG, darauf hingewiesen, dass dieser Bereich ganz besonders umkämpft sei.

Andererseits unterscheidet sich aber auch die Nachfragerstruktur in diesem Bereich. Dies geht nicht nur daraus hervor, dass es weniger Nachfrager in diesem Bereich gibt. Es ist auch davon auszugehen, dass diese Nachfrager alleine aufgrund ihrer Größe gegenüber den Telekommunikationsanbietern eine andere Nachfragemacht ausüben können als einzelne Privatkunden, aber auch einzelne mittlere Unternehmen. Dies gilt um so mehr, wenn ein einzelnes Großunternehmen einem kleineren deutschen Telekommunikationsanbieter gegenüber steht, für den das Gesamtvolumen eines solchen Vertrags u.U. eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung hat. Daher ist davon auszugehen, dass solche Großunternehmen in der Lage sind, bei diesen individuell ausgehandelten Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Mio. € sowohl auf die Preise als auch auf mögliche gewünschte Neben- und Serviceleistungen erheblich mehr Druck auszuüben, als dies einem Unternehmen möglich wäre, das einen Vertrag über Sprachleistungen mit einem geringeren Jahresumsatz hat.

Ferner ist davon auszugehen, dass solche Verträge i.d.R. noch andere gemeinsame Merkmale haben. Dazu gehören z.B., dass solche Verträge einen sehr hohen Anteil an Anschluss- und Verbindungsleistungen enthalten sowie individuell projektiert sind und somit keine oder nur wenig AGB-Leistungen enthalten.

Es ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb in diesem Marktsegment erheblich stärker ausgeprägt ist als sonst auf den Märkten 1-6. Denn dieser Bereich ist für die Anbieter offensichtlich besonders lukrativ, während es gleichzeitig nur relativ wenige Unternehmen gibt, die einen solchen Jahresumsatz im Bereich der Sprachleistungen überhaupt erreichen und zudem eine höhere Nachfragemacht haben. Daher ist davon auszugehen, dass in den Verhandlungen zwischen Nachfragern und Telekommunikationsanbietern bzw. in Ausschreibungen die Nachfrager nicht nur aufgrund ihrer Größe und ihres Umsatzpotenzials einen erheblichen Druck gegenüber den Telekommunikationsanbietern ausüben können, sondern auch die Telekommunikationsanbieter ihrerseits bereit sein werden, den für sie lukrativen (potenziellen) Kunden erheblich weiter entgegenzukommen, als dies bei Kunden im noch relativ breiten Markt unterhalb von 1 Mio. € Jahresumsatz der Fall ist. Dies gilt nicht nur für den Preis bzw. mögliche umsatzabhängige Rabatte, sondern auch für besondere Service- und Nebenleistungen, die zusätzlich gewährt und in den Preis einbezogen werden.

In den 2. Stellungnahmen hat eine interessierte Partei dieser Grenze zugestimmt. Weitere interessierte Parteien waren der Ansicht, dass die Wettbewerbsbedingungen homogen seien und es daher keine Unterscheidung nach Mindestumsätzen geben könnte. Wenn überhaupt, so sei die gewählte Grenze zu niedrig. Ausgangspunkt müssten ggf. die 3 Mio. € Jahresumsatz sein, die auch von der Kommission in der Fusionskontrollentscheidung BT/AT&T angesetzt worden sei. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass es ein marktbeherrschendes Unternehmen so in der Hand hätte, durch Nicht-Telekommunikationsleistungen das Vertragsvolumen künstlich zu steigern und sich dadurch einer Regulierung zu entziehen.

Zwar ist es prinzipiell möglich, den Vertrag durch Nicht-Telekommunikationsleistungen künstlich in seinem Vertragsvolumen zu erhöhen. Es ist aber angesichts der hohen Nachfragemacht der Großunternehmen nicht zu erwarten, dass diese zusätzliche Leistungen abnehmen, die sie nicht benötigen.

Die Abfrage der Bundesnetzagentur hat gezeigt, dass die Anzahl der Verträge bereits ab einem Jahresgesamtumsatz von 1 Mio. € stark zurückgehen, so dass auf Basis dieser Daten bereits hier die Annahme andersartiger Wettbewerbsbedingungen zusammen mit den weiteren genannten Gründen gerechtfertigt ist.

h. Ergebnis

Die Bundesnetzagentur ist dem Vorbringen der überwiegenden Zahl der interessierten Parteien im Rahmen der nationalen Konsultation gefolgt und hat den Bereich der sprachorientierten Systemlösungen nochmals untersucht. Dies ist insbesondere aufgrund der Vielzahl an neuen Informationen erfolgt, die zu ähnlichen Produkten anderer Anbieter vorgebracht worden sind und die vorher nicht verfügbar waren. Insofern hat die Bundesnetzagentur gegenüber den früheren Verfahren weitere, bisher nicht vorhandene Erkenntnisquellen nutzen können.

Diese Untersuchungen und die Wertung der vorhandenen Fakten haben letztlich zu dem Ergebnis geführt, dass eine Substituierbarkeit der Leistungen, welche die DT AG innerhalb ihrer sprachorientierten Systemlösungen anbietet, mit den Zugangs- und Verbindungsleistungen der bereits festgestellten sachlich relevanten Märkte sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht für den überwiegenden Teil der Verträge besteht. Außerdem liegen homogene Wettbewerbsbedingungen vor.

Allerdings kommt die Bundesnetzagentur aufgrund ihrer Untersuchungen und den vorstehenden Überlegungen zu dem Schluss, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf dem Marktsegment von Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. € signifikant von denen der Märkte 1-6 unterscheiden. Sie sind nicht mehr ausreichend homogen, um diesen Märkten zugeordnet zu werden. Auch liegt nur eine eingeschränkte Austauschbarkeit aus Anbietersicht vor.

Auch die 2. Stellungnahmen der interessierten Parteien haben keine neuen Tatsachen und Erkenntnisse vorgebracht, die zu einem anderen Ergebnis führen würden.

Daher werden die einzelnen Leistungsbündel aus den sog. sprachorientierten Systemlösungen der DT AG den jeweiligen sachlich relevanten Märkten (Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten, öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten und öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten) zugerechnet, sofern die Verträge einen jährlichen Gesamtumsatz von weniger als einer Mio. € haben.

Zusätzlich wird die Bundesnetzagentur einen eigenen Markt für Verträge mit Sprachleistungen mit einem Jahresumsatz von mehr als eine Mio. €[174] prüfen. Dazu wird sie im Anschluss an diese Marktanalyse eine Erhebung für diesen Markt durchführen.

5. Nennung der sachlich relevanten Märkte

Damit werden die folgenden sachlich relevanten Märkte festgestellt:

- **Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz vom mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden (Märkte Nr. 1 und Nr. 2 der Kommissions-Empfehlung); im Weiteren bezeichnet als Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten,**

[174] Gesamtumsatz des Vertrages, netto.

- **Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz vom mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden (Märkte Nr. 3 und Nr. 5 der Kommissions-Empfehlung); im Weiteren bezeichnet als Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten,**
- **Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz vom mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden (Märkte Nr. 4 und Nr. 6 der Kommissions-Empfehlung); im Weiteren bezeichnet als Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten.**

II. Räumliche Marktabgrenzung

Im Anschluss an die Definition des sachlich relevanten Markts ist der räumlich relevante Markt abzugrenzen.[175] Fraglich ist, ob bei den unter H.I. untersuchten Märkten vorliegend von bundesweiten Märkten ausgegangen werden kann.

1. Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten

Im Allgemeinen werden kleinere Märkte, die nur ein Teilgebiet des Bundesgebiets umfassen, immer dann anzunehmen sei, wenn aus der Sicht des Abnehmers objektive Hemmnisse bestehen, welche die Bedarfsdeckung außerhalb eines bestimmten regionalen Gebietes nicht sinnvoll erscheinen lassen[176]. An sich ist aus Sicht eines den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz nachsuchenden Endkunden der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz in einer Region nicht durch den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz in einer anderen Region austauschbar. So kann beispielsweise der Zugang eines in Berlin ansässigen Endkunden nicht durch den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz in Frankfurt gedeckt werden. Insofern ist der Standort des jeweiligen Zugangs für den Endkunden aus seiner Nachfragersicht keineswegs beliebig austauschbar. Der räumlich relevante Markt könnte also jeweils deckungsgleich sein mit jedem einzelnen Zugang eines Endkunden zum öffentlichen Telefonnetz.

Es handelt sich allerdings hierbei um eine mit der im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung dargestellten Problematik[177] vergleichbare Situation, die sich aus den Besonderheiten des netzgebundenen Telekommunikationssektors ergibt und die insofern die nicht nur von der Bundesnetzagentur, sondern auch seitens des Bundeskartellamts in den vergangenen Jahren immer wieder betonte Gefahr einer verfälschten Wiedergabe der Wettbewerbsbedingungen infolge einer Abgrenzung zu kleiner Teilmärkte in sich birgt.

Bei homogenen Marktverhältnissen kann daher die an sich durch das Kriterium der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht vorgegebene Marktabgrenzung nicht nur in sachlicher, sondern auch in räumlicher Hinsicht relativiert werden. So können einzelne zu demselben relevanten Markt gehörige Dienstleistungen dann zu einem auch in geographischer Hinsicht einheitlichen relevanten Markt zusammengefasst werden, wenn im Bundesgebiet weitgehend einheitliche Wettbewerbsbedingungen herrschen[178].

[175] Vgl. Leitlinien, Rn. 55.
[176] Vgl. dazu Wendland: in: Beck'scher TKG-Kommentar, vor § 33, Rdnr. 47 m.w.N.
[177] Zugang zum öffentlichen Telefonnetz A ist nicht austauschbar mit Zugang zum öffentlichen Telefonnetz B.
[178] Vgl. dazu Wendland: in: Beck'scher TKG-Kommentar, vor § 33, Rdnr. 50.

Aufgrund der Existenz von regionalen Wettbewerbern, die über eigene Teilnehmernetze oder angemietete Infrastruktur Teilnehmeranschlüsse anbieten, wären unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und damit eine Differenzierung zwischen verschiedenen Regionen zumindest denkbar.

Die neuen Anbieter von Anschlüssen haben ihr Tätigkeitsgebiet bislang verschieden weit ausgedehnt. Eine Ausdehnung ist teilweise auch dadurch erfolgt, dass sich eine Reihe von regionalen Anbietern in einem Verbund (Tropolys) zusammengeschlossen hat und dadurch eine erheblich größere geographische Präsenz erlangt hat.

Allein der Umstand, dass es in unterschiedlichen Regionen, insbesondere in Ballungsgebieten, mehr Anbieter der in Frage stehenden Leistungen gibt als in umliegenden ländlichen Gebieten, rechtfertigt nicht die Annahme eines eigenen räumlichen Marktes für Ballungsgebiete, denn es ist typisch für Ballungsgebiete, dass es dort mehr Anbieter der jeweils sachlich austauschbaren Produkte gibt als in ländlichen Regionen.

Ausschlaggebend ist jedoch, ob das Mehr an Anbietern in bestimmten Regionen zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen gegenüber anderen Gebieten geführt hat.

Unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen sind dann gegeben, wenn sich die Anbieter zu einer gegenüber benachbarten Regionen deutlich verschiedenen Strategie (Produkt-, Preis- und Rabattdifferenzierung) veranlasst sehen[179].

Die Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass die bundesweit tätigen Anbieter in Bezug auf die Bedingungen und Preise für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst keine Unterschiede zwischen ihren Angeboten in Ballungsgebieten und anderen Gebieten machen. Auch haben die Unternehmen, die sich unter dem Namen Tropolys zusammengeschlossen haben, im Laufe des Jahres 2003 ihre Preise bundesweit harmonisiert. Der Vollständigkeit halber sei zudem darauf hingewiesen, dass auch der größte Anbieter, die DT AG, T-Com, bundeseinheitliche Preise für die hier relevanten Produkte hat, so dass hier keine Differenzierung zwischen Ballungsgebieten und anderen Regionen besteht.

Eine unterschiedliche Strategie der Unternehmen für bestimmte Regionen liegt daher nicht vor. Somit ist festzuhalten, dass der dargestellte sachlich relevante Markt in geographischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten

Auch auf dem sachlich relevanten Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten gibt es keine regionalen Märkte. Denn deutlich unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen zwischen verschiedenen Regionen sind hier ebenso wie beim Zugang zum öffentlichen Telefonnetz nicht ersichtlich. Nichts anderes ergibt sich aus der Einbeziehung von VoIP-Verbindungen in diesen Markt.

Hinzu kommt, dass Anbieter von Inlandstelefonverbindungen nicht notwendigerweise bundesweit präsent sein müssen, sondern über Call-by-Call und Preselection Inlandstelefonverbindungen für Endkunden auch als kleinere Anbieter bundesweit anbieten können. Dies gilt seit dem 25.04.2003 (Call-by-Call) bzw. dem 09.07.2003 (Preselection) für alle Inlandstelefonverbindungen, also auch für Ortsverbindungen. Somit hat bei den Inlandstelefonverbindungen die Präsenz der Anbieter bzw. das Vorhandensein regionaler Infrastruktur anders als beim Zugang der Endkunden zum öffentlichen Telefonnetz keine Bedeutung. Daher stehen den Kunden für Telefonverbindungen im Vergleich zu den Telefonanschlüssen sehr viel mehr Unternehmen als An-

[179] Vgl. dazu Wendland: in: Beck'scher TKG-Kommentar, vor § 33, Rdnr. 50.

bieter gegenüber. Es handelt sich hierbei um Unternehmen, die bundesweit die gleichen Produkte zu denselben Konditionen anbieten.

Eine unterschiedliche Strategie der Unternehmen für bestimmte Regionen liegt daher nicht vor. Somit ist festzuhalten, dass der dargestellte sachlich relevante Markt in geographischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten

Auch für einen denkbaren sachlich relevanten Markt für Verbindungen in das Ausland gibt es keinen auf bestimmte Regionen beschränkten räumlichen Bezugsmarkt. Wie bei den Inlandsverbindungen besteht auch hier die Möglichkeit zu Call-by-Call und Preselection mit der Folge, dass die Kunden nicht an ihren Teilnehmernetzbetreiber gebunden sind, und es sich bei den Anbietern zumeist um bundesweit tätige Anbieter handelt, die keine Preisdifferenzierung nach geographischen Kriterien durchführen. Insofern wird auf die Ausführungen unter vorstehender Ziffer 2. verwiesen.

Sofern sich die interessierte Parteien zur räumlichen Marktabgrenzung auf allen drei sachlich relevanten Märkten geäußert haben, haben sie dieser im Ergebnis zugestimmt.

Somit ist festzuhalten, dass der dargestellte sachlich relevante Markt in geographischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

I. Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG

Im Anschluss an die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte hat die Regulierungsbehörde diejenigen Märkte festzulegen, die für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommen, § 10 Abs. 1 TKG.

Für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG kommen gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 TKG Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Bei der Bestimmung der entsprechenden Märkte, welche sie im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums vornimmt, hat die Regulierungsbehörde weitestgehend die Märkte-Empfehlung der Kommission in ihrer jeweils geltenden Fassung zu berücksichtigen, § 10 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG. In dieser Empfehlung ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass für die hier untersuchten Märkte nach Nr. 1 bis 6 der Märkte-Empfehlung die drei oben genannten Kriterien erfüllt sind.

Die Nennung in der Märkte-Empfehlung stellt allerdings keine unwiderlegbare Vermutung dafür auf, dass der jeweilige Markt tatsächlich für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommt. Dies zeigen folgende Überlegungen:

Der Rechtsnatur nach sind Empfehlungen allgemein gemäß Art. 249 Abs. 5 EGV nicht verbindlich. Trotzdem entfalten sie durchaus Rechtswirkungen. Nach gefestigter Rechtspraxis sind sie zur Auslegung innerstaatlicher, Gemeinschaftsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen.[180] Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie verstärkt diese Wirkungen, indem dort die „weitestgehende Berücksichtigung“ der Empfehlung vorgegeben wird. Diese Formel, welche vom deutschen Gesetzgeber in § 10 Abs. 2 S. 3 TKG wiederholt wird, verpflichtet die Bundesnetzagentur indes nicht dazu, die vorgegebenen Marktdefinitionen unbesehen zu übernehmen.

So impliziert aus formeller Sicht gerade die Pflicht zur (lediglich) „weitestgehenden“ Berücksichtigung die Möglichkeit eines Abweichens. Art. 15 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 S. 1 lit. a) Rahmenrichtlinie sowie Erwägungsgrund Nr. 19 der Märkte-Empfehlung weisen zudem ausdrücklich darauf hin, dass die nationalen Regulierungsbehörden Märkte festlegen können, die von denen der Empfehlung abweichen.

In materieller Hinsicht ist zu beachten, dass die von der Kommission zur Prüfung empfohlenen Märkte naturgemäß nur den europäischen Durchschnitt widerspiegeln können. Dabei ist allerdings auch aus der Begründung zur Empfehlung nicht ersichtlich, wie die Marktgegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten (etwa Deutschland) bewertet und dann zu einem europäischen Durchschnitt zusammengefasst worden sind. Des Weiteren sollte nicht verkannt werden, dass der Prüfungsrahmen der Kommission durch den Zwang, die in Anhang I der Rahmenrichtlinie vorgegeben Märkte zumindest in der ersten Empfehlung zu berücksichtigen, spürbar eingeschränkt worden ist.

---

[180] EuGH, Rechtssache C-322/88, Urteil v. 13.12.1989, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 - Salvatore Grimaldi/Fonds des maladies professionelles.

Es ist deshalb die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, die von der Kommission genannten Märkte im Hinblick auf die konkreten nationalen Gegebenheiten zu prüfen. Die Märkte-Empfehlung stellt unter diesen Umständen keine unwiderlegbare Vermutung, sondern lediglich den Ausgangspunkt der Prüfung sowie eine Auslegungsregel für Zweifelsfälle dar.[181]

Die von der Bundesnetzagentur durchzuführende Prüfung von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG hat sich allerdings auf eine abstrakt-typisierende Untersuchung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale zu beschränken.

Die abstrakt-typisierende Prüfungsweise bei § 10 Abs. 2 S. 1 TKG resultiert aus dem Zweck des Drei-Kriterien-Tests. Es sollen diejenigen Märkte herausgefunden werden, bei denen der Einsatz von Regulierungsinstrumenten nach den Vorschriften des zweiten Teils in Betracht kommt. Es ist aber nicht Aufgabe des Drei-Kriterien-Tests, eine Aussage darüber zu treffen, ob und in welchem Umfang auf bestimmten Märkten Regulierungsinstrumente tatsächlich einzusetzen sind. Letzteres ergibt sich erst aus dem Vorliegen von beträchtlicher Marktmacht und gegebenenfalls weiteren, in den Einzelvorschriften des zweiten Teils enthaltenen Bedingungen. Eine konkret-individualisierende Prüfung der Marktgegebenheiten und der Verhältnismäßigkeit bestimmter Regulierungsinstrumente hat deshalb auch erst in diesem zweiten Schritt zu erfolgen. Im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests, der lediglich eine Vorauswahl bestimmter Märkte treffen soll, ist ein Vorgriff auf diese spätere Prüfung hingegen zu vermeiden. Deshalb ist bei der Untersuchung der drei Kriterien nur eine abstrakt-typisierende Prüfung der Marktgegebenheiten und der Verhältnismäßigkeit von Regulierungsinstrumenten vorzunehmen.[182] Für die Prüfung des zweiten Kriteriums (längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb) bedeutet dies beispielsweise, dass ein Abstellen auf die Marktanteilsentwicklungen genügt und keine weitergehenden Untersuchungen anzustellen sind.

Die drei Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG sind nach diesen Maßgaben für die in Abschnitt H. abgegrenzten Märkte zu untersuchen.

I. Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken

Wie weiter unten in Abschnitt J. im Einzelnen ausgeführt wird, sind zumindest der Anschlussmarkt und der Markt für Inlandsverbindungen durch beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken gekennzeichnet. Inwieweit dies auch auf den Markt für Auslandsverbindungen, kann hier offen bleiben. Jedenfalls nämlich ist für den letztgenannten Markt längerfristig eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb festzustellen.

II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb[183]

1. Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten

Im Hinblick auf die unter J. untersuchten Marktbeherrschungskriterien ist eine derartige wettbewerbliche Entwicklung nicht zu verzeichnen. Besonders plastisch zeigt sich dies anhand der auf sehr hohem Niveau (weit über [...] %) stagnierenden Marktanteile gemessen sowohl in Umsatzerlösen als auch in der Zahl der Endkundenanschlüsse, obwohl die DT AG verpflichtet ist, ihren

---

[181] Vergleiche zu Fällen, in denen ein Markt nicht in der Märkte-Empfehlung genannt ist, Nr. 29 Leitlinien sowie VG Köln, Beschluss vom 24.8.2005 in der Sache 1 L 803/05, S. 8 des amtl. Umdrucks (Glasfaser-TAL).

[182] Vergleichbar BNetzA, Beschluss BK 4-05-002/R vom 05.10.2005, veröffentlicht im Amtsblatt der BNetzA 2005, S. 1461 ff., S. 79 f. der dort anliegenden Festlegung der Präsidentenkammer vom 24.06.2005. Siehe ferner Erwägungsgrund Nr. 20 Empfehlung 2003/311/EG, wonach auf Märkten, welche den drei Kriterien entsprechen, gleichwohl wirksamer Wettbewerb herrschen könne. Zum summarischen Charakter der „Drei Kriterien" vgl. *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11 (13). A.A. *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519 (insbesondere 520 und 524), und *Loetz/Neumann*, German Law Journal 2003, 1307 (1321).

[183] Davon zu unterscheiden ist eine ggf. noch durchzuführende Prüfung nach § 39 TKG.

Wettbewerbern auf dem Endkundenmarkt die notwendigen Vorleistungen anzubieten. Im vorliegenden Fall kann aufgrund der Eindeutigkeit des Fehlens einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb die Frage dahingestellt bleiben, inwieweit eine solche Tendenz im Einzelnen sich vom tatsächlichen Vorliegen oder Fehlen von wirksamem Wettbewerb unterscheidet.

2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten

Auch hier ist im Hinblick auf die unter J. untersuchten Marktbeherrschungskriterien eine derartige wettbewerbliche Entwicklung nicht zu verzeichnen. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass der Verlust der DT AG[184] an Marktanteilen in den Jahren 2001 bis 2004 insgesamt gemessen in Umsatzerlösen weniger als [...] Prozentpunkte (nämlich von [...] % im Jahr 2001 auf [...] % im Jahr 2004) betrug und somit die Marktanteile der DT AG weiterhin auf hohem Niveau stagnieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein bedeutender Teil der Marktanteilssteigerungen der Wettbewerber der DT AG allein auf die 2003 erfolgte Einführung von Call-by-Call und Preselection im Ortsnetz zurückzuführen ist. Auch zeichnet sich nicht ab, dass auf dem Markt ein weiterer Wettbewerber eine Marktstellung erreichen könnte, mit der er die Position der DT AG ernsthaft gefährden könnte. 2004 betrug der Anteil des größten Wettbewerbers der DT AG [...] %. Aus alledem folgt, dass keine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb besteht.

3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten

Derzeit besteht auf dem Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten wirksamer Wettbewerb. Dies zeigt sich insbesondere in den Marktanteilsverlusten der DT AG sowie der starken Position, die der wichtigste Wettbewerber der DT AG auf dem ansonsten zersplitterten Restmarkt erzielen konnte: So lag der Marktanteil der DT AG sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen unter der Schwelle, die die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis für eine beherrschende Stellung[185] angesetzt hat. Auch gibt es einen Wettbewerber, der sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen einen nicht unbedeutenden Marktanteil auf dem ansonsten eher zersplitterten Restmarkt erzielen und sich so auch von den übrigen Wettbewerbern absetzen konnte.[186]

Aus diesen Gründen kommt der Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten nicht für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht. Da aber der vorliegende Markt bisher reguliert worden ist, führt die Bundesnetzagentur eine ausführliche Marktbeherrschungsprüfung durch, die zeigt, dass die DT AG nicht mehr über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für Auslandsgespräche verfügt.[187]

III. Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden

Für den Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten ist diese Prüfung unerheblich, da die Prüfung nach § 10 Abs. 2 S. 1 TKG bereits nach dem 2. Kriterium abgebrochen werden kann.

Hingegen erscheint die Anwendung allgemeinen Wettbewerbsrechts als Reaktion auf das Marktversagen auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten sowie dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten nicht ausreichend.

---

[184] Zur Vereinfachung wird jeweils nur die DT AG genannt. Die Berechnung der Marktanteile erfolgte allerdings auf der Basis der Umsätze bzw. Absätze der DT AG als auch T-Systems.
[185] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m.w.N.
[186] Dieses Ergebnis beruht auf notwendigen Korrekturen nach einer Überprüfung der von den Unternehmen zunächst gemeldeten Werte. Zum Verfahren im Einzelnen vgl. J.I.
[187] So das Vorgehen von PTS (Schweden) zu den Verbindungsmärkten, das von der Kommission in ihrer Entscheidung vom 24.06.2005 in der Sache SE/2005/0195-0196-0197-0198 nicht kommentiert wurde.

Gemäß Explanatory Memorandum der Europäischen Kommission zur Märkte-Empfehlung, S. 11, kann eine Vorabregulierung „eine angemessene Ergänzung zum Wettbewerbsrecht darstellen, wenn dessen Anwendung nicht ausreicht, um dem Marktversagen entgegenzuwirken. Dies wäre zum Beispiel dann der Fall, wenn bei einer Maßnahme zur Behebung eines Marktversagens zahlreiche Anforderungen erfüllt sein müssen (zum Beispiel detaillierte Buchhaltung für Regulierungszwecke, Kostenermittlung, Überwachung der Bedingungen einschließlich technischer Parameter u. a.) oder wenn ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich bzw. für die Gewährleistung der Rechtssicherheit vorrangig ist. In der Praxis sollten sich die NRB mit ihren Wettbewerbsbehörden abstimmen und deren Standpunkt berücksichtigen, wenn sie entscheiden, ob sich der Einsatz zusätzlicher rechtlicher Instrumente empfiehlt oder die Instrumente des Wettbewerbsrechts ausreichen."

Bezogen auf die vorliegende Untersuchung ist hierzu Folgendes auszuführen: Wie die Erfahrung mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte auch in der Bundesrepublik Deutschland gezeigt hat, sind auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten die Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichend. Die alleinige Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts würde nämlich nur ein punktuelles Eingreifen in einzelnen Verfahren ermöglichen. Erforderlich sind wesentlich detailliertere Befugnisse zur Vornahme positiver Regelungen, z.B. fortlaufende Überwachung und häufiges Einschreiten.

Außerdem ermöglicht das TKG i.d.R. ein schnelleres Einschreiten, weil Verfügungen der Bundesnetzagentur grundsätzlich sofort vollzogen werden können. Das ist bislang bei Verfügungen der Kartellbehörden nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht der Fall. Vor der Ausschöpfung des Rechtsweges können kartellbehördliche Verfügungen nur in besonderen Einzelfällen (nach Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit) vollzogen werden. Das birgt z.B. die Gefahr, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Fall von Verdrängungspreisen finanzschwächere Unternehmen bis zum Ausgang der Verfahren vom Markt verdrängen kann. Auch könnte bei entsprechendem Zuschnitt von Paketen ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine überragende Position bis zum Abschluss eines wettbewerbsrechtlichen Verfahrens bereits erweitert oder gefestigt haben.

IV. Ergebnis

Die Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG liegen sowohl für den Zugangsmarkt als auch für den Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten vor. Sie kommen deshalb weiterhin für eine Marktregulierung in Betracht.

Nicht für eine Regulierung in Betracht kommt hingegen der Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten, da hier zumindest das zweite Kriterium der langfristigen Tendenz zu wirksamem Wettbewerb nicht erfüllt ist. In Anlehnung an die schwedische Notifizierung der Märkte 3-6 wird die Bundesnetzagentur jedoch zusätzlich eine Marktbeherrschungsprüfung dieses Marktes durchführen.

J. Marktbeherrschung

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 TKG prüft die Regulierungsbehörde im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach dem 2. Teil des TKG in Betracht kommenden Märkte, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht.[188] Dieser besteht nach § 11 Abs. 1 S. 2 TKG nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen.[189] Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs entspricht also dem Begriff der beträchtlichen Marktmacht.[190] „Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestatte, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten.“[191] Beträchtliche Marktmacht ist also dann zu bejahen, wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt als nicht wirksam angesehen wird, da es Unternehmen mit einer der Beherrschung gleichkommenden Stellung im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag gibt.[192]

Die Artikel 14 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie umsetzende Formulierung des § 11 Absatz 1 Satz 3 des TKG entspricht der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof zu Artikel 82 EG-Vertrag.[193] Die Europäische Kommission hat diese Definition in ihre ständige Entscheidungspraxis nach Artikel 82 EG-Vertrag übernommen. Allgemein gilt, dass die Untersuchung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung der – insbesondere in den Leitlinien niedergelegten – Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der – auch ebenda dargestellten – einschlägigen Rechtsprechung von EuGH und europäischem Gericht erster Instanz zu entsprechen hat.[194]

Wie der Europäische Gerichtshof insbesondere in seinem grundlegenden Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache *Hoffmann-La Roche ./. Kommission*[195] betont hat, schließt eine marktbeherrschende Stellung einen gewissen Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht aus. Sie versetzt lediglich das Unternehmen in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen und auf jeden Fall in seinem Verhalten so lange keine Rücksicht nehmen zu müssen, wie ihm dies nicht zum Schaden gereicht.[196] Die Würdigung, inwiefern eine marktbeherrschende Stellung besteht, beruht auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt.[197]

Eine beherrschende Stellung kann anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden, die für sich allein genommen nicht notwendigerweise entscheidend sind, sondern aufgrund einer Gesamtbetrachtung zu bewerten sind.[198] Die Unerlässlichkeit einer wertenden Gesamtschau ergibt sich daraus, dass es eine „umfassend ausgearbeitete Theorie der Wettbewerbsvoraussetzungen, die von Vorliegen bestimmter Umstände einen zwingenden Schluss auf Unternehmensverhalten zuließe, bis heute nicht gibt und angesichts der netzartigen Verkoppelung sämtlicher Zustands- und Kontrollvariablen für Unternehmen vielleicht nie geben wird.“[199] Die einzelnen

---

[188] Vergleiche Art. 16 Abs. 2 Rahmenrichtlinie.
[189] Siehe auch § 3 Nr. 31 TKG sowie Erwägungsgrund Nr. 27 S. 1 zur Rahmenrichtlinie.
[190] Siehe dazu Anlage 1 sowie § 3 Nr. 31 TKG.
[191] Vgl. § 11 Abs. 1 S. 3 TKG.
[192] Zur Vermeidung von Missverständnissen wird im Folgenden entsprechend der Tradition des Wettbewerbsrechts im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag ausschließlich der Begriff der marktbeherrschenden Stellung verwandt.
[193] Siehe dazu die Leitlinien, Rn. 5, Rn. 70.
[194] Siehe § 11 Absatz 1 Satz 4 des TKG sowie Leitlinien, Rn. 70.
[195] EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, S. 461 Rn. 39 – *Hoffmann-La Roche / Kommission*.
[196] Vergleiche dazu auch die Leitlinien, Rn. 72.
[197] Vergleiche dazu die Leitlinien, Rn. 75.
[198] Leitlinien, Rn. 75 und 79.
[199] So Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 19 Rn. 54 m.w.N. zum – im Gegensatz zu Artikel 82 EG-Vertrag – sogar einen konkreten Kriterienkatalog enthaltenden § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB.

relevanten Faktoren können thematisch als Ausdruck der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur oder des Marktverhaltens einsortiert werden.[200]

Im Folgenden wird nunmehr die konkrete Untersuchung der unter E. abgegrenzten Märkte vorgenommen (für eine Darlegung der in Rn. 72 ff. der Leitlinien dargestellten Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht siehe Anhang 2). Sofern sich auf den einzelnen Märkten Unterschiede ergeben, werden diese innerhalb eines Unterpunktes angesprochen.

I. Marktanteile betreffend alle abgegrenzten Märkte

Auf den definierten Märkten sind eine Vielzahl von Unternehmen tätig, so dass das Vorliegen eines faktischen Monopols nicht in Betracht kommt. Ein wichtiges Kriterium der Marktbeherrschungsprüfung sind daher die Marktanteile der auf dem vorliegend untersuchten Markt tätigen Unternehmen.[201]

Wie auch die EU-Kommission betont, ist bei der Berechnung der Marktgröße und der Marktanteile sowohl der mengen- als auch der wertmäßig berechnete Umsatz eine nützliche Information. Bei Massenprodukten sind Mengenangaben zu bevorzugen, bei differenzierten Produkten sollte der wertmäßige Umatz und der damit verbundene Marktanteil herangezogen werden, da er die relative Marktstellung und –macht der einzelnen Anbieter besser widerspiegelt.[202] Die Kommission weist im Hinblick auf den Zusammenschaltungsmarkt insbesondere darauf hin, dass die Einnahmen im Gegensatz zur reinen Sprechzeit auch den Umstand berücksichtigten, dass die Sprechzeiten unterschiedliche Preise haben könnten (z.B. für Orts- oder Ferngespräche und Auslandsgespräche) und Ausdruck einer Marktpräsenz seien, die sowohl die Zahl der Kunden als auch den Abdeckungsgrad des Netzes widerspiegelten.[203] Diese Ausführungen gelten im gleichen Maße für die vorliegenden Endkundenmärkte.

Dies zeigt sich in der vorliegenden Analyse insbesondere für den Auslandsmarkt. Betrachtet man hier die Minutenpreise für einzelne Länder, so stellt man fest, dass alleine zwischen den Preisen, die die DT AG in unterschiedlichen Tarifen nimmt, große Unterschiede bestehen. Betrachtete man nur die Verbindungsminuten, würden diese Unterschiede außer Acht gelassen, obwohl sie Aufschluss über erzielbare Margen und damit ggf. über beträchtliche Marktmacht des Unternehmen geben können. Daher werden nachstehend zum Vergleich einige ausgewählte Länder in unterschiedlichen Tarifen sowie – zum Vergleich – der jeweils günstigste Call-by-Call-Preis zum Stichtag 26.09.05 aufgeführt.

Land	Günstigster Anbieter Call-by-Call und Tarif	DT AG Basistarif Call Plus	DT AG Tarif XXL	DT AG Business Call 501/551/701[204]	DT AG Tarif Country Select[205]
Argentinien	star79; 1,7 ct/Minute	119 ct/Minute	119 ct/Minute	121,6 ct/Minute	4,7 ct/Minute
China	Startec; 1,59 ct/Minute	119 ct/Minute	14,9 ct/Minute	17,2 ct/Minute	3,9 ct/Minute
Frankreich	ID Net; 1,49 ct/Minute	12,3 ct/Minute	4,6 ct/Minute	5,4 ct/Minute	1,9 ct/Minute
Iran	Callax; 7,4 ct/Minute	139 ct/Minute	45,5 ct/Minute	52,8 ct/Minute	9,9 ct/Minute
Somalia	Callax; 28,5 ct/Minute	149 ct/Minute	149 ct/Minute	160,8 ct./Minute	74 ct/Minute

[200] Vgl. Dirksen, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 37.
[201] Vgl. Leitlinien, Rn. 75.
[202] Vgl. Leitlinien, Rn. 76.
[203] Vgl. Leitlinien, Rn. 77.
[204] Mit USt.
[205] Optionstarif für T-Com Anschlussinhaber ohne Optionszuschlag, jedoch mit 1 Euro Mindestumsatz/Monat und nur für max. 3 Länder möglich.

USA	ID Net; 1,45 ct/Minute	12,3 ct/Minute	4,6 ct/Minute	5,4 ct/Minute	3,7 ct/Minute
Vereinigte Arabische Emirate	010012 Telecom; 16 ct/Minute	139 ct/Minute	139 ct/Minute	61,7 ct/Minute	25 ct/Minute

Abb. 4: Preisübersicht für ausgewählte Länder; alle Tarife in Cent, Stand zum 26.09.05, Quelle: Teltarif bzw. Internetseiten der DT AG.

Dieses deckt sich außerdem mit der Rechtssprechung zu § 19 GWB. Die Berechnung nach der Menge ist dann geboten, wenn keine großen Preisunterschiede bestehen, so dass Mengen- und Wertanteil nicht weit auseinanderfallen. Die Berechnung nach den Umsatzerlösen ist vor allem dann notwendig, wenn in dem relevanten Markt gleichartige Erzeugnisse mit sehr unterschiedlichen Abmessungen, gleichartige Waren unterschiedlicher Qualität oder unterschiedlicher Nutzungsdauer einbezogen werden. Hier muss die Berechnung auf Umsatzbasis den Fehler ausgleichen, der durch eine Gleichsetzung von Waren mit erheblich unterschiedlichem Wert entstehen würde.[206] Diese Rechtsprechung ist ohne weiteres auf die Anwendung des europäischen Kartellrechts übertragbar, da die der Rechtsprechung zu Grunde liegende ökonomische Rationalität in beiden Fällen gilt.

Auch wenn aus den vorstehenden Gründen die Marktanteile nach Umsatzerlösen entscheidend sind, betrachtet die vorliegende Untersuchung für ein abgerundetes Bild die Marktanteile nicht nur nach den Umsatzerlösen, sondern auch nach dem Absatz.

Dabei werden ausschließlich die Außenumsätze der Unternehmen betrachtet. Der Anteil der Innenumsätze an den Gesamtumsätzen für die hier betrachteten Zugangs- und Verbindungsleistungen betrug [...] % im Jahr 2001 und [...] % im Jahr 2002[207]. Da die Innenumsätze für ein Bild des aktuellen Marktes nicht erheblich waren, wurde beim 2. Auskunftsersuchen für das 2003 sowie für 2004 auf die Abfrage dieser Daten verzichtet, da es zudem auch keine Hinweise gab, dass es hier Änderungen gegeben haben könnte.

Zur Berechnung der Marktanteile für die einzelnen Märkte ist Folgendes anzumerken:

- Sofern bei der Berechnung der Marktanteile nachfolgend die DT AG genannt wird, umfasst diese Angabe auch die mit ihr verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), hier insbesondere das Unternehmen T-Systems International GmbH.

- Aufgrund der auf der Basis des ergänzenden Auskunftsersuchens vorgenommenen Aktualisierung der Umsätze bzw. Absätze und der entsprechenden Marktanteile für die Jahre 2003 und 2004 werden die im Rahmen der nationalen Konsultation bisher für das 1. Halbjahr 2003 genannten Angaben durch die Angaben für 2003 gesamt ersetzt.[208]

- Des Weiteren werden die Angaben der Unternehmen zu sprachorientierten Systemlösungen bei der Berechnung der Marktanteile nunmehr berücksichtigt, so dass sich auch hier eine Korrektur der bisher in der nationalen Konsultation genannten Angaben ergibt.

- Die Angaben zu Umsätzen und Absätzen des Unternehmens [...], die im Rahmen des 1. Entwurfs zur nationalen Konsultation berücksichtigt wurden, wurden in diesem Entwurf korrigiert, da [...] nach einer Überprüfung ihrer eigenen Angaben zu anderen Daten gelangt ist.

[206] Vgl. Langen/Bunte, a.a.O., Art 19 GWB Rn. 69-70.
[207] Bei manchen Unternehmen liegen zwar Innenumsätze vor, diese sind jedoch so gering, dass sie von den Unternehmen weder angegeben noch geschätzt werden können. Tatsächlich dürften die Innenumsätze deshalb noch minimal höher liegen, erreichen aber selbst dann keine nennenswerte Höhe.
[208] Für 2003 haben die Unternehmen entweder die Daten für das gesamte Jahr angegeben oder die Daten für das 2. Halbjahr 2003. Im letzteren Fall wurden die Daten zu denen des 1. Halbjahres 2003 addiert.

- Da die Marktdaten für die Sprachleistungsverträge mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Mio. € erst im Rahmen einer eigenen Marktdatenabfrage erhoben werden, hat die Bundesnetzagentur zur Beschleunigung des Verfahrens alle Umsätze aus entsprechenden Verträgen mit Großkunden in ihre Marktanteilsberechnungen einbezogen, da eine getrennte Ausweisung von den Unternehmen bisher nicht vorliegt. Ohnehin ist aber der Anteil der Sprachleistungsverträge mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Mio. € am Gesamtmarkt so gering, dass sich die Marktverhältnisse auf den Märkten 1-6 durch deren Herausnahme nur marginal ändern würden.

- Wie bereits eingangs erwähnt waren im Untersuchungszeitraum 2001 bis Juni 2003 keine nennenswerten VoIP-Dienste am Markt. Aus diesem Grund konnten im Rahmen des durchgeführten Auskunftsersuchen keine Daten zu VoIP-Diensten erhoben werden. Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass die derzeit am Markt tätigen VoIP-Dienste derart geringe Umsätze erzielen, dass sie sich nur äußerst geringfügig auf die Berechnung der Marktanteile auswirken würden. In ihrem Jahresbericht 2004 geht die Bundesnetzagentur für Ende 2004 von 250.000 aktiven VoIP-Nutzern aus. Angesichts der Tatsache, dass der hier folgenden Berechnung der Marktanteile je nach Markt eine Schätzgröße von 10 bzw. 15 Prozentpunkte zugrundegelegt wurde, ist davon auszugehen, dass die durch VoIP-Verbindungen erzeugten Umsätze hiervon umfasst werden.

  Die DT AG hat es in ihrer zweiten Stellungnahme als methodischen Mangel dargestellt, dass keine Datenerhebung durchgeführt worden sei, sondern die Bundesnetzagentur sich selektiv auf den Internetauftritt einer Anzahl von Unternehmen beschränkt habe, ohne Marktanteile, Umsätze oder Produkteigenschaften von den Anbietern zu erheben und die verschiedenen Geschäftsmodelle zu differenzieren. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die Bundesnetzagentur anhand der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Leistungsbeschreibungen von über 30 Anbietern und über 60 Diensten ein sehr umfassendes Bild der derzeit am Markt befindlichen Anbieter gemacht hat. Die unterschiedlichen Produkteigenschaften wurden somit erhoben. Anhand dieser Produkteigenschaften erfolgte sodann eine Differenzierung der verschiedenen Geschäftsmodelle (vgl. oben Abschnitt B.II.2.). Im Hinblick auf die nicht erhobenen Umsätze gilt weiterhin, dass diese zweifelsfrei von der Schätzgröße umfasst werden.

Im Vergleich zu dem Entwurf, der den interessierten Parteien am 12.08.2005 übersandt wurde, haben sich bezüglich der Marktanteile folgende Änderungen ergeben:

- Nach Vorliegen der Auswertungen der Antworten zum Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur – die auch für Zwecke der Marktanalyse Verwendung finden sollten – wurden Differenzen mit den Werten, die für die vorliegende Marktanalyse erhoben worden waren, festgestellt. Diese abweichenden gemeldeten Werte betrafen fast ausschließlich den Markt für öffentliche Auslandsgespräche. In Bezug auf den Markt für öffentliche Inlandsgespräche waren in der Summe keine signifikanten Abweichungen ersichtlich. Deshalb wurde hier auch keine erneute Überprüfung der einzelnen Zahlenwerte angestellt.

- Abweichungen in signifikanter Höhe wurden bei den Verbindungsminuten ins Ausland und den entsprechenden Umsätzen der Unternehmen [...] festgestellt. Abweichungen und Unstimmigkeiten wurden durch telefonische Rückfragen bei den betreffenden Unternehmen geklärt. Die von den Unternehmen verifizierten Daten wurden übernommen.

- In diesem Zusammenhang wurden nunmehr bei [...] für den Markt für öffentliche Auslandsgespräche die wesentliche höheren Angaben aus der Abfrage zum Tätigkeitsbericht verwendet. Dies kann u.a. dadurch bedingt sein, dass bei [...] mehrere Unternehmen zusammengefasst wurden.

- Insbesondere hat sich herausgestellt, dass eine Reihe von Unternehmen, darunter auch [...], auch Verbindungsminuten in ausländische Mobilfunknetze in den Antworten erfasst hat, die bei der Abfrage für die vorliegende Marktanalyse ausdrücklich ausgenommen waren. Diese Minuten und die Umsätze sind entsprechend von den jeweiligen Unternehmen herausgerechnet bzw. herausgeschätzt worden.

- Ferner wurden die Unternehmen 01030 Telecom und die Callax Holding, die erst seit 2004 hohe Absatz- und Umsatzmengen generieren, nun in die Betrachtung für den Markt für öffentliche Auslandsgespräche einbezogen. Um die Einheitlichkeit des Dokuments sicherzustellen, wurden diese beiden Unternehmen auch auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche berücksichtigt.

- Die von Wiederverkäufern an Endkunden abgesetzten Minuten werden, ebenso wie Verbindungsminuten und entsprechende Umsätze über 0190-Nummern, in der vorliegenden Analyse im Rahmen der Schätzung erfasst.

1. Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten

Für 2001 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – in Höhe von [...] €, für 2002 in Höhe von [...] €, für 2003 in Höhe von [...] € und für 2004 in Höhe von [...] €. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil der reinen Anschlusserlöse (ohne Bestandteile aus Optionstarifen) von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %.

Mit Ausnahme für das Jahr 2004 erfolgt keine Schätzung, weil die Unternehmen, die Teilnehmeranschlüsse auf dem deutschen Markt anbieten, bekannt sind und von dem ersten Auskunftsersuchen vollständig erfasst wurden. Für das Jahr 2004 ist eine geringfügige Schätzung vorgenommen worden, um sicherzustellen, dass alle ggf. neu eingetretenen Unternehmen erfasst worden sind. Diese Schätzung beträgt für den betrachteten Markt 1 Prozentpunkt. Angesichts der sonst üblichen Schätzung von in der Regel 10 Prozentpunkten vermag dies zunächst gering erscheinen. Es muss hierbei allerdings berücksichtigt werden, dass der von der Bundesnetzagentur in der Abfrage ermittelte Gesamtanteil aller Wettbewerber am Anschlussmarkt nur etwa [...] % beträgt. Somit wird zur Sicherheit der Gesamtmarkt um ein Volumen vergrößert, das ca. [...] % des gesamten Wettbewerberanteils beträgt.

Die Berechnung erfolgt hier für die Anschlussumsatzerlöse für das Jahr 2004. Aus den tatsächlich vorliegenden Angaben ergibt sich bei den Verbindungsentgelten ein Gesamtumsatz in Höhe von [...] Mio. €. Aufgrund der oben dargestellten Ausführungen wird davon ausgegangen, dass vom Gesamtmarktvolumen (inkl. Schätzungen) ein Prozentpunkt nicht bekannt ist. Dementsprechend erfolgt die Berechnung des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) wie folgt: Die [...] Mio. € stellen 99 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) dar. Um 100 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) zu erhalten, muss zunächst der fehlende Prozentpunkt berechnet werden. Dies geschieht folgendermaßen: Um 1 % des Gesamtmarktvolumens zu erhalten, werden die [...] Mio. € durch 99 dividiert. Es ergibt sich ein Betrag von [...] Mio. €. 1 % sind demnach [...] Mio. €. Das Gesamtmarktvolumen entspricht demnach [...] Mio. € plus [...] Mio. €, also [...] Mio. €.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen –für 2004 in Höhe von [...] €. Für die DT AG ergibt sich für 2004 ein Marktanteil von [...] %.

Für 2001 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Anschlüssen – in Höhe von [...] Anschlüssen, für 2002 in Höhe von [...] Anschlüssen, für 2003 in Höhe von [...]Anschlüssen und für 2004 in Höhe von [...] Anschlüssen. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %.

Auch hier wird lediglich für das Jahr 2004 eine geringfügige Schätzung vorgenommen, um sicherzustellen, dass alle ggf. neu eingetretenen Unternehmen erfasst worden sind. Die Begründung entspricht derjenigen, die für die Berechnung der Marktanteile gemessen in Umsätzen angeführt wurde.

Die Berechnung erfolgt auch hier für den Anschlussabsatz für das Jahr 2004. Aus den tatsächlich vorliegenden Angaben ergibt sich ein Gesamtabsatz in Höhe von [...] Anschlüssen. Aufgrund der oben dargestellten Ausführungen wird davon ausgegangen, dass vom Gesamtmarktvolumen (inkl. Schätzungen) ein Prozentpunkt nicht bekannt ist. Dementsprechend erfolgt die Berechnung des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) wie folgt: Die [...] Anschlüsse stellen 99 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) dar. Um 100 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) zu erhalten, muss zunächst der fehlende Prozentpunkt berechnet werden. Dies geschieht folgendermaßen: Um 1 % des Gesamtmarktvolumens zu erhalten, werden die [...] Anschlüsse durch 99 dividiert. Es ergibt sich ein Betrag von [...] Anschlüssen. 1 % sind demnach [...] Anschlüsse. Das Gesamtmarktvolumen entspricht demnach [...] plus [...] Anschlüsse, also [...] Anschlüsse.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen – gemessen in Anschlüssen – für 2004 in Höhe von [...] Anschlüssen. Für die DT AG ergibt sich für 2004 ein Marktanteil von [...] %.

Die DT AG verfügt sowohl gemessen in Umsatzerlösen als auch in Anschlüssen für alle betrachteten Zeiträume über einen überragenden Marktanteil von mehr als [...] %. Bis auf [...], die 2004 erstmals einen Marktanteil über [...] Prozent sowohl gemessen in Umsatzerlösen als auch in Anschlüssen erreichte und [...], die gemessen an den Umsatzerlösen 2004 erstmals einen Marktanteil von über [...] Prozent erreichte, hat keiner der zahlreichen Wettbewerber in den genannten Zeiträumen einen Marktanteil von auch nur [...] Prozent erreichen können. Die Marktanteile der DT AG sind in dem betrachteten Zeitraum weitgehend stabil geblieben.

Beide Faktoren, d.h. sowohl die Höhe der Marktanteile als auch deren Entwicklung im Zeitablauf weisen darauf hin, dass die DT AG über beträchtliche Marktmacht verfügt.

2. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten

Für 2001 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – in Höhe von [...] €, für 2002 in Höhe von [...] €, für 2003 in Höhe von [...] € und für 2004 in Höhe von [...] €. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %,[...] %, [...] % bzw. [...] %.

Dabei wurden für die DT AG neben den Umsätzen für die Inlandsverbindungen auch ein Erlösanteil aus den fixen Bestandteilen der Optionstarife hinzugerechnet. Dazu sind die von der DT AG mitgeteilten Erlöse aus den fixen Bestandteilen der Optionstarife von der Bundesnetzagentur nach dem von der DT AG gemeldeten Verhältnis[209] auf die jeweiligen Märkte aufgeteilt worden.

Das erste Auskunftsersuchen hat 95 % der auf dem Markt tätigen Unternehmen erfasst. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass auf dem Markt noch weitere Unternehmen tätig sind. Daher wird eine Schätzung vorgenommen. Im Rahmen dieser Schätzung wurden die vorgenannten bisher berechneten Marktvolumina jeweils um 10 Prozentpunkte erhöht, d.h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 90 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 10 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Zu-

[209] Gemäß Schreiben der DT AG vom 08.09.2005.

gangs- und Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden.

Im Rahmen des zweiten Auskunftsersuchens wurden Angaben für die Jahre 2003 und 2004 erhoben. Die daraus resultierenden Marktanteilsberechnungen beruhen ebenfalls auf einer Schätzgröße von 10 Prozentpunkten. Diese ist – trotz der Auswahl der zu befragenden Unternehmen im Jahr 2003 – weiterhin ausreichend. Zum einen sind mit der Callax Holding und der 01030 Telecom zwei wichtige Neueinsteiger durch die Nacherhebung in den Markt aufgenommen worden. Zum anderen ist der Markt für öffentliche Inlandsgespräche bei Weitem nicht so dynamisch ist wie der Markt für öffentliche Auslandsgespräche. Zwar hat es nach Einführung der Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz eine größere Zahl von Markteintritten speziell in dieses Segment gegeben. Die betreffenden Unternehmen sind aber im Wesentlichen auch vorher schon als Anbieter auf dem Endkundenmarkt tätig gewesen und daher vom Auskunftsersuchen erfasst.

Die Berechnung erfolgt hier beispielhaft für die Gesamtumsatzerlöse für das Jahr 2001. Aus den tatsächlich vorliegenden sowie falls notwendig ergänzten Angaben ergibt sich bei den Verbindungsentgelten ein Gesamtumsatz in Höhe von [...] €. Aufgrund der oben dargestellten Ausführungen wird davon ausgegangen, dass vom Gesamtmarktvolumen (inkl. Schätzungen) zehn Prozentpunkte nicht bekannt sind. Dementsprechend erfolgt die Berechnung des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) wie folgt: Die [...] € stellen 90 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) dar. Um 100 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) zu erhalten, müssen zunächst die fehlenden zehn Prozentpunkte berechnet werden. Dies geschieht folgendermaßen: Um 1 % des Gesamtmarktvolumens zu erhalten, werden die [...] € durch 90 dividiert. Es ergibt sich ein Betrag von [...] €. 10 % sind demnach [...] €. Das Gesamtmarktvolumen entspricht demnach [...] € plus [...] €, also [...] €.

Analog hierzu ergeben sich die Gesamtmarktumsätze für 2001 in Höhe von [...] €, 2002 in Höhe von [...] €, für 2003 in Höhe von [...] € sowie für 2004 in Höhe von [...] €.

Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %. Wichtige Wettbewerber sind [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %, [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %, [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] % sowie [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %. [...] sowie [...] hatten in den genannten Zeiträumen jeweils Umsätze von knapp bzw. mehr als [...] Prozent. Alle anderen Anbieter blieben unter [...] Prozent.

[...]

Abb. 5a: Entwicklung der Umsätze – Inlandsverbindungen

Für 2001 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Verbindungsminuten – in Höhe von [...] Minuten, für 2002 in Höhe von [...] Minuten, für 2003 in Höhe von [...] Minuten und für 2004 in Höhe von [...] Minuten. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %.

Im Rahmen einer Schätzung wurden die vorgenannten bisher berechneten Marktvolumina jeweils um 10 Prozentpunkte erhöht, d.h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 90 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 10 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Zugangs- und Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden. Die Ausführungen zu den Umsatzerlösen betreffend der Schätzung auf Basis der Angaben des zweiten Auskunftsersuchens gelten hier entsprechend.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen[210] – gemessen in Verbindungsminuten – für 2001 in Höhe von [...]Minuten, für 2002 in Höhe von [...] Minuten, für 2003 in Höhe von [...] Minuten und für 2004 in Höhe von [...] Minuten. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %.

Der wichtigste Wettbewerber ist [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %. Von den übrigen Wettbewerbern erreichte nur [...] (allerdings erst im Jahr 2004; [...] ist mit [...] % drittgrößter Anbieter) einen Marktanteil von mehr als [...] %. Weitere [...] Wettbewerber erreichten einen Marktanteil von mehr als [...] %.

[...]
Abb. 5b: Entwicklung der Minutenabsätze – Inlandsverbindungen

Es zeigt sich, dass der Marktanteil der DT AG im genannten Zeitpunkt um ca. [...] Prozentpunkte gemessen in Umsatzerlösen und um ca. [...] Prozentpunkte gemessen in Verbindungsminuten zurückgegangen ist. Dies hängt aber nicht zuletzt damit zusammen, dass den Verbindungsnetzbetreibern im Jahr 2003 durch die Einführung der Betreiber(vor)auswahl ein weiterer Teil des Marktes geöffnet worden ist, der bis dahin den Teilnehmernetzbetreibern vorbehalten war. Diese Entwicklung zeigt sich auch darin, dass die Marktanteilsgewinne der Wettbewerber in Verbindungsminuten deutlich höher waren als die entsprechenden Marktanteilsgewinne in Umsatzerlösen. Die Marktanteilsverluste der DT AG in den Jahren 2003 und 2004 sind somit insbesondere auch die Folge von regulatorischen Maßnahmen.

Es ist festzuhalten, dass die DT AG auf dem hier relevanten Markt einen überragenden Marktanteil sowohl gemessen in Umsatzerlösen als auch in Verbindungsminuten hat. Dieser liegt in allen Fällen über [...] %. Auch ist es den Wettbewerbern nicht gelungen, ihre Marktanteile wesentlich zu steigern oder eine gewisse Marktmacht zu entwickeln. Der Marktanteil der DT AG beträgt im gesamten Zeitraum mindestens das [...]-fache der Umsatzerlöse bzw. der Verbindungsminuten der wichtigsten Konkurrenten. Betrachtet man die Marktanteile, die die 3 wichtigsten Wettbewerber zusammen haben, so beträgt der Marktanteil der DT AG sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen mindestens das [...]-fache.

Somit sprechen sowohl die absolute Höhe der Marktanteile als auch die Marktanteilsabstände für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG.

3. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten

Für 2001 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – in Höhe von [...] €, für 2002 in Höhe von [...] €, für 2003 in Höhe von [...] € und für 2004 in Höhe von [...] €. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %.

Dabei wurden für die DT AG neben den Umsätzen für die Auslandsverbindungen auch ein Erlösanteil aus den fixen Bestandteilen der Optionstarife hinzugerechnet. Dazu sind die von der DT AG mitgeteilten Erlöse aus den fixen Bestandteilen der Optionstarife von der Bundesnetzagentur nach dem von der DT AG gemeldeten Verhältnis[211] auf die jeweiligen Märkte aufgeteilt worden.

Das erste Auskunftsersuchen hat 95 % der auf dem Markt tätigen Unternehmen erfasst. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass auf dem Markt noch weitere Unternehmen tätig sind. Daher wird eine Schätzung vorgenommen. Im Rahmen dieser Schätzung wurden die vor-

[210] Die Berechnung erfolgt analog zu der Berechnung der Umsatzerlöse.
[211] Gemäß Schreiben der DT AG vom 08.09.2005.

genannten bisher berechneten Marktvolumina jeweils um 10 Prozentpunkte erhöht, d. h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 90 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 10 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Zugangs- und Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden.

Im Rahmen des zweiten Auskunftsersuchens wurden Angaben für die Jahre 2003 und 2004 erhoben.[212] Die daraus resultierenden Marktanteilsberechnungen beruhen für das Jahr 2003 weiterhin auf einer Schätzgröße von 10 Prozentpunkten. Für das Jahr 2004 wurde diese Schätzgröße allerdings auf 15 Prozentpunkte erweitert. Dies beruht im Wesentlichen darauf, dass zum einen einige Unternehmen keine Angaben für diesen Zeitraum getätigt haben. Zum anderen gibt es auf dem Markt für Auslandsverbindungen eine vergleichsweise dynamischere Entwicklung als auf dem Markt für Inlandsverbindungen. Daher ist anzunehmen, dass in der Zwischenzeit Unternehmen in den Markt eingetreten sind, die von der Abfrage nicht erfasst worden sind. Diesen Umständen wird mit der erhöhten Schätzung Rechnung getragen. Auch werden damit zusätzlich die Unternehmen erfasst, die Auslandsverbindungen über 0190/0900-er Rufnummern anbieten.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – für 2001 in Höhe von [...] €, für 2002 in Höhe von [...] €, für 2003 in Höhe von [...] € und für 2004 in Höhe von [...] €. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %.

Die wichtigsten Wettbewerber sind [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] % und [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %. Weitere [...] Anbieter hatten in den genannten Zeiträumen jeweils Umsätze zwischen [...] und [...] Prozent. Alle anderen Anbieter blieben unter [...] Prozent. Dies bedeutet, dass der Restmarkt zersplittert ist, wodurch die DT AG auf dem Markt eine stärkere Position hat, als es der Marktanteil alleine anzeigt.[213] Allerdings gibt es einen Wettbewerber, der seinen Marktanteil in den Jahren 2003 und 2004 beträchtlich steigern konnte und sich inzwischen mit einem nicht unbedeutenden Marktanteil von den übrigen Wettbewerbern abhebt.

Damit hat die DT AG einen hohen Marktanteil gemessen in Umsatzerlösen, der allerdings 2004 erstmals unter die Schwelle von 40 % gefallen ist, die die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis für eine beherrschende Stellung[214] angesetzt hat. Sie hat von 2001 bis 2004 knapp [...] Prozentpunkte an Marktanteilen verloren.

Der Marktanteil der DT AG beträgt im gesamten Zeitraum mindestens das [...]-fache der Marktanteile der wichtigsten Konkurrenten. Der Marktanteilsabstand betrug 2004 nur noch ca. [...] Prozentpunkte zum nächstgrößeren Wettbewerber, [...], der von 2001 bis 2004 seinen Marktanteil auf das [...] steigern konnte. Betrachtet man die Marktanteile, die die 3 wichtigsten Wettbewerber zusammen haben, so beträgt der Marktanteil der DT AG ca. das [...]-fache; der Marktanteilsabstand nur noch ca. [...] Prozentpunkte.

[...]

Abb. 6a: Entwicklung der Umsätze – Auslandsverbindungen

[212] In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass das Unternehmen BT, nicht wie im Entwurf zur nationalen Konsultation dargestellt, ein wichtiger Wettbewerber auf diesem Markt ist. Im Rahmen des zweiten Auskunftsersuchens hat sich nämlich herausgestellt, dass die auch für frühere Jahre gelieferten Daten falsch waren und in einem erheblichen Umfang nach unten zu korrigieren waren.

[213] Vgl. dazu auch Rechtssache T-219-99 British Airways ./. Kommission vom 17.12.2003, Rn. 210f.

[214] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m.w.N.

Für 2001 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Verbindungsminuten – in Höhe von [...] Minuten, für 2002 in Höhe von [...] Minuten, für 2003 in Höhe von [...] Minuten und für 2004 in Höhe von [...] Minuten. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] % bzw. von [...] % bzw. [...] %.

Im Rahmen einer Schätzung wurden die vorgenannten bisher berechneten Marktvolumina jeweils um 10 Prozentpunkte erhöht, d. h. es wurde auch hier unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 90 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 10 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Zugangs- und Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden. Für das Jahr 2004 wurde diese Schätzgröße aus den bereits im Rahmen der Berechnung der Marktanteile nach Umsätzen genannten Gründen allerdings auf 15 Prozentpunkte erweitert.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen – gemessen in Verbindungsminuten – für 2001 in Höhe von [...] Minuten, für 2002 in Höhe von [...] Minuten und für 2003 in Höhe von [...] Minuten und für 2004 in Höhe von [...] Minuten. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %. Weitere wichtige Wettbewerber sind [...] mit jeweils [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] %, [...] mit [...] %, [...] %, [...] % bzw. [...] % und [...], die in den Jahren 2003 und 2004 Marktanteile in Höhe von [...] % bzw. [...] % erzielen konnte.

Insgesamt erreichten 2004 [...] Wettbewerber einen Marktanteil von mehr als [...] Prozent, [...] Wettbewerber zwischen [...] und [...] Prozent und [...] Wettbewerber zwischen [...] und [...] Prozent. Alle übrigen Wettbewerber hatten Marktanteile von weniger als [...] Prozent.

Die DT AG hat im gesamten Zeitraum von 2001 bis 2004 ca. [...] Prozentpunkte gemessen in Verbindungsminuten verloren, davon ca. [...] Prozentpunkte alleine von 2003 auf 2004. Der Marktanteil der DT AG ist damit stetig gefallen und liegt damit im Jahr 2004 unter 40 % und damit unter der Schwelle, die die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis für eine beherrschende Stellung[215] angesetzt hat.

In der Vergangenheit lag auf dem Markt für Auslandsverbindungen eine starke Zersplitterung des Restmarktes auch bei den Verbindungsminuten vor. Es hat sich aber aufgrund der von den Unternehmen korrigierten Zahlen gezeigt, dass in den Jahren 2003 und 2004 ein Anbieter stark gewachsen ist und einen nicht unbedeutenden Marktanteil erzielen konnte, mit dem er sich zudem erheblich von den anderen Wettbewerbern auf diesem Markt abhebt. Der Marktanteilsabstand der DT AG zu diesem größten Wettbewerber betrug 2004 nur noch ca. [...] Prozentpunkte. Damit betrug der Marktanteil der DT AG nur noch knapp das [...]-fache des Marktanteils des wichtigsten Wettbewerbers. Betrachtet man die Marktanteile, die die [...] wichtigsten Wettbewerber zusammen haben, so beträgt der Marktanteil der DT AG nur noch das [...]-fache; der Marktanteilsabstand beträgt nur noch knapp [...] Prozentpunkte.

[...]

Abb. 6b: Entwicklung der Minutenabsätze – Auslandsverbindungen

Das wettbewerbliche Gewicht eines Marktanteils kann nicht nur in seiner absoluten Höhe gemessen werden. Von Bedeutung ist auch der Abstand zu den Wettbewerbern, d.h. die relative Höhe. Denn die Fähigkeit eines Unternehmens, sich gegenüber Wettbewerbern, Handelspartnern und Verbrauchern unabhängig zu verhalten, wird nicht nur von seiner eigenen Stärke, sondern auch von derjenigen seiner Konkurrenten bestimmt. Aus diesem Grund kommt es entscheidend darauf an, ob die übrigen Marktanteile über eine größere Zahl von Unternehmen ver-

[215] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m.w.N.

streut oder in der Hand weniger, bedeutender Anbieter vereinigt sind und ob der Marktführer einen großen oder nur einen kleinen Vorsprung gegenüber seinem Wettbewerber besitzt.[216]

So hat die Kommission in ihrer Fallpraxis in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung angenommen, da eine Marktbeherrschung manchmal ohne hohen Marktanteil vorliegt.[217] Je größer der Unterschied zwischen dem Marktanteil des betroffenen Unternehmens und dem seiner Konkurrenten ist, umso wahrscheinlicher ist eine beherrschende Stellung des betroffenen Unternehmens.[218] So ließ z.B. auch der Gerichtshof im Fall United Brands einen Anteil von rund 45 % für den Nachweis von Marktherrschaft genügen, weil er ein Mehrfaches des Anteils des an zweiter Stelle liegenden Unternehmens betrug und damit dem auch technisch und wirtschaftlich überlegenen Marktführer eine Vormachtstellung gegenüber seinem Konkurrenten verschaffte.[219]

Selbst mit Marktanteilen zwischen 25 % und 45 % kann ein Unternehmen in der Lage sein, wirksamen Wettbewerb zu verhindern. Weder die Rechtsprechung des Gerichtshofs[220] noch die Verwaltungspraxis der Kommission[221] schließen eine solche Möglichkeit aus, sofern mehrere die Marktherrschaft begünstigende Umstände zusammentreffen: überragende Marktstellung des führenden Unternehmens, Zersplitterung des restlichen Angebots, großer Abstand des Marktführers zum nächstkleineren Konkurrenten und wirtschaftliche oder technische Überlegenheit gegenüber allen anderen auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen.[222] So kann schon ein geringer Marktanteil ein Unternehmen als überlegen ausweisen, wenn die übrigen Anteile stark zersplittert sind.[223] Die von der DT AG vorgebrachte Kritik, die Regulierungsbehörde führe in ihrem Konsultationsentwurf einen weiteren Bewertungsmaßstab ein, der ein unzulässiges und in dieser Form nicht notwendiges Kriterium der Leitlinien oder der Kartellrechtspraxis darstelle, entbehrt daher jeglicher Grundlage.

Es hat sich demnach gezeigt, dass der Restmarkt zwar weiterhin relativ stark zersplittert ist. Allerdings ist mit [...] ein ernstzunehmender Wettbewerber entstanden, der seinen Marktanteil im Betrachtungszeitraum mehr als [...] und somit den Marktanteilsabstand zur DT AG erheblich verringern konnte.

Betrachtet man alleine die Marktanteile der DT AG, so ist eine abschließende Aussage über eine marktbeherrschende Stellung nicht möglich. Allerdings legen die erheblichen Marktanteilsverluste der DT AG wie auch das Erstarken eines weiteren Wettbewerbers nahe, dass die DT AG auf dem Markt für Auslandsverbindungen keine beträchtliche Marktmacht mehr innehat.

4. Zusammenfassung

Auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sowie dem Markt für öffentliche Inlandsverbindungen an festen Standorten sprechen folglich die dargestellten Marktanteile zwar

---

[216] Vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 92.
[217] Vgl. Leitlinien, Rn. 75.
[218] Vgl. Leitlinien, Fußnote 77; COMP/M. 1741 – MCI World Com/Sprint, Rn. 114, 123, 126, 146, 155 und 196.
[219] Vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 98.
[220] EuGH – United Brands (Bananen), 27/76 – Slg. 1978, 207: Geltung der dortigen Ausführungen auch für den Fall, dass der Marktanteil zwischen 40 % und 45 % liegt; Hoffmann-La Roche (Vitamine), 85/76 – Slg. 1979, 461, 527 f.: Nachweis von Marktbeherrschung auch bei Marktanteilen zwischen 19 % und 35 % denkbar; DLG, C-250/92 – Slg. 1994, I-5641 Rn. 48: Marktanteile von 36 % bzw. 32 % wichtiger Anhaltspunkt für beherrschende Stellung.
[221] Siehe Entscheidungen London European/Sabena, ABl. 1988 Nr. L 317 S. 47, 52 Rn. 24 f.: geschätzte Marktanteile in einer Größenordnung von 40 % bis 50 %; Virgin/British Airways, ABl. 2000 Nr. L 30 S. 1, 18, Rn. 88: Marktanteil von 39,7 %.
[222] Vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 99.
[223] Vgl. dazu sinngemäß auch KG WuW/E OLG 2862, 2863 ff – Rewe-Florimex. Hier wird eine marktbeherrschende Stellung aufgrund des relativen Marktanteils bereits bei einem absoluten Marktanteil von 12,5 % angenommen. Vgl. ebenso sinngemäß auch Beschluss des BkartA, Gesch.-Z. B1 – 20201 – U – 20/02, Rn.27.

ganz erheblich für das Vorliegen eine marktbeherrschenden Stellung der DT AG. Auf dem Markt für öffentliche Auslandsverbindungen an festen Standorten sprechen die Marktanteile in ihrer dynamischen Betrachtung sowie die relativen Marktanteile eher gegen das Vorliegen einer Marktbeherrschenden Stellung.

II. Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz

1. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Zu den im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung relevanten Kriterien zählt, wie im Anhang dargestellt, die Frage des im Vergleich zu anderen Wettbewerbern leichten oder privilegierten Zugangs zu Kapitalmärkten und die finanziellen Ressourcen.

Die Ermittlung der Finanzkraft eines Unternehmens sollte auch Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem multinationalen Konzern, berücksichtigen. Diese kann tendenziell die Marktposition eines Marktführers noch verstärken, weil dieser auf die gesamten Ressourcen des Unternehmens zurückgreifen kann.[224]

Der Möglichkeiten des Zugangs zu den Kapitalmärkten sowie die finanziellen Ressourcen lassen sich an den folgenden Zahlen der größeren Anbieter ablesen:

Der Konzernumsatz der DT AG belief sich im Jahr 2001 auf 48,3 Mrd. €, im Jahr 2002 auf 53,7 Mrd. € und im Jahr 2003 auf 55,8 Mrd. €. Davon entfielen im Jahr 2002 26,5 Mrd. € auf die deutsche Festnetzsparte T-Com und im Jahr 2003 25,1 Mrd. €. Der Cash-Flow des Konzerns betrug im Jahr 2003 14,3 Mrd. € (Steigerung um 14,9 % gegenüber 2002 [12,5 Mrd. €]).[225] Anstelle eines Jahresfehlbetrages wie im Jahr 2001 (3,5 Mrd. €) und im Jahr 2002 (24,6 Mrd. €[226]), hatte die DT AG im Jahr 2003 einen Konzernüberschuss in Höhe von 1,3 Mrd. € zu verzeichnen.

Die Vodafone Gruppe[227] setzte im Geschäftsjahr 2001/2002 34,24 Mrd. €, im Geschäftsjahr 2002/2003 45,659 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2003/2004 50,465 Mrd. € um. Der Cash-Flow betrug im Geschäftsjahr 2001/2002 12,165 Mrd. €, im Geschäftsjahr 2002/2003 16,73 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2003/2004 18,984 Mrd. €. Die zugehörige Arcor AG & Co. KG verzeichnete einen Umsatz von 1,283 Mrd. € im Geschäftsjahr 2001, von 276,1 Mio. € im 1. Quartal 2002[228] von 1,82 Mrd. € im Geschäftsjahr 2002/2003.

Die Konzerngruppe der BT Group plc, welcher auch BT (Germany) GmbH & Co. OHG angehört, hatte im Geschäftsjahr 2001/2002 einen Umsatz von umgerechnet 29,6 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2002/2003 von 26,9 Mrd. €. Der Cash-Flow betrug im Geschäftsjahr 2001/2002 7,9 Mrd. € und im Geschäftsjahr 2002/2003 6,03 Mrd. €. Der Umsatz von BT (Germany) GmbH & Co. OHG belief sich im Geschäftsjahr 2001/2002 auf 396,03 Mio. € und im Geschäftsjahr 2002/2003 auf 579,6 Mio. €.

Nach einem Konzernumsatz von umgerechnet 23,04 Mrd. € im Jahr 2002 betrug dieser bei der MCI WorldCom im Jahr 2003 umgerechnet 27,167 Mrd. €. Weitere Zahlen sind nicht verfügbar.

---

[224] Vgl. EuGH, Rs. 322/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3511); Urteil vom 03.07.1991 – AKZO II, Slg. 1991 I, 3359 (3453); weitere Nachweise bei: Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn.114 (Fn. 479).

[225] Der Cash-Flow im Jahr 2002 stellte eine Steigerung um 4,4 % gegenüber 2001 (11,9 Mrd. €) dar.

[226] Dieser hohe Wert beruht insbesondere auf Sonderabschreibungen auf Mobilfunklizenzen.

[227] Geschäftsjahr endet am 31.03. des jeweiligen Jahres.

[228] Die Arcor Gruppe hat zum 01.04.2002 ihr Geschäftsjahr dem Geschäftsjahr der Vodafone Gruppe angepasst.

Der Konzernumsatz der TELE2 AB betrug 2,755 Mrd. € im Jahr 2001 und 3,4 Mrd. € im Jahr 2002. Auf die TELE2 Telecommunications Services GmbH entfielen 190 Mio. € im Jahr 2001 und 192 Mio. € im Jahr 2002.

Der Konzernumsatz der EWE AG betrug 2,541 Mrd. € im Jahr 2001 und 2,554 Mrd. € im Jahr 2002. Auf die EWE TEL GmbH entfielen 98,9 Mio. € im Jahr 2001 und 143 Mio. € im Jahr 2002.

Der Konzernumsatz der Tele Danmark betrug im Jahr 2001 2,4 Mrd. € und im Jahr 2002 2,498 Mrd. €. Der Umsatz der TALKLINE GmbH & Co. KG betrug im Jahr 2001 1,145 Mrd. € und im Jahr 2002 1,04 Mrd. €.

Der Konzernumsatz der Mobilcom AG betrug 2,59 Mrd. € im Jahr 2001 und 2,053 Mrd. € im Jahr 2002. Der Umsatz der freenet Cityline GmbH betrug 25 Mio. € im Jahr 2001 und 36,92 Mio. € im Jahr 2002.

Die Stadtwerke München hatten im Jahr 2001 einen Umsatz von 1,964 Mrd. € und im Jahr 2002 in Höhe von 1,9 Mrd. €. Der Umsatz der M'net Telekommunikations GmbH betrug im Jahr 2001 41,4 Mio. € und im Jahr 2002 48,15 Mio. €.

Insgesamt ist die Ertrags-/Finanzkraft der DT AG als bedeutend anzusehen. Auch sie spricht für Marktmacht der DT AG. Zwar gibt es neben der DT AG mit der Arcor AG & Co. KG und BT (Germany) GmbH & Co. OHG zumindest zwei weitere finanzstarke Wettbewerber, die auf allen drei Märkten vertreten sind. Aber selbst wenn es mehrere finanzstarke, auf vorliegendem Markt tätige Wettbewerber gäbe, müsste in Anbetracht des in Deutschland einzigartigen Netzes der DT AG für eine neutrale Bewertung des vorliegenden Kriteriums eine erheblich höhere Ertrags-/Finanzkraft der Wettbewerber gegeben sein, als sie tatsächlich vorhanden ist.

In der nationalen Konsultation hat die DT AG vorgebracht, dass im Hinblick auf den Zugang zu den Kapitalmärkten die Finanzkraft der multinational agierenden Wettbewerber nicht adäquat in Ansatz gebracht werde. Ein starkes Indiz für die marktbeherrschende Stellung sei, wenn ein Unternehmen als einziges in der Lage sei, umfangreiche Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten oder bestimmte, für die Entwicklung des Marktes wesentliche Investitionen zu finanzieren.[229] Auch sei nicht ersichtlich, warum zusätzlich der Netzausbau herangezogen werde, der zur Beurteilung der Finanzkraft keinen weiteren Erkenntnisgewinn liefern könne.

Die Regulierungsbehörde hatte an dieser Stelle auf den Netzausbau hingewiesen, weil dieser – wie in der Anmerkung bzw. den Fußnoten der DT AG erwähnt – für Wettbewerber (insbesondere auf den Anschlussmärkten), die einen Netzausbau in Erwägung ziehen, eine für die Entwicklung des Marktes wesentliche Investition darstellt. Insbesondere für den Ausbau eines Teilnehmernetzes sind umfangreiche Investitionen erforderlich. Die DT AG muss diese Investitionen nicht mehr tätigen, da sie bereits über ein einzigartiges Telekommunikationsnetz in Deutschland verfügt. Sofern andere Wettbewerber versuchen wollten, dieses Netz auch nur in Teilen nachzubilden, müssten sie daher über eine erheblich stärkere Finanzkraft verfügen als die DT AG.

Daher bleibt die Bundesnetzagentur bei ihrer Feststellung, dass selbst wenn es auf vorliegendem Markt mehrere finanzstarke Wettbewerber gäbe, in Anbetracht des in der Bundesrepublik Deutschland einzigartigen Netzes der DT AG für eine neutrale Bewertung des vorliegenden Kriteriums eine erheblich höhere Ertrags-/Finanzkraft der Wettbewerber gegenüber der DT AG gegeben sein müsste.

[229] Vgl. EuGH, Rs. 27/76, Urteil vom 14.02.1978 – United Brands (Bananen), Slg. 1978, 207 (291); Rs. 332/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3510); Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 113 m.w.N.

2. Marktzutrittsschranken und Expansionshemmnisse; Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur

Als Marktzutrittsschranken können auf dem Anschlussmarkt vor allem strukturelle Barrieren auftreten. Insbesondere die Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur ist als ein für das Vorliegen einer Marktbeherrschung sprechender Faktor anzusehen.[230] Es handelt sich hierbei um eine im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende Marktzutrittsschranke.[231] Der Ausbau einer derartigen Infrastruktur beinhaltet nämlich die Notwendigkeit umfangreicher Investitionen durch die Wettbewerber, die sich für diese (auch wegen der i.d.R. geringeren Auslastung) häufig nicht rentieren, obwohl sie darauf angewiesen sind.

Eine weitere Marktzutrittsschranke auf den Endkundenmärkten besteht in den Kosten, die neu in den Markt eintretenden Unternehmen für Werbung und Marketingmaßnahmen entstehen.

In Bezug auf den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten gibt es keine rechtlichen Marktzutrittsschranken. Beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken könnten dadurch gegeben sein, dass der Wettbewerb auf der Endkundenebene nur mit einer eigenen Infrastruktur oder einem Zugang zur Infrastruktur eines Wettbewerbers möglich ist.

Nur die DT AG verfügt derzeit über die notwendige bundesweite Vorleistungsinfrastruktur, um den Endkunden flächendeckend Telefonanschlüsse bereitstellen zu können. Zwar verfügen derzeit einige regionale Anbieter über eine eigene regionale Infrastruktur für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst. Sofern bundesweite Anbieter – außer der DT AG – tätig sind, verfügen auch diese nicht über ein flächendeckendes Angebot für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz.

Die Wettbewerber müssten umfangreiche Investitionen zum Aus- oder Aufbau einer Infrastruktur tätigen, die ein bundesweites Angebot von Telefonanschlüssen für Endkunden ermöglichen würde. Insbesondere müssten die Wettbewerber dafür flächendeckend Teilnehmeranschlussnetze ausbauen. Nur wenige Unternehmen – sowohl bereits auf dem Markt tätige wie auch neu eintretende – haben die Ertrags-/Finanzkraft, um solche Investitionen überhaupt vornehmen zu können.

Die Tatsache, dass seit 2001 nur fünf regionale Unternehmen in diesen Markt eingetreten sind, zeigt, dass die strukturellen Barrieren auf diesem Markt hoch sind.

Allerdings können hohe Marktzutrittsschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.[232] Die Kommission nennt als derzeitige Alternativen für den Teilnehmeranschluss Kabelfernsehnetze mit Telefondienst, zellulare Mobilfunknetze, die für die Erbringung von Diensten an festen Standorten angepasst wurden, und andere drahtlose Netze. Insgesamt geht sie davon aus, dass in Zukunft eine breitere Palette von Technologien für die Bereitstellung des Ortsanschlusses (und die Erbringung von Diensten einschließlich des öffentlichen Telefondienstes) kommerziell genutzt werden.[233]

[230] Vgl. Leitlinien, Rn. 78.
[231] Vgl. dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt Francis Jacobs vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Rn. 66.
[232] Leitlinien, Rn. 80.
[233] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.

Da derartige alternative Zugangstechnologien in Deutschland bislang keinen wesentlichen Beitrag zur Wettbewerbsentwicklung bei Teilnehmeranschlüssen geleistet haben, können alternative Netzbetreiber den Marktzutritt offenbar am ehesten über die Anmietung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL) wirtschaftlich realisieren.

Dementsprechend basierten Ende 2003 etwa 90 % aller von Wettbewerbern bereitgestellten Anschlusskanäle auf Anmietungen der TAL.[234] Mitte 2003 boten mehr als 65 Wettbewerber des ehemaligen Monopolisten Teilnehmeranschlüsse auf Basis der gemieteten Teilnehmeranschlussleitung oder auf Basis selbst errichteter Infrastruktur einen Direktanschluss zum Kunden an. Bundesweit bestand im 1. Quartal 2003 eine Wahlmöglichkeit zwischen der DT AG und mindestens einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber in einem Gebiet, in dem über 50 % der Gesamtbevölkerung leben.[235] Dennoch haben die Wettbewerber der DT AG zusammen zu diesem Zeitpunkt einen Marktanteil sowohl in Umsatzerlösen als auch in abgesetzten Anschlüssen von weniger als [...] % gehabt (s.a. J.I.1.).Das bedeutet, dass trotz der o.g. Lieferverpflichtung auf der Vorleistungsebene der Marktanteil der DT AG auf dem vorliegenden Endkundenmarkt bis zum Jahr 2003 – gemessen sowohl in Umsatzerlösen als auch in abgesetzten Anschlüssen – jeweils mehr als [...] % betragen hat. Lediglich im Jahr 2004 ist dieser Anteil leicht abgesunken, beträgt aber immer noch deutlich mehr als [...] %.

Diese Daten indizieren, dass sich die Wettbewerber bei der Erschließung des Anschlussmarktes trotz fehlender rechtlicher Zutrittsschranken mit beträchtlichen strukturellen Markteintrittsbarrieren konfrontiert sehen. Die Tatsache, dass alle alternativen Teilnehmernetzbetreiber zusammen bisher weniger als [...] % der Kunden gewinnen konnten, deutet mit Blick auf den Wechsel des Anschlussnetzbetreibers auf eher konservatives Verhalten der Nutzer hin. Daraus wiederum resultieren auf Seiten der Wettbewerber Schwierigkeiten, hinsichtlich der Auslastung ihrer Netzinfrastruktur die gleichen Größenvorteile wie der etablierte Betreiber zu realisieren.

Selbst wenn man die alternativen Teilnehmernetzbetreiber in ihrer Summe betrachtet, können sie nach derzeitigem Kenntnisstand erst etwa der Hälfte der Kunden ein Angebot unterbreiten. Insbesondere in den dünner besiedelten Gegenden verfügt die DT AG nach wie vor über eine Alleinstellung.

Die DT AG weist darauf hin, dass die isolierte Betrachtung eines „dünn besiedelten Gebietes“ unzulässig sei, da zuvor ein gemeinsamer Markt mit städtischen Gebieten konstatiert werde. Auch in der Sache greife dieses Argument nicht, da das Phänomen zeige, dass sich die Wettbewerber vorwiegend auf die lukrativen Ballungsgebiete fokussiert hätten. Dem ist entgegenzuhalten, dass aus den Daten hervorgeht, dass es in ganz Deutschland bestenfalls punktuelle (regionale) Ansätze von Wettbewerb gibt. Diese Ansätze von Wettbewerb, die sich in einigen Regionen gebildet haben, rechtfertigen aber keine Abgrenzung eigener räumlich relevanter Märkte, da es für die Abgrenzung eines geographischen Marktes nicht erforderlich ist, dass die Wettbewerbsbedingungen vollkommen homogen sind. Es reicht aus, dass diese Bedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind.[236] Dies ist aber vorliegend der Fall. Auch eine andere interessierte Partei weist ausdrücklich darauf hin, dass es nicht untypisch sei, dass sich in Folge einer Liberalisierung wettbewerbliche „Brückenköpfe“ bildeten.

Weitere strukturelle Marktzutrittsschranken können durch Wechselkosten, die Reputation des etablierten Betreibers und Vorteile aus horizontaler Integration entstehen.

Beim Wechsel des Telefonanschlusses wird i.d.R. eine nicht unerhebliche Wechselgebühr vom Teilnehmer (Endkunde) erhoben. Muss der Endkunde diese selbst zahlen, wird ihn dies in vielen Fällen von einem Wechsel abhalten. Dies gilt um so mehr, je weniger Vorteile der Endkunde

[234] Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Tätigkeitsbericht 2002/2003, Bonn 2003, S. 41.
[235] Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Tätigkeitsbericht 2002/2003, Bonn 2003, S. 41.
[236] Vgl. Leitlinien, Rn. 56.

durch einen Wechsel erwartet. Übernimmt der Wettbewerber die Wechselkosten des Neukunden, so kommen auf ihn zusätzliche Akquisitionskosten zu.

Die DT AG hat als etablierter Betreiber eine gute Reputation in Bezug auf die Zuverlässigkeit. Dies wirkt sich insbesondere im Bereich des Zugangs zum Telefonnetz aus, in dem die Zuverlässigkeit für die Kunden eine große Rolle spielt: Während eine vorübergehende Netzüberlastung bei Call-by-Call- und Preselection-Anbietern dadurch abgefangen werden kann, dass der Kunde einen anderen Anbieter auswählt, ist bei Zugangsproblemen keine Möglichkeit mehr gegeben, ein Telefongespräch von dem betreffenden Telefonanschluss zu führen. Es wäre möglich, dass die Kunden dem etablierten Betreiber aufgrund der Erfahrungen aus der Vergangenheit eher zutrauen, den Zugang zum Telefonnetz zuverlässig bereitzustellen, als einem neuen oder neu in den Telekommunikationsmarkt eintretenden Unternehmen, und eher risikoscheues Verhalten zeigen, indem sie beim etablierten Betreiber verbleiben. Insgesamt zeigen die Kunden eine eher geringere Wechselneigung.

Der wichtigste Vorteil aus horizontaler Integration ist die Möglichkeit, ein breites Produktsortiment anzubieten. Pakete für Direktanschlüsse (Telefonanschluss und Telefonverbindungen), die häufig für den Kunden günstiger sind als die Summe der Einzelleistungen, bieten die Möglichkeit, den Kunden an ein Unternehmen zu binden, auch wenn die Standardpreise für einzelne Leistungen bei einem anderen Anbieter günstiger wären. In jedem Fall sind Pakete, die den Telefonanschluss und die Telefonverbindungen zusammenfassen, bequemer handhabbar für die Endkunden, als wenn diese für jede einzelne Leistung und jedes einzelne Gespräch einen passenden Anbieter auswählen. Ein Unternehmen kann aber nur dann dem Kunden alle Leistungen aus einer Hand (und dies noch zu einem günstigeren Preis) anbieten, wenn es in hohem Maße horizontal integriert ist. Das etablierte Unternehmen verfügt traditionell über eine solche horizontale Integration. Dies ist für neu in den Markt eintretende Unternehmen nur mit großen Investitionen und erhöhtem Risiko möglich.

Somit lässt sich feststellen, dass der vorliegende Markt insbesondere aufgrund der Kontrolle der DT AG über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur im Vorleistungsmarkt und die für den Kunden anfallenden Wechselkosten, die Reputation der DT AG als etabliertem Betreiber und deren Vorteile aus horizontaler Integration durch hohe Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist. Auch dieses Kriterium spricht damit für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG.

Die DT AG hat in ihrer Stellungnahme gefragt, für wie viele zusätzliche Anbieter es angesichts der bestehenden 65 TAL-Verträge im Markt noch Platz geben könne. Dazu ist anzumerken, dass die überwiegende Mehrzahl der Anbieter nur regional eng begrenzt tätig ist, aber selbst die bundesweit tätigen Anbieter Anschlüsse nur in bestimmten Regionen anbieten. Nach wie vor gibt es keinen einzigen Anbieter, der bundesweit in allen Regionen Telefonanschlüsse für Endkunden anbietet.

Im Übrigen besagt die reine Anzahl der (vorwiegend regional tätigen) Anbieter nichts über deren Stärke aus. So haben diese zusammen insgesamt weniger als [...] % Marktanteil (sowohl nach Umsätzen als auch nach der Zahl der Anschlüsse). Dabei hatten 2004 (von den Unternehmen, die Anschlussdaten geliefert haben) nur [...] der Wettbewerber der DT AG mehr als 100.000 Anschlüsse. Hingegen gab es [...] Anbieter, die weniger als 10.000 Anschlüsse hatten, und [...] weitere Anbieter, die weniger als 20.000 Anschlüsse haben (zum Vergleich: die DT AG verfügte im gleichen Zeitraum über ca. [...] Mio. Anschlüsse). Dies zeigt, dass die Anzahl der Anbieter alleine keine Aussage darüber geben kann, ob ein Marktzutritt sinnvollerweise noch möglich ist.

Der tatsächliche Wettbewerb ist gegenwärtig noch beschränkt. Zwar sind Unternehmen wie [...] oder seit neuestem auch [...] bundesweit tätig, sie haben jedoch kein flächendeckendes Angebot. Aufgrund der umfangreichen Investitionen, die für den Ausbau einer bundesweiten Infra-

struktur notwendig wären, ist mit einer schnellen Ausweitung der Tätigkeit der Wettbewerber nicht zu rechnen. Dies gilt um so mehr für Verbindungsnetzbetreiber, die Teilnehmernetze aufbauen wollen, oder den Markteintritt von Unternehmen, die bisher nicht auf Telekommunikationsmärkten tätig waren. Anhaltspunkte für einen solchen Aus- oder Aufbau der Infrastruktur für die bundesweite Bereitstellung von Teilnehmeranschlüssen zeichnen sich auch nicht ab.

3. Ausgleichende Nachfragemacht

Eine starke Verhandlungsposition auf der Nachfragerseite könnte die Marktmacht eines Anbieters ausgleichen. So könnten die Nachfrager auf eine Preiserhöhung mit einem Anbieterwechsel reagieren.

Fehlt eine ausgleichende Nachfragemacht oder ist diese gering, so spricht dies ebenfalls für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,[237] da eine starke Verhandlungsposition auf der Nachfragerseite die Marktmacht eines Anbieters ausgleichen könnte. Eine solche Nachfragermacht kann dabei sowohl im Vorleistungsbereich als auch im Endkundenbereich im Einzelfall gegeben sein. Nachfragermacht kann beispielsweise entspringen aus der Fähigkeit der Nachfrager zu differenzierendem Vorgehen. Diese kann z.B. eingeschränkt sein, wenn ein Wechsel vertraglich erschwert wird oder durch den Wechsel erhebliche Kosten entstehen.

Die DT AG bietet als einziges Unternehmen Telefonanschlüsse flächendeckend in Deutschland an. Alle anderen Wettbewerber sind entweder regionale Anbieter oder bundesweite Anbieter, die sich bei den Telefonanschlüssen aber auf mehrere Regionen oder Ballungsgebiete beschränken. Dies bedeutet, dass die Endkunden überhaupt nur in einigen Gebieten, vorwiegend in Ballungsräumen, die Möglichkeit haben, zu einem anderen Anschlussanbieter zu wechseln, während sie in anderen Gebieten auf einen Telefonanschluss bei der DT AG angewiesen sind (vgl. dazu auch J.III.1).

Selbst in Gebieten, in denen es Wettbewerb gibt, ist die entgegengesetzte Nachfragemacht eingeschränkt. Sofern die DT AG die Preise für den Telefonanschluss kurzfristig erhöhen würde, wären die konkurrierenden Unternehmen mangels ausreichender Kapazitäten nicht in der Lage, den Bedarf der wechselwilligen Endkunden kurzfristig zu decken.

Die DT AG vermerkt dazu, dass die Reg TP scheinbar davon aus gehe, dass nur kurzfristige Wechselmöglichkeiten eine Nachfragemacht begründen könnten. In der technikorientierten Telekommunikation seien dem Wechsel aber natürliche Grenzen gesetzt. Übertrage man dies auf die Autoindustrie, so dürfte es aufgrund der mehrmonatigen Wartezeiten für ein neues Auto nie eine Nachfragemacht geben. Diese sei jedoch tatsächlich vorhanden und führe bei verfehlter Modell- und Preispolitik sehr wohl zu Marktanteilsverlusten.

Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht um verschiedene Modell- oder Preisvarianten, sondern um ein weitestgehend homogenes Produkt. Daher geht es in diesem Fall nicht um neue, begehrte Produktvarianten, sondern um die Möglichkeit, überhaupt einen Telefonanschluss von einem anderen Anbieter zu beziehen. Diese Möglichkeit ist aber für die Kunden, wie oben geschildert, überhaupt nur in bestimmten Regionen in Deutschland vorhanden.

Hinzu kommt, dass beim Wechsel zu einem anderen Anbieter praktische Schwierigkeiten auftreten können.

Somit kann festgestellt werden, dass auf dem vorliegenden Markt keine ausgleichende Nachfragemacht der Endkunden besteht.

[237] Leitlinien, Rn. 78.

4. Keine signifikanten Unterschiede innerhalb des Marktes

Hierbei zeigt sich nochmals, dass die vorgenommene weite Marktabgrenzung u.a. auch schon aufgrund der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen angezeigt ist. Sofern die DT AG auf dem hier relevanten Markt einem vergleichbarem Wettbewerbsdruck bzw. vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt ist, unabhängig davon, welche Produkte diesem Markt zugerechnet werden, besitzt die hier getroffene Marktabgrenzung Gültigkeit. Ansonsten wäre nach Auffassung der EU-Kommission eine Differenzierung der Märkte erforderlich.

Für den hier relevanten Markt gilt, dass die DT AG als Hauptwettbewerber nur wenigen Unternehmen gegenübersteht, die überhaupt zählbare Erfolge in diesem Segment aufweisen können. Dies gilt unabhängig davon, welche Anschlussart im Einzelnen betrachtet wird. Der potenzielle Druck, der von diesen Wettbewerbern ausgeübt wird, dürfte von Seiten der DT AG ohne Weiteres aufzufangen sein, da sie als vertikal integriertes Unternehmen in der Regel die gesamte Produktpalette anbieten kann und auf entsprechende Angebote der Wettbewerber auch in preislicher Hinsicht reagieren bzw. führend operieren kann – gerade auch bei dem hier relevanten Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten.

5. Vertriebs- und Verkaufsnetz

Die DT AG hat von allen Wettbewerbern das beste Vertriebs- und Verkaufsnetz auf den hier relevanten Endkundenmärkten, da es sich über einen langen Zeitraum entwickeln konnte.

Es ist festzustellen, dass die Kunden zunehmend weniger Wert auf eine intensive Kundenberatung und –betreuung legen. Gerade im Bereich von Preselection und Call-by-Call mit häufig wechselnden Tarifen gibt es eine hohe Zahl von Kunden, die sich über die Medien informieren und dementsprechend die für sie geeigneten Angebote aussuchen. Ein direkter Kontakt mit dem Anbieter kommt i.d.R. nicht zustande. Die Kundenbetreuung bei Fragen oder Reklamationen erfolgt häufig ausschließlich über das Internet oder Sevice-Call-Center, so dass insofern die Entwicklung eines Vertriebsnetzes nicht unbedingt erforderlich ist.

Andererseits ist es der DT AG aufgrund ihres Vertriebs- und Verkaufsnetzes möglich, die Kunden, die auf Beratung Wert legen, besser und genauer anzusprechen. Nicht zuletzt kann die DT AG für ihre Angebote im Rahmen der monatlichen Rechnung werben, die auch Kunden zugeht, die durch Preselection-Verträge für ihr Verbindungsaufkommen an andere Anbieter gebunden sind, bzw. Kunden, die häufig Call-by-Call über andere Anbieter telefonieren. Dadurch kann die DT AG als einzige einen sehr großen Kundenstamm ohne größere Zusatzkosten erreichen. Dies zeigt z.B. auch die Vielzahl von unterschiedlichen Rahmenverträgen und Optionstarifen, mit denen z.B. Viel- oder Langzeittelefonierer angesprochen werden. Zwar werden Rahmen- und Optionstarife auch von anderen Unternehmen angeboten. Allerdings verfügt keines dieser Unternehmen über eine so breite Palette unterschiedlichster Angebote. Die DT AG ist dazu in der Lage, da sie als horizontal integriertes Unternehmen alle Arten von Endkundenleistungen bereits einzeln anbietet. Auch kann sie als vollständig vertikal integriertes Unternehmen im vollen Umfang auf eigenrealisierte Vorleistungen zugreifen, um unterschiedliche Pakete anzubieten.

Somit hat die DT AG gegenüber ihren Wettbewerbern in der Marktbearbeitung eindeutig Vorteile.

6. Produktdifferenzierung

Eine breites Produktsortiment kann ebenfalls Wettbewerbsvorteile mit sich bringen.[238] Dazu gehört insbesondere das Angebot der in B.II.2. beschriebenen Pakete. Dies ist nur möglich, wenn ein Anbieter hinreichend diversifiziert ist.

Pakete, die Rahmenverträge für die Kombination von verschiedenen Leistungen (insbesondere für Preselection) oder für unterschiedliche Modelle von Preisen und anderen Konditionen bieten, werden von unterschiedlichen Unternehmen angeboten. Pakete für Direktanschlüsse (Telefonanschluss und Telefonverbindungen) werden jedoch flächendeckend nur von der DT AG angeboten. Die DT AG bietet auch das größte Portfolio an unterschiedlichen Paketen an, da sie das am stärksten diversifizierte Telekommunikationsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ist. Die DT AG hat dadurch gegenüber ihren Wettbewerbern einen Vorteil, weil sie den Kunden alle Leistungen aus einer Hand und zu unterschiedlichen Konditionen je nach Kommunikationsverhalten anbieten kann. Dies ist für die Kunden häufig günstiger als der Bezug von Standardleistungen. In jedem Fall sind diese Pakete aber bequemer handhabbar für die Endkunden, als wenn diese für jede einzelne Leistung und jedes einzelne Gespräch einen passenden Anbieter auswählen.

So konnte insbesondere im letzten Jahr der Trend zu Paketangeboten beobachtet werden, die auch von den Wettbewerbern der DT AG, darunter auch Verbindungsnetzbetreibern, angeboten und beworben werden. Ein Teil der Angebote enthält dabei auch pauschale Abrechnungselemente. Sofern die Anbieter vertikal integriert sind, können sie so Verbundvorteile erzielen. Andererseits erschwert dies aber den Kapitalbedarf und damit auch den Markteintritt weiterer (Komplett-)Anbieter. Es erschwert ebenfalls den Wettbewerb für Reseller und Unternehmen, die ihren Kunden vorwiegend Call-by-Call-Produkte anbieten.

7. Gesamtschau

In der Gesamtschau der oben untersuchten Merkmale wird deutlich, dass auf dem hier betrachteten Markt „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ kein wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht.

Die Deutsche Telekom AG verfügt auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht. Sie nimmt eine der Beherrschung gleichkommende Stellung ein, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihr gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten.

Diese Stellung rührt namentlich her aus dem hohen Marktanteil der DT AG, den genannten Marktzutrittsschranken, der im Vergleich zu den Wettbewerbern geringeren Abhängigkeit von Dritten bei der Beschaffung von Vorleistungen bzw. Vorleistungsprodukten, der vertikalen Integration, der Möglichkeit zur Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen und dem als gering einzustufenden tatsächlichen und potenziellen Wettbewerb. Es gibt zudem bezogen auf den vorliegend untersuchten relevanten Markt keine erkennbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen einer die Marktmacht der DT AG ausgleichenden gegengerichteten Nachfragemacht auf der Vorleistungs- und/oder der Endkundenebene.

III. Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten

Wettbewerber der DT AG können Anschlussmarkt und Verbindungsmarkt auf grundsätzlich gleiche Weise angehen, indem sie nämlich auf Basis eigener oder angemieteter Teilnehmeranschlussleitungen dem jeweiligen Endkunden ein Gesamtpaket von Anschluss und Verbindungsleistungen verkaufen. Allerdings hat sich der Aufbau eigener Teilnehmernetze in Deutschland

[238] Leitlinien, Rn. 78; vergleiche Dirksen, in: Langen/Bunte, a.a.O., Rn. 55. m.w.N.

aus verschiedenen Gründen (siehe oben) bislang nur mäßig entwickelt. Die wesentliche Konkurrenz für die DT AG auf den Verbindungsmärkten rührt daher nicht nur von den Teilnehmernetzbetreibern her. Vielmehr wird die Stellung der DT AG vor allem auch von den Verbindungsnetzbetreibern angegriffen. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass weniger als [...] % der Verbindungsumsätze der Wettbewerber insgesamt über deren Direktanschlüsse erzielt werden.

Das Geschäftsmodell der Verbindungsnetzbetreiber beruht darauf, dass sie den Endkunden nicht einen Anschluss (der verbleibt typischerweise bei der DT AG), sondern allein Verbindungsleistungen verkaufen. Gleichwohl sehen sich Verbindungsnetzbetreiber wie auch Teilnehmernetzbetreiber, die auf diesem Markt tätig sind, verschiedenen Expansions- und Marktzutrittshindernissen ausgesetzt.

1. Zugang zu den Beschaffungsmärkten

Ein Markteintritt über Call-by-Call und Preselection bzw. VoIP ist mit vergleichsweise geringen Kapitalinvestitionen und in vergleichsweise kurzer Zeit möglich. Gleichwohl ist, weil die DT AG nach wie vor über die bei weitem größte Endkundenbasis verfügt und deshalb die meisten Anrufe in ihrem Netz entstehen und dort auch zu beenden sind, für ein erfolgreiches Auftreten auf dem Endkundenmarkt ein Zugang zu den Originierungs- und Terminierungsleistungen der DT AG auf der Vorleistungsebene zwingend erforderlich.

Tatsächlich stellen regulatorische Maßnahmen auf den entsprechenden Märkten sicher, dass andere Netzbetreiber Zugang zu diesen Vorleistungen erhalten. Hinsichtlich der Zugangsbedingungen und insbesondere hinsichtlich der verlangten und von der Bundesnetzagentur vorab zu genehmigenden Entgelte unterliegt die DT AG jedoch einem Diskriminierungsverbot. Dies schafft einerseits ein „Level-Playing-Field“ für die Wettbewerber, hat andererseits aber auch zur Folge, dass die Wettbewerber aufgrund identischer Kosten keine individuellen Effizienzersparnisse in diesen Vorleistungsbereichen erzielen können. Differenzierungsmöglichen entstehen deshalb nur in geringem Maße, soweit es den Bezug von Vorleistungen angeht.

Schließlich muss auch berücksichtigt werden, dass Verbindungsnetzbetreiber, wenn sie bundesweit Call-by-Call im Ortsnetz anbieten wollen, aufgrund einer gesetzgeberischen Entscheidung[239] ihr Netz an 474 Vermittlungseinrichtungen mit Netzübergangsfunktion (VE:N) der DT AG zusammenschalten müssen. Der entsprechende Investitionsbedarf stellt sich als Expansions- und Marktzutrittsschranke zulasten der Verbindungsnetzbetreiber dar.

2. Zugang zu den Absatzmärkten

Grundsätzlich besteht die Gefahr, dass die DT AG ihre Marktmacht aus dem Anschlussbereich auf den Verbindungsbereich überträgt. In der Regel sind nämlich die (potenziellen) Kunden der Verbindungsnetzbetreiber gleichzeitig Anschlusskunden der DT AG. Für diese Kunden ist es prinzipiell bequemer, sowohl Anschluss- als auch Verbindungsleistungen „aus einer Hand“ zu erhalten. Namentlich Verbindungsnetzbetreiber stehen damit vor der Aufgabe, Anschlusskunden der DT AG zu einem Bezugswechsel hinsichtlich der Verbindungsleistungen zu animieren. Zu diesem Zweck müssen die Netzbetreiber die ihnen zur Verfügung stehenden Aktionsparameter einsetzen. Allerdings sind die entsprechenden Instrumente nur beschränkt wirksam.

a. Komfortabilität

Um Kunden überhaupt zu einem Wechsel bewegen zu können, darf sowohl die Inanspruchnahme der Dienste als auch deren Abrechnung nicht weit umständlicher sein, als es bei der Nutzung von Verbindungsleistungen der DT AG der Fall ist.

[239] § 40 TKG.

Leistungen von Verbindungsnetzbetreibern können nach Erteilung eines entsprechenden Auftrags per Preselection realisiert werden; in diesem Fall wird nur eine einmalige Ummeldung notwendig. Soll dagegen Call-by-Call in Anspruch genommen werden, so muss eine fünfstellige Nummer vorgewählt werden. Darüber hinaus muss der Kunde sich über die vielfältigen Angebote einen Überblick verschaffen und das für ihn geeignetste auswählen. Geht es um Call-by-Call-Tarife, die von den Anbietern häufig geändert werden, ist ein solcher Preisvergleich mehr oder weniger kontinuierlich notwendig. Direkte Wechselkosten entstehen dagegen kaum; lediglich bei Preselection kann eine – relativ geringe – Wechselgebühr fällig werden, die teilweise aber vom aufnehmenden Anbieter übernommen wird. Solange die Vorwahl der VNB-Kennziffer nicht notwendig ist, wenn man von einem Anschluss der DT AG aus Verbindungsleistungen der DT AG nutzt, besteht diesbezüglich für die Wettbewerber ein zwar kleiner, aber gleichwohl merklicher Wettbewerbsnachteil gegenüber der DT AG.

Über die regulatorisch bedingt einheitliche Rechnungsstellung ist gewährleistet, dass Abrechnung und Inkasso für den Endkunden komfortabel ausgestaltet sind. Der große Erfolg dieser regulatorischen Maßnahme zeigt aber auch, wie schwer es für Wettbewerber ist, eine ähnlich hohe Kundenbindung zu erreichen wie DT AG. So ist davon auszugehen, dass das Angebot umfassender Produktbündel und deren Fakturierung auf Basis eigener Abrechnungssysteme für die nachhaltige Erschließung einer stabilen Kundenbasis zunehmend an Bedeutung gewinnen wird. Derzeit ist noch nicht absehbar, ob und welchen Unternehmen einer solcher Aufbau gelingen kann.

Auch konnte insbesondere im letzten Jahr ein Trend zu Paketangeboten beobachtet werden, die auch von den Wettbewerbern der DT AG, darunter auch Verbindungsnetzbetreibern, angeboten und beworben werden. Ein Teil der Angebote enthält dabei auch pauschale Abrechnungselemente. Sofern die Anbieter vertikal integriert sind, können sie so Verbundvorteile erzielen. Andererseits erschwert dies aber den Kapitalbedarf und damit auch den Markteintritt weiterer (Komplett-)Anbieter. Es erschwert aber den Wettbewerb für Unternehmen, die ihren Kunden ausschließlich oder vorwiegend Call-by-Call-Produkte anbieten.

b. Qualität und Zusatzleistungen

Aufgrund der Größe und des technischen Wissens der DT AG sind die Wettbewerber nicht in der Lage, über Zusatzleistungen (individuelle Betreuung, zentraler Rufnummernplan usw.) ein Alleinstellungsmerkmal gegenüber der DT AG aufzubauen. Auch wenn etwa die von einigen Verbindungsnetzbetreibern angebotene Ansage der Verbindungspreise einen Vorteil für den Endkunden darstellt, können Wettbewerber der DT AG beim relativ homogenen Produkt „Inlandsverbindungen“ über Qualitätsmerkmale und Zusatzleistungen kaum entscheidende Wettbewerbsvorteile erzielen.

c. Endogene Marktzutrittsschranken

Es gibt eine Reihe von strukturellen Hindernissen, die einen erfolgreichen Eintritt in die Märkte für inländische Verbindungsleistungen erschweren. Hierzu zählen insbesondere die Kosten der Markterschließung, die durch zu erwartende Erlöse amortisierbar sein müssen. Das bedeutet, dass es nicht so sehr auf die absolute Höhe der Marktzutrittskosten ankommt, sondern vielmehr auf die Relation zwischen den Marktzutrittskosten und den Gewinnen, die man erzielen kann. 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, beeinträchtigt dies die Erfolgsaussichten von neuen Wettbewerbern. 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.

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. Das bedeutet, dass die Höhe der zu versenkenden Kosten nicht allein von technischen Gegebenheiten bestimmt wird, sondern auch von dem Werbeaufwand, den man betreiben muss, um im Wettbewerb mit den bereits im Markt befindlichen Unternehmen Kunden zu gewinnen. 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 Präferenzen oder vertragliche Regelungen begründete – Wechselkosten der Kunden an.[240]

Die Relevanz dieser Erwägungen für den Telekommunikationssektor liegt auf der Hand: Der Telekommunikationssektor ist einer der werbeintensivsten Wirtschaftszweige überhaupt; insofern spielen endogene Marktzutrittskosten eine wichtige Rolle. Auch Kundenwechselkosten sind von erheblicher Bedeutung für die Wettbewerbsverhältnisse. Dass die DT AG bei Inlandsgesprächen (im Standardtarif) deutlich höhere Preise durchsetzen kann als die Wettbewerber, liegt letztlich daran, dass sehr viele Kunden, die ihren Festnetzanschluss bei der DT AG haben, eine geringe Wechselbereitschaft aufweisen.[241]

Die DT AG hat über einen langen Zeitraum eine gute Reputation und Markenkenntnis bei den Endkunden erreichen können. Dies und der entstehende Konkurrenzdruck durch andere Wettbewerber zwingen andere Netzbetreiber, erhebliche Summen in die Werbung zu investieren. Tatsächlich ist der Telekommunikationsbereich eine der werbeintensivsten Branchen überhaupt in Deutschland. Trotzdem ist es den Wettbewerbern noch immer nicht gelungen, eine stabile breite Kundenbasis aufzubauen. Zwar ist der über eigene Anschlüsse abgewickelte Verkehr der Wettbewerber in den vergangenen Jahren kontinuierlich gestiegen. Er macht aber insgesamt nur weniger als [...] % des von Wettbewerbern abgewickelten Verkehrsvolumens aus.[242] Währenddessen ist die Bedeutung des Call-by-Call-Verfahrens, und hier insbesondere des offenen Call-by-Call, unverändert hoch. Im Jahr 2004 wurden knapp [...] % der Umsätze mit Verbindungsleistungen[243] der Wettbewerber (ohne DT AG) mittels Call-by-Call getätigt, davon knapp [...] % über offenes Call-by-Call. Für neu in den Markt eintretende Unternehmen bestehen damit erhebliche strukturelle Hindernisse bei der Erschließung einer breiten stabilen Kundenbasis und dem Aufbau einer dauerhaften Kundenbindung. Zusätzlich ist eine solche Erschließung mit erheblichen Kosten verbunden. Diese betreffen zum einen die Informationskosten über den Markt oder Marktsegmente für neu in den Markt eintretende Unternehmen, zum anderen Werbemaßnahmen zum Erreichen eines gewissen Bekanntheitsgrades.

d. Preise

Hohe Aufmerksamkeit kann ein Wettbewerber durch seine Preispolitik erreichen. Die Preissensibilität ist bei den einzelnen Endkunden allerdings sehr unterschiedlich ausgeprägt. Gerade bei preissensiblen Kunden, die am ehesten einen Bezugswechsel bei Verbindungsleistungen in Betracht ziehen, sind aber hohe Gewinnmargen nicht zu realisieren.[244] Auf der anderen Seite gibt es eine Reihe von Endkunden, die eine nur geringe Preisempfindlichkeit zeigen. Diese Kunden sind auch durch besonders günstige Angebote kaum zu einem Wechsel zu bewegen.

[240] Vgl. dazu z.B. AT/2004/126, S. 13.

[241] Vgl. Monopolkommission (2001): Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Tz. 26 - 29.

[242] Vgl. H.I.2.c.

[243] Umfasst Inlands- und Auslandsverbindungen, da hier keine Trennung der Angaben differenziert nach Call-by-Call und Preselection erfolgt ist.

[244] Vgl. Leitlinien, Fußnote 85.

Der DT AG ist es in den vergangenen Jahren durch eine ausgeprägte Strategie der Preisdifferenzierung gelungen, ihre Marktanteilsverluste zu begrenzen. Während die Preise im Rahmen von einigen Optionsangeboten zu den günstigsten Marktangeboten zählen und insofern auch für preissensible Kunden attraktiv sind,[245] besitzt die DT AG gegenüber Kunden mit hoher Markenbindung nach wie vor die Möglichkeit, relativ hohe Gewinnmargen zu realisieren. Dies zeigt sich insbesondere bei einem Preisvergleich für inländische Ferngespräche, in weniger ausgeprägter Form auch für Ortsgespräche:[246]

So liegen die Preise der drei günstigsten Call-by-Call-Tarife für Ortsgespräche in der Hauptzeit zwischen 1,39 Cent/Min. und 1,8 Cent/Min., während die Tarife der DT AG zwischen 2,9 Cent/Min. (in Tarifen mit Optionszuschlägen auf das Grundentgelt) und 3,9 Cent/Min. liegen.

Ferngespräche kosten in der Hauptzeit in den drei günstigsten Call-by-Call-Tarifen zwischen 1,9 Cent/Min. (in Tarifen mit Optionszuschlägen auf das Grundentgelt) und 2,2 Cent/Min., während die Tarife der DT AG zwischen 3,9 Cent/Min. und 5 Cent/Min. liegen.

Das bedeutet, dass die DT AG trotz deutlicher Preissenkungen im Rahmen der Price-Cap-Regulierung der Jahre 1998 bis 2001[247] in der Lage ist, die Verbindungspreise im Rahmen ihrer Standardangebote bei Inlandsgesprächen um ein Mehrfaches über dem wettbewerblichen Preisniveau zu halten. Gleichzeitig hatte sie in den Jahren 2001 bis 2003 einen Marktanteilsverlust gemessen in Umsätzen von insgesamt knapp [...] Prozentpunkten. Zwar hat die DT AG gerade im Jahr 2004 Marktanteile gemessen in Umsätzen in Höhe von [...] Prozentpunkten [...] auf dem Inlandsmarkt verloren. Diese hängen jedoch nicht bzw. nicht vorrangig mit dem vergleichsweise höheren Preisniveau der DT AG für Inlandsverbindungen zusammen, sondern sind in erster Linie Folge der Regulierung: In der 2. Jahreshälfte 2003 hat die Reg TP auch die Ortsnetze für Preselection und Call-by-Call geöffnet. Dadurch hat sich in diesem Bereich erstmals Wettbewerb ergeben. In einer solchen Situation ist es normal, dass die Marktanteile des ehemaligen Monopolisten von 100 % zunächst sinken. Die Erhebungen der Bundesnetzagentur zum Tätigkeitsbericht 2005 zeigen, dass die Wettbewerber ihren Anteil an Umsätzen und Verbindungsminuten beim Ortsverkehr stark steigern konnten. So stieg z.B. der Anteil der Wettbewerber an den Verbindungsminuten im Ortsverkehr von 2002 bis 2004 auf das [...]-fache. Somit ist der im Vergleich zu den Vorjahren relativ stärkere Marktanteilsverlust der DT AG auf dem Inlandsmarkt nicht auf verstärkten Wettbewerb, sondern auf eine regulatorische Maßnahme zurückzuführen.

Da die Bundesnetzagentur aus den genannten Gründen einen einheitlichen Inlandsmarkt definiert hat, führt das Eintreten von Verbindungsnetzbetreibern in den Bereich der Ortsnetze zu einer deutlicheren anfänglichen Absenkung der Marktanteile der DT AG auf dem gesamten In-

[245] In diesen Zusammenhang ist jedoch zu betonen, dass alle von der DT AG angebotenen Optionstarife nach TKG-alt der Genehmigungspflicht unterlegen haben und insofern von der Reg TP einer Prüfung hinsichtlich wettbewerbsbehindernder Preisabschläge unterzogen worden sind. Dabei hat die Reg TP bereits Tarife untersagt, bei denen der beantragte Preis als zu niedrig eingestuft worden ist und insofern mit Wettbewerbsgefährdungen zu rechnen gewesen wäre. Im Ergebnis ist festzustellen, dass die von der DT AG vermarkteten Optionsangebote zwar mitunter zu den günstigsten Angeboten zählen, jedenfalls aber keine Preisabschläge beinhalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigen. Nach neuem Recht unterliegen die Entgelte der DT AG bis zum Abschluss des Marktanalyseverfahrens und der Notifizierung der entsprechenden Regulierungsverfügungen nur noch einer Anzeigepflicht für Entgeltmaßnahmen im Bereich der Entgelte für Endnutzerleistungen für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, der öffentlichen Orts- und/oder Inlandsgespräche an festen Standorten und der öffentlichen Auslandsgespräche an festen Standorten gemäß § 39 Abs. 3 S. 2, § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG (vgl. Beschluss BK 2a 04/045 vom 14.12.2004). Die nach altem Recht bestehende Genehmigungspflicht für Entgelte der DT AG gilt nach dem Beschluss des VG Köln vom 06. September 2005 (vgl. Beschluss VG Köln vom 06. September 2005, Az. 1 L 1832/04) nicht mehr.

[246] Stand: 04.10.05.

[247] So hat die DT AG ihr Preisniveau während der Geltungszeit der ersten Price-Cap-Periode 1998 / 1999 um mehr als 20 % abgesenkt, obwohl das damalige Price Cap nur eine Senkung von 4,3 % vorgegeben hatte; vgl. z.B. Reg TP-Beschluss vom 25. Juni 2004, Az. BK2a 04/013, S. 28.

landsmarkt. Angesichts des Kundenverhaltens auf dem Inlandsmarkt insgesamt und der geringen Einsparmöglichkeiten der Endkunden in diesem Bereich bei gleichzeitig hohen Informationskosten im Falle von Call-by-Call ist bei dynamischer Betrachtung davon auszugehen, dass sich dieser Trend nicht in gleichem Maße fortsetzen wird.

Die Bedeutung des Segments der weniger preissensiblen und wechselbereiten Kunden lässt sich ebenfalls an den Ergebnissen einer repräsentativen Befragung ablesen, nach denen 58 % der privaten Haushalte und 70 % der Unternehmen auch 5 Jahre nach Marktöffnung noch nie wettbewerbliche Angebote im Festnetzbereich genutzt haben.[248] Zwar ist davon auszugehen, dass dieses Kundensegment überdurchschnittlich viele Kunden mit relativ geringer Nutzungsintensität umfasst, gleichwohl dürfte das quantitative Gewicht dieser Kundengruppe angesichts der deutlich überdurchschnittlichen Preise mit Blick auf die realisierten Umsätze nicht unbeträchtlich sein.

Zukünftig ist es denkbar, dass sich die zunehmende Nutzung von VoIP-Diensten auf die wettbewerbliche Situation auswirken kann. Zur Zeit dürften die Nutzerzahlen sowie die erzielten Umsätze bzw. die Verbindungsminuten aber noch so gering sein, dass sie sich auf die Wettbewerbssituation kaum auswirken. Hierfür spricht auch, dass bislang keine Preissetzungen traditioneller Anbieter zu beobachten sind, die als Reaktion auf die zunehmende Verbreitung von VoIP-Diensten gewertet werden könnten. Darüber hinaus ist es aus heutiger Sicht völlig unklar, wie sich eine weitere Verbreitung der Nutzung von VoIP-Diensten tatsächlich auf den Wettbewerb auswirken wird. Es ist insbesondere unklar, ob dies zu Lasten des heute marktbeherrschenden Unternehmens oder zu Lasten der Wettbewerber geht, seien es Teilnehmer- oder Verbindungsnetzbetreiber.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass zwar einerseits die seit der Marktöffnung eingetretene dynamische Preisentwicklung für eine gewisse Wettbewerbsintensität bei Inlandsverbindungen spricht, andererseits die DT AG in einem bedeutsamen Marktsegment aber unverändert über beträchtliche Preissetzungsspielräume bei sehr geringen Marktanteilsverlusten verfügt, die ein Indiz für eine schwächere wettbewerbliche Kontrolle darstellen.[249]

3. Ausgleichende Nachfragemacht

Auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche ist derzeit eine gewisse Nachfragemacht vorhanden, da durch die Verpflichtung der DT AG den Anschlussinhabern Call-by-Call und Preselection ermöglicht wird. Daher können die Endkunden auch bei Fortbestehen des Anschlusses bei der DT AG zu anderen Anbietern wechseln und somit auf Preisänderungen flexibel reagieren. Entfiele für den Endkunden die Möglichkeit zu Call-by-Call und Preselection, hätte er bei einer Preiserhöhung nur die Möglichkeit, zu einem anderen Teilnehmernetzbetreiber zu wechseln. Diese Möglichkeit ist aber, wie bereits geschildert, nur eingeschränkt gegeben.

Die vorhandene, relativ geringe Nachfragemacht besteht also nur aufgrund der bestehenden Verpflichtungen der DT AG. Diese sollte aber angesichts der derzeitigen Möglichkeiten der Wettbewerber nicht überbewertet werden. Daher spricht auch hier die geringe ausgleichende Nachfragemacht für eine marktbeherrschende Stellung der DT AG, zumal – wie im vorstehenden Kapitel dargelegt – bisher nur sehr begrenzt von Wettbewerberangeboten Gebrauch gemacht worden ist.

[248] Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (2003): Tätigkeitsbericht 2002 / 2003, S. 48 f.

[249] Vgl. Monopolkommission (2001): Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Tz. 26 - 29.

4. Keine signifikanten Unterschiede innerhalb des Marktes

Hinsichtlich der Frage, ob die DT AG einem gleichen Wettbewerbsdruck unterliegt, unabhängig davon, wo bei der Marktabgrenzung eine Trennlinie durch die angebotene Produktpalette gezogen wird, ist generell anzuführen, dass eine derartige Trennung gerade im Abschnitt G. verneint worden ist, sofern sich nicht – wie im Bereich des oberen Marktsegments der Systemlösungen – anhand der Daten zeigt, dass es tatsächlich einen Einschnitt gibt. Es erscheint auch nicht sachgerecht, eine derartige Trennung anhand der Produkte der DT AG vorzunehmen. Betrachtet man das eine Ende der Produktkette – das Angebot gegenüber Privatkunden – kommt man zu dem Schluss, dass die DT AG Preissetzungsoffensiven durch die Wettbewerber mit entsprechender Verzögerung durchaus gefolgt ist, sei es durch erhebliche Preissenkungen oder durch das Angebot von Bündelprodukten, die zum Teil durch die Unternehmen (insbesondere durch die Verbindungsnetzbetreiber) nicht direkt nachbildbar waren. Schaut man sich das andere Ende der Produktkette an, so konkurrieren Angebote der DT AG für Systemkunden (mit einem Jahresumsatz von weniger als einer Mio. € pro Vertrag) mit Produkten von Wettbewerbern für Geschäftskunden bzw. Privatkunden. Gerade die Produkte der Wettbewerber sind im Wesentlichen nicht derart speziell für bestimmte Kundengruppen zugeschnitten, wie dies die DT AG für ihre Produktpalette sieht. Dies zeigt insbesondere der hohe Anteil an Call-by-Call an den Umsätzen der Wettbewerber insgesamt (knapp [...] %). Diese sind gerade aus Sicht der DT AG keine geeigneten Produkte für Systemlösungskunden und größere Geschäftskunden, obwohl sie [...].

Auch sind die vergleichbar hohen Marktanteile der DT AG im Zeitablauf zudem ein Indiz dafür – auch wenn diese auf Inlandsverbindungen insgesamt bezogen sind – dass die DT AG über alle von ihr angebotenen Produkte ähnlichen Wettbewerbsbedingungen ausgesetzt sein dürfte. Hinsichtlich der Preispolitik ist anzuführen, dass die DT AG auch hier nicht die Preisführerschaft innehat. Allerdings reagiert sie als vertikal integriertes Unternehmen u.a. mit entsprechenden Bündelangeboten verschiedener Einzelprodukte, welche von den Wettbewerbern nicht immer nachgebildet werden können. Angesichts des stärker wahrnehmbaren Trends zu Bündelangeboten, bei denen die Kunden alle Leistungen aus einer Hand erhalten und zumindest Teile der Angebote (und dabei insbesondere Inlandsverbindungen) zu Pauschaltarifen abgerechnet werden, hat die DT AG gegenüber nicht vertikal integrierten Anbietern deutliche Vorteile[250].

Auch sprechen vertragliche Vereinbarungen dafür, dass die DT AG einem vergleichbaren Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist. Im Rahmen von sprachorientierten Systemlösungen sind Vereinbarungen darüber enthalten, [...].

5. Gesamtschau

In der Gesamtschau der oben untersuchten Merkmale wird deutlich, dass auf dem hier betrachteten Markt „Öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten“ kein wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht.

Die Deutsche Telekom AG verfügt auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht. Sie nimmt eine der Beherrschung gleichkommende Stellung ein, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihr gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten.

Diese Stellung rührt namentlich her aus dem hohen Marktanteil der DT AG, den genannten Marktzutrittsschranken, der im Vergleich zu den Wettbewerbern geringeren Abhängigkeit von Dritten bei der Beschaffung von Vorleistungen bzw. Vorleistungsprodukten, der vertikalen Integration, der Möglichkeit zur Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen und dem als gering einzustufenden tatsächlichen und potenziellen Wettbewerb. Es gibt zudem bezogen auf den vorliegend untersuchten relevanten Markt keine erkennbaren Anhaltspunkte für das Vorliegen

[250] S. vorheriges Kapitel.

einer die Marktmacht der DT AG ausgleichenden gegengerichteten Nachfragemacht auf der Vorleistungs- und/oder der Endkundenebene.

IV. Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten

Bei Inlands- und Auslandsgesprächen an festen Standorten handelt es sich um Verbindungsleistungen, die als solche eine Reihe gemeinsamer Charakteristika aufweisen. Dies betrifft einmal den Zugang zu Originierungsleistungen der DT AG, die jeweils notwendig sind, um dem größten geschlossenen Endkundenblock in Deutschland überhaupt ein Angebot über Verbindungsleistungen unterbreiten zu können. Außerdem finden sich auch Anbieter von Auslandsgesprächen gegenüber Endkunden der DT AG in der Situation wieder, diese zum Wechsel von der zunächst naheliegenden Verbindungsleistung der DT AG zum eigenen Angebot bewegen zu müssen. Hinsichtlich Komfort, Qualität und Zusatzleistungen treffen auch Anbieter von Auslandsgesprächen auf nicht unbedeutende Expansions- und Marktzutrittsschranken.

Gleichwohl müssen, wie die Marktanteilsentwicklungen nahe legen, auch maßgebliche Unterschiede zwischen dem Angebot von Inlands- und Auslandsgesprächen bestehen. Tatsächlich lassen sich derartige Unterschiede sowohl beim Zugang zu den Beschaffungsmärkten als auch beim Zugang zu den Absatzmärkten nachweisen.

1. Zugang zu den Beschaffungsmärkten

Für das Angebot sowohl von Inlandsgesprächen als auch von Auslandsgesprächen gegenüber Anschlusskunden der DT AG müssen Verbindungsnetzbetreiber auf Originierungsleistungen der DT AG zurückgreifen. Anders als die meisten Inlandsgespräche enden Auslandsgespräche allerdings nicht im Netz der DT AG. Im Gegensatz zu Anbietern von Inlandsgesprächen sind daher Anbieter von Auslandsgesprächen auf der Vorleistungsebene nicht auf Terminierungsleistungen der DT AG angewiesen. Vielmehr sind Verbindungsnetzbetreiber, aber auch Teilnehmernetzbetreiber prinzipiell frei in der Wahl des Netzbetreibers, von dem sie die Auslandsterminierung beziehen.

Tatsächlich hat sich der deutsche Markt für Transit- und Terminierungsleistungen ins Ausland nach der Liberalisierung 1998 sehr schnell wettbewerblich entwickelt. Bereits mit Beschluss BK4e-99-019/E30.04.99 vom 13.12.1999 stellte die Beschlusskammer 4 der Reg TP fest, die DT AG verfüge bezüglich der Leistung Telekom-O.1 (Verbindungen in internationale Telekommunikationsnetze über das Netz der Telekom) über weniger als 30% der Marktanteile (gemessen in Verbindungsminuten) und damit über keine marktbeherrschende Stellung mehr. Diese rapide Entwicklung hing mit den niedrigen Markteintrittsschranken dieses Marktes zusammen. Selbst die DT AG als größter Netzbetreiber verfügt bundesweit über lediglich 8 internationale Gateways. Wenige Gateways genügen also, um eine Anbindung an den internationalen Telekommunikationsverkehr herzustellen und damit Transit- plus Terminierungsleistungen ins Ausland auf der Vorleistungsebene anzubieten bzw. diese für sich selbst zu realisieren.

Die Auslandsstrecke wird im Regelfall länger als die Inlandsstrecke sein. Einsparungen auf der Auslandsstrecke schlagen deshalb bei den Gesamtkosten überproportional zu Buche. Durch ein geschicktes Ausnutzen des Wettbewerbs – auf den internationalen Hauptverbindungsstrecken bestehen massive Überkapazitäten – können Einkäufer ausländischer Terminierungsleistungen erhebliche Kostenvorteile gegenüber Wettbewerbern erzielen. So verkaufen internationale Börsen bzw. Minute-Broker hohe Verkehrsvolumina zu teilweise stark diskontierten Preisen. Deutsche Tochterunternehmen internationaler Telekommunikationskonzerne können darüber hinaus auf Leistungen ausländischer Schwestergesellschaften zurückgreifen. Und schließlich erlauben die vielen möglichen Destinationen im Ausland eine Spezialisierung auf bestimmte Regionen. Auch dies begünstigt einen effizienten Einkauf.

2. Zugang zu den Absatzmärkten

Neben den Unterschieden hinsichtlich der Bezugsbedingungen von Vorleistungen bestehen zwischen den Märkten für Inlands- und Auslandsgespräche auch Differenzen bezüglich der Absatzmöglichkeiten. Zwar unterliegt das Angebot von Auslandsgesprächen hinsichtlich Komfort, Qualität und Zusatzleistungen in etwa den gleichen Beschränkungen, die auch für das Angebot von Inlandsgesprächen gelten. Deutliche Unterschiede ergeben sich aber mit Blick auf die Aktionsparameter Werbung und Preis.

Die Vielzahl möglicher ausländischer Destinationen ermöglicht– wie bereits hervorgehoben – prinzipiell eine Spezialisierung bestimmter Anbieter. Allerdings ist festzustellen, dass die weit überwiegende Mehrzahl der Anbieter alle Destinationen anbietet. Dies gilt insbesondere für Teilnehmernetzbetreiber und Anbieter von Preselection, bei denen die Angebote häufig mit einer Sperre der Betreiber(vor)auswahl einhergeht und die deshalb dem Kunden ein Komplettangebot machen müssen.

Gleichwohl nutzen viele Anbieter auch ohne Spezialisierung wechselnde Tarifen für eine große Anzahl von Ländern, um so mehr Aufmerksamkeit auf sich ziehen als mit dem Angebot wechselnder Tarife für die immer gleichen Leistungen „Cityverbindungen“ und „Fernverbindungen“ in Haupt- und Nebenzeit. Die Werbemöglichkeiten im Markt für Auslandsgespräche sind darum breiter gestreut als im Markt für Inlandsgespräche.

Hauptparameter beim Vertrieb von Auslandsgesprächen ist der Preis. Bereits bei der Betrachtung der Beschaffungsmärkte zeigte sich, dass die Kosten für Vorleistungen zwischen den einzelnen Wettbewerbern weitaus stärker differieren als bei Inlandsgesprächen. Diese Differenzen eröffnen Gelegenheiten, sich auf dem Endkundenmarkt im Preis von den Wettbewerbern abzusetzen. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang etwa eine Gegenüberstellung der Tarife der DT AG und des Tarifs des jeweils günstigsten Call-by-Call-Anbietern:

Land	Günstigster Anbieter Call-by-Call und Tarif	DT AG Basistarif Call Plus	DT AG Tarif XXL	DT AG Business Call 501/551/701[251]	DT AG Tarif Country Select[252]
Argentinien	star79; 1,7 ct/Minute	119 ct/Minute	119 ct/Minute	121,6 ct/Minute	4,7 ct/Minute
China	Startec; 1,59 ct/Minute	119 ct/Minute	14,9 ct/Minute	17,2 ct/Minute	3,9 ct/Minute
Frankreich	ID Net; 1,49 ct/Minute	12,3 ct/Minute	4,6 ct/Minute	5,4 ct/Minute	1,9 ct/Minute
Iran	Callax; 7,4 ct/Minute	139 ct/Minute	45,5 ct/Minute	52,8 ct/Minute	9,9 ct/Minute
Somalia	Callax; 28,5 ct/Minute	149 ct/Minute	149 ct/Minute	160,8 ct./Minute	74 ct/Minute
USA	ID Net; 1,45 ct/Minute	12,3 ct/Minute	4,6 ct/Minute	5,4 ct/Minute	3,7 ct/Minute
Vereinigte Arabische Emirate	010012 Telecom; 16 ct/Minute	139 ct/Minute	139 ct/Minute	61,7 ct/Minute	25 ct/Minute

Abb. 7: Preisübersicht für ausgewählte Länder; alle Tarife in Cent, Stand zum 26.09.05, Quelle: Teltarif bzw. Internetseiten der DT AG.

Der DT AG hat in den vergangenen Jahren durch eine ausgeprägte Strategie der Preisdifferenzierung auch auf dem Auslandsmarkt versucht, ihre erheblichen Marktanteilsverluste zu begrenzen. Während die Preise im Rahmen von einigen Optionsangeboten und insbesondere im Rahmen des Country-Select-Tarifs zu den günstigsten Marktangeboten zählen und insofern auch

[251] Mit USt.
[252] Optionstarif für T-Com Anschlussinhaber ohne Optionszuschlag, jedoch mit 1 Euro Mindestumsatz/Monat und nur für max. 3 Länder möglich.

für preissensible Kunden attraktiv sind, besitzt die DT AG gegenüber Kunden mit hoher Markenbindung nach wie vor die Möglichkeit, relativ hohe Gewinnmargen zu realisieren. Das bedeutet zwar einerseits, dass ein Kundensegment existiert, für das der Wettbewerbsparameter Preis von hoher Bedeutung ist und das einen intensiven Preiswettbewerb herbeigeführt hat. Andererseits zeigt sich aber auch, dass gleichzeitig ein Kundensegment mit relativ geringer Preiselastizität existiert, welches es dem marktbeherrschenden Unternehmen ermöglicht hat, seine Standardpreise in nicht unbeträchtlichem Maße losgelöst von seinen Konkurrenten zu setzen.

Die sich hier zeigende Preisdifferenzierungsstrategie der DT AG, die diese ebenso wie im Markt für Inlandsgespräche verfolgt, hat allerdings – anders als auf dem Inlandsmarkt – den Verlust von Marktanteilen nicht spürbar bremsen können. Diese Verluste betrugen 2003 und 2004 jeweils ca. [...] Prozentpunkte bezogen auf das jeweilige Vorjahr sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen.

Zur Erklärung dieser Marktanteilsverluste sind nicht nur die Preisunterschiede als solche heranzuziehen. Angesichts der teilweise recht hohen Kosten für Auslandsverbindungen in bestimmte Länder – insbesondere, wenn man den Standardtarif der DT AG als Ausgangspunkt nimmt – hat der Endkunde auch einen hohen Anreiz, sich über günstige Alternativen zu informieren. Anders als bei den Inlandsverbindungen, bei denen das Sparpotenzial angesichts vergleichsweise (gegenüber den Auslandstarifen) niedriger Verbindungspreise gering ist, kann der Endkunde bei verschiedenen Ländern gegenüber dem Standardtarif der DT AG bei bestimmten Ländern (durch den Country-Select-Tarif der DT AG[253] oder Tarife alternativer Anbieter) mehr als einen Euro pro Verbindungsminute einsparen. Mit zunehmender Information und zunehmendem Anreiz steigt aber auch die Nachfragemacht der Endkunden, die somit für den Markt der Auslandsverbindungen derzeit als relativ hoch einzuschätzen ist.

Auf den Märkten für öffentliche Auslandsgespräche ist derzeit auf Grund der bestehenden Verpflichtungen der DT AG eine gewisse Nachfragemacht vorhanden, da durch die Verpflichtung der DT AG den Anschlussinhabern Call-by-Call und Preselection ermöglicht wird. Daher können die Endkunden auch bei Fortbestehen des Anschlusses bei der DT AG zu anderen Anbietern wechseln und somit auf Preisänderungen flexibel reagieren. Entfiele für den Endkunden die Möglichkeit zu Call-by-Call und Preselection, hätte er bei einer Preiserhöhung nur die Möglichkeit, zu einem anderen Teilnehmernetzbetreiber zu wechseln. Diese Möglichkeit ist aber, wie bereits geschildert, nur eingeschränkt gegeben.

Allerdings ist die Nachfragemacht auf dem Auslandsmarkt bei gleichen regulatorischen Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl deshalb gegenüber dem Inlandsmarkt erheblich höher, weil das Einsparpotenzial zwischen den verschiedenen Angeboten erheblich größer ist. Dieses beträgt bei Verbindungen in bestimmte Länder insbesondere gegenüber den Standardtarifen der DT AG teilweise mehr als einen Euro.[254] Somit ist der Anreiz für die Endkunden wesentlich höher, sich entsprechend über andere Angebote zu informieren und diese zu nutzen.

Dies zeigt, dass die DT AG nicht mehr in der Lage ist, sich unabhängig von Wettbewerbern oder Endkunden zu verhalten. Auch dieses Kriterium deutet darauf hin, dass auf dem Markt für Auslandsgespräche wirksamer Wettbewerb besteht. Im Übrigen gelten für den Markt die Ausführungen, die bereits bei der Überprüfung der Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG gemacht worden sind.

3. Gesamtschau

In der Gesamtschau der oben untersuchten Merkmale wird insbesondere in der dynamischen Betrachtung deutlich, dass auf dem hier betrachteten Markt „Öffentliche Auslandsgespräche an

[253] Ohne monatliche Grundgebühr, Mindestumsatz 1 Euro/Monat, nur für max. 3 Länder möglich.
[254] S. vorangegangenes Kapitel.

festen Standorten“ keine marktbeherrschende Stellung der DT AG und damit wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht.

Zwar hat die DT AG aufgrund ihrer Kundenbindung nach wie vor die Möglichkeit, die Preise zumindest teilweise über das Wettbewerbsniveau anzuheben. Dies hat aber zu beträchtlichen Marktanteilsverlusten geführt. Sie ist somit nicht mehr in der Lage, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten.

Diese Tatsache, dass die DT AG nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, rührt namentlich her aus dem niedrigen und in den letzten Jahren stark gesunkenen Marktanteilen der DT AG, den im Vergleich zum Markt für Inlandsverbindungen niedrigeren Marktzutrittsschranken und der höheren ausgleichenden gegengerichteten Nachfragemacht auf der Endkundenebene.

K. Nennung des marktbeherrschenden Unternehmens

Auf den regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Märkten für:

1. den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, und
2. öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden,

verfügen das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen T-Systems International GmbH und T-Online International AG, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.

Cronenberg (Beisitzer)	Kurth (Vorsitzender)	Dr. Henseler-Unger (Beisitzerin und Berichterstatterin)

BK 1-04/003

L. Anhang 1: Erläuterung des angewandten deutschen Telekommunikationsrechts und des dadurch umgesetzten europäischen Sekundärrechts

Zum besseren Verständnis des Inhalts und des Hintergrunds der vorliegenden Untersuchung ist Folgendes auszuführen:

Das TKG, das am 26. Juni 2004 in Kraft getreten ist, setzt den neuen europäischen Rechtsrahmen um, der vor allem die folgenden vier Richtlinien (Rahmenrichtlinie sowie drei Einzelrichtlinien) umfasst:[255]

- Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 33 (Rahmenrichtlinie),

- Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 21 (Genehmigungsrichtlinie),

- Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7 (Zugangsrichtlinie) sowie

- Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 51 (Universaldienstrichtlinie),[256]

Ziel dieses Richtlinienpaketes ist u. a. die vom deutschen Gesetzgeber in § 2 Absatz 2 Nr. 4 des TKG mit dem Ziel der Förderung der Entwicklung des Binnenmarktes der Europäischen Union aufgegriffene Schaffung der inhaltlichen, verfahrens- und organisationsrechtlichen Voraussetzungen für eine gemeinschaftsweit stärker harmonisierte Anwendung des europäischen Rechtsrahmens, vgl. Artikel 1 Absatz 1 Satz 2 Rahmenrichtlinie. Hierunter fällt auch der Übergang zur einheitlichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts. Der im TKG und in der durch ihn umgesetzten Richtlinie benutzten Definition der beträchtlichen Marktmacht liegt das Konzept der beherrschenden Stellung nach der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften zugrunde (vgl. die Begründung von § 11 TKG und Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie).[257]

Als Grundlage für ein Marktdefinitions- und analyseverfahren im Sinne der die Artikel 14 bis 16 der oben genannten Rahmenrichtlinie insbesondere umsetzenden §§ 9, 10 und 11 des

[255] Am 24. April 2002 ist der neue europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste in Kraft getreten (Artikel 29 der Rahmenrichtlinie); am 25. Juli 2003 ist die Umsetzungsfrist abgelaufen (Artikel 28 Absatz 1, 1. Unterabsatz der Rahmenrichtlinie).

[256] Darüber hinaus ist am 31. Juli 2002 die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 201 vom 31. Juli 2002, S. 37 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation) in Kraft getreten (Artikel 20 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); am 31. Oktober 2003 ist die Umsetzungsfrist abgelaufen (Artikel 17 Absatz 1 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation). Ergänzend zu erwähnen ist des weiteren die im Oktober 2002 in Kraft getretene Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 249 vom 17. September 2002, S. 21 (Wettbewerbsrichtlinie).

[257] Siehe dazu noch ausführlicher unter H.

TKG sind in richtlinienkonformer Auslegung des § 72 des zu dieser Zeit noch gültigen Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG-alt) Datenabfragen bei Markteilnehmern zu verschiedenen Bereichen der Telekommunikation durchgeführt worden. Zu dem hierdurch – noch vor Inkrafttreten des TKG ermöglichten Beginn mit dem Marktdefinitions- und -analyseverfahren – wird zunächst folgender juristischer Hintergrund der vorliegenden Untersuchung erläutert:

Das insoweit insbesondere durch §§ 9, 10 und 11 TKG umgesetzte neue Gemeinschaftsrecht trifft unter anderem umfassende Vorgaben zur Marktdefinition und Marktanalyse für verschiedene Produkt- und Dienstleistungsmärkte im Bereich der elektronischen Kommunikation (vgl. Artikel 14 bis 16 der Rahmenrichtlinie) und stellt deren (gemeinschaftsweit einheitliche) Einhaltung mittels – im deutschen Recht in § 12 TKG geregelte - umfangreicher Auskunfts- und Abstimmungspflichten sicher. Im Rahmen des bereits oben genannten Marktdefinitions- und –analyseverfahrens sind, wie § 9 TKG zu entnehmen ist, zunächst nach § 10 TKG die relevanten Märkte zu bestimmen und danach gemäß § 11 TKG die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse auf diesen Märkten zu beurteilen.

Die insoweit durch den TKG umgesetzten Vorschriften der Rahmenrichtlinie werden unter I. bis III., die die Rahmenrichtlinie umsetzenden Paragraphen des TKG werden sodann unter IV. dargestellt und erläutert.

I. Marktanalyseverfahren (Artikel 16 der Rahmenrichtlinie)

Gemäß Artikel 16 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie führen die nationalen Regulierungsbehörden eine Analyse der relevanten Märkte durch, und zwar sobald wie möglich nach Verabschiedung der Märkte- Empfehlung oder deren etwaiger Aktualisierung und dies unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien.[258] Dabei sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden gegebenenfalls an dieser Analyse beteiligt werden.

Gemäß Absatz 2 ermittelt die nationale Regulierungsbehörde anhand der Marktanalyse gemäß Absatz 1 des Artikel 16 der Rahmenrichtlinie, ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, wenn sie gemäß den Artikeln 16, 17, 18 oder 19 der Universaldienstrichtlinie oder nach Artikel 7 oder Artikel 8 der Zugangsrichtlinie feststellen muss, ob Verpflichtungen für Unternehmen aufzuerlegen, beizubehalten, zu ändern oder aufzuheben sind.

Bei den Regelungen der Einzelrichtlinien, auf welche in Artikel 16 der Rahmenrichtlinie verwiesen wird, handelt es sich um Folgende:

Die genannten Vorschriften der Universaldienstrichtlinie regeln Verpflichtungen für Endkundentarife für die Bereitstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz und dessen Nutzung nach Artikel 17 der Richtlinie 98/10/EG[259], Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG[260] und Mietleitungen nach den Artikeln 3, 4, 6, 7, 8 und 10 der Richtlinie 92/44/EWG.

[258] Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2002/C 165/03), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6 (im Folgenden: Leitlinien).
[259] Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 101 vom 01. April 1998, S. 24.
[260] Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 199 vom 26. Juli 1997, S. 32, geändert durch die Richtlinie 98/61/EG, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 268 vom 03. Oktober 1998, S. 37.

Artikel 7 und 8 der Zugangsrichtlinie befassen sich mit dem Zugang und der Zusammenschaltung gemäß den Artikeln 4, 6, 7, 8, 11, 12 und 14 der Richtlinie 97/33/EG.

Artikel 16 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie regelt die Rechtsfolgen, die einzutreten haben, wenn festgestellt wird, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.

Nach Absatz 4 des Artikels 16 der Rahmenrichtlinie ermittelt die nationale Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn sie feststellt, dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, auf diesem Markt gemäß Artikel 14 der Rahmenrichtlinie. Außerdem regelt Absatz 4 die Rechtsfolgen, die einzutreten haben, wenn die oben genannten Unternehmen festgestellt worden sind.

Dies bedeutet, dass das Erfordernis der Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nur bedeutet, dass festzustellen ist, *welche* Unternehmen beträchtliche Marktmacht im Sinne von Artikel 14 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie haben. Die Feststellung, dass kein wirksamer Wettbewerb herrscht, impliziert dabei notwendigerweise, dass es derartige Unternehmen gibt.

Artikel 16 Absatz 5 der Rahmenrichtlinie schreibt vor, dass in Fällen länderübergreifender Märkte, die in der Entscheidung nach Artikel 14 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie festgelegt wurden, die betreffenden nationalen Regulierungsbehörden gemeinsam die Marktanalyse unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien durchführen. Ferner betrifft Absatz 5 die dann eintretenden Rechtsfolgen.

Gemäß Absatz 6 unterliegen Maßnahmen, die gemäß den Absätzen 3, 4 und 5 getroffen werden, den in den Artikeln 6 und 7 der Rahmenrichtlinie genannten Verfahren.[261]

II. Marktdefinitionsverfahren (Artikel 15 der Rahmenrichtlinie), Märkte-Empfehlung und Leitlinien

Artikel 15 der Rahmenrichtlinie befasst sich mit dem Marktdefinitionsverfahren. Der 1. Unterabsatz von Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie beschäftigt sich mit der bereits oben genannten Märkte-Empfehlung. In dieser Empfehlung werden laut Richtlinie gemäß Anhang I der Rahmenrichtlinie diejenigen Märkte für elektronische Kommunikationsprodukte und –dienste aufgeführt, deren Merkmale die Auferlegung der in den so genannten Einzelrichtlinien[262] dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können, und zwar unbeschadet der Märkte, die in bestimmten Fällen nach dem Wettbewerbsrecht definiert werden können. Die Europäische Kommission definiert die Märkte in Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts. Anhang I der Rahmenrichtlinie enthält diejenigen Märkte, die von der Europäischen Kommission in ihre erste Empfehlung über die relevanten Produkt- und Dienstmärkte aufzunehmen sind.

Ziel der Märkte-Empfehlung ist es, Produkt- und Dienstemärkte festzulegen, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie sieht vor, dass die Europäische Kommission die Bestimmung der Märkte in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts vornimmt. Die Europäische Kommission hat daher die Märkte (entsprechend den im Anhang I der Rahmenrichtlinie aufgeführten Märkten) in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts definiert. Im Bereich der elektronischen Kommunikation sind zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten: Märkte für Dienste oder Produkte für Endnutzer

[261] Siehe dazu unter V.
[262] Genehmigungsrichtlinie, Universaldienstrichtlinie und Zugangsrichtlinie.

(Endkundenmärkte) und Märkte für Vorleistungen, die Betreiber benötigen, die Endnutzern Dienste und Produkte bereitstellen (Vorleistungsmärkte).

Die neben der sachlichen Definition der Märkte nach allgemeinen Kriterien des Wettbewerbsrechts von der Europäischen Kommission durchgeführte Identifikation von Märkten, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, hat die Europäische Kommission auf Grundlage der folgenden drei Kriterien vorgenommen:

i) Es bestehen beträchtliche, anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Zugangshindernisse. Angesichts des dynamischen Charakters und der Funktionsweise der Märkte für elektronische Kommunikation sind jedoch bei der Erstellung einer vorausschauenden Analyse zur Ermittlung der relevanten Märkte für eine etwaige Vorabregulierung für Möglichkeiten zum Abbau der Hindernisse vor einem bestimmten Zeithorizont zu berücksichtigen.
ii) Daher sind nur diejenigen Märkte aufzuführen, die nicht innerhalb des betreffenden Zeitraums zu wirksamem Wettbewerb tendieren. Bei der Zugrundelegung dieses Kriteriums ist der Stand des Wettbewerbs hinter den Zugangsschranken zu prüfen.
iii) Dem betreffenden Marktversagen kann mit Hilfe des Wettbewerbsrechts allein nicht entgegengewirkt werden.

Bei der regelmäßigen Überprüfung der in der jeweiligen Fassung der Märkte-Empfehlung identifizierten Märkte sollen diese drei Kriterien kumulativ zugrunde gelegt werden. Ein Markt wird also vor allem in nachfolgenden Empfehlungen nicht identifiziert, wenn eines der Kriterien nicht zutrifft.

Im Einzelnen sind folgende Märkte in der ersten Märkte-Empfehlung genannt, wobei die Märkte 1 bis 7 Endkundenmärkte und die Märkte 8 bis 18 Vorleistungsmärkte darstellen:

1) Zugang von Privatkunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten.
2) Zugang anderer Kunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten.
3) Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für Privatkunden an festen Standorten.
4) Öffentliche Auslandstelefonverbindungen für Privatkunden an festen Standorten.
5) Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für andere Kunden an festen Standorten.
6) Öffentliche Auslandstelefonverbindungen für andere Kunden an festen Standorten.
7) Mindestangebot an Mietleitungen (mit bestimmten Mietleitungstypen bis einschließlich 2 Mbit/s gemäß Artikel 18 und Anhang VII der Universaldienstrichtlinie).
8) Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten.
9) Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten.
10) Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz.
11) Entbündelter Großkunden-Zugang (einschließlich des gemeinsamen Zugangs) zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten.
12) Breitbandzugang für Großkunden.
13) Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden.
14) Fernübertragungs-Segmente von Mietleitungen für Großkunden.
15) Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen.
16) Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen.
17) Nationaler Großkundenmarkt für Auslands-Roaming in öffentlichen Mobiltelefonnetzen.
18) Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer.

Abgesehen von diesen in der Empfehlung aufgeführten Märkten können von den nationalen Regulierungsbehörden in bestimmten Fällen zusätzliche bzw. andere Märkte nach dem Wettbewerbsrecht definiert werden. Die nationalen Regulierungsbehörden können unter Einhaltung von Artikel 7 der Rahmenrichtlinie Märkte festlegen, die von denen der Empfehlung abweichen.

Laut Artikel 15 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie veröffentlicht die Europäische Kommission spätestens zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Richtlinie Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht, die laut Richtlinie mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts in Einklang stehen müssen.

Gemäß diesen Leitlinien besteht die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden in der Regel darin, die geographische Tragweite der relevanten Märkte zu bestimmen.[263] Es werden jedoch auch Anmerkungen zur Bestimmung des sachlich relevanten Marktes gemacht, die dann zum Tragen kommen, wenn die nationale Regulierungsbehörde eine von der Märkte-Empfehlung abweichende Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes vornehmen wollen. Zur Definition des sachlich relevanten Marktes sollen ggf. neben der Untersuchung der hinreichenden Austauschbarkeit anhand objektiver Merkmale, der Preise und des Verwendungszwecks, die Voraussetzungen der Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite und die Angebotsumstellungsflexibilität untersucht werden.[264] Als eine Methode zur Feststellung des Bestehens von Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite oder von Angebotsumstellungsflexibilität wird der hypothetische Monopolistentest[265] vorgeschlagen. Allerdings obliegt dessen Anwendung der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde.[266] Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt in derselben Weise wie die Würdigung des sachlich relevanten Marktes.[267]

Gemäß Artikel 15 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie legen die nationalen Regulierungsbehörden unter weitestgehender Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung und der Leitlinien die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten – insbesondere der innerhalb ihres Hoheitsgebiets relevanten geographischen Märkte – im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts fest. Bevor Märkte definiert werden, die von denen in der Empfehlung abweichen, wenden die nationalen Regulierungsbehörden laut dieser Vorschrift die in den Artikeln 6 und 7 der Rahmenrichtlinie genannten Verfahren an (siehe dazu unter VI.).

Nach Artikel 15 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie kann die Europäische Kommission nach Anhörung der nationalen Regulierungsbehörden nach dem in Artikel 22 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie genannten Verfahren[268] eine Entscheidung zur Festlegung länderübergreifender Märkte erlassen.

Den Begriff der so genannten länderübergreifenden Märkte definiert Artikel 2 lit. b) der Rahmenrichtlinie. Es handelt sich dabei um die in Übereinstimmung mit Artikel 14 der Rahmenrichtlinie festgestellten Märkte, die die Gemeinschaft oder einen wesentlichen Teil davon umfassen. Zu beachten ist, dass zumindest nach der europäischen Rechtsprechung zu Artikel 81 und 82 des EG-Vertrages ein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes durchaus ein Gebiet sein kann, welches lediglich einen Teil eines Mitgliedstaates umfasst.[269] Danach könnte also durchaus ein Teil des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland einen wesentlichen Teil der Gemeinschaft darstellen. Ob der Begriff des wesentlichen Teils der Gemeinschaft nach der Definition des Arti-

[263] Vgl. Leitlinien, Rn.36.
[264] Vgl. Leitlinien, Rn. 48.
[265] Vgl. Leitlinien, Rn. 40 ff.
[266] Vgl. Leitlinien, Rn. 43.
[267] Vgl. Leitlinien, Rn. 57.
[268] Ausschussverfahren.
[269] Siehe zum Beispiel für Rheinland-Pfalz als wesentlicher Teil der Gemeinschaft die Schlussanträge des Generalanwalts Francis Jacobs vom 17. Mai 2001 in der Rechtssache C-475/99, *Ambulanz Glöckner ./. Landkreis Südwestpfalz*, Rn. 124 ff. m. w. N. (in seinem Urteil vom 25. Oktober 2001 nimmt der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften unter Rn. 38 im Wesentlichen nur Bezug auf die oben genannten Ausführungen des Generalanwalts); vgl. dazu auch zusammenfassend Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rn. 52 m. w. N.

kel 2 lit. b) der Rahmenrichtlinie entsprechend der Rechtsprechung zum europäischen Wettbewerbsrecht auszulegen ist, erscheint fraglich. Dagegen spricht nämlich der Begriff der so genannten *länderübergreifenden* Märkte, der die Notwendigkeit des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Moments suggeriert.

III. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (Artikel 14 der Rahmenrichtlinie) und Anwendung der Leitlinien

Absatz 1 von Artikel 14 der Rahmenrichtlinie bestimmt, dass Artikel 14 Absätze 2 und 3 der Rahmenrichtlinie gelten, wenn die nationalen Regulierungsbehörden aufgrund der Einzelrichtlinien nach dem oben dargestellten, in Artikel 16 der Rahmenrichtlinie genannten Verfahren festzustellen haben, ob Betreiber über beträchtliche Marktmacht verfügen.

Nach Artikel 14 Absatz 2, 1. Unterabsatz der Rahmenrichtlinie gilt ein Unternehmen dann als ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten.

Der Hintergrund dieser Vorschrift wird in Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie erläutert. Die in der Richtlinie benutzte Definition beruht danach auf dem Konzept der marktbeherrschenden Stellung nach der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften. So enthält auch Erwägungsgrund 28 der Rahmenrichtlinie die Erklärung, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Beurteilung der Frage, ob ein Unternehmen in einem speziellen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht vorgehen sollen.

Weitere Hinweise zum Verständnis von Sinn und Zweck der Regelung werden in Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie gegeben. Danach sollen nämlich Vorabverpflichtungen nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht, das heißt auf Märkten, auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit erheblicher Marktmacht gibt, und die Instrumente des nationalen und gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen. Die nationalen Regulierungsbehörden sollten untersuchen, ob auf dem Markt für bestimmte Produkte oder Dienste in einem bestimmten geographischen Gebiet ein wirksamer Wettbewerb herrscht, wobei sich dieses Gebiet auf die Gesamtheit oder einen Teil des Hoheitsgebiets des betreffenden Mitgliedstaats oder auf als Ganzes betrachtete benachbarte Gebiete von Mitgliedstaaten erstrecken könnte. Die Untersuchung der tatsächlichen Wettbewerbssituation sollte auch eine Klärung der Frage umfassen, ob der Markt potenziell wettbewerbsorientiert ist, und ob das Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs ein dauerhaftes Phänomen ist. In den Leitlinien ist auch die Frage neu entstehender Märkte zu behandeln, auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, ohne dass ihm allerdings unangemessene Verpflichtungen auferlegt werden sollten.

Artikel 14 Absatz 2, 2. Unterabsatz, und Absatz 3 der Rahmenrichtlinie spezifizieren zwei besondere Fälle der beträchtlichen Marktmacht, nämlich den der gemeinsamen Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen und den der Behandlung benachbarter Märkte.

So bestimmt der 2. Unterabsatz von Artikel 14 Absatz 2, dass bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht handeln und dabei weitestgehend die von der Europäischen Kommission nach Artikel 15 der Rahmenrichtlinie veröffentlichten „Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht“ berücksichtigen. Ferner besagt Artikel 14 Absatz 2, 2. Unterabsatz der Rahmenrichtlinie, dass die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien in Anhang II

der Rahmenrichtlinie aufgeführt sind. Anhang II der Rahmenrichtlinie enthält vor allem eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung zahlreicher Kriterien[270], die – unbeschadet der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes im Bereich der gemeinsamen Marktbeherrschung – Argumente darstellen, auf die sich Feststellungen hinsichtlich des Vorliegens einer gemeinsamen Marktbeherrschung stützen könnten.

Hierzu werden in Erwägungsgrund 26 der Rahmenrichtlinie weitere Hinweise gegeben. Danach kann nämlich bei zwei oder mehr Unternehmen davon ausgegangen werden, dass sie gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung nicht nur dann einnehmen, wenn strukturelle oder sonstige Beziehungen zwischen ihnen bestehen, sondern auch, wenn die Struktur des betreffenden Marktes als förderlich für koordinierte Effekte angesehen wird, das heißt, wenn hierdurch ein paralleles oder angeglichenes wettbewerbswidriges Verhalten auf dem Markt gefördert wird.

Sowohl die in Anhang II der Rahmenrichtlinie enthaltene Aufzählung als auch der Hinweis in Erwägungsgrund 26 der Richtlinie beinhalten erkennbar eine komprimierte Darstellung europäischer Entscheidungspraxis und Rechtsprechung.[271]

Sodann bestimmt Artikel 14 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie, dass davon ausgegangen werden kann, dass ein Unternehmen auch auf einem benachbarten Markt beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn es auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, und wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.

Der Begriff der beträchtlichen Marktmacht im Sinne von Artikel 14 der Rahmenrichtlinie entspricht dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 82 EG-Vertrag gleichzusetzen. Nach der ständigen europäischen Rechtsprechung zu Artikel 82 des EG-Vertrages ist nämlich „eine beherrschende Stellung die wirtschaftliche Stellung eines Unternehmens, die es in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Konkurrenten, seinen Kunden und letztlich den Verbrauchern gegenüber in nennenswertem Umfang unabhängig zu verhalten.“[272] An diese Rechtsprechung lehnt sich die Rahmenrichtlinie mit der Bezugnahme auf die Grundsätze des Wettbewerbsrecht an. Auch gibt Artikel 14 Absatz 2, 1. Unterabsatz der Rahmenrichtlinie deutlich erkennbar diese ständige Rechtsprechung zu Artikel 82 des EG-Vertrages wieder.[273]

---

[270] Anhang II der Rahmenrichtlinie nennt folgende Kriterien: Marktkonzentration, Transparenz, gesättigter Markt, stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite, geringe Nachfrageelastizität, gleichartiges Erzeugnis, ähnliche Kostenstrukturen, ähnliche Marktanteile, Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie, keine Überkapazität, hohe Marktzutrittshemmnisse, Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite, Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs, verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen, Mechanismen für Gegenmaßnahmen, fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

[271] Als wichtig hervorzuheben sind in diesem Zusammenhang insbesondere das Urteil des EuG 1. Instanz vom 25. März 1999 in der Rechtssache T-102/96, *Gencor ./. Kommission*, Rn. 273 m. w. N., und das Urteil des EuGH vom 16. März 2000 in der Rechtssache C-395/96 P, *Compagnie Maritime Belge ./. Kommission*, Rn. 36, Rn. 45.

[272] Siehe dazu zuletzt das Urteil des EuGI vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache T-65/98, Van den Bergh Foods ./. Kommission, Rn.154 m. w. N; siehe beispielsweise auch das Urteil des EuGI vom 22. November 2001 in der Rechtssache T-139/98, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) ./. Kommission*, Rn. 51 m. w. N.; das Urteil des EuGI vom 12. Dezember 2000 in der Rechtssache T-128/98, *Aéroports de Paris ./. Kommission*, Rn. 147 ff. m. w. N., und das Urteil des EuGI vom 25. März 1999 in der Rechtssache T-102/96, *Gencor ./. Kommission*, Rn. 200 m. w. N.

[273] Es erscheint zudem naheliegend, Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie derart zu verstehen, dass wirksamer Wettbewerb nicht vorliegt, wenn es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt (So auch die Eckpunkte des BMWi für eine Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Reg TP 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, S. 5.). Dies bedeutet, dass der Begriff des wirksamen Wettbewerbs kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist, sondern das Vorliegen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht lediglich mit anderen Worten umschreibt.

Hinsichtlich der Anwendung der Definition der beträchtlichen Marktmacht (d. h. marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag) sollen die nationale Regulierungsbehörde gewährleisten, dass ihre Entscheidungen mit der Fallpraxis der Europäischen Kommission und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH übereinstimmen. Hierbei beruht die Würdigung einer beherrschenden Stellung auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Verhältnisse stützt.[274] Auch dies wird durch die bereits unter II. erörterten Leitlinien erleichtert. In den Leitlinien finden sich Ausführungen zu Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht[275], zur Übertragung der Marktmacht auf Nachbarmärkte und zur Frage der gemeinsamen beherrschenden Stellung von Unternehmen.

Schließlich finden sich dort noch Ausführungen zur Auferlegung von Verpflichtungen, zu Untersuchungsbefugnissen und Zusammenarbeit mit anderen Behörden und zu verfahrensrechtlichen Vorschriften.

IV. §§ 9, 10 und 11 des TKG

Die soeben dargestellten Vorschriften der Rahmenrichtlinie sind insbesondere durch §§ 9 bis 11 des TKG in deutsches Recht umgesetzt worden.

§ 9 TKG stellt – wie auch der Überschrift zu entnehmen ist – die Grundsatznorm dar, deren Zweck es ist, den grundlegenden Mechanismus des Zusammenspiels der verschiedenen Schritte des in Teil 2 Abschnitt 1 des TKG geregelten Verfahrens zu verdeutlichen.[276]

Nach dem im vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsamen Absatz 1 von § 9 unterliegen der Marktregulierung nach den Vorschriften des mit der Überschrift „Marktregulierung" versehenen Teils 2 des TKG Märkte, auf denen die Voraussetzungen des § 10 vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.

Das Marktdefinitionsverfahren wird sodann durch § 10 TKG umfassend geregelt. Nach dessen Absatz 1 legt die Regulierungsbehörde erstmals unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern im Sinne des § 121 Absatz 1 BGB, nach Inkrafttreten des Gesetzes die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung nach den Vorschriften des 2. Teils des TKG in Betracht kommen. Absatz 1 von § 10 TKG regelt damit zwei Prüfungsschritte, nämlich zum einen die eigentliche Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte und zum anderen das Erfordernis der Regulierungsbedürftigkeit der jeweils derart abgegrenzten Märkte.

§ 10 Absatz 2 Satz 1 TKG bestimmt sodann, unter welchen Voraussetzungen ein Markt als regulierungsbedürftig anzusehen ist. Für eine Regulierung kommen danach Märkte in Betracht, „die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken." Es handelt sich hierbei um die drei in der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission enthaltenen und unter II. dargestellten Kriterien der Regulierungsbedürftigkeit. Die Gesetzesbegründung weist insoweit darauf hin, dass bisher der gesamte Telekommunikationsmarkt gesetzlich als sektorspezifisch zu regulierender Markt vorgegeben war. Das Europäische Recht ermöglicht es nunmehr erstmals, so ebenfalls die Gesetzesbegründung, bestimmte Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen.

[274] Vgl. Leitlinien, Rn. 75.
[275] Vgl. Leitlinien, Rn. 72 ff.
[276] Siehe dazu die Gesetzesbegründung zu § 9.

§ 10 Absatz 2 Satz 2 des TKG legt sodann fest: „Diese Märkte werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt“. Wie der Gesetzesbegründung zu entnehmen ist, ergibt sich die mit dem Beurteilungsspielraum einhergehende eingeschränkte Überprüfbarkeit der Entscheidung aus dem Prognosecharakter der Entscheidung, die wegen ihres wertenden Inhalts fachlich von den Gerichten im Einzelnen nicht nachvollzogen werden kann. Daraus ergibt sich die Sachgerechtigkeit nur eine (auf Beurteilungsfehler) beschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit vorzusehen, wie dies auch für andere wertende Entscheidungen im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsverwaltungsrechts anerkannt ist. Die „Bestimmung“ der Märkte beinhaltet dabei nicht nur die Festlegung der Regulierungsbedürftigkeit, sondern auch eine Marktabgrenzung nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien.

Nach § 10 Absatz 2 Satz 3 des TKG berücksichtigt die Regulierungsbehörde „dabei weitestgehend die Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstmärkte, die die Kommission nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie) (Abl. EG Nr. L 108 S. 33) veröffentlicht in ihrer jeweils geltenden Fassung“. Das Erfordernis der weitestgehenden Berücksichtigung dieser unter II. erläuterten Empfehlung ergibt sich, wie ebenfalls unter II. dargelegt, bereits aus dem Europäischen Recht. Wie dies in der konkreten Fallbearbeitung zu erfolgen hat, wird im Rahmen der eigentlichen Marktabgrenzung unter E. erläutert.

§ 11 des TKG betrifft die „Marktanalyse“. Nach dessen Absatz 1 Satz 1 prüft die Regulierungsbehörde im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach dem 2. Teil in Betracht kommenden Märkte, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. Wie sich aus § 11 Absatz 1 Satz 2 ergibt, besteht wirksamer Wettbewerb nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs und das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht sind also synonym. Wann ein Unternehmen als ein solches mit beträchtlicher Marktmacht gilt bestimmt sodann Satz 3 des § 11 Absatz 1: Es muss entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnehmen, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten. Beträchtliche Marktmacht entspricht also, wie unter III. bereits erläutert und in der Gesetzesbegründung zu § 11 dargelegt, dem Begriff der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag. In Umsetzung des unter III. dargestellten Artikels 14 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie bestimmt § 11 Absatz 1 Satz 4 des TKG, dass die Regulierungsbehörde bei dieser Prüfung weitestgehend die von der Europäischen Kommission aufgestellten Kriterien, niedergelegt in den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach Artikel 15 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie in der jeweils geltenden Fassung, berücksichtigt. Sodann regelt § 11 Absatz 1 Satz 5 des TKG den unter III. bereits dargelegten, in Artikel 14 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie geregelten Spezialfall der Marktmachtübertragung auf Nachbarmärkte. Danach kann ein Unternehmen, welches auf einem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, auch auf einem benachbarten, nach § 10 Absatz 2 des TKG bestimmten relevanten Markt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken. Den bereits unter II. angesprochenen Sonderfall der Untersuchung länderübergreifender Märkte regelt § 11 Absatz 2 des TKG. In Umsetzung von Artikel 16 Absatz 5 der Rahmenrichtlinie bestimmt diese Vorschrift nämlich, dass die Regulierungsbehörde die Frage, ob beträchtliche Marktmacht im Sinne von § 11 Absatz 1 des TKG vorliegt, im Falle länderübergreifender Märkte im Geltungsbereich der Rahmenrichtlinie gemeinsam mit den Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten untersucht, welche diese Märkte umfassen.

V. Verfahrensrecht

Nicht nur in Hinblick auf das soeben dargestellte materielle Recht, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht enthält die Rahmenrichtlinie Vorgaben, welche durch das TKG umgesetzt werden.

Zwar nicht zwingend durch das europäische Recht vorgeschrieben, jedoch unverändert von § 82 TKG-alt übernommen hat das TKG das Erfordernis der engen Zusammenarbeit der Regulierungsbehörde mit dem Bundeskartellamt. So bestimmt § 123 Absatz 1 Satz 1 TKG, dass die Regulierungsbehörde u. a. in den Fällen der §§ 10 (Marktdefinition) und 11 (Marktanalyse) im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt entscheidet. Die Regulierungsbehörde gibt nach § 123 Absatz 1 Satz 2 TKG dem BKartA rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Gesetzesbegründung bringt dabei zum Ausdruck, dass das Bundeskartellamt in einem frühen Verfahrensstadium zu beteiligen ist.

1.) Europarechtlich sind in prozeduraler Hinsicht insbesondere die Artikel 5 bis 7 Rahmenrichtlinie mitsamt der hierzu ergangenen „Empfehlung der Kommission zu den Notifizierungen, Fristen und Anhörungen gemäß Artikel 7 der Rahmenrichtlinie“ (Empfehlung 2003/561/EG, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 190 vom 30. Juli 2003, S. 13) von Interesse. Die genannten Vorschriften sehen ein komplexes Verfahren vor, welches von der Datenerhebung und Entwurferarbeitung über ein Anhörungsverfahren für die Öffentlichkeit bis zu einem fristgebundenen Abstimmungsverfahren mit der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden reicht, wobei der Europäischen Kommission in Einzelfällen (siehe Artikel 7 Absatz 4 Rahmenrichtlinie) sogar Vetorechte zustehen.

Artikel 6 der Rahmenrichtlinie enthält – nach deutlichen Änderungen im Rechtssetzungsverfahren – nur noch folgende, für Fragen der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung relevante Regelung: Abgesehen von den Fällen nach Artikel 7 Absatz 6, Artikel 20 oder Artikel 21 der Rahmenrichtlinie sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden interessierten Parteien innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf von Maßnahmen geben, die sie gemäß dieser Richtlinie oder den Einzelrichtlinien zu treffen gedenken und die beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben werden.

Entscheidende Bedeutung hat demgegenüber Artikel 7 der Rahmenrichtlinie. Nach dessen Absatz 2 tragen die nationalen Regulierungsbehörden zur Entwicklung des Binnenmarktes bei, indem sie miteinander und mit der Europäischen Kommission auf transparente Weise kooperieren, um in allen Mitgliedstaaten eine kohärente Anwendung der Bestimmungen dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien zu gewährleisten. Zu diesem Zwecke versuchen sie nach derselben Vorschrift insbesondere Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wege zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt zu erreichen.

Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie enthält folgende Regelung, die zukünftig für die Beurteilung von Fragen der Marktabgrenzung und des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung von entscheidender Bedeutung sein wird:

Danach stellt eine nationale Regulierungsbehörde gleichzeitig der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten den Entwurf der Maßnahmen zusammen mit einer Begründung gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie zur Verfügung und unterrichtet die Europäische Kommission und die übrigen nationalen Regulierungsbehörden hiervon, wenn sie beabsichtigt, Maßnahmen zu ergreifen, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

Die Maßnahme muss in den Anwendungsbereich der Artikel 15 oder Artikel 16 der Rahmenrichtlinie, Artikel 5 oder 8 der Zugangsrichtlinie oder Artikel 16 der Universaldienstrichtlinie fallen. Die Artikel der Einzelrichtlinien, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, haben folgende Anwendungsbereiche:

Artikel 5 und 8 der Zugangsrichtlinie befassen sich mit Zugang und Zusammenschaltung.

Artikel 16 der Universaldienstrichtlinie befasst sich

- mit Endkundentarifen für die Bereitstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz und dessen Nutzung nach Artikel 17 der Richtlinie 98/10/EG,[277]
- mit der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG[278] sowie
- mit Mietleitungen nach verschiedenen Vorschriften der Richtlinie 92/44/EWG.

Außerdem muss die Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden. Die Begründung der Rahmenrichtlinie befasst sich ihrem Wortlaut nach nicht mit Maßnahmen, die *Auswirkungen* auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben werden, sondern mit solchen, die „den Handel zwischen den Mitgliedstaaten *beeinträchtigen* können". Dies entspricht aber in der Tat der teleologischen Auslegung des entsprechenden Tatbestandsmerkmals von Artikel 81 und Artikel 82 des EG-Vertrages durch die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften.[279] Was unter derartigen Maßnahmen zu verstehen ist, wird damit in Erwägungsgrund 38 der Rahmenrichtlinie durchaus näher spezifiziert: Es muss sich um Maßnahmen handeln, die „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den europäischen Binnenmarkt geschaffen wird." Dafür werden in Erwägungsgrund 38 der Rahmenrichtlinie auch beispielhaft Maßnahmen genannt, die erhebliche Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten haben, nämlich „Maßnahmen, die die Preise für die Nutzer in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen", „Maßnahmen, die die Möglichkeiten eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Unternehmens beeinträchtigen, einen elektronischen Kommunikationsdienst anzubieten" (insbesondere Maßnahmen, die die Möglichkeit beeinträchtigen, Dienste auf transnationaler Basis anzubieten) und „Maßnahmen, die die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu nachteiligen Auswirkungen führen".

Ebenfalls nach Artikel 7 Absatz 3 können die nationalen Regulierungsbehörden und die Europäische Kommission nur innerhalb eines Monats oder – falls dies länger ist als ein Monat – innerhalb des in Artikel 6 der Rahmenrichtlinie genannten Zeitraums, das heißt innerhalb einer angemessenen Frist, Stellungnahmen an die betreffende nationale Regulierungsbehörde richten.

Um weitere zwei Monate hinausgeschoben wird der Beschluss über den in Frage stehenden Maßnahmeentwurf nach Artikel 7 Absatz 4 der Rahmenrichtlinie, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Die geplante Maßnahme nach Artikel 7 Absatz 3 richtet sich auf

[277] Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 101 vom 01. April 1998, S. 24.

[278] Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 199 vom 26. Juli 1997, S. 32; geändert durch die Richtlinie 98/61/EG, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 268 vom 03. Oktober 1998, S. 37.

[279] Siehe dazu beispielsweise ausführlich das Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99, *Ambulanz Glöckner ./. Kommission*, Rn. 44 ff., insbesondere Rn. 47 und 48, m. w. N.

- o die Festlegung des relevanten Marktes, der sich von demjenigen unterscheidet, welcher in der Märkte-Empfehlung (Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie) definiert ist, oder
- o die Festlegung, inwieweit ein Unternehmen allein bzw. zusammen mit anderen beträchtliche Marktmacht im Sinne von Artikel 16 der Rahmenrichtlinie hat.

- Dies hätte Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten.

- Außerdem hat die Europäische Kommission

  - gegenüber der nationalen Regulierungsbehörde erklärt, dass ihrer Ansicht nach der Maßnahmeentwurf ein Hemmnis für den gemeinschaftlichen Binnenmarkt bewirken würde, oder
  - ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Maßnahmeentwurfs mit dem Gemeinschaftsrecht (insbesondere den in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie genannten Zielen)[280].

Artikel 7 Absatz 4 bestimmt weiter, dass die Europäische Kommission innerhalb dieser nicht verlängerbaren Frist in Einklang mit dem in Artikel 22 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie festgelegten Verfahren[281] beschließen kann, die betreffende nationale Regulierungsbehörde aufzufordern, den Entwurf zurückzuziehen. An diesen Kommissionsbeschluss werden explizit bestimmte formelle Anforderungen gestellt: Es muss nämlich objektiv und detailliert analysiert sein, weshalb nach Meinung der Europäischen Kommission der Maßnahmeentwurf nicht angenommen werden sollte. Außerdem muss die Europäische Kommission spezifische Vorschläge zur Änderung des Maßnahmeentwurfs vorlegen.

Artikel 7 Absatz 5 der Rahmenrichtlinie regelt die erforderliche Reaktion der betreffenden nationalen Regulierungsbehörde auf Stellungnahmen der Europäischen Kommission und der nationalen Regulierungsbehörden. Sie trägt diesen nämlich weitestgehend Rechnung. Zudem kann sie – außer in den in Absatz 4 genannten Fällen – den überarbeiteten Maßnahmeentwurf annehmen und ihn der Europäischen Kommission übermitteln.

Artikel 7 Absatz 6 der Rahmenrichtlinie eröffnet die Möglichkeit der Vornahme einstweiliger Maßnahmen ohne Einhaltung des so genannten Konsultationsverfahrens. Für die spätere, dauerhafte Maßnahme ist jedoch das Verfahren von Absatz 3 und 4 des Artikel 7 der Rahmenrichtlinie danach nachzuholen.

Laut Erwägungsgrund 15 der Rahmenrichtlinie bleiben das Notifizierungsverfahren gemäß der Richtlinie 98/34/EG sowie die Rechte, die die Europäische Kommission aufgrund des EG-Vertrages in Bezug auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht besitzt, von dem neuen Konsultationsverfahren unberührt.

---

[280] Interessanterweise enthalten die dort aufgeführten Ziele keine üblicherweise für Fragen der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung unmittelbar relevante Kriterien. Von Bedeutung erscheinen aber dennoch im hier untersuchten Kontext insbesondere folgende Ausschnitte von Absatz 2 des Artikel 8: „Die nationalen Regulierungsbehörden *fördern den Wettbewerb* bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste, indem sie unter anderem

a) sicherstellen, dass die *Nutzer*, einschließlich behinderter Nutzer, *größtmögliche Vorteile* in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität genießen;
b) (...);
c) *effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern und die Innovation unterstützen*;“
(...).

Von Bedeutung ist insofern auch Artikel 8 Absatz 3 lit. d), der besagt, dass die nationalen Regulierungsbehörden zur Entwicklung des Binnenmarktes beitragen, indem sie unter anderem „untereinander und mit der Kommission in transparenter Weise zusammenarbeiten, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen.“

[281] Artikel 22 der so genannten Rahmenrichtlinie befasst sich mit dem so genannten „Kommunikationsausschuss“.

2.) Diese europarechtlichen Vorgaben für die prozeduralen Aspekte des Verfahrens der Marktregulierung werden in mehreren Paragraphen von Teil 2 Abschnitt 1 des TKG geregelt.

Zunächst wird in einzelnen Normen die Anwendbarkeit der Verfahrensvorschrift des § 12 TKG vorgeschrieben. Dies bestimmt zum einen § 10 Absatz 3 des TKG für die Ergebnisse der Marktdefinition im Sinne von § 10 TKG, und zwar in Fällen, in denen die Marktdefinition Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat. Auch § 11 Absatz 3 des TKG sieht die Anwendbarkeit von § 12 TKG vor, und zwar bezogen auf die Ergebnisse der Marktanalyse nach § 11 Absatz 1 und Absatz 2 einschließlich der Feststellung, welche Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, sofern sie Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.

Die in prozeduraler Hinsicht entscheidende, insbesondere die Artikel 6 und 7 der Rahmenrichtlinie umsetzende Norm des § 12 TKG trägt die Überschrift „Konsultations- und Konsolidierungsverfahren“. Nach § 12 Absatz 1 Satz 1 gibt die Regulierungsbehörde zunächst den interessierten Parteien Gelegenheit, innerhalb einer festgesetzten Frist zu dem Entwurf der Ergebnisse nach den §§ 10 (Marktdefinition) und 11 (Marktanalyse) Stellung zu nehmen. Wer im Rahmen dieses nationalen Konsultationsverfahrens als interessierte Partei anzusehen ist, erläutert die Gesetzesbegründung zu § 12 wie folgt: Der Begriff „ist inhaltlich wie der im Verwaltungsrecht gebräuchliche und auch in § 134 verwendete Begriff der Beteiligten zu verstehen und umfasst damit jeden, dessen Interessen durch die beabsichtigte Maßnahme berührt wird.“ Nach Satz 2 von § 12 Absatz 1 werden die Anhörungsverfahren sowie deren Ergebnisse von der Regulierungsbehörde veröffentlicht. Der folgende Satz 3 stellt klar, dass die Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Beteiligten hiervon unberührt bleibt. Der letzte Satz von § 12 Absatz 1 schreibt sodann der Regulierungsbehörde vor, zu diesem Zwecke eine einheitliche Informationsstelle einzurichten, bei der eine Liste aller laufenden Anhörungen vorgehalten wird.

Das europaweit vorzunehmende Konsolidierungsverfahren regelt § 12 Absatz 2 des TKG.

Nach dessen Nr. 1 Satz 1 stellt die Regulierungsbehörde zunächst nach Durchführung des nationalen Konsultationsverfahrens gemäß § 12 Absatz 1 des TKG den Entwurf der Ergebnisse nach den §§ 10 (Marktdefinition) und 11 (Marktanalyse) mit einer Begründung der Europäischen Kommission und gleichzeitig den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung und unterrichtet hiervon die Europäische Kommission und die übrigen nationalen Regulierungsbehörden. Vor Ablauf eines Monats oder vor Ablauf einer nach dem das nationale Konsultationsverfahren regelnden § 12 Absatz 1 TKG bestimmten längeren Frist darf die Regulierungsbehörde Ergebnisse nach den §§ 10 (Marktdefinition) und 11 (Marktanalyse) nicht festlegen, § 12 Absatz 2 Nr. 1 Satz 2 des TKG.

§ 12 Absatz 2 Nr. 2 TKG regelt das Vorgehen der Regulierungsbehörde in bezug auf etwaige Stellungnahmen der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden nach § 12 Absatz 2 Nr. 1 TKG. Diesen hat die Regulierungsbehörde nämlich nach Satz 1 weitestgehend Rechnung zu tragen. Nach Satz 2 übermittelt die Regulierungsbehörde den sich daraus ergebenden Entwurf der Europäischen Kommission.

Die allgemein als sog. Vetoverfahren bezeichnete zweite Stufe des Konsolidierungsverfahrens ist in § 12 Absatz 2 Nr. 2 TKG geregelt. Nach dessen Satz 1 hat die Regulierungsbehörde die Festlegung der entsprechenden Ergebnisse nach §§ 10 (Marktdefinition) und 11 (Marktanalyse) um weitere zwei Monate aufzuschieben, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss sich zunächst um einen Entwurf nach den §§ 10 und 11 handeln. Dieser muss ferner die Festlegung eines relevanten Marktes beinhalten, der sich von jenen unterscheidet, die in der geltenden Märkte-Empfehlung genannt sind, und/oder die Festlegung enthalten, inwieweit ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Außerdem muss die Europäische Kommission innerhalb des Frist des § 12 Absatz 2 Nr. 1 Satz 2 des TKG erklären, dass der Entwurf ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde, oder dass sie

ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den Zielen des Artikel 8 der Rahmenrichtlinie habe. Nach § 12 Absatz 2 Nr. 2 Satz 2 TKG ist die Regulierungsbehörde daran gebunden, wenn die Europäische Kommission innerhalb dieser Zwei-Monats-Frist beschließt, die Regulierungsbehörde aufzufordern, den Entwurf zurückzuziehen. Gemäß § 12 Absatz 2 Nr. 2 Satz 3 TKG kann die Regulierungsbehörde die Beteiligten zu dem in Satz 2 geregelten Beschluss der Europäischen Kommission im in Artikel 12 Absatz 1 TKG geregelten Verfahren erneut anhören. Sodann regelt Satz 4 von § 12 Absatz 2 Nr. 2 des TKG, dass die Regulierungsbehörde den Entwurf im Einklang mit der Entscheidung der Europäischen Kommission abändert, und diesen der Europäischen Kommission übermittelt, wenn die Regulierungsbehörde den Änderungsvorschlägen der Europäischen Kommission folgen will. Gemäß Satz 5 des § 12 Absatz 2 Nr. 2 des TKG unterrichtet die Regulierungsbehörde andernfalls das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit über die Entscheidung der Europäischen Kommission. Diese Unterrichtung hat, wie sich der Gesetzesbegründung entnehmen lässt, zu erfolgen, damit das Ministerium eine Klageerhebung vor dem Europäischen Gerichtshof prüfen kann.

M. Anhang 2: Marktabgrenzungs- und Marktbeherrschungskriterien

I. Marktabgrenzungskriterien

Mit Hilfe der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der anderen beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen; es soll also festgestellt werden, welchen Wettbewerbskräften sich die Unternehmen zu stellen haben.[282]

Um die Stärke von Wettbewerbskräften einschätzen zu können, ist es deshalb zunächst notwendig zu prüfen, zu was für einem sachlich relevanten Markt die angebotenen Dienstleistungen zu rechnen sind. Die entsprechenden Kriterien hat das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht im Laufe der Jahre präzisiert.

Danach gehören, wie die Europäische Kommission unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung der gemeinschaftlichen Gerichte festgestellt hat, „zu dem sachlich relevanten Markt sämtliche Produkte (Waren und Dienstleistungen), die hinreichend austausch- bzw. substituierbar sind, und zwar nicht nur wegen ihrer objektiven Merkmale, derentwegen sie anhaltenden Konsumbedürfnissen, den Preisen und/oder ihrem Zweck gerecht werden, sondern auch wegen der Wettbewerbsbedingungen und/oder der Struktur von Angebot und Nachfrage auf dem betreffenden Markt. Produkte, die nur in geringem Maß oder relativ austauschbar sind, gehören nicht demselben Markt an.“[283]

Wie die Europäische Kommission in Rn. 38 der Leitlinien dargelegt hat, hängt von den Wettbewerbskräften ab, die das Preisverhalten der jeweiligen Hersteller und Dienstleistungserbringer beeinflussen können, inwieweit das Angebot eines Produkts in Form einer Ware oder einer Dienstleistung in einem bestimmten geographischen Gebiet den relevanten Markt darstellt. „Bei der Beurteilung des Marktverhaltens von Unternehmen sind zwei wesentliche Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen: 1. die Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite und 2. die Angebotsumstellungsflexibilität.“[284]

Anhand der Austauschbarkeit von Gütern aus Nachfragersicht wird festgestellt, inwieweit die Kunden (Verbraucher) bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen.[285] Entscheidend ist, dass alle Produkte zusammengefasst werden, die von den Nachfragern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.[286] Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten für denselben Zweck verwendet werden.[287] Umgekehrt können Dienstleistungen, welche an sich denselben Zweck erfüllen können, wegen der unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck dennoch unterschiedlichen Produktmärkten zugeordnet werden. Daher spielen rein physische Eigenschaften bei der Marktabgrenzung nur eine untergeordnete Rolle.

Eine Austauschbarkeit aus Anbietersicht als weiteres für einen gemeinsamen Markt sprechendes Kriterium liegt hingegen im Fall der Angebotsumstellungsflexibilität vor. Dabei ist zu fragen, ob andere Anbieter als die des fraglichen Produkts oder Dienstes direkt oder kurzfristig bereit

[282] Vergleiche die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 372 vom 09. Dezember 1997, S. 5 Rn. 2 (im Folgenden: Bekanntmachung der Kommission).
[283] Leitlinien, Rn. 44 m. w. N.
[284] Leitlinien, Rn. 38.
[285] Leitlinien, Rn. 39.
[286] Leitlinien, Rn. 44.
[287] Leitlinien, Rn. 45.

wären, ihre Produktion umzustellen bzw. die relevanten Produkte anzubieten, ohne dass erhebliche Zusatzkosten für sie entstehen.[288] Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so üben die zusätzlich auf den Markt gelangenden Produkte auf das Wettbewerbsgebaren der beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung aus. Dieses Ergebnis ist hinsichtlich Wirksamkeit und Unmittelbarkeit dem Nachfrage-Substitutionseffekt gleichwertig.[289] Sind aber größere Anstrengungen erforderlich, um mit einer weiteren Dienstleistung in Konkurrenz zu dem zunächst untersuchten Güterangebot zu treten, so wirken die entsprechenden Wettbewerbskräfte im allgemeinen weniger unmittelbar und erfordern auf jeden Fall die Untersuchung weiterer Faktoren.[290]

Als eine Methode zur Feststellung des Bestehens von Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite oder von Angebotsumstellungsflexibilität wird von der Europäischen Kommission der „hypothetische Monopolistentest“ (auch bekannt als „SSNIP-Test“[291]) vorgeschlagen.[292] Bei diesem Test soll die Frage beantwortet werden, was geschähe, wenn sich eine kleine, aber signifikante und anhaltende Preiserhöhung bei einem bestimmten Produkt ereignen würde und die Preise sämtlicher anderer Produkte konstant blieben.[293] Auch wenn letzten Endes immer erst im Einzelfall entschieden werden kann, was für eine Preiserhöhung als „signifikant“ zu gelten hat, so sollte doch generell von den Auswirkungen einer Preiserhöhung von 5 bis 10 % ausgegangen werden.[294] Die Reaktion der Verbraucher und Unternehmen wird erkennen lassen, ob substituierbare Produkte bestehen, und wenn ja, wie der relevante Produktmarkt abgegrenzt werden sollte.[295]

Ob dieser Test angewandt wird, unterliegt letztlich allerdings der Entscheidungsgewalt der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde.[296] Neben dem unbestreitbaren Vorzug des Monopolistentestes, nämlich ein eingängiges Gedankenexperiment zu sein,[297] sind auch die inhärenten Beschränkungen des Tests zu beachten. Zum einen besteht die Gefahr der sogenannten „cellophane fallacy.“ Eine solche Täuschung liegt nahe, wenn der marktübliche Preis, von dem aus die Preiserhöhung durchgeführt wird, bereits wegen ausgenutzter Marktmacht über dem Wettbewerbspreis liegt.[298] Zum anderen ist der SSNIP-Test ebenfalls dann kein geeignetes Instrument für die Messung der Substituierbarkeit, wenn die Wahl der Nachfrager durch andere Erwägungen als Preiserhöhungen beeinflusst wird.[299] Schließlich darf von diesem Test auch nicht zuviel erwartet werden. Eine strenge Durchführung des hypothetischen Monopolistentestes in dem Sinne, dass der genaue Umsatzrückgang berechnet werden könnte, ab dem eine 5-10 %ige Preiserhöhung unrentabel werden würde, ist letztlich in der Praxis kaum leistbar. Denn die Daten über Grenzkosten und Nachfrageelastizitäten, welche hierfür erforderlich wären, sind in den wenigsten Fällen hinreichend genau bekannt, um auf dieser Basis belastbare Berechnungen durchführen zu können.

Führen weder die Kriterien der Nachfrage- noch die der Angebotssubstitution zu der Annahme eines gemeinsamen Marktes, so kann sich dies aus der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen ergeben. Dieses Kriterium spielt insbesondere im Rahmen der räumlich Marktabgrenzung eine wichtige Rolle. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich relevante Markt ein Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage

[288] Leitlinien, Rn. 39.
[289] Bekanntmachung der Kommission, Rn. 20.
[290] Vgl. die Bekanntmachung der Kommission, Rn. 14.
[291] SSNIP = small, but significant non transitory increase in price.
[292] Vgl. Leitlinien, Rn. 40 ff.
[293] Leitlinien, Rn. 40.
[294] Leitlinien, Rn. 40 m. w. N.
[295] Leitlinien, Rn. 40 m. w. N.
[296] Vgl. Leitlinien, Rn. 43.
[297] In den Leitlinien, Fußnote 26, weist auch die Europäische Kommission darauf hin, dass die Bedeutung des Hypothetischen Monopolistentests vor allem in seiner Verwendung als konzeptionelles Instrument für die Bewertung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Produkten oder Diensten liegt.
[298] Vgl. Leitlinien, Fußnote 31.
[299] Vgl. Leitlinien, Fußnote 28 m. w. N.

beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.[300] Ob homogene Wettbewerbsbedingungen bestehen, wird anhand von Merkmalen wie etwa nationaler oder regionaler Präferenzen, gegenwärtigem Käuferverhalten, Produkt- und Markendifferenzierungen, Zugangsbedingungen zu den Vertriebswegen, Kosten der Errichtung eines Vertriebsnetzes oder technische Normen bestimmt.[301] Die Abgrenzung sowohl sachlich als auch räumlich relevanter Märkte steht dabei unter dem Vorbehalt, dass auf dem jeweils betrachteten Markt vergleichbare, gegenüber Nachbarmärkten jedoch deutlich unterschiedliche Strategien (Produkt-, Preis-, Rabattdifferenzierung) angewandt werden, so dass sich tatsächlich vergleichbare, gegenüber Nachbarmärkten jedoch deutlich unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen ergeben.[302]

II. Marktbeherrschungskriterien

Sämtliche in Rn. 72 ff. der Leitlinien dargestellten Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht werden im Folgenden dargestellt.

1. Marktanteile

Ein wichtiges Kriterium der Marktbeherrschungsprüfung sind die Marktanteile der auf dem jeweils untersuchten Markt tätigen Unternehmen.[303] Marktanteile werden oftmals als Marktmachtindikator verwendet, da sie am deutlichsten Erfolg und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweisen;[304] in ihnen schlägt sich der Erfolg oder Misserfolg in den wettbewerblichen Auseinandersetzungen signifikant nieder.[305] Ein hoher Marktanteil allein bedeutet aber einerseits noch nicht, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Andererseits ist auch nicht zwingend auszuschließen, dass ein Unternehmen ohne hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.[306]

In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission haben sich bezogen auf Marktanteile einige „Faustformeln“ für die Bewertung unterschiedlicher Höhen von Marktanteilen herausgebildet, von denen die wichtigsten im Folgenden dargestellt werden.

So dürfte bei Marktanteilen von nicht mehr als 25% keine (alleinige) marktbeherrschende Stellung vorliegen.[307] Obwohl in einigen Fällen auch bei niedrigeren Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann, hat die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt.[308]

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften liefern besonders hohe Marktanteile (über 50%) ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.[309] Nach der

[300] Vgl. Leitlinien, Rn. 56 m. w. N.
[301] Vgl. dazu die Bekanntmachung der Kommission, Rn. 29 und 30.
[302] Vgl. dazu Wendland in: Beck’scher TKG Kommentar, 2. Auflage, Vor § 33 Rn. 50 m. w. N.
[303] Vgl. die Leitlinien, Rn. 75.
[304] Siehe Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Art. 82, Rn. 42.
[305] Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 59.
[306] Siehe die Leitlinien, Rn. 75.
[307] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m. w. N.
[308] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 unter Verweis auf das Grundsatzurteil des EuGH vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, *United Brands ./. Kommission*, Slg. 1978, S. 207, insbesondere Rn. 108/110.
[309] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m. w. N. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur zum Teil kritisiert; vgl. beispielsweise, Korah, EC Competition Law and Practice, 1997, S. 91 unter Verweis auf den britischen Fall „*Cigarette Filter Rods*“.

Rechtsprechung des EuGH befindet sich nämlich ein Unternehmen, das während einer längeren Zeit einen besonders hohen Marktanteil innehat, allein durch den Umfang seiner Produktion und seines Angebots in einer Position der Stärke, „die es zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeit, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist; die Inhaber von erheblich geringeren Anteilen wären nicht in der Lage, kurzfristig die Nachfrager zu befriedigen, die sich vom Marktführer abwenden wollte“.[310]

In seinem auf dieser Rechtsprechung fußenden Urteil vom 07. Oktober 1999 in der Rechtssache T-228/97, *Irish Sugar ./. Kommission*, Slg. 1999 II-2969, Rn. 71, erklärte das Europäische Gericht erster Instanz unter Bezugnahme auf das EuGH-Urteil vom 03. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86, *AKZO ./. Kommission*, Rn. 60, dass in dem dort untersuchten Fall die beherrschende Stellung der Klägerin grundsätzlich bereits aus der Feststellung abgeleitet werden durfte, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum mehr als 90 % des Umsatzes auf dem relevanten Markt getätigt hatte. Nichtsdestotrotz untersuchte das Gericht in Rn. 73 bis 104 des Urteils *Irish Sugar*, ob die Europäische Kommission in ihrer dem Urteil zu Grunde liegenden Entscheidung, das Vorliegen „außergewöhnlicher Umstände“ unberücksichtigt gelassen hat. Dies bedeutet, dass auch bei derart hohen Marktanteilen stets eine wertende Gesamtschau mehrerer Faktoren vorzunehmen ist.[311]

Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen hängen von den Merkmalen des relevanten Marktes ab.[312] Bei der Berechnung der Marktgröße und der Marktanteile ist sowohl der mengen- als auch der wertmäßig berechnete Umsatz eine nützliche Information. Bei Massenprodukten sind eher Mengenangaben zu bevorzugen, bei differenzierten Produkten (z. B. Markenprodukten) sollte der wertmäßige Umsatz und der damit verbundene Marktanteil herangezogen werden, da er die relative Marktstellung und –macht der einzelnen Anbieter besser wiederspiegelt.[313]

Neben der absoluten Höhe von Marktanteilen ist auch deren Entwicklung im Zeitablauf von wichtiger Bedeutung. So kann einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist.[314] Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann zwar durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.[315] Längerfristig schwankende Marktanteile können jedoch wiederum ein Anzeichen für fehlende Macht auf dem relevanten Markt sein.[316]

2. Gesamtgröße des Unternehmens

Als weiteres Merkmal nennt die Europäische Kommission in Rn. 78 der Leitlinien die Gesamtgröße des Unternehmens. Die beispielsweise mit der Unternehmensgröße verbundenen finanziellen Ressourcen oder Größen- und Verbundvorteile (siehe dazu unter 6., 8. und 9.) können

---

Die Europäische Entscheidungspraxis scheint diese Kritik an der herausragenden Rolle von Marktanteilen bereits zu berücksichtigen. So heißt es etwa in Fußnote 78 der Leitlinien: „Große Marktanteile sind jedoch nur dann als genauer Gradmesser für Marktmacht anzusehen, wenn die Konkurrenten ihre Produktion oder ihre Leistungen nicht in ausreichendem Umfang erhöhen könnten, um den durch die Preiserhöhung des Konkurrenten bedingten Nachfrageumschwung zu decken.“

[310] EuGH-Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche ./. Kommission*, Slg. 1979, S. 461 Rn. 41.

[311] Vgl. Leitlinien, Rn. 78; siehe dazu auch Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Art. 82 Rn. 48 m. w. N.

[312] Leitlinien, Rn. 77.

[313] Leitlinien, Rn. 76.

[314] Leitlinien, Rn. 75, unter anderem unter Verweis auf das Grundsatzurteil des EuGH vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache, 85/76, *Hoffmann La Roche ./. Kommission*, Slg. 1979, S. 461 Rn. 41.

[315] Leitlinien, Rn. 75.

[316] Leitlinien, Rn. 75.

einem Unternehmen Wettbewerbsvorteile auf einem Markt verschaffen. So können etwa Abschreckungseffekte gegenüber anderen Unternehmen auftreten.

3. Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur

Ferner ist die Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur als ein für das Vorliegen von Marktbeherrschung sprechender Faktor anzusehen.[317] Es handelt sich hierbei um eine - im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende – Marktzutrittsschranke (siehe dazu auch unter 14.).[318] Der Ausbau einer derartigen Infrastruktur beinhaltet nämlich die – für Wettbewerber vielfach trotz der Angewiesenheit auf die Nutzung der Infrastruktur nicht lohnenswerte - Notwendigkeit umfangreicher Investitionen.

4. Technologische Vorteile oder Überlegenheit

Unternehmen, welche – etwa aufgrund erheblicher Ausgaben für Forschung und Entwicklung - über ein besonderes technisches Know-how verfügen, können ebenfalls Wettbewerbsvorteile genießen.[319]

5. Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht

Liegt eine ausgleichende Nachfragemacht vor, so spricht dies gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,[320] da eine starke Verhandlungsposition auf der Nachfragerseite die Marktmacht eines Anbieters ausgleichen kann. Eine solche Nachfragermacht kann dabei sowohl im Vorleistungsbereich als auch im Endkundenbereich im Einzelfall gegeben sein. Nachfragermacht kann beispielsweise aus der Fähigkeit zu diskriminierendem Verhalten der Nachfrager entspringen (zum Beispiel Boykott), aus einer Bindung der Anbieter an die Nachfrager aufgrund spezifischer Investitionen oder auch aus der glaubhaften Drohung der Nachfrager, die nachgefragten Güter selbst herzustellen bzw. durch alternative Entwicklungen überflüssig werden zu lassen.

6. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Zu den im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung relevanten Kriterien zählt auch die Frage, des - im Vergleich zu anderen Wettbewerbern - leichten oder privilegierten Zugangs zu Kapitalmärkten und die Verfügbarkeit finanzieller Ressourcen.[321] Nach der sog. Abschreckungs- oder Ressourcentheorie eröffnet nämlich eine überlegene Finanzkraft als wichtigster – wenn auch nicht einziger – Ausdruck der einem Unternehmen zur Verfügung stehenden Ressourcen dem Unternehmen Verhaltensspielräume beim Einsatz seiner Wettbewerbsparameter, die aktuelle oder potenzielle Wettbewerber in ihrem Marktverhalten entmutigen und von wettbewerbsaktiven Maßnahmen abschrecken können.[322]

---

[317] Vgl. Leitlinien, Rn. 78.
[318] Vgl. dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt Francis Jacobs vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Rn. 66.
[319] Siehe Leitlinien, Rn. 78; vergleiche ferner Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O, Art. 82 Rn. 55 m. w. N.
[320] Leitlinien, Rn. 78.
[321] Vgl. Leitlinien, Rn. 78; Dirksen in: Langen/Bunte, Art. 82 Rn. 55 m. w. N. Dieser Aspekt wird auch in sehr aktuellen Urteilen berücksichtigt, nämlich dem Urteil des EuG 1. Instanz vom 23. Oktober 2003 in der Rechtssache T-65/98, *Van den Bergh Foods ./. Kommission,* Rn. 155, und dem Urteil des EuG 1. Instanz vom 30. September 2003 in der Rechtssache T-158/00, *ARD ./. Kommission*,. Rn. 123 ff.
[322] Vgl. Ruppelt in: Langen/Bunte, § 19 Rn. 51.

Die Finanzkraft setzt sich aus der Eigenfinanzierungskraft eines Unternehmens (cash flow) und seiner Möglichkeit zur Fremdfinanzierung zusammen, beides unter Einbeziehung der mit dem betrachteten Unternehmen verbundenen Unternehmen. Der Bruttoumsatz eines Unternehmens ist zwar die Quelle der Finanzkraft, zu ihrer Messung allein aber weniger geeignet, da sie bei gleichem Bruttoumsatz um so geringer ist, je höher der Aufwand für die Erzielung des Umsatzes war. Allerdings hat die (deutsche) Rechtsprechung den Umsatz als Mittel zur Bemessung der Finanzkraft anerkannt, da sich die finanzielle Stärke eines Unternehmens für Außenstehende vorrangig nach dem Umsatz bestimmt und die tatsächliche Verfügbarkeit öffentlich nicht bekannt ist.[323]

7. Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen)

Eine breites Produktsortiment kann ebenfalls Wettbewerbsvorteile mit sich bringen.[324] Es erlaubt dem Anbieter etwa die Einrichtung eines „One-stop-shops“, d.h. der Nachfrager kann seine Wünsche bei einem Anbieter umfassend befriedigen, sowie darüber hinaus die Bündelung von Produkten beispielsweise zur Stimulanz der Nachfrage.

8. Größenvorteile

Von Größenvorteilen[325] spricht man, wenn der Zusammenhang zwischen zunehmender geplanter Betriebsgröße (Kapazität), gemessen in der möglichen Ausbringung eines Produkts bzw. einer Produktpalette pro Zeiteinheit, und den zu erwartenden gesamten Herstellstückkosten durch abnehmende Herstellstückkosten gekennzeichnet ist.[326] Ein Unternehmen kann danach also durch eine Vergrößerung Kosten sparen. Größenvorteile können ihren Grund etwa in Spezialisierungsvorteilen durch Arbeitsteilung, Erfahrungsvorteile, Losgrößenersparnissen oder Vorteilen aus zentralisierter Reservehaltung haben.[327] Dem entgegenstehen können allerdings auch sogenannte Diseconomies of Scale. Dies sind Größennachteile, die beispielsweise auf nicht beherrschte Koordinationsprobleme, auf mangelnde Motivation des Managements und der Mitarbeiter oder auch auf bürokratische Organisationshierarchien zurückzuführen sind.[328]

9. Verbundvorteile

Verbundvorteile[329] sind Kostenvorteile, die sich für eine Unternehmen aus der Produktion von mehr als nur einem Produkt ergeben.[330] Sie beruhen auf der gemeinsamen, jedoch nicht konkurrierenden Nutzung von Produktionsfaktoren wie etwa Technologie-, Management- und Marketing-Know-how, spezialisierten und unteilbaren Betriebsmitteln oder Distribution und Kommunikation.[331] Auch hier sind allerdings entsprechend den unter 8. für „Diseconomies of Scale“ genannten Gründen „Diseconomies of Scope“ denkbar.[332]

[323] Vergleiche zu § 19 GWB Ruppelt in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rn. 51.
[324] Leitlinien, Rn. 78; vergleiche Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Rn. 55. m. w. N.
[325] Leitlinien, Rn. 78; auf Englisch „economies of scale“.
[326] Bohr, in: Handwörterbuch der Produktionswirtschaft, 1996, Spalte 375.
[327] Bohr, a.a.O., Spalte 377.
[328] Bohr, a.a.O., Spalte 384 f.
[329] Leitlinien, Rn. 78; auf Englisch „economies of scope“.
[330] Bohr, a.a.O., Spalte 380.
[331] Bohr, a.a.O., Spalte 381.
[332] Bohr, a.a.O., Spalte 385 f.

10. Vertikale Integration

Ebenfalls für Marktbeherrschung spricht das Merkmal der vertikalen Integration,[333] jedenfalls wenn diese das Unternehmen in die Lage versetzt, bevorzugt an Beschaffungs- und Absatzmärkte zu gelangen.[334] Die Verhaltensspielräume eines Unternehmens können sich nämlich dadurch erweitern, dass dieses einen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überlegenen Zugang zu seinen Absatz- und Beschaffungsmärkten besitzt. Im Falle vertikaler Integration ist ein Unternehmen auf einander vor- bzw. nachgelagerten Marktstufen tätig. Mit einer solchen Integration kann ein Unternehmen etwa das Ziel verfolgen, Transaktionskosten zu sparen, ein ineffizientes Unternehmensmanagement zu eliminieren oder auch Konkurrenten bei dem Zugang zu Bezugs- oder Absatzwegen zu behindern.[335]

11. Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz

Ferner kann Marktmacht durch ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz erhöht werden.[336] Denn der Unternehmenserfolg kann unter anderem maßgeblich vom Zugang zu den Abnehmern abhängen.

12. Fehlen von potenziellem Wettbewerb

Die Marktmacht eines Unternehmens kann zudem durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt werden.[337] Dies erscheint insbesondere durch alternative Technologien grundsätzlich möglich. Potenzielle Wettbewerber können Unternehmen sein, die auf angrenzenden Produkt- oder Dienstleistungsmärkten tätig und zum Beispiel durch eine einfache Umstellung der Produktionsanlagen in der Lage sind, in den Markt einzutreten. Der Einfluss potenziellen Wettbewerbs auf ein möglicherweise marktbeherrschendes Unternehmen ist umso höher, je leichter ein Unternehmen in den relevanten Markt eintreten kann und je näher der Eintritt bevorsteht.[338] Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.[339]

13. Expansionshemmnisse

Ein weiteres Kriterium stellen Expansionshemmnisse dar.[340] Unter Expansionshemmnissen versteht man alle diejenigen Umstände, welche ein bereits auf dem Markt tätiges Unternehmen am Wachstum hindern können. Dies können beispielsweise gesetzliche Hemmnisse wie etwa Frequenzerfordernisse sein. Letztlich können eine ganze Reihe der bereits genannten Merkmale als Expansionshemmnisse in diesem Sinne – oder auch Marktzutrittsschranken, dazu unter 14. - angesehen werden.

---

[333] Leitlinien, Rn. 78.
[334] Siehe Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Art. 82 Rn. 55 m. w. N. aus der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften; vgl. für ein illustratives Beispiel aus der Rechtsprechung das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, *United Brands ./. Kommission*, Slg. 1978, S. 207, 287 ff.
[335] Vergleiche den Artikel „Unternehmenskonzentration“ in: Gabler Volkswirtschafts-Lexikon, 1996.
[336] Leitlinien, Rn. 78; vergleiche auch Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 55.
[337] Leitlinien, Rn. 74, 78; vgl. auch Dirksen in Langen/Bunte, a. a. O., Art. 82 Rn. 52 m. w. N.
[338] Dirksen, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 53 m. w. N.
[339] Leitlinien, Rn. 80.
[340] Leitlinien, Rn. 78.

14. Leichtigkeit des Marktzugangs/Marktzutrittsschranken

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung hängt auch davon ab, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zum Beispiel ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.[341] Marktzutrittsschranken können gesetzlicher, struktureller oder strategischer Art sein.[342] Allerdings können hohe Marktzutrittsschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.[343]

[341] Vgl. Leitlinien, Rn. 80.
[342] Vgl. dazu insbesondere ausführlichst die vom Bundeskartellamt veröffentlichten „Auslegungsgrundsätze zur Prüfung von Marktbeherrschung in der deutschen Fusionskontrolle“, Oktober 2000, S. 26 ff., veröffentlicht auf der Webseite des Bundeskartellamtes unter http://www.bundeskartellamt.de/fusionskontrolle.html.
[343] Leitlinien, Rn. 80.

N. Anhang 3: Übersicht der Ergebnisse der Auswertung

(Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)

O. Anhang 4: Stellungnahmen interessierter Parteien

Nachfolgend sind die Stellungnahmen interessierter Parteien im Rahmen der nationalen Konsultation des Entwurfs zur Marktdefinition und –analyse im Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, der öffentlichen Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen an festen Standorten und der öffentlichen Auslandstelefonverbindungen an festen Standorten aufgeführt.

I. Stellungnahme der 01051 Telecom GmbH

01051 begrüßt ausdrücklich die sachgerechte Einstufung der DT AG, T-COM als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht. Die Reg TP erkenne an, dass eine Aufhebung der Regulierung der Endkundenmärkte zu einer deutlichen Einschränkung des Wettbewerbs führen würde. Als Verbindungsnetzbetreiber sei 01051 in der Vergangenheit nicht nur von den Entgelten und dem Zugang für Vorleistungen, sondern insbesondere von der Angebotsgestaltung der Endkundenprodukte und deren Tarifen im Wettbewerb erheblich beeinträchtigt worden. Die Aufhebung der Regulierung auf diesen Märkten wäre fatal, da ein wirksamer und vor allem nachhaltiger Wettbewerb auf diesen Märkten immer noch nicht entstehen konnte.

Die Hauptschwierigkeiten seien darin begründet, dass die DT AG, T-COM ihr Monopol bei den Teilnehmeranschlussleitungen ausnutze, um ihre Sonderstellung auf den Endkundenmärkten zu behalten. Durch die damit verbundene überragende Marktstellung bei den Endkundenanschlüssen (mit mehr als 95% Marktanteil) habe sie als vertikal und horizontal integriertes Unternehmen einen besonderen Kontakt zum Endkunden, der ihr ohne einschneidende Regulierungsschritte weiterhin einen uneinholbaren Wettbewerbsvorsprung verschaffe.[344] Mit einer Flut von Bündel- und Optionstarifen festige sie nicht nur ihre Quasi-Monopolstellung im Anschlussbereich, sondern auch in den Verbindungsmärkten, und verhindere dadurch Wettbewerb. In diesem Bereich verzeichne sie ein ständig ansteigendes Umsatzwachstum bei ständig ansteigenden Kundenzahlen.

Die Lage sei für die Wettbewerber ausgesprochen schwierig. Nur aufgrund der Regulierung von Endkundenprodukten sei es bisher überhaupt möglich gewesen, im Markt Fuß zu fassen. Ein Weg zu nachhaltigem, selbsttragenden Wettbewerb zeichne sich aber trotz der bisherigen Regulierungsmaßnahmen nicht ab. Deshalb sei es erforderlich, die DT AG, T-COM als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzustufen. Außerdem sei eine Ex-Ante-Entgeltregulierung der Endkundentarife der DT AG, T-COM notwendig, um langfristig Wettbewerb einzuführen. Im Einzelnen habe 01051 folgende Anmerkungen:

Bei den Bündeltarifen sei bereits bei der Marktabgrenzung genau zu prüfen, welche Anteile den verschiedenen Märkten hinzuzurechnen seien. Die Anschlusskomponente sei den Anschlüssen, die Verbindungskomponente den Verbindungen hinzuzurechnen. Die DT AG, T-COM ordne die Produkte anders zu als die Reg TP. Daher nähmen die Umsatzanteile durch Anschlussprodukte bei der DT AG, T-COM stetig zu, und zwar nicht nur relativ, sondern auch absolut.

In diesem Entwurf sei die Behandlung von Bündeltarifen, die einen Breitbandanschluss oder Internet-Verbindungen beinhalten, ausgeschlossen. Es dürften aber keine Schlupflöcher geschaffen werden, die eine Umgehung/Vermeidung regulatorischer Maßnahmen ermöglichten. Im Zweifel gehöre der Bündeltarif immer zu den Anschlussmärkten, insbesondere bei DSL-Anschlüssen und –Verbindungen sowie bei Schmalbandverbindungen ins Internet, da diese einen Telefonanschluss voraussetzten, aber umgekehrt ein Telefonanschluss ohne DSL-Anschluss bezogen werden könne.

[344] Vgl. Urteil des BGH v. 30.03.2004 („Der Oberhammer"), KZR 1/03, CR 2004, 664 ff. mit Anm. Schütze/Schulze zur Wiesche.

Ferner habe die Reg TP in dem Konsultationsverfahren zu den Märkten 8-10 eine Reihe von Angeboten/Diensten der Marktteilnehmer aufgeführt und den unterschiedlichen Märkten zugeordnet. Im vorliegenden Konsultationsdokument habe die Reg TP diese Differenzierung nicht vorgenommen. Es wäre aber notwendig zu wissen, welche Angebote der DT AG, T-COM ggf. in einem späteren Verfahren einer Prüfung gemäß § 39 TKG zu unterziehen seien. So bleibe offen, welche Tarife und Angebote wie reguliert werden sollten. Dies habe auch die EU-Kommission bemängelt, die ein einstufiges Konsultations- und Konsolidierungsverfahren bevorzuge.

Wegen der fehlenden Leistungsspezifizierung der der Regulierung zu unterwerfenden Produkte und Leistungen gehe 01051 davon aus, dass die regulatorischen Schlussfolgerungen der Reg TP für alle auf den Märkten 1-6 angebotenen Produkte zuträfen, also auch für solche, die sich nicht eindeutig einem Markt zuordnen ließen, soweit sie zumindest Komponenten eines Marktes enthielten.

01051 rügt die Verwendung unzureichender und nicht mehr aktueller Marktdaten. Kritisch sei, dass bei der Ermittlung des Sachverhalts auf ein Schreiben der Reg TP vom 11.11.2003 Bezug genommen werde. Die Fragen seien damals unzureichend und auf das alte TKG ausgerichtet gewesen. Auch 01051 habe diese Schreiben erhalten und verweise darauf, dass daraus nicht hervorging, dass auch eine Verwendung der Antworten für das Marktanalyseverfahren nach neuem Recht vorgesehen war, obwohl die Tatsache, dass es ein solches Verfahren geben würde, schon bekannt war. Auch dies hätte für eine neue, aktuellere Datenerhebung gesprochen, um eine „saubere“ Vorgehensweise sicherzustellen.

Der Gang der Ermittlungen sei bisher nicht ausreichend transparent gewesen. Für Unternehmen, die nicht seitens der Reg TP bezüglich der Marktdaten kontaktiert worden seien, habe es keine Möglichkeit gegeben, Stellung zu nehmen. Die Fragebögen seien zwar im Amtsblatt 04/2004 veröffentlicht worden, es habe jedoch jeder Hinweis gefehlt, ob sie von allen Marktbeteiligten beantwortet werden könnten oder gar sollten.

Die Behandlung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sei unzureichend. Bei jedem Verfahren sei eine Abwägung zwischen Geheimhaltung zum Schutz individueller Unternehmensinteressen einerseits und der Gewährung von Transparenz und Rechtssicherheit andererseits vorzunehmen. Mangels gesetzlicher Normen sei hier auf die Regelung des § 138 TKG zurückzugreifen. Im aktuellen Verfahren habe die Reg TP diese Abwägung nicht richtig vorgenommen. Stattdessen blende sie nahezu jede Zahl aus, selbst öffentlich zugängliche Daten. Offenbar sei ein übertriebener Schutz angeblicher Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der DT AG, T-COM vorgenommen worden.[345]

Da sich die Entscheidungen bezüglich mehrerer Märkte auf geschwärzte Zahlen stützten, sei eine Kommentierung nur eingeschränkt möglich. Deshalb führe das Verfahren zu einer gravierenden Intransparenz und Rechtsunsicherheit.

Bei der Marktabgrenzung sei fehlerhaft, dass die Reg TP keine Trennung zwischen Geschäfts- und Privatkundenmärkten mache. Gleichzeitig werde ein bedeutendes Segment des Geschäftskundenmarktes, die sprachorientierten Systemlösungen, ausgeklammert. Zwar sei zutreffend, dass in weiten Bereichen eine Abgrenzung nahezu unmöglich erscheine. Die vollkommene Aufgabe der unterschiedlichen Märkte wäre aber fatal. Stattdessen sei eine Abgrenzung zu wählen, bei der solche Anschlüsse und Verbindungsvolumen eindeutig dem Geschäftskundenbereich zuzuordnen seien, die sich von den Privatkundendiensten klar abgrenzen ließen.

[345] Dabei sei zu berücksichtigen, dass die DT AG, T-COM solche Zahlen selbst auch veröffentliche, vgl. http://www.telekom3.de/de-p/inve/2-ge/star/2004-q3-ar.thml mit Verweis auf mehrere Dokumente mit entsprechenden Daten.

Hierbei seien auch die Systemlösungen aufzunehmen. Alles andere falle dann in den Privatkundenbereich.

Da ISDN-PMX-Anschlüsse nahezu ausschließlich an Geschäftskunden verkauft würden und der Wettbewerberanteil nahezu doppelt so hoch sei wie bei den sonstigen Anschlüssen, sei davon auszugehen, dass erhebliche Unterschiede der Marktanteile in Bezug auf die unterschiedlichen Kundengruppen zu verzeichnen seien. Dies spreche für eine Trennung in mehrere Märkte. Auch sei die Schlussfolgerung der Reg TP, dass es keine Austauschbarkeit aus Nachfrager- und Anbietersicht gebe, nicht richtig. Geschäftskunden hätten andere Präferenzen bezüglich der Qualität von Verbindungen und Anschlüssen. Die Reg TP bestätige dies mit ihrer Anerkennung der auf Geschäftskunden spezialisierten Anbieter.[346]

Immerhin böten fünf der großen Wettbewerber nur Geschäftskundenprodukte an. Weiter habe die DT AG, T-COM ihren Geschäftskundenvertrieb in T-Systems ausgegliedert. Wie viele der restlichen 34 Anbieter nur Privatkundenprodukte anböten, sei nicht angegeben. Der Grund für viele Anbieter, sowohl Geschäfts- als auch Privatkundenangebote zu unterbreiten, liege in den Verbundvorteilen, die sich aus den hohen Investitionen in die Netze ergäben, und nicht in der Homogenität der Endkundenprodukte. Beispiele seien auf den Internetseiten der Anbieter ersichtlich. So gebe es solche, die ihre Produktinformationen nach Kundengruppen getrennt hätten wie z.B. Arcor oder Netcologne, und andere, die sich nur auf Geschäfts- oder Privatkunden konzentrierten wie z.B. MCI, Colt oder 01051.

Ein Rückschluss von den Anschlussarten auf unterschiedliche Kundengruppen sei bei ISDN-PMX-Anschlüssen auch nach Ansicht der Reg TP möglich. Zu den Analoganschlüssen, immerhin 27,69 Mio., äußere sich die Reg TP nicht. Bei diesen Anschlüssen sei nicht zwingend erforderlich, dass sie nur von Privatkunden gekauft würden, aber da fast jedes Unternehmen in Deutschland nicht nur eine Telefonnummer, sondern auch eine Faxnummer habe, sei davon auszugehen, dass diese Anschlüsse von Privatkunden genutzt würden. Die Aussage der Reg TP bleibe also nur richtig in Bezug auf die ISDN-Basisanschlüsse. Diese machten einen Anteil von knapp 30% der Gesamtanschlüsse aus.

01051 habe dargelegt, dass eine Unterscheidung anhand der Preis- und Absatzstrategien in mehr als 2/3 der Fälle ohne Weiteres möglich sei. Das Problem, dass Geschäftskunden auch Privatkundenangebote und umgekehrt nutzen könnten, könnte ausschließlich bei den ISDN-Basisanschlüssen bestehen. Die Reg TP habe angegeben, dass bei den Anschlüssen ein Fünftel und bei den Verbindungsmärkten ein Drittel der Anbieter keine Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftskunden träfen. Dies bedeute, dass 80% bzw. 66% der Anbieter eine Trennung durchführten.

Auch die unterschiedlichen Tarifbezeichnungen, die auf Privat- und Geschäftskunden hinwiesen, seien ein deutliches Argument für die Trennung von Geschäfts- und Privatkundenmärkten. Nur ein kleiner Anteil der Kunden (zwischen 0 und 30%) nutze als Privatkunden Geschäftskundenprodukte und umgekehrt.

Aufgrund der fehlenden Vertragsverhältnisse sei es zwar richtig, dass bei Preselection und Call-by-Call-Angeboten keinerlei Aufschluss über die Kundengruppen bestehe. Diese Produkte seien aber i.d.R. Endkundenprodukte. Sofern diese von einem sehr kleinen Anteil der Geschäftskunden genutzt würden, erfolge der Vertrieb hauptsächlich durch persönliche Kontaktaufnahme, während bei Privatkunden der Vertrieb über den Detailhandel, das Internet oder Telefonvertrieb erfolge. Ein Betreiber, der sowohl Geschäfts- als auch Privatkundenangebote habe, müsse also zwei getrennte Vertriebskanäle aufbauen.

[346] Vgl. S. 34 des Entwurfs.

Auch Großbritannien habe eine Trennung vorgenommen und dabei auf die unterschiedlichen Bedürfnisse der Endkunden abgestellt. Diese Unterschiede beständen auch für Deutschland. Zu Finnland schreibe die Reg TP, dass eine Trennung durch die Sozialversicherungsnummer erfolge und dies in Deutschland nicht möglich sei. Dieses Argument greife nicht, da die Antragsformulare der Telekommunikationsanbieter andere Angaben für Geschäfts- und Privatkunden enthielten. Somit könne jeder Betreiber anhand der Kundendaten sehen, welche Kunden Geschäftskunden seien oder nicht.

Eine Abweichung von der EU-Richtlinie müsse die Reg TP besonders sorgfältig begründen. Dies sei aber in Bezug auf die Zusammenlegung der Privat- und Geschäftskundenmärkte nicht der Fall. Es stimme zwar, dass für einen geringen Anteil der Endkunden eine Unterscheidung schwierig sei, aber für eine große Mehrheit (zwischen 70 und 100%) sei die Trennung eindeutig möglich. Folge die Reg TP dieser Vorgehensweise nicht, drohe seitens der EU-Kommission im Art. 7-Verfahren eine ablehnende Haltung und möglicherweise ein Veto. Dazu liefere die Reg TP bereits selbst ausreichende Argumente.

01051 schlägt vor, die Märkte für Analog- und ISDN-Basisanschlüsse zu einem Privatkundenmarkt, die Märkte für ISDN-PMX-Anschlüsse und sprachorientierte Systemlösungen zu einem Geschäftskundenmarkt zusammenzufassen. So werde das Risiko von Umgehungsmöglichkeiten und willkürlicher Verschiebung von Marktanteilen umgangen. Die Zuordnung der ISDN-Basisanschlüsse führe zwar dazu, dass Geschäftskunden auch Privatkundenangebote einkaufen würden. Trotzdem seien es Privatkundenmärkte, und zwar zum einen, weil es sich um Standardangebote für den Massenmarkt handele. Zum anderen gebe es viele „Privatkundenmärkte“, auf denen auch Geschäftskunden einkaufen würden, wie z.B. den Wohnungsmarkt. Als Ergänzung zu diesem Trennungsprinzip könnte eine Obergrenze eingeführt werden (z.B. Zuordnung von mehreren ISDN-Basisanschlüssen an einer Rechnungsadresse zum Geschäftskundenmarkt), dies stelle aber eher ein Verkomplizierung dar.

Für die Trennung der Verbindungsmärkte gebe es zwei Lösungen. Zum einen könnten die Verbindungen anhand der Anschlüsse, an denen sie initiiert werden, den jeweiligen Märkten zugerechnet werden. Zum anderen wäre eine durchschnittliche Umsatzobergrenze, z.B. monatlich 100 €, als Trennlinie anzuwenden. Unabhängig davon, welche Trennlinie vorzuziehen sei, sei es eindeutig, dass so eine Trennung relativ einfach durchzuführen sei.

01051 begrüßt die einheitliche geographische Einordnung der Auslandsgespräche zu einem Markt. Zwar seien die Marktanteile der Wettbewerber für die Verbindungen in unterschiedliche Länder z.T. stark voneinander abweichend. Eine Trennung in verschiedene Märkte sei aber aus folgenden Gründen nicht sachgerecht:

Die EU-Richtlinie sehe keine Trennung nach Zielländern vor. Dass einige Zielländer deutlich höhere Marktanteile der Wettbewerber aufwiesen, sei keine nationale Besonderheit. Evtl. unterschiedliche Behandlungen von Zielländern stellten Schlupflöcher der Regulierung dar. Wären Entgelte für Verbindungen in einige Zielländer nicht reguliert, entstände die Möglichkeit für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, Bündel- und Optionstarife auf den Markt zu bringen, die die beträchtliche Marktstellung auf die nicht regulierten Märkte ausweiteten.

Eine Trennung nach Zielländern sei zudem wenig zielführend, da eine Feststellung beträchtlicher Marktmacht nur für alle Länder gemeinsam gerechtfertigt sei. Somit führte eine Trennung nur zu zusätzlichem Arbeitsaufwand der Reg TP, was aus verfahrensökonomischer Sicht nicht empfehlenswert sei. Die DT AG, T-COM habe auf allen Zielmärkten einen beachtlichen Marktanteil, der zur Einstufung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht berechtige. Bei den Zielländern, bei denen die DT AG, T-COM einen etwas niedrigeren Marktanteil aufweise, beruhe dies ausschließlich auf der Endkundenregulierung ihrer Angebote. Mit ihrer finanziellen Stärke und den niedrigen Ist-Kosten (da die Investitionen zu Monopolzeiten getätigt und amortisiert wurden) habe die DT AG, T-COM die Möglichkeit, Dumpingangebote und Options- bzw. Bün-

deltarife anzubieten, die den Wettbewerbern verschlossen seien. Nur eine regulatorische Untersagung könne verhindern, dass die DT AG, T-COM eine Verdrängungsstrategie einsetze.

Allerdings sei auf dem Markt der Auslandsgespräche die Aufteilung der Angebote nach Qualitätsstufen zu beachten, die die Marktanteile der Wettbewerber erheblich bestimme. Es ließen sich erhebliche Qualitätsunterschiede feststellen, die sich im Endkundenpreis signifikant widerspiegelten.[347] So hätten die günstigsten Call-by-Call-Angebote am Markt eine schlechtere Qualität als die Angebote der DT AG, T-COM oder der 01051. Daher konkurriere 01051 nicht mit den Angeboten aller Auslandscarrier, [...].

Diese biete bspw. in den „Country-Select"-Tarifen hochwertige Auslandsverbindungen zu Preisen der qualitativ niedrigeren Wettbewerberangebote an. Daher habe sie bei den qualitativ hochwertigen und damit preislich attraktiven Auslandsverbindungen einen vielfach höheren Marktanteil, als die Gesamtanteile erkennen ließen. Bei den Vorleistungen unterscheide man auf der Einkaufsseite mehrere Qualitätsstufen, die sich mit bis zu 100% Unterschied preislich differenzierten. Das unregulierte Vorleistungsprodukt Telekom-O.1 sei bei den meisten Auslandsdestinationen teurer als die Endkundenentgelte innerhalb des Tarifs Country Select. Daher sei eine Trennung nach Qualitätsstufen vorzunehmen.

Zu den Merkmalen des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG unterstützt 01051 ausdrücklich die Schlussfolgerung der Reg TP, dass es auf den untersuchten Märkten keine längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gebe. Vielmehr sei überhaupt kein nachhaltiger Wettbewerb zu verzeichnen. Zum einen besitze die DT AG, T-COM die Dominanz auf der Infrastrukturebene, zum anderen hätten die verfügbaren Vorleistungsprodukte (Entbündelung der TAL) wegen der Rahmenbedingungen nicht den notwendigen Erfolg verzeichnen können. Zwar seien die Marktzahlen im Konsultationsdokument geschwärzt. Jedoch liefere der Jahresbericht der Reg TP eine eindeutige Aussage:

Aus dessen Zahlen ergebe sich ein Marktanteil der DT AG, T-COM auf Infrastrukturebene von mind. 99,6%.[348] Die einzige Möglichkeit für Wettbewerber, auf dem Endkundenmarkt Angebote zu machen, sei mittels der Vorleistungsprodukte der DT AG, T-COM. Im Anschlussbereich seien Ende 2003 1.349.848 TAL an Wettbewerber vermietet gewesen. Dies ergebe einen Anteil von weniger als 3,5% der geschalteten Anschlüsse. Aus diesen Zahlen werde die prekäre Wettbewerbssituation ersichtlich. Eine Einstufung der DT AG, T-COM als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sowie die Auferlegung von Ex-Ante-Verpflichtungen ihrer Endkundenangebote bleibe Voraussetzung für den Wettbewerb.

Es fehle eine Analyse der Marktanteile der Wettbewerber in Bezug auf die verschiedenen Kundengruppen. Die Marktanteile getrennt nach Geschäfts- und Privatkunden seien weder im Konsultationsentwurf noch im Jahresbericht der Reg TP 2003 zu finden.

Auch die Marktanteile auf den Verbindungsmärkten sprächen für eine Ex-Ante-Regulierung. Obwohl die Reg TP die Vorleistungen Call-by-Call und Preselection angeordnet habe und trotz regulatorischer Verpflichtungen im Zugangsbereich bestehe kein nachhaltiger Wettbewerb. Die DT AG, T-COM habe 6 Jahre nach Einführung der Regulierung noch immer einen beträchtlichen Marktanteil von 57,6%.[349] Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Marktanteile der Wettbewerber nur durch „Kampfpreise" gewonnen und gehalten werden könnten.

Problematisch sei, dass die Vorleistungsprodukte für die Wettbewerber nicht ausreichten, um das Endkundenangebot der DT AG, T-COM abbilden zu können. Alle Vorleistungsprodukte in Bezug auf Verbindungsleistungen würden minutenabhängig bepreist, so dass ein Enjoy- oder

[347] Vgl. dazu die Stellungnahmen der 01051 in den Verfahren BK2a – 04/011 und BK2a – 04/024.
[348] Vgl. Reg TP, Jahresbericht 2003, S. 27.
[349] Vgl. Reg TP, Jahresbericht 2003, S. 29.

xxl-Tarif von den Wettbewerbern nicht wirtschaftlich angeboten werden könne: Von den Endkunden bekämen sie einen Festpreis, müssten aber der DT AG, T-COM einen minutenabhängigen Tarif zahlen. Auch gebe es eine Preis-Kosten-Schere im Anschlussbereich, die einen Flat-Rate-Tarif für Teilnehmernetzbetreiber zusätzlich erschwere, weil ein Defizit im Anschlussbereich durch die Verbindungsleistungen finanziert werden müsste. Für Verbindungsnetzbetreiber wie 01051 bestehe keine Möglichkeit zur Quersubventionierung. Daher sei es notwendig, die DT AG, T-COM zu zwingen, für jedes Endkundenangebot entsprechende Vorleistungsprodukte anzubieten, und zum anderen Missbrauch (z.B. Preis-Kosten-Scheren) möglichst früh zu unterbinden bzw. gar nicht entstehen zu lassen.

Darüber hinaus werde das Entstehen nachhaltigen Wettbewerbs bei der Ex-post-Regulierung durch die Zeitverzögerung zwischen der Markteinführung neuer Produkte seitens des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht und die Reaktion der Reg TP auf diese stark beeinträchtigt. Unterstützt durch das Marketingbudget und das einzigartige Vertriebsnetz bringe die DT AG, T-COM in rasantem Tempo neue Endkundenangebote auf den Markt. Durch die Reaktionszeit könnten sehr schnell große wirtschaftliche Schäden für den Wettbewerb entstehen. Daher sei eine Vorab-Regulierung zwingend erforderlich.

Die DT AG, T-COM werde richtigerweise als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert. Bezüglich der Marktanteile sei eine Kommentierung wegen der Schwärzung aller Zahlen schwierig. Jedoch seien, wie ausgeführt, die Marktanteile der DT AG, T-COM beträchtlich. Werde die Meßlatte 40% angewendet, so habe die DT AG, T-COM auf allen hier angesprochenen Märkten auf jeden Fall beträchtliche Marktmacht.[350] Die Reg TP habe mehrere kritische Punkte über die reinen Marktanteile hinaus identifiziert, die alle auf beträchtliche Marktmacht der DT AG, T-COM hinwiesen. In diesen Punkten bestätige 01051 die Reg TP in ihrer Analyse.

Die DT AG, T-COM verfüge über eine nicht duplizierbare Vorleistungsinfrastruktur. Ein Neuaufbau einer solchen Infrastruktur sei zwingend mit hohen Investitionen verbunden, so dass eine erhebliche Marktzutrittsschranke vorhanden sei. Weiter seien die hohen Wechselkosten, die Reputation der DT AG, T-COM sowie deren horizontale Integration (Bündelangebote und Optionstarife) wettbewerbsbeschränkend. Ein eindeutiger Ausdruck für nicht duplizierbare Infrastruktur zeige sich auch darin, dass die DT AG, T-COM über 99,6% aller Anschlussleitungen in Deutschland verfüge.

Die DT AG, T-COM könne für Endkundenangebote einfacher und günstiger auf konzerneigene Vorleistungen zurückgreifen. So fielen bspw. bei den Endkundenverbindungen nur geringe Zusammenschaltungskosten an, da sie den überwiegenden Teil des Verkehrs im eigenen Netz generiere und terminiere. Hingegen machten die Zusammenschaltungskosten für die Bereitstellung der ICAs mittlerweile einen Großteil der Vorleistungskosten aus.

Darüber hinaus sei es für die DT AG, T-COM als voll integriertes Unternehmen einfacher, Vorleistungen zu beziehen. Die Reg TP beziehe diese Aussage ausschließlich auf die Verbindungsmärkte. Sie sei aber genau so zutreffend für die Anschlussmärkte. Verkaufe ein Wettbewerber einem neuen Endkunden einen neuen Anschluss, so müsse er in Abstimmung mit seinem Wettbewerber DT AG, T-COM die Migration bzw. Entbündelung durchführen. Dies sei nicht ohne Risiko für ihn und den Kunden. Schalte die DT AG, T-COM den Anschluss ab, bevor der Wettbewerber diesen Anschluss portiere bzw. in seinem Netz anschalte, habe der Endkunde vorübergehend keinen Telefonanschluss. Dies sei nicht nur für Geschäftskunden nicht zumutbar. Ein anderes Beispiel sei die Entstörung. Bei Störung der TAL müsse der Wettbewerber bei der DT AG, T-COM eine Entstörung beauftragen. Dies sei nicht nur eine potenzielle Fehlerquelle, bei der die DT AG, T-COM keinen Anreiz habe, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Sie habe dabei auch die Möglichkeit, andere Entstörzeiten und sich selbst „informell“ bessere durchschnittliche Entstörzeiten zu gewähren. Im Anschlussbereich sei die Preis-Kosten-Schere,

[350] Die Aussage zu den Auslandsverbindungen kann jedoch wegen der Schwärzungen nicht belegt werden.

insbesondere für Analog-, aber auch für ISDN-Basisanschlüsse, sehr bedrohlich für die Wettbewerber.

Es seien ferner hohe Wechselkosten in den Verbindungsmärkten festzustellen (Informations- und Beauftragungskosten bzw. das Wählen einer Betreibervorwahl). Ein Großteil der Kunden der DT AG, T-COM reagiere auch auf niedrigere Preise der Wettbewerber nicht, verhalte sich also ökonomisch irrational. Daher könne diese bei einem Großteil der Kunden sehr hohe Standardtarife durchsetzen und durch diese hohen Margen die wettbewerbssuchenden Endkunden mit Kampfpreisen umwerben.[351] Durch diese Situation würden die Wettbewerber doppelt „bestraft". Sie sei möglich, weile es einen großen Anteil an Endkunden gäbe, die per se keine Neigung bzw. kein Interesse hätten, den Telekommunikationsanbieter zu wechseln. Diese Kunden machten die Marktstellung der DT AG, T-COM einzigartig und verleihe ihr eine Sonderstellung im Markt, die auf der ehemaligen Monopolsituation beruhe.

Die DT AG, T-COM stütze sich auf eine einzigartige Vertriebsstruktur. Die daraus resultierenden Probleme für die Wettbewerber seien nach wie vor massiv. Daher sei stärker die spezifische Angebotsstrategie der DT AG, T-COM in dem Entwurf zu berücksichtigen, die auf eine unlautere Wettbewerbsverdrängung abziele und auch eine Marktzutrittsschranke darstelle. Als jüngstes Beispiel sei das Angebot von Endgeräten mit Call-by-Call- und Preselection-Ausschluss zu werten, das von der Reg TP erst nach einer äußerst erfolgreichen und raschen Marktpenetration vorläufig untersagt wurde.[352] Ebenso seien Paketangebote mit Endgeräten geschnürt worden, in denen die Endgeräte unter den Einstandskosten abgegeben worden seien.[353]

Kein anderer Wettbewerber verfüge über ein solches Distributionsnetz, das auch durch den einzigartigen Kontakt zum Kunden mittels der monatlichen Rechnung verstärkt werde, weil in dieser stets mittels Aufdrucken und Flyern für Produkte der DT AG, T-COM geworben werde. Diese Werbung werde den Wettbewerbern nicht erlaubt, obwohl auch ihre Rechnungsbeiträge darin berechnet und sie für die Erstellung der Rechnung hohe Beträge zahlen würden.

Eines der Hauptprobleme sei das Angebot der DT AG, T-COM von Bündeltarifen weit unter den Kosten, die Wettbewerber für vergleichbare Angebote allein für die Vorleistungen bezahlen müssten.[354] Darüber hinaus würde ihre marktbeherrschende Stellung auf zwei Märkten, nämlich für Anschlüsse und für Verbindungen, unzulässig gekoppelt.

Im TKG knüpfe in § 11 Abs. 1 die Drittmarkterstreckung nicht erst an ein bestimmtes missbräuchliches Verhalten an, sondern bereits eine Stufe früher, an das Missbrauchspotenzial, das aus der beträchtlichen Marktstellung auf einem benachbarten Markt erwachse.[355] Solle das GWB nur Marktmissbrauch marktbeherrschender Stellungen unterbinden, dränge das TKG auf Einführung von nachhaltigem Wettbewerb und letztlich Auflösung von Marktbeherrschung.[356] Der BGH habe in diesem Zusammenhang einen normativen Beurteilungsansatz gezeigt, der zu einer begrüßenswerten flexiblen und der Vielseitigkeit des Marktgeschehens gerecht werdenden Anwendbarkeit der Fallgruppe Drittmarkterstreckung geführt habe.[357]

Die DT AG, T-COM verstärke als vertikal und horizontal aufgestelltes Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ihre Stellung durch Koppel- und Bündelungspraktiken. Dies belegten die Fülle der Optionstarife der DT AG, T-COM bzw. die verschiedenen AktivPlus-Varianten, bei denen der Telefonanschluss mit Verbindungsleistungen gekoppelt werde. Da die Unterteilung in

[351] Vgl. S. 69 des Entwurfs.
[352] Vgl. BK2a 04/036.
[353] Vgl. BK2a 04/009.
[354] Vgl. u.a. das Urteil des BGH v. 30.03.2003 („Der Oberhammer"), KZR 1/03, CR 2004, 664 ff. mit Nam. *Schütze/Schulze zur Wiesche*.
[355] Vgl. *Schütze/Schulze zur Wiesche*, CR 2004, 664 (666).
[356] Ähnlich *Koenig/Loetz/Neumann*, S. 118.
[357] BGH („Strom und Telefon I"), WuW DE-R 1206.

Privat- und Geschäftskundenmärkte u.U. erlaube, Marktanteile zu eigenen Gunsten zu verschieben, erlaube die Figur der Drittmarkterstreckung eine gewisse Flexibilität, um bewusste Manipulationen von Anfang an zu unterbinden.

Keinesfalls dürfe die Marktanalyse uneingeschränkt darauf gestützt werden, dass die Optionstarife von der Reg TP genehmigt worden seien und daher keine unzulässigen wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen hätten. Eine Nachbildbarkeit sei nicht gegeben. Die Bündeltarife entfalteten zusätzlich eine große Sogwirkung.[358]

Die Reg TP grenze in ihrem Konsultationsentwurf drei Märkte ab und stufe die DT AG, T-COM als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ein. Dies halte 01051 für begründet und richtig. Bei der Marktabgrenzung sei die Trennung der Geschäfts- und Privatkundenmärkte vorzunehmen, wobei dann auch die Systemlösungen der T-Systems eingebunden werden müssten. Diese Nicht-Trennung sei mit den EU-Richtlinien nicht konform und werde voraussichtlich zu einem kritischen Kommentar der EU-Kommission bei der Notifizierung im Rahmen des Art.7-Verfahrens führen.

Problematisch sei die Zuordnung der Bündeltarife zu den Verbindungsmärkten, obwohl diese hauptsächlich Anschlussleistungen seien. In diesem Punkt fordert 01051 die Reg TP zur Modifizierung des Konsultationsdokumentes auf.

Nachdem die DT AG, T-COM als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert werde, sei es notwendig, Verpflichtungen gemäß § 39 TKG anzuordnen. Als sehr problematisch sei es zu erachten, dass die Reg TP kein Wort bezüglich des weiteren Vorgehens äußere. Die EU-Kommission bemängele ebenfalls, dass die Entscheidungen bezüglich regulatorischer Maßnahmen nicht im Marktanalyseverfahren integriert seien.[359]

II. Stellungnahme der AOL Deutschland GmbH

Die AOL Deutschland stimmt den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse bis auf die Behandlung von VoIP-Produkten grundsätzlich zu. Auch aus Sicht von AOL sei es geboten, die drei in dem Entwurf definierten Märkte abzugrenzen. Selbstverständlich verfüge die DT AG, T-COM auf diesen Märkten über beträchtliche Marktmacht.

Indes sei nicht nachvollziehbar, dass VoIP-Produkte nicht in die sachliche Marktabgrenzung einbezogen worden seien. Der Umstand, dass im Untersuchungszeitraum 2001 bis Juni 2003 „nennenswerte VoIP-Dienste“ nicht am Markt gewesen seien, könne eine Ausklammerung dieser Produkte nicht rechtfertigen.

Für die Marktabgrenzung müsse die Lage der Telekommunikationsmärkte maßgeblich sein, so wie sie sich im Entscheidungszeitraum darstelle. Daher widerspräche es § 10 Abs. 1 TKG, die Marktanalyse nur auf den Zeitraum von 2001 bis Juni 2003 abzustellen, da dieser impliziere, dass auch auf die aktuelle Marktsituation abgestellt werden solle. Dies ergebe sich auch aus § 14 Abs. 1 TKG. Mit dieser gesetzlichen Vorgabe sei es unvereinbar, aktuelle Marktentwicklungen, so wie sie im Zeitpunkt des Marktdefinitionsverfahren erkennbar seien, unter Hinweis auf eine vor einem Jahr abgeschlossene Untersuchungsphase zu ignorieren.

Die Nichtberücksichtigung von VoIP-Diensten könne auch nicht mit der Intention gerechtfertigt werden, nicht frühzeitig in sich gerade erst bildende Märkte einzugreifen. Insoweit sei auf die Leitlinien der Kommission verwiesen. Diese betone ausdrücklich das Risiko, dass bei Einfüh-

[358] Vgl. bspw. die Eilverfahren der 01051 vor dem VG Köln, Az.: 1 L 1870/04, 1 L 1871/04 und 1 L 1918/04, die in Kürze zur Entscheidung anständen.
[359] Vgl. 10. Implementierungsbericht der EU-Kommission, Annex 1, S. 98.

rung von neuen Produkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen verhindert werden müsse.[360] VoIP-Dienste seien den jetzt abgegrenzten drei Märkten zuzuordnen. Es handele sich nach den maßgeblichen Abgrenzungskriterien nicht um einen neu entstehenden Markt. Es sei ein wesentliches Merkmal der neuen VoIP-Produkte, dass sie eine umfassende Ende-zu-Ende-Kommunikation ermöglichten und gegen den klassischen Telefonanschluß und die darüber geführten Telefonie-Verbindungen austauschbar seien.

Gerade die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG geböten schließlich eine Einbeziehung der VoIP-Produkte in das aktuelle Verfahren. Nach dem Kenntnisstand von AOL wolle der quasi-Monopolist im Sprachbereich, die DT AG, T-COM, schon im Rahmen der kommenden CEBIT-Messe ein VoIP-Produkt vorstellen und mit dessen Vermarktung beginnen. Angesichts der zutreffend beschriebenen überragenden Marktmacht der DT AG, T-COM sei damit zu rechnen, dass sie diese auch einsetze, um Endkunden an ihr neues VoIP-Produkt zu binden. AOL sehe hier eine klassische Konstellation des Risikos eines Wettbewerbsausschlusses, etwa vergleichbar mit der erfolgreichen Penetration des breitbandigen Marktes mit T-DSL durch die DT AG, T-COM. Dieses Risiko werde durch die bevorstehende Re-Integration von T-Online in die DT AG noch verstärkt. Außerdem werde VoIP in Deutschland seit März 2004 von mehreren Anbietern vermarktet.

Im Übrigen wird angemerkt, dass der Umstand, dass die bundesweit tätigen Anbieter des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten keine räumliche Differenzierung vornähmen, zwar ein Indiz für die Abgrenzung bundesweiter Märkte sei, diese jedoch nicht ausschließlich darauf gestützt werden müsse. Im Umkehrschluss dürfe jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass regional differenzierte Angebote zu regionalen Märkten führten. Für die Definition eines geographischen Marktes sei nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsbedingungen in einem Gebiet vollkommen homogen seien.[361] Die Abgrenzung eines bundesweit einheitlichen Marktes könne auch im Hinblick auf den Zwang der Anbieter, auf bundesweit einheitlich bereitgestellte Vorleistungen der DT AG, T-COM zurückgreifen zu müssen, geboten sein. Gerade diese die Wettbewerbssituation vollkommen prägende Abhängigkeit vom Marktbeherrscher spreche maßgeblich für die Bildung bundesweiter Märkte bei Endkundenprodukten.

Im Übrigen würde die Bildung regionaler Märkte bei einer wettbewerbsbedingten preislichen Differenzierung etwa in Ballungsräumen genau diese ersten Wettbewerbserfolge wieder konterkarieren. Dass sich in Folge einer Liberalisierung wettbewerbliche „Brückenköpfe“ bildeten, sei nicht untypisch. Dereguliere man als Folge einer engen geographischen Abgrenzung solche Teilmärkte, könnte das SMP-Unternehmen seine Gewinne aus den noch nicht vom Wettbewerb erfassten Bereichen nutzbar machen, um den sich gerade herausbildenden Wettbewerb in den deregulierten Segmenten etwa mit Dumping-Praktiken zu behindern.

Nicht gerechtfertigt sei die Schwärzung der auf die DT AG, T-COM entfallenden Marktanteile. Eine sachgerechte Bewertung der Ergebnisse sei ohne Kenntnis dieser Marktanteile nur bedingt möglich. Es sei nicht erkennbar, wieso es sich hierbei um ein Geschäftsgeheimnis handeln solle. Es überwiege das öffentliche Interesse an der Offenlegung, weil nur so eine transparente Marktregulierung möglich sei. Jedenfalls müssten diese Daten in einem sich an das Verwaltungsverfahren anschließenden Gerichtsverfahren vorgelegt werden.

III. Stellungnahme der Arcor AG & Co. KG

Arcor begrüßt im Wesentlichen die von der Reg TP vorgenommene Analyse. Dies gelte insbesondere für die räumliche Marktabgrenzung, die Feststellung der DT AG, T-COM als Unter-

[360] Vgl. Ziffer 32 Leitlinien.
[361] Vgl. Ziffer 56 der Leitlinien.

nehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den hier abgegrenzten Märkten und die fehlende Unterscheidung von Orts- und Inlandsgesprächen.

Hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung gebe es jedoch drei Punkte, die weder vom Ergebnis noch von der Begründung her zu überzeugen vermögen. Dabei handele es sich um die sprachorientierten Systemlösungen, die fehlende Unterteilung des Marktes in analoge und ISDN-Anschlüsse sowie die Nichtberücksichtigung von VoIP-Diensten. Darauf konzentrierten sich die nachfolgenden Ausführungen.

Arcor habe im Auskunftsersuchen vom 11.11.2003 auf die Frage, ob „besondere sprachorientierte Systemlösungen für bestimmte Kundengruppen“ angeboten würden, geantwortet, dass dies nicht der Fall sei. Die besonderen Anforderungen von Großkunden würden mit einem „modularen Produktkonzept“ beantwortet. Dennoch sei Arcor von dieser Frage wegen der Konkurrenzsituation des genannten „modularen Produktkonzepts“ mit den „sprachorientierten Systemlösungen“ der DT AG, T-COM und anderer Anbieter betroffen. Daher bitte Arcor darum, an der angekündigten Befragung zu sprachorientierten Systemlösungen beteiligt zu werden.

Da bisher lediglich die DT AG, T-COM zu „sprachorientierten Systemlösungen“ Stellung genommen habe, bestehe die Gefahr, dass deren im einzelnen nicht bekannte Definition im Rahmen der Marktdefinition übernommen werde. Es sei anzunehmen, dass diese Definition so ausgelegt sei, dass sämtliche TDN-/T-VPN-Verträge hiervon erfasst seien. Dem sei entgegenzutreten, indem eine Marktdefinition dieser fraglichen Märkte bereits im Rahmen der vorliegenden Analyse integriert werde.

Gleichzeitig müsse die Reg TP sicherstellen, dass es keine zeitliche Verzögerung bei der Definition eines etwaigen Marktes für „sprachorientierte Systemlösungen“ gegenüber der Abgrenzung der Märkte 1-6 gemäß EU-Empfehlung gebe. Dieser Markt beinhalte, ebenso wie der vorliegende Entwurf, in erster Linie Anschlüsse und Sprachverbindungen im Festnetz. Es sei kein sachlicher Grund für eine zeitliche Verschiebung zu erkennen. Vielmehr sei aus Gründen der Gleichbehandlung eines gleichen Sachverhalts zeitliche Konsistenz bei der Marktdefinition und –analyse geboten. Umgekehrt berge eine verzögerte Definition solch fraglicher Märkte ein erhebliches Potenzial von Wettbewerbsbenachteiligungen in sich, da etwaige Rechtsfolgen des TKG für diese auf nicht absehbare Zeit ausgeschlossen wären.

Nach Auffassung der Reg TP sollten gerade die TDN- bzw. T-VPN-Verträge der DT AG, T-COM nicht in die vorliegende Marktdefinition und –analyse einbezogen werden, da es sich um kundenspezifische, nicht trennbare Leistungsbündel handele, deren Austauschbarkeit mit den charakteristischen Einzelleistungen der Märkte 1-6 weder aus Nachfragersicht noch aus Anbietersicht gegeben sei.

Sofern es einen Markt für „sprachorientierte Systemlösungen“ gebe, sei dieser jedoch deutlich kleiner und enger als die Nachfrage, die die DT AG, T-COM mit ihren TDN- bzw. T-VPN-Verträgen bediene. Ein mit dem Label „TDN“ oder „T-VPN“ versehener Vertrag sei nicht automatisch den Systemlösungen zuzuordnen. Eine Marktdefinition, die sich an der Bezeichnung eines Vertrags durch das (potenziell) marktbeherrschende Unternehmen orientiere, stelle das gesamte Verfahren der Marktanalyse auf den Kopf, da es dieses Unternehmen selbst in der Hand hätte, seine Leistungen dem einen oder anderen Markt zuzuweisen und die jeweils günstigeren Marktdefinitionen mit den entsprechenden regulatorischen Folgen auszuwählen.

Eine Untrennbarkeit von Leistungsbündeln sei bei der überwiegenden Anzahl von „TDN“- und „T-VPN“-Produkten nicht gegeben. Allein die Bündelung verschiedener Leistungen, z.B. Hardwarekomponenten und Verbindungsleistungen, führe nicht zwingend zu einem separat zu betrachtenden Markt von Bündelleistungen. Vielmehr müssten die einzelnen, zu Bündeln zusammengefassten Leistungen hinsichtlich ihrer qualitativen Ausgestaltung betrachtet werden. Jede bereits angebotene oder als solche bezeichnete „sprachorientierte Systemlösung“ sei vor dem

Hintergrund dieser Fragestellung zu untersuchen. Dabei sei auf die Substituierbarkeit einzelner (Teil)leistungen abzustellen. Diese sei nicht nur bei absoluter Identität einer Teilleistung des Bündels mit einer sonst am Markt angebotenen Leistung gegeben, sondern auch, wenn sich aus Nachfragersicht die Leistungen hinsichtlich ihrer Merkmale im Wesentlichen entsprächen. Dann sei die Bündelleistung in zwei oder mehrere Bestandteile trennbar, zum eine in eine Leistung, die sich aus einer oder mehreren Leistungen der in dieser Analyse betrachteten Märkte zusammensetze, und zum anderen aus weiteren, andersartigen Leistungen oder Produkten (z.B. Hardware). Anschlüsse und Verbindungsleistungen im Festnetz seien dann entsprechend der im Entwurf vorgenommenen Abgrenzung zuzuordnen. Diese Betrachtungsweise ließe sich auch zwanglos mit den Bedürfnissen eines Nachfragers rechtfertigen, der i.d.R. verschiedene Kommunikationsdienste in Anspruch nehmen möchte (telefonieren, Daten versenden usw.). Bezogen auf sein zu befriedigendes Bedürfnis sei es diesem zunächst gleichgültig, ob es insoweit Bündelprodukte gebe oder jede Leistung einzeln ausgewählt und bestellt werden könne. Dabei sei er vergleichbar mit einem Kunden, der im Restaurant ein Menu oder a la carte bestelle.

Die Kunden fragten also nicht a priori ein Bündel aus Anschlüssen, Sprachverbindungen und bspw. Hardware nach, sondern hätten einen Bedarf an den jeweiligen Leistungen der Komponenten. Erst der Kaufmann versuche, diese Bedürfnisse zu einem Bündel zu schnüren, weil er davon Vorteile habe oder sich verspreche. Dies lasse sich beispielhaft anhand der angebotenen TDN- und T-VPN-Verträge der DT AG, T-COM illustrieren:

Der Vertrag „[...]“ enthalte keine Hardware. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die betreffenden [...] bereits vorhandene Endgeräte weiterhin nutzten. Die Bündelung von Verbindungen oder Anschlüssen mit Hardware könne daher nicht einen eigenständigen Markt für „Systemlösungen“ begründen.

Der Arcor teilweise vorliegende TDN-Vertrag zwischen der DT AG, T-COM und der „[...]“ halte die Austauschbarkeit von AGB- und TDN-Verträgen unter § 3 Abs. 2 sogar schriftlich fest: „Die Nutzer verpflichten sich zur Kündigung der nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Telekom überlassenen Leistungen zum Zwecke der Substitution [Hervorhebung durch den Verfasser] durch das TDN [...]“. Aufgrund eines solchen Vertrages angebotene Leistungen könnten keinesfalls als Bestandteil eines eigenen Marktes für „sprachorientierte Systemlösungen“ gewertet werden, da sie ausdrücklich und einvernehmlich als austauschbar bezeichnet würden.

Auch treffe nicht zu, dass es sich bei den Verträgen um kundenspezifische Lösungen handele. Die überwiegende Anzahl der TDN-/T-VPN-Verträge entspreche jedenfalls bezüglich ihrer Sprachverbindungsleistungen und ggf. Anschlüsse in ihrer Ausprägung einer standardisierten Leistung entsprechend den AGB der DT AG, T-COM. Eine funktionelle Austauschbarkeit sei gegeben.

In den Beschlüssen vom Dezember 2002[362] gehe die Reg TP davon aus, dass es damals bereits ca. 2.500 TDN-/T-VPN-Verträge im Markt gegeben habe. Mithin könne schon insoweit kaum von kundenspezifischen Lösungen gesprochen werden. Vielmehr handele es sich um ein weit verbreitetes Produkt der DT AG, T-COM, das selbstverständlich ein AGB-Produkt darstelle, da ihm vorformulierte Vertragsbedingungen zugrunde lägen, die die DT AG, T-COM bei Vertragsabschluss stelle.

Unzulässig wäre der möglicherweise im Entwurf verfolgte Ansatz, die angeführte Fusionskontrollentscheidung vom 30. März 1999 als Maßstab für Kriterien von „sprachorientierten Systemlösungen“ heranzuziehen. Zum einen seien die Fundstücke eher allgemeiner Natur. Zum ande-

[362] Vgl. BK 2f 02-023, „TDN KommBW“ vom 9. Dezember 2002 und BK 2g 02-024, „T-VPN tegut“ vom 10. Dezember 2002.

ren gebe die Entscheidung unter den Rdnr. 25 bis 30 lediglich vier Möglichkeiten wieder, wie multinationale Unternehmen ihre anspruchsvollen und komplexen Telekommunikationsbedürfnisse befriedigen könnten. Lediglich eine dieser Optionen skizziere etwas ähnliches wie Systemlösungen[363]. Eine solche Skizze sei zu oberflächlich als Grundlage für einen Markt für „sprachorientierte Systemlösungen". Dies gelte um so mehr, als dass sich diese Entscheidung auf multinationale Unternehmen beziehe und die Reg TP dies ohne nähere Begründung auf jedweden Nachfrager übertrage. Vielmehr legten die Ausführungen dieser Fusionskontrollentscheidung eher nahe, dass der Markt für Systemlösungen deutlich enger und exklusiver sei und keinesfalls automatisch jeden TDN-/T-VPN-Vertrag umfasse.

Ebenso würde der hypothetische Monopolistentest zeigen, dass eine Erhöhung der Preise im Rahmen von TDN-/T-VPN-Verträgen die Nachfrage nach AGB-Produkten der DT AG, T-COM steigern würde. Dies sei ggf. von der Reg TP empirisch zu ermitteln.

Wie dargestellt, ließe sich die überwiegende Anzahl der TDN-/T-VPN-Leistungsbündel aufteilen und den hier abgegrenzten Märkten zuordnen. Die verbleibenden „sprachorientierten Systemlösungen", welche sich dadurch auszeichnen, dass sie auch in Teilen nicht den standardisierten Leistungen der anderen Märkte entsprächen, könnten einen eigenständigen Markt bilden, der jedoch nicht den bestehenden TDN-/T-VPN-Verträgen entsprechen könnte, sondern deutlich enger gefasst werden müsste.

Zur Operationalisierung schlage Arcor vor, bei Verträgen mit einer Umsatzgrenze von bis zu 3 Mio. €/Jahr für die hier abgegrenzten Telekommunikationsdienstleistungen davon auszugehen, dass es sich nicht um „sprachorientierte Systemlösungen" handele. Vielmehr liege bei der überwiegenden Anzahl der TDN-/T-VPN-Verträge eine schlichte Zusammenfassung standardisierter, trennbarer Leistungen entsprechend den AGB der DT AG, T-COM vor.

Dies gehe auch aus der Beschreibung dieser Produkte durch die DT AG, T-COM hervor. Danach handele es sich bei TDN-Verträgen um eine „Kombination mehrerer technischer Standardprodukte [...]". Insbesondere „TDN Basic" umfasse laut DT AG, T-COM „Spitzenprodukte [...] zusammengefasst in einem Vertrag"[364]. Die Beschreibung der TDN-Verträge schließe zwar Sonderlösungen im Einzelfall nicht aus, mache jedoch gleichzeitig deutlich, dass es sich i.d.R. um eine Kombination von Standardprodukten handele, die keineswegs nur als Bündel angeboten werden könnten. Genau deshalb müsse eine Umsatzgrenze gefunden werden, oberhalb derer erst eine Prüfung beginnen könne, ob tatsächlich eine individuelle, kundenspezifische, im Kern nicht gegen Bündelprodukte austauschbare Sonderlösung vorläge.

Für eine solche Umsatzgrenze spreche auch die von der Reg TP angeführte Fusionskontrollentscheidung BT/AT&T. Denn die darin enthaltenen Ausführungen zu Anspruch und Komplexität der Telekommunikationsbedürfnisse bezögen sich auf große und größte Kunden („multicontinent and multi-country"), deren Nachfragemacht es dem Anbieter verwehre, mit standardisierten Produkten wie TDN/T-VPN „ins Rennen zu gehen". Vielmehr müsse ein Anbieter häufig auf Einzelfall- bzw. Projektbasis mit hohem Koordinationsaufwand Nachfrage befriedigen können, die sich nicht in der Summe der Einzelteile erschöpfe, sondern ein darüber hinaus gehendes aliud, jedenfalls eine Leistung sui generis darstelle. Eine Umsatzgrenze von 3 Mio. € werde dabei leicht überschritten. Allerdings mache sie die Prüfung weiterer Kriterien nicht überflüssig. Weitere denkbare Indizien für das Vorliegen einer individuellen, sprachorientierten Systemlösung seien die Auftragserteilung nach Ausschreibung, Beratung (Key Account Manager, individuelle Servicehotlines, durchgehende Erreichbarkeit des Telekommunikationsanbieters), Mehrfachabstützung des Netzzugangs, Verfügbarkeit der Dienstleistungen auch im Ausland, Online-

[363] Vgl. Rdnr. 29.
[364] Vgl. http://businessportal.t-systems.de/produkte/printversion-php?id=2275; http://businessportal.t-systems.de/produkte/printversion-php?id=2259.

Nachverfolgbarkeit von Aufträgen sowie die Vernetzung über mehrere Standorte (Rufnummernplan, interne Kurzwahlnummer).

Dieser Kriterienkatalog sei ergänzend zum Umsatzkriterium in einer Gesamtschau zu würdigen. Einzelne Kriterien seien hingegen schon bei standardisierten TDN-/T-VPN-Verträgen oder auch bei Arcor-Produkten für große Geschäftskunden erfüllt. Dies gelte bspw. für Ausschreibungen oder die Erreichbarkeit der Beratung. Nur das Vorliegen mehrerer Merkmale bei Überschreitung der genannten Umsatzgrenze spreche für die Nichttrennbarkeit der Leistungen. Auch ließe sich das Umsatzkriterium durch einen hypothetischen Monopolistentest ergänzen.

Abschließend weist Arcor darauf hin, dass sämtliche der hier diskutierten Leistungen einem der abgegrenzten Märkte zuordenbar sein müssten. Eine „Abgrenzungslücke“ könne und dürfe es nicht geben.

Arcor stimmt dem Entwurf nicht zu, dass die Anschlussmärkte nicht nach der Anschlussart differenziert werden müssten. Zugangsleistungen für Analog- und ISDN-Anschlüsse besäßen unterschiedliche Merkmale, die für die Wahl der Kunden von entscheidender Bedeutung seien. ISDN besitze zusätzliche Nutzungsmöglichkeiten, die dem Analoganschluss fehlten, z.B. einen besseren Internetzugang aufgrund höherer Übertragungsraten, die Möglichkeit des zeitgleichen Telefonierens mehrerer Personen an einem Anschluss oder weitere Dienstleistungen. Ferner benötige ein ISDN-Anschlusskunde ein spezielles Endgerät oder zumindest einen Adapter, um sein Analogtelefon auch bei einem ISDN-Anschluss weiter nutzen zu können. Daher sei der Analoganschluss aus Sicht des Endkunden nicht ohne zusätzliche Investitionen in Endgeräte gegen einen ISDN-Anschluss austauschbar.

Auch der erhebliche Preisunterschied lasse auf unterschiedliche Kundengruppen schließen. Wenn die Reg TP annehme, die Preisunterschiede seien „relativ gering“, da ein ISDN-Basisanschluss 2002 durchschnittlich „deutlich weniger als das Doppelte eines analogen Anschlusses“ gekostet habe, so verdecke sie damit, dass ein ISDN-Anschluss monatlich gut 50% mehr koste als ein analoger Anschluss. Selbst bei großzügigster Betrachtung dürfte ein derartiger Mehrpreis nicht mehr als bagatell oder gar „relativ gering“ zu bezeichnen sein. Insoweit komme die Reg TP nicht zu einer überzeugenden Bewertung.

Für den bewussten Endkunden eines Analoganschlusses stehe dagegen regelmäßig die Sprachkommunikation im Vordergrund; die Internetnutzung spiele nur eine untergeordnete Rolle. Im Regelfall habe diese Kundengruppe kein Interesse an den zusätzlichen ISDN-Leistungen. So benötige ein Single-Haushalt i.d.R. keine weiteren Rufnummern. 2003 seien 37% aller Haushalte in Deutschland Einpersonenhaushalte gewesen.[365] Auch seien für Haushalte ohne Internetzugang bzw. mit nur sporadischer Internetnutzung die erweiterten Nutzungsmöglichkeiten für das Internet, die ISDN biete, kein Kaufargument. Die üblicherweise auch kostensensiblen Analoganschlusskunden würden daher bei der für einen Test der Nachfrageelastizität angewandten 5-10%igen Preiserhöhung nicht auf einen dann immer noch wesentlich teureren T-ISDN-Anschluss wechseln (bei derzeitigem Preisniveau 23,60 € (ISDN) zu 15,66 € (analog)), der ihnen keinen subjektiven Mehrwert bringe. Benötige der Kunde bspw. mehrere Rufnummern oder sei er regelmäßiger Internetnutzer, werde er auch bei einer Umstiegsmöglichkeit auf das deutlich kostengünstigere Analogangebot nicht bereit sein, auf die Vorteile eines ISDN-Anschlusses bei einer o.g. Preiserhöhung zu verzichten.

Ein einheitlicher Markt lasse sich auch nicht mit einer Austauschbarkeit aus Anbietersicht begründen. Diese werde verneint, wenn die Umstellung erhebliche zusätzliche Investitionen oder zeitliche Verzögerung mit sich bringe. Dies sei aber bei der Umstellung von Zugangsleistungen bei Analoganschlüssen auf ISDN-Angebote der Fall. Außerdem sei es ausgeschlossen, dass Unternehmen, die einmal Investitionen für das Angebot von ISDN-Anschlüssen getätigt hätten,

[365] Vgl. www.destatis.de.

wieder auf das geringwertige Angebot von Analoganschlüssen, mit dem sie ihre Investitionen nicht amortisieren könnten, zurückwechseln würden.[366]

Die Ausführungen, ISDN sei prinzipiell flächendeckend verfügbar, sei zwar richtig, begründe jedoch für sich gesehen keinen gemeinsamen Markt mit analogen Anschlüssen. Denn auch andere Produkte für Endnutzer seien zwar flächendeckend verfügbar und hätten teilweise ähnliche Eigenschaften, bildeten jedoch eigene Märkte. Ebenso wenig begründe die technische Möglichkeit von Unternehmen, die ISDN-Anschlüsse anböten, auch analoge Anschlüsse anzubieten, einen gemeinsamen Markt.[367] Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass analoge Anschlüsse gerade nicht angeboten würden, weil es wegen der Preis-Kosten-Schere wirtschaftlich nicht möglich sei.

Betrachte man die von der Reg TP oder der DT AG, T-COM veröffentlichten Zahlen, so sei deutlich zu erkennen, dass eine Abwanderung von analogen Anschlüssen hin zu ISDN-Anschlüssen stattfinde. Nach dem hypothetischen Monopolistentest würden ISDN- und Analoganschlüsse dann einen gemeinsamen Markt bilden, wenn eine 5-10%ige Preiserhöhung bei den analogen Anschlüssen zu einer verstärkten Nachfrage bei ISDN-Anschlüssen führen würde. Ein Blick in die DT AG-Quartalsberichte zeige jedoch, dass dies nicht der Fall sei. Die von der DT AG durchgeführten Erhöhungen der analogen Anschlussentgelte im Mai 2002, Februar 2003 und September 2003 hätten offensichtlich zu keiner vermehrten Abwanderung geführt. Existiere lediglich ein einheitlicher Markt für Telefonanschlüsse, hätte besonders die 14%ige Erhöhung im September 2003 zu einer vermehrten Abwanderung der analogen Anschlusskunden führen müssen. Dies treffe jedoch nicht zu, so dass der wesentliche Teil der heutigen analogen Anschlüsse einen eigenen Markt neben den ISDN-Anschlüssen bilde. Im Übrigen habe nicht nur Oftel, sondern auch ANACOM (Portugal) eine Unterscheidung zwischen analogen und ISDN-Anschlüssen getroffen.

Die Reg TP vertrete die Auffassung, VoIP-Dienste seien derzeit nicht in die Marktanalyse einzubeziehen.[368] Dies sei unter sachlichen Gesichtspunkten nicht gerechtfertigt. Gemäß § 1 TKG seien die in der vorliegenden Analyse untersuchten Märkte technologieneutral zu betrachten. Sprachtelefonie der Märkte 3 bis 6 könne derzeit und zukünftig sowohl mittels der PSTN-Systemtechnik als auch mit der IP-Systemtechnik abgewickelt werden. Infolge der mittlerweile qualitativ entwickelten Systemtechnik seien Sprachtelefonieleistungen auf Basis der PSTN-Systemtechnik voll substituierbar.

Auch sei für eine Einbeziehung nicht maßgeblich, in welchem Umfang die betreffenden Dienste angeboten würden. Folgte man den Ausführungen der Reg TP, so könnte ein marktbeherrschendes Unternehmen bei einem geringen Austausch der den am Markt angebotenen Leistungen zugrunde liegenden Systemtechnik sich den Konsequenzen der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung entziehen. Zudem steigere die dann aufkommende Frage, wie eine am Markt angebotene Leistung beschaffen sein müsse, um das Prädikat „nennenswert“ zu erlangen, die mit deren Nichtbetrachtung verbundenen Gefahren.

Unabhängig von diesen sachlichen Überlegungen sei die Folgerung der Reg TP, dass für VoIP-Dienste im Untersuchungszeitraum 2001 bis 2003 nur eine geringe Marktaktivität verzeichnet worden sei, nicht auf die Jahre 2004 und 2005 übertragbar, wie folgende Prognosen zeigten: Umsätze mit IP-Telefonie in Deutschland: 2002: 67 Mio. €, 2003: 89 Mio. €, 2004: 116 Mio. €, 2005: 152 Mio. €, 2006: 227 Mio. € (Quelle: IDC).

---

[366] Vgl. dazu auch COMP/E-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*, vom 21. Mai 2003; Oftel Notifizierung, Annex A, A 100.
[367] Vgl. dazu OLG Koblenz v. 14.07.1982 WuW/E OLG 2898, 2899 „*Bitburger Pils*“; KG v. 07.11.1985 WuW/E OLG 3759, 3760 f. „*Pillsbury-Sonnen-Bassermann*“; KG v. 07.02.1975 WuW/E OLG 1581, 1583 „*Provision für Bedienungsfachgroßhandel*“.
[368] Vgl. Entwurf S. 32.

Eine Überprüfung der Marktanalyse und -definition sei also bereits zum jetzigen Zeitpunkt erforderlich. Arcor stütze mit den Argumenten der Technologieneutralität und Substituierbarkeit die Vermutung der Reg TP, dass am Markt angebotene VoIP-Dienste den in der vorliegenden Analyse untersuchten Verbindungsmärkten zuzurechnen sein könnten und bitte darum, diese Dienste in die festgestellten Verbindungsmärkte einzubeziehen.

IV. Stellungnahme des BREKO

BREKO meint, dass auch im vorliegenden Entwurf Zahlenangaben von der Reg TP ohne Notwendigkeit des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen geschwärzt würden, darunter auch solche, die in den Jahresberichten der Reg TP veröffentlicht worden seien. Hier stelle sich die ggf. vermeidbare Frage, ob zwischen den im Jahresbericht veröffentlichten und im Konsultationsdokument ausgeblendeten Daten Differenzen bestünden. Insgesamt sei festzustellen, dass wiederum zu Lasten der Transparenz und der Stellungnahmemöglichkeiten der vorliegende Entwurf über das Maß der erforderlichen Schwärzungen hinausgehe. Erfreulicherweise sei dagegen, dass die Anzahl von Schwärzungen in anderen Teilen des Entwurfs im Verhältnis zu früheren Verfahren reduziert worden sei.

Auch sei anzumerken, dass der Entwurf auf einer z.T. erheblich veralteten Datenbasis beruhe. Der kritischste Fall betreffe VoIP-Dienste. Der Untersuchungszeitraum der Reg TP ende im Juli 2003. Dies sei nicht nachvollziehbar, da gerade danach die Nutzerzahlen stark angewachsen seien. Zudem sei diese Vorgehensweise nicht konsistent, da an andere betroffene Anbieter von Festnetzdienstleistungen mit Schreiben vom 11.11.2003 und damit nach Ende des Untersuchungszeitraums für VoIP-Dienste ein Auskunftsersuchen gerichtet worden sei. Neuere Daten lägen der Reg TP deshalb bereits vor (wie auch im Rahmen der sog. VoIP-Anhörung z.T. detaillierte Angaben von den Marktteilnehmern eingeholt worden seien). Nach öffentlichen Mitteilungen von VoIP-Anbietern sollen bereits über 200.000 Kunden mit stark steigender Tendenz VoIP-Dienste nutzen.

Die von der Reg TP getroffene Schlussfolgerung, VoIP-Dienste nicht einzubeziehen, weil diese im Untersuchungszeitraum 2001 bis Juni 2003 (noch) nicht am Markt waren, werde vom BREKO daher nicht geteilt. Insbesondere vor dem Hintergrund eines technologieneutralen Regulierungsansatzes gemäß § 1 TKG dürften VoIP-Dienste regulatorisch nicht unberücksichtigt bleiben. Die vorliegende Marktdefinition müsse solange auch auf VoIP-Dienste Anwendung finden, bis ggf. neuere Erkenntnisse vorlägen. Eine spätere Überprüfung nach § 14 Abs. 1 TKG halte BREKO nicht für zielführend, weil bereits jetzt neuere Erkenntnisse vorlägen, deren Existenz nicht ausgeblendet werden dürfe. Auch an anderer Stelle des Entwurfs stelle die Reg TP auf neuere Entwicklungen ab, so z.B. bei der Einführung von Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz und der weiteren Entwicklung der Anbieterzahlen, um damit zu begründen, dass eine Trennung von Orts- und Fernverbindungen in verschiedene Märkte ausscheide.

BREKO teilt grundsätzlich die Auffassung der Reg TP, dass eine Unterteilung des Marktes nach Anschlüssen keine eindeutigen Ergebnisse für eine Differenzierung zwischen Privat- und Geschäftskundenmärkten hervorbringen könne. Insbesondere könne nach den Erfahrungen keinesfalls davon ausgegangen werden, dass ISDN-Anschlüsse lediglich von Geschäftskunden genutzt würden. Auch zeige gerade das Beispiel der VoIP-Dienste, dass eine Unterteilung nach Anschlüssen zu kurz greife. Diese könnten allen Nutzern mit breitbandigem Internetanschluss angeboten werden, würden aber bei einer Trennung nach den Anschlussarten unberücksichtigt bleiben.

BREKO teilt auch die Auffassung der Reg TP, dass eine schlüssige Unterteilung des Marktes nach Kundengruppen konform der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung und Praxis[369] derzeit nicht gelingen könne. Die Reg TP formuliere so einfach wie zutreffend, dass der Zweck eines Telefonanschlusses der Aufbau einer Telefonverbindung sei und sich daher aus Nachfragersicht kein spezieller Bedarf ergebe. Auch treffe es zu, dass weitere Funktionen bei einem Anschluss gegenüber dem Hauptverwendungszweck nachrangig seien. Ein spezieller Bedarf von Geschäftskunden hinsichtlich dieses Hauptverwendungszwecks bestehe nicht. Aus Anbietersicht könnten die Mitglieder des BREKO bestätigen, dass grundsätzlich keine unterschiedlichen technischen Systeme zum Einsatz kämen oder unterschiedliche Kundenbetreuungssysteme vorgehalten würden, schon alleine aus Wirtschaftlichkeitsgründen. Auch den Privatkunden würde bezogen auf die Funktionalität des Anschlusses grundsätzlich der gleiche Umfang angeboten wie den Geschäftskunden.

Die Feststellung eines einheitlichen Marktes entspreche auch der bisherigen Entscheidungspraxis der Reg TP. So habe diese festgestellt, dass ein rechtlich eindeutig abgrenzbarer Markt für Geschäftskundenangebote nicht bestehe[370]. Dass Geschäftskunden aufgrund ihrer unterschiedlichen Bedürfnisse (Volumina, Tarifzeiten) möglicherweise in den Genuss günstigerer Tarife kämen, sei nach Auffassung der Reg TP keine Begründung für einen eigenständigen Markt. Aus Sicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts habe das Bundeskartellamt diese Marktdefinition ausdrücklich unterstützt. Auch die Monopolkommission habe sich in ihrem Sondergutachten 2003 ausdrücklich der Feststellung der Reg TP angeschlossen.[371] Diese Feststellung treffe heute noch unverändert zu.

Bezüglich der Preis- und Absatzstrategien treffe es zu, dass bestimmte Tarifoptionen, Rabatte etc. auf unterschiedliches Nutzerverhalten zugeschnitten seien, ohne verlässliche Kriterien für die Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftskunden zu geben. Auch aus der Stellungnahme der DT AG, T-COM[372] gehe hervor, dass alle Angebote im Bereich der Sprachtelefonie im Privat- und Geschäftskundensegment grundsätzlich allen Nachfragern zugänglich seien (Selbstselektion). Aus der Bezeichnung des Produktes könne sich daher nur eine Indizwirkung für ein typisches Nutzungsverhalten ergeben, jedoch ließe sich darauf keine korrekte Abgrenzung durchführen. Diese Feststellung treffe auch für andere Wirtschaftsbereiche zu. So könne etwa im Bereich der Märkte für Flugverbindungen nicht aufgrund des genutzten Tarifes (Business oder Economy Class) ein Markt für Flugverbindungen für Geschäftskunden einerseits und Privatkunden andererseits abgegrenzt werden. Auch hier bestehe der Hauptanwendungszweck einer bestimmten Flugverbindung in dem Transport von A nach B. Eine Differenzierung der Märkte zwischen Privat- und Geschäftskunden nach Tarif(bezeichnungen) würde zu untragbaren Ergebnissen führen. Letztlich führten diese Versuche zur Willkür und eröffneten einen strategischen Zuschnitt von Produkten Tür und Tor.

BREKO unterstützt die Auffassung der Reg TP, dass sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht die besseren Argumente für einen gemeinsamen Markt für Inlandstelefonverbindungen sprächen. Insbesondere durch die Einführung von Betreiber(vor)auswahl im Ortsnetz bestünden vielfache Substitutionsmöglichkeiten für alle Arten von Inlandstelefonverbindungen. Die Verbreitung von VoIP-Diensten und die damit einhergehende Einführung einer ortsnetzunabhängigen Ziel-Rufnummerngasse werde dazu beitragen, dass sich auch tarifliche Unterschiede zwischen Orts-, Nah- und Fernverbindungen zusätzlich nivellierten. Die Einführung einer Flatrate für Telefonverbindungen durch einen größeren Wettbewerber der DT AG, T-COM sowie Options- und Bündeltarife der DT AG, T-COM mit „Flatrate-Charakter“ zeigten, dass eine Austauschbarkeit der Ziele für Inlandstelefonverbindungen gegeben sei.

---

[369] Siehe Rn. 24 der Leitlinien.
[370] Vgl. Beschluss der Reg TP vom 16.01.2002 („Regionalmarkt Berlin“).
[371] Vgl. Sondergutachten der Monopolkomission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Rn. 125.
[372] Vgl. S. 16 des Konsultationsentwurfs.

Die Ausführungen hinsichtlich der Trennung zwischen Privat- und Geschäftskunden gälten bei den Verbindungen entsprechend. Bezüglich der Nutzer von offenem Call-by-Call könne bereits aus technischen Gründen keine Differenzierung vorgenommen werden.

Zutreffend würden keine einzelnen Zielländermärkte differenziert. Es gäbe auch keine nationalen Besonderheiten, da gerade Verbindungen in internationale Destinationen bei allen EU-Mitgliedsstaaten in gleicher Weise entständen. Auch höhere Marktanteile von Wettbewerbern in bestimmte Zielländer stellten keine nationale Besonderheit dar. Zudem würde ein hoher regulatorischer Aufwand entstehen. Nach der derzeit im Vorleistungsmarkt gültigen Liste internationaler Destinationen (vgl. Leistung „T-Com O.1.“) würden bereits über 1.100 Verbindungsziele mit internationalen Vorwahlen differenziert und unterschiedlich bepreist. Eine Marktdefinition und –analyse auf dieser Grundlage würde zu einer Atomisierung der Märkte und einem nicht zielführenden Aufwand in der praktischen Regulierungsarbeit führen.

Zentraler Kritikpunkt sei die getroffene Abgrenzung der Märkte 1 bis 6 gegenüber „sprachorientierten Systemlösungen“, wobei sich die Reg TP bisher noch die Definition eines eigenen Marktes vorbehalte. Dieses Vorgehen stehe in eindeutigem Widerspruch zur Kommissionsempfehlung und sei auch nicht durch nationale Besonderheiten zu begründen.

Es sei zu fragen, wie eine solche Abgrenzung gelingen solle, wenn sich die Reg TP bereits aus den genannten und nachvollziehbaren Gründen nicht in der Lage sehe, eine Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftskunden vorzunehmen. Die Definition der „sprachorientierten Systemlösungen“ als „Bündel verschiedener Leistungen“ sei weder inhaltlich abgrenzbar, handhabbar noch aus wettbewerblichen Gründen zutreffend. Falls die Lieferung von Hard- und Software sowie Mobilfunkkomponenten zum Leistungsbündel zählten[373], hätte es das jeweilige Unternehmen selbst in der Hand, durch „Zugaben“ an seine Kunden selbst zu entscheiden, ob es einer Marktabgrenzung (und damit ggf. einer Regulierung) unterliege oder nicht. Zu erinnern sei an Paketangebote mit Lieferung von PCs, Modems, sowie Breitbandzugang und die gleichzeitige Vermarktung von Festnetz-/Mobilfunk-/Internetprodukten, die insbesondere dem vertikal integrierten Konzernunternehmen Deutsche Telekom AG besonders leicht fallen werde. Dies ermögliche einen strategischen Zuschnitt von Produkten für „normale Geschäftskunden“ einerseits und „Kunden für sprachorientierte Systemlösungen“ andererseits. Etwaiger Missbrauch könne nicht mehr geahndet werden. Die Regulierung hebele sich selbst aus. Jegliche Marktdefinition und –analyse würde ad absurdum geführt.

Die Ausschreibung und individuelle Verhandlung von Rahmenverträgen bzw. Verträgen über höhere Kommunikationsvolumina rechtfertige nicht die getroffene Abgrenzung als „sprachorientierte Systemlösung“. Soweit der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses in der Sprachkommunikation liege – und darauf weise der Begriff „sprachorientiert“ eindeutig hin – müssten diese Vertragsverhältnisse unabhängig von der jeweiligen Preisvereinbarung auch in die betreffenden Märkte einbezogen werden. Sonst könne keinesfalls das an anderer Stelle im Konsultationsdokument zitierte „Gesamtsystem und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt“ gewährt werden.

Unzutreffend beschrieben sei der Verweis auf die in den Leitlinien zitierten Entscheidungen der Kommission. Zum einen zeige gerade die in Fußnote 58 genannte Entscheidung der Kommission, dass Märkte nicht innerhalb des Segments der Geschäftskunden abgegrenzt würden, sondern Märkte für multinationale Großabnehmer gegenüber solchen für andere private (berufliche) Nutzer. Zum anderen stellte bei dieser Entscheidung die Multinationalität dieser Großabnehmer ein wesentliches Abgrenzungskriterium dar.

[373] Vgl. Konsultationsdokument S. 47.

Die Feststellungen bezüglich der Marktanteile und des Vorliegens von Marktbeherrschungskriterien seien, soweit dies anhand der z.T. geschwärzten Angaben nachvollzogen werden könne, zutreffend. Auch nach Einschätzung des BREKO gebe es keine die Marktmacht der DT AG, T-COM ausgleichende Nachfragemacht auf der Vorleistungs- und/oder Endkundenebene.

Mit Blick auf das nachfolgende Verfahren zum Erlass einer Regulierungsverfügung sei festzuhalten, dass nach den Maßstäben des § 39 TKG im Endnutzerbereich die Verpflichtungen zu Betreiber(vor)auswahl keinesfalls zur Erreichung der Regulierungsziele ausreichten. Wie die bisherigen Entwicklungen aufgezeigt hätten, habe selbst mit der regulatorischen Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl und einer ex-ante-Genehmigungsverpflichtung für Endnutzerleistungen noch kein nachhaltiger Wettbewerb insbesondere beim Angebot alternativer Kundenanschlüsse abgesichert werden können. Eine effiziente ex-ante-Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen sei anhand der beschriebenen Marktbeherrschungsfaktoren der DT AG, T-COM unverzichtbar.

V. Stellungnahme der BT (Germany) GmbH & Co. oHG

BT beschränkt sich in seiner Stellungnahme auf die sog. sprachorientierten Systemlösungen. BT halte die Definition eines nationalen Marktes für sprachorientierte Systemlösungen, die darin beständen, dass der Kunde ein „*auf den Kunden individuell ausgelegtes Bündel verschiedener Leistungen [...], das häufig von diesem ausgeschrieben wird und im Ergebnis preislich günstiger ist, als die Summe der entsprechenden Einzelleistungen*“ beziehe, für tatsächlich nicht geboten, widersprüchlich im Gesamtkontext des Entwurfs und im Übrigen auch für unzutreffend im Lichte der Fusionskontrollentscheidung der Kommission in Sachen BT/AT&T vom 30.03.1999.

Die Abgrenzung eines Marktes für nationale sprachorientierte Systemlösungen widerspreche der Angebots- und Nachfragesituation in Deutschland. Sie sei unzutreffend, weil die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG für diesen „Markt“ in gleicher Weise erfüllt seien wie für die dem Entwurf gegenständlichen Märkte. Vielmehr sei das, was unter dem Etikett „sprachorientierte Systemlösungen“ angeboten werde, nichts anderes als eine Verklammerung von Einzelverträgen unter dem Dach eines Rahmenvertrags zu preislich günstigeren Konditionen.

Maßgeblicher Bezugspunkt sei auch unter dem neuen Rechtsrahmen grundsätzlich die Nachfrageperspektive, nicht die Angebotsperspektive eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht. Was das in der Vergangenheit als marktbeherrschend eingestufte Unternehmen als „sprachorientierte Systemlösung“ angeboten habe, sei nach dem Bedürfnis des verständigen Nachfragers mit Sprachtelefondienst völlig austauschbar gewesen. Dass im Einzelfall zusätzliche Leistungskomponenten (z.B. im Bereich der Rechnungsstellung oder des Kundendienstes) hinzukämen, die das Sprachtelefondienstportfolio ergänzten, liege bei großen Kunden in der Natur der Sache, ändere aber nichts daran, dass die Nachfrage des Kunden nicht auf die Ergänzungsleistung, sondern auf die Hauptleistung gerichtet sei.

BT habe insoweit bereits mit Schriftsatz vom 18.11.2002 zum Verfahren BK 2g 02/024 den Beweis erbracht, dass die Deutsche Telekom AG ihren Kunden derartige „Lösungen“ als vollständige Substitute für ihre „Geschäftskundenprodukte“ aus der Reihe „Business Call“ anbiete.

In dem dort gegenständlichen Fall habe die Deutsche Telekom AG in einer Werbebroschüre für [...] „Topkonditionen und Mehrwerte bei der Sprachkommunikation – maßgeschneiderte Rahmenverträge“ angepriesen. Dabei habe sie die scheinbaren Vorteile der sprachorientierten Systemlösung „[...]“ gegenüber den Standardangeboten wie folgt formuliert: „[...] *werden attraktive Konditionen für die Sprachkommunikation angeboten*“ *(Hervorhebung des Verfassers).*

Auf S. 3 dieser Broschüre werde aufgeführt, dass die Kunden eine Wahlmöglichkeit hinsichtlich „des jeweils wirtschaftlichsten Modells“ hätten, die von Anzahl und Verteilung der Anschlüsse und individuellem Telefonverhalten abhänge. Sodann würden die Produkte tabellarisch gegenübergestellt: „Modell 1 – T-VPN: besonders wirtschaftlich bei – mehr als 300 Mark Sprachaufkommen je Monat, – mehreren verteilten Standorten in einer geschlossenen Benutzergruppe; Modell 2 (BusinessCall 550): besonders wirtschaftlich bei – weniger als 300 Mark Sprachaufkommen je Monat, – bei einem Standort“.

Schon mit dieser Gegenüberstellung entlarve die damalige Betroffene die These, dass sprachorientierte Systemlösungen für unterschiedliche Nachfragebedürfnisse bestimmt seien und daher keine Substitute zu den Produkten auf den Sprachtelefondienstmärkten darstellten, als Chimäre. Das Gegenteil sei der Fall.

Vielmehr stehe nach den Verfahrensakten aus dem Verfahren BK 2g 02/024 fest, dass jedenfalls die Produktlinie T-VPN und der Sprachtelefondienstvertrag BusinessCall 550 für den Kunden austauschbar seien, denn die Entscheidung zwischen den beiden Produkten sei keine Frage der Funktionalität, sondern der Wirtschaftlichkeit. Die Deutsche Telekom AG werbe bei ihren Endkunden gezielt damit, dass ein (angeblich auf individuellem Zuschnitt beruhender) T-VPN-Vertrag zur Befriedigung desselben Bedürfnisses dienen könne wie der Sprachtelefondienstvertrag mit BusinessCall-Tarif, ja mehr noch: dass beide Produkte vor dem Hintergrund des Endkundenbedürfnisses austauschbar seien.

Dass die Separation eines Marktes für Sprachkommunikation eine reine Zweckerfindung der DT AG, T-COM darstelle, stehe also bereits nach dem Bedarfsmarktkonzept fest. Es manifestiere sich aber auch an der Produktwerbung der damaligen Betroffenen, die ihren Kunden gegenüber die gemeinsamen (!) Vorteile von „sprachorientierter Systemlösung“ (T-VPN) und Sprachtelefondienst (BusinessCall) wie folgt veranschauliche: z.B. Gesprächskostenreduzierung, sekundengenaue Abrechnung, dynamische Anpassung bei Tarifänderungen, elektronische Bereitstellung aller Leistungs- und Rechnungsdaten und einheitliche Service-Hotline.

Der Umstand, dass für den T-VPN-Vertrag und für BusinessCall-Verträge „keine technischen Änderungen an den bestehenden Anschlüssen oder der Telefonanlage erforderlich“ sein sollen und dass im Übrigen die angeblichen Vorteile von T-VPN und BusinessCall derart vergleichbar seien, veranschauliche sehr deutlich, dass es bei T-VPN gerade nicht um ein Aliud gehe, sondern nur um eine Nachbildung der Sprachtelefondienstfunktionalität zum Zwecke der Umgehung regulatorischer Beschränkungen.

Auch die Rechtsprechung habe in der Vergangenheit keinesfalls einen derartigen Markt angenommen. So habe etwa das OVG Münster gerade nicht entschieden, dass sich ein Markt für sprachorientierte Systemlösungen herausgebildet hätte.[374] Das Gericht habe dies vielmehr als zwar fern liegend, aber nicht von vornherein ausgeschlossen angesehen.[375]

Die Definition eines eigenen sachlichen Marktes für „sprachorientierte Systemlösungen“ widerspreche dem Gesamtkonzept des Entwurfs der Marktanalyse und Marktdefinition. Wenn ein Markt für Geschäftskunden im Gegensatz zu einem Markt für Privatkunden sachlich nicht abgrenzbar sei, dann sei nicht nachvollziehbar, warum ein davon zu unterscheidender Markt für „sprachorientierte Systemlösungen“ für Geschäftskunden definierbar sein solle.

Vielmehr spreche insbesondere vor dem Hintergrund der oben exemplarisch aufgezeigten Austauschbarkeit von Systemlösung und Standardlösung einiges dafür, dass der Markt, der bislang als „sprachorientierte Systemlösung“ aus dem Gesamtkontext der Marktdefinition ausgeklam-

[374] Vgl. Beschluss vom 13.03.2002 im Verfahren 1 B 32/02, S. 8.
[375] Für weitere Einzelheiten verweist BT auf ihre Stellungnahmen in den Verfahren BK 2f 02/023 und 2g 02/024 vom 18. und 20. November 2002.

mert worden sei, in Wahrheit der angeblich nicht definierbare Markt für Sprachtelefondienstleistungen für Geschäftskunden sei.

Es sei das Wesen eines Geschäftskunden, nicht nur einen Telefonanschluss an nicht nur einem Standort zu haben sowie über eine gegenüber Privatkunden höhere Nachfragemacht und daher über eine Verhandlungsposition zu verfügen, die es ihm erlaube, im Rahmen seines Telefondienstvertrages mit seinen Lieferanten zusätzliche Dienste und Leistungen zu vereinbaren. Dass der Lieferant derartige Zusatzdienste und Leistungen erbringe, um die Abwanderung des Kunden zu verhindern, ändere nichts an der Qualifikation des Kunden als Geschäftskunde, sondern sei schlicht Ausdruck der Kundenstruktur und eines völlig normalen ökonomischen Prozesses, der Ausübung von Nachfragemacht. Vielmehr sei richtig, den bislang als „sprachorientierte Systemlösung" bezeichneten Konvolut von Produkten als normales Geschäftskundenangebot zu qualifizieren und im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse der Märkte 1 bis 6 zu berücksichtigen.

Die Definition eines von den hier verfahrensgegenständlichen Märkten getrennten Marktes für sprachorientierte Systemlösungen sei auch im Lichte der Kommissions-Empfehlung verfehlt. Die Definition eines separaten nationalen Marktes für sprachorientierte Systemlösungen stehe im Widerspruch zu den Leitlinien.[376] Die Kommission gehe – insbesondere in ihrer Entscheidung zum Fusionskontrollverfahren AT&T/BT aus dem Jahr 1999 – zu Recht davon aus, dass sich ein solcher Markt nur dort herausgebildet habe, wo derartige Lösungen internationalen Großkunden mit Standorten in mehreren Ländern angeboten worden seien. Die Kommission habe eine solche multinationale Marktdefinition vornehmen müssen, weil die Nachfragestruktur der Kunden der damals notifizierenden Unternehmen AT&T und BT auf derartige multinationale Angebote zugeschnitten gewesen sei.

Die Kommission habe deshalb zu Recht in Fußnote 58 der Leitlinien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in den dort erwähnten wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen in der Vergangenheit gesonderte Märkte nur für multinationale Großkunden angenommen worden seien. Die von der Kommission zugrunde gelegten Märkte seien also ausschließlich grenzüberschreitender Natur gewesen.

Die Argumentation der Reg TP[377] verkenne aber gerade, dass in all diesen Entscheidungen das Hauptabgrenzungskriterium eben die Existenz dieser spezifischen Nachfragegruppe gewesen sei. Die Kommission habe gerade nicht einen Markt für „*global telecommunication services*", sondern nur einen solchen „*for multinational corporations*" angenommen. Damit sei nämlich eben nicht die Natur der angebotenen Dienstleistungen das entscheidende Abgrenzungskriterium gewesen, sondern die Identität der Nachfrager, die eben doch nicht nur „eine von zahlreichen Eigenschaften [...], welcher letztlich keine herausragende Bedeutung zukomme", darstelle.

Insofern verkenne man den Inhalt der in Fußnote 58 der Leitlinien zitierten Kommissionsentscheidung, wenn man hier trotz des Fehlens von multinationalen Nachfragern in Deutschland einen separaten Markt für sprachorientierte Systemlösungen annehmen würde. Die angeführten Entscheidungen seien auch schon deshalb nicht auf die Marktsituation in Deutschland übertragbar, da sie sämtlich von „*global*", also weltweiten Märkten ausgingen. Die von der Reg TP durchgeführte Untersuchung berücksichtige jedoch lediglich die „tatsächlichen Gegebenheiten" in Deutschland.

BT behält sich eine weitere Stellungnahme im Rahmen des von der Reg TP angekündigten Fragebogens zu dieser Thematik vor.

[376] Vgl. 2002/C 165/03.
[377] Vg. S. 46-47 des Entwurfs.

VI. Stellungnahme der Deutsche Telekom AG

Die DT AG, T-COM teilt die Klassifizierung, nach der sprachorientierte Systemlösungen nicht den zu untersuchenden Märkten zugeordnet werden. Aus der Empfehlung der Kommission[378] gehe hervor, dass nur der öffentliche Telefondienst untersucht werden solle. Bei den sprachorientierten Systemlösungen handele es sich aber um individuell auf den jeweiligen Kunden zugeschnittene Angebote, die somit gerade nicht für die „Öffentlichkeit", also einen beliebigen Personenkreis zugänglich seien.[379]

Die von der Reg TP angekündigte gesonderte Untersuchung für sprachorientierte Systemlösungen entbehre einer gesetzlichen Grundlage. Da dieser Markt nicht von den EU-Richtlinien empfohlen sei, müssten besondere Umstände für eine sektorspezifische Regulierung vorliegen. Dass dies nicht der Fall sei, zeige eine Überprüfung anhand des „Drei-Kriterien-Tests"[380]: Dauerhafte Marktversagenstatbestände seien auf diesem Markt offensichtlich nicht zu beobachten. Er stehe bereits seit 1992 – und somit weit vor der eigentlichen Marktöffnung für den öffentlichen Telefondienst 1998 – mit sog. Corporate Networks dem Wettbewerb offen und sei seitdem hart umkämpft. Daher sei kein Marktversagen festzustellen.

Den ausgeprägten Wettbewerb auf diesem Markt spiegelten bereits die Marktanteile der DT AG, T-COM wider. Übertrage man z.B. die Ergebnisse der Marktforschungs- und Beratungsunternehmen Gartner, Yankee Group und Ovum für „BusinessVoice"-Angebote auf den hier im Fokus stehenden Markt[381], so komme man zu dem Schluss, dass für sprachorientierte Systemlösungen der Marktanteil der DT AG, T-COM unter [...] % liege. Für „BusinessVoice"-Angebote in Deutschland sei dort für 2003 ein Marktvolumen zwischen 6,995 Mrd. € und 7,091 Mrd. € festgestellt worden. Setze man die Umsätze der entsprechenden Produkte der DT AG, T-COM in Höhe von [...] Mrd. € in diesen Segmenten zu dem Gesamtvolumen ins Verhältnis, ergebe sich ein Marktanteil von ca. [...] %. Für 2004 gehe man von einem Marktanteil von ca. [...] % aus. Da der „BusinessVoice"-Markt weiter definiert sei als ein Markt für sprachorientierte Systemlösungen, sei bei einer ausschließlichen Betrachtung dieses noch wettbewerblicheren Marktes von einem noch geringeren Marktanteil der DT AG, T-COM auszugehen. Somit verbiete sich die Durchführung eines Marktanalyseverfahrens, da von vornherein beträchtliche Marktmacht nicht erkennbar sei und somit das zweite Kriterium „Tendenz zu wirksamen Wettbewerb" offensichtlich nicht in Frage stehen könne.

Die Reg TP habe zu Recht die VoIP-Sprachdienste nicht in die Untersuchung der klassischen Telefondienste einbezogen. VoIP stelle als neuer, innovativer Dienst, der auf eine nomadische Nutzung ausgerichtet sei, einen neu entstehenden Markt dar.

Es unterbleibe eine sachgerechte Unterteilung in Teilmärkte, weil die Reg TP den Verwendungszweck der untersuchten Produkte unzulässig zu weit fasse und die im Markt existierenden Kriterien zur Abgrenzung von Geschäfts- und Privatkunden nicht anerkenne. In der Folge komme sie – anders als die NRAs in anderen europäischen Ländern – zu dem Ergebnis, dass die Abgrenzung eines Marktes für Privat- und Geschäftskunden in Deutschland unmöglich sei. Dieses Ergebnis sei nicht zutreffend.

Die Reg TP stelle auf den Märkten 1 und 2 eine vollständige Austauschbarkeit aus Nachfragersicht fest und unterstelle damit, dass Geschäftskunden und Privatkunden keine unterschiedlichen Nachfragebedürfnisse hätten, mit der Begründung, dass weitere Funktionen bzw. Differenzierungskriterien gegenüber dem Hauptverwendungszweck des Aufbaus einer Telefonver-

[378] Vgl. EU-KOM, Abl. L 114/45, 2003, S. 48.
[379] So auch OVG Münster im Beschluss vom 13.03.2002 Az.: 13 B 32/02.
[380] Vgl. EU-KOM, Abl. L 114/45, 2003, S. 46.
[381] Vgl. Gartner Dataquest, Market Statistics, April 2004; Yankee Group EMEA Business Fixed-Line Forecast, 2004; OVUM Market Statistics 2003.

bindung nur nachrangige Bedeutung hätten. Eine derartig abstrakte Charakterisierung des Verwendungszwecks werde der tatsächlichen Nachfragesituation nicht gerecht.

Übertragen auf den Automobilsektor würde diese Argumentation z.B. bedeuten, dass der Verwendungszweck eines Fahrzeugs die Möglichkeit bezeichne, potenziell eine oder mehrere Personen auf dem Landwege von A nach B zu befördern. Damit würde keine Differenzierung zwischen Bussen und PKWs bzw. zwischen unterschiedlichen Teilsegmenten innerhalb des PKW-Segments erfolgen. Die hieraus abzuleitende weite Marktabgrenzung würde an der Marktrealität vorbeigehen und die unterschiedlichen Marktstrukturen und Wettbewerbsverhältnisse in den tatsächlich existierenden Teilmärkten im Automobilsektor ignorieren.

Parallel verhalte es sich im Hinblick auf die Marktabgrenzung für Sprachtelefondienstleistungen. Auch hier existierten unterschiedliche Teilmärkte, die sich an unterschiedliche Kundengruppen wendeten. Dies werde letztlich auch von der Reg TP nicht bestritten, ohne dass diese hieraus die erforderlichen Konsequenzen ziehe. So erkenne Reg TP an, dass ISDN-PMX-Anschlüsse nur geschäftlich genutzt würden. Damit widerlege die Reg TP selbst ihre Feststellung, dass vollständige Nachfragesubstitution gegeben sei. So hätte zumindest ein eigener Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse und –verbindungen abgegrenzt werden müssen, wie er auch von OFCOM für den britischen Markt anerkannt worden sei.

Das Argument, dass es auf Seiten der Anbieter „kein konsistentes und eindeutiges Kriterium für eine Unterscheidung nach Kundengruppen gebe“, begegne grundsätzlichen Zweifeln. Nach dem Bedarfsmarktkonzept sei entscheidend, dass überhaupt unterschiedliche Nachfragestrukturen existierten. Es komme nicht darauf an, ob alle Anbieter im Markt die Kriterien für eine Marktsegmentierung ähnlich oder gleich festlegten. Wie die Reg TP festgestellt habe, unterschieden fast alle Anbieter von Telekommunikationsleistungen zwischen einem Privat- und einem Geschäftskundensegment. Dass die jeweiligen Kriterien im Einzelfall voneinander abwichen, liege in der Natur der Sache, da die Wahl des Kriteriums organisatorische, prozedurale, technische, kommunikative und marketingrelevante Aspekte haben könne, die jedes Unternehmen unterschiedlich gewichte.

Gerade aufgrund der Tatsache, dass jedes Unternehmen unterschiedliche Marktsegmentierungskriterien heranziehen könne, gehöre die Marktabgrenzung zu einer der vordringlichsten Aufgaben der Kartell- und Wettbewerbsbehörden. Somit sei es Aufgabe der Reg TP, operationale Kriterien vorzugeben, um Deregulierungspotenziale ausschöpfen zu können. Ansonsten bliebe es den Unternehmen selbst überlassen, durch geschickte Definition einzelner Teilmärkte und der daraus resultierenden Marktabgrenzung die sektorspezifische Regulierung in ihrem Sinne zu lenken.

Im Gegensatz zur Reg TP ist die DT AG, T-COM der Ansicht, dass es keine Besonderheiten auf den deutschen Märkten des öffentlichen Telefondienstes gebe, die eine Abweichung von der EU-Empfehlung rechtfertigen könnten. Eine Differenzierung in Privat- und Geschäftskunden sei auch in Deutschland wegen deren unterschiedlichen Bedürfnissen geboten. So seien Geschäftskunden i.d.R. an günstigen Verbindungspreisen während der Geschäftszeiten interessiert. Demgegenüber fokussiere sich die Nachfrage nach günstigen Tarifen bei Privatkunden auf die off-peak-Zeiten. Geschäftskunden stellten darüber hinaus höhere Ansprüche an Service, Entstörzeiten und Verfügbarkeit und erwarteten aufgrund ihres vergleichsweise höheren Gesprächsaufkommens volumenabhängige Rabattstaffeln. So adressiere die überwiegende Anzahl der Anbieter Privat- und Geschäftskunden separat. Dabei erfolge die Feststellung nach unterschiedlichen Kriterien, wobei eine deutliche Tendenz zur Abgrenzung anhand von Umsatzvolumina auszumachen sei.[382]

[382] Vgl. Reg TP, 2004, S. 36,43.

Auch die DT AG, T-COM differenziere zwischen Privat- und Geschäftskunden. Mit ihren BusinessCall-Produkten adressiere sie speziell die Bedürfnisse von Geschäftskunden. Diese Produkte kombinierten Telefonanschlüsse und –verbindungen mit folgenden Merkmalen, die sie für Geschäftskunden interessant machten: Rabatt ab einem Netto-Verbindungsumsatz von [...] €/Monat, günstige Verbindungstarife in der Hauptzeit, keine Kombinationsmöglichkeiten mit Privatkunden-Optionstarifen, deutlich kürzere Entstörzeiten und sekundengenaue Abrechnung von Verbindungen. Für die Angebote von BusinessCall 500 aufwärts trete hinzu, dass mindestens zwei Kanäle nachgefragt werden müssten, PMX-Anschlüsse eingebunden werden könnten und eine Vertragserweiterung auf Mehrwertdienste-Rufnummern möglich sei.

Ergänzend habe die DT AG, T-COM in ihrer Beantwortung des Fragenkatalogs vorgeschlagen, eine Abgrenzung der Kundengruppen anhand deren Umsatzpotenzial sowie Qualitätsanforderungen vorzunehmen. Die Marktrealität seien verschiedene Kundensegmente mit spezifischen Bedürfnissen und Anforderungen. Die Deutsche Telekom werde auf diese Anforderungen mit organisatorischen Konsequenzen reagieren. Ab Anfang 2005 werde eine Umstrukturierung mit einer Kundenzuordnung anhand der Kriterien Umsatzpotenzial und Qualitätsanforderungen und gleichzeitig nach Produkten vorgenommen. Das Geschäftskundensegment würde von „T-Systems-Business-Service“ adressiert, während die Privatkundenprodukte in der Zuständigkeit der DT AG, T-COM verbleiben würden.

Mit Schreiben vom 13.09.04 habe man darüber hinaus mögliche Marktabgrenzungskriterien wieter präzisiert und zur einfachen Operationalisierbarkeit hilfsweise eine produktorientierte Trennung vorgeschlagen, bei dem Geschäftskunden nur solche Produkte zugeordnet würden, die auf ihre speziellen Bedürfnisse zugeschnitten seien.

Übertragen auf die Produkte der DT AG, T-COM ergäbe sich damit folgende Zuordnung: Geschäftskundenanschlüsse – PMX, T-Net Business und T-ISDN-Business; Privatkundenanschlüsse: T-Net und T-ISDN; Geschäftskundenverbindungen: Business Call Verbindungstarife; Privatkundenverbindungen: Standard, AktivPlus Optionen.

Gemäß § 10 TKG habe die Reg TP zunächst zu prüfen, ob auf dem zu untersuchenden Markt die drei Kriterien für eine sektorspezifische Regulierung kumulativ vorlägen. Zwar habe die EU-Kommission in ihrer Empfehlung diese Prüfung für die einzelnen Märkte bereits summarisch durchgeführt, sie habe dabei aber naturgemäß nicht die aktuellen nationalen Gegebenheiten berücksichtigen können. Die einzelnen Voraussetzungen des § 10 TKG seien im Entwurf der Reg TP nicht entsprechend der gesetzlichen Vorgabe geprüft worden. Insbesondere sei nicht dargelegt worden, inwieweit Marktzutrittsbarrieren beständen, die über solche in anderen Märkten hinausgehen und eine sektorspezifische Regulierung rechtfertigen könnten. In der Folge stelle die Reg TP unzulässigerweise einen sektorspezifischen Regulierungsbedarf fest.

Die Reg TP führe im Rahmen der Analyse nach § 10 TKG keine gesonderte Prüfung auf beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken durch, sondern verweise lediglich auf die Prüfung im Rahmen der nachfolgenden Untersuchung beträchtlicher Marktmacht. Dadurch stütze sie die Feststellung des Regulierungsbedarfs letztlich in unzulässiger Weise auf von den Besonderheiten des TK-Marktes unabhängigen vermeintlichen Marktzutrittsbarrieren wie Wechselkosten und versunkene Kosten durch Werbeaufwand sowie strategische – also nicht rechtlich oder strukturell bedingte – Marktzutrittsbarrieren, die ausweislich der Kommissions-Empfehlung nicht zu berücksichtigen seien.[383] Inwieweit diese vermeintlichen Marktzutrittsschranken eine sektorspezifische Regulierung im Vergleich zu anderen Märkten begründen könnten, werde an keiner Stelle erläutert.

[383] Vgl. S. 65, 3. Absatz.

Darüber hinaus sei nicht berücksichtigt worden, dass die entsprechenden Vorleistungsmärkte bereits reguliert seien. Die Reg TP stelle im Rahmen der Prüfung nach § 11 TKG fest, dass der Markteintritt für Unternehmen auf den Märkten für öffentliche Auslandsgespräche und öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten auf der Basis von Call-by-Call und Preselection mit geringen Kapitalinvestitionen und in vergleichsweise kurzer Zeit möglich sei. Wettbewerber verfügten aufgrund der kostenorientierten Vorleistungen der DT AG, T-COM inkl. dem Fakturierungsangebot über chancengleiche Rahmenbedingungen. Daher hätte für diese Märkte das Vorliegen von beträchtlichen und anhaltenden Marktzutrittsschranken verneint werden müssen.

Auch bezüglich der Anschlussmärkte konzidiere die Reg TP in dem am 22.12.04 veröffentlichten Entwurf einer Regulierungsverfügung für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL): *„(Durch die TAL) erhalten die Wettbewerber mithin eine vergleichbar uneingeschränkte unternehmerische Disposition, ... die ihnen einen chancengleichen Wettbewerb im Verhältnis zur Betroffenen ermöglichen*."

Zur Untersuchung einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb verweise die Reg TP auf die Entwicklung der Marktanteile der DT AG, T-COM im Zeitraum von 2001 bis zum 1. Halbjahr 2003 und stelle fest, dass eine andere Entwicklung für die absehbare Zukunft nicht zu erwarten sei. Dieses Vorgehen verkenne das Erfordernis einer vorausschauenden Betrachtung, die insbesondere auch zu erwartende technologische Entwicklungen einschließen müsste. Eine solche Betrachtung unter Berücksichtigung mittel- bis langfristiger Entwicklungen nehme die Reg TP nicht vor. Selbst bei einer bloßen Fortschreibung der Wettbewerbsentwicklung wäre erkennbar gewesen, dass die derzeitige Marktstellung der DT AG, T-COM auf den Verbindungsmärkten eine abnehmende Tendenz aufweise.

Wie unten dargelegt werde, fehle es bereits jetzt an einer beträchtlichen Marktmacht der DT AG, T-COM im Markt für Auslandsverbindungen, in dem keine beträchtlichen Marktzutrittsschranken vorlägen und der Marktanteil der DT AG, T-COM bereits unter die relevante Schwelle von [...] % gefallen sei. Gemäß der Empfehlung der EU-Kommission sei an dieser Stelle zudem die Möglichkeit von Wettbewerb „hinter" den Marktzutrittsschranken zu prüfen. Selbst bei einem Vorliegen anhaltender und beträchtlicher Marktzutrittsschranken wäre bei einer Zahl von faktisch über 100 Markteintritten eine mehr als ausreichende Anzahl von Unternehmen im Markt für einen Wettbewerb hinter den Marktzutrittsschranken.

Auch im Hinblick auf das Kriterium der Tendenz zu wirksamem Wettbewerb sei daher ein sektorspezifischer Regulierungsbedarf für die Verbindungsmärkte zu verneinen. Da dafür bereits die Nichterfüllung eines Kriteriums ausreiche, sei das dritte Kriterium nicht mehr ausschlaggebend. Es falle jedoch auf, dass die Reg TP keine vorausschauende Betrachtung vornehme, sondern auf die „Erfahrung mit der Liberalisierung der TK-Märkte" in Deutschland abstelle. Die Marktsituation von 1998 sei jedoch nicht mehr das relevante Szenario für die Regulierung nach dem neuen TKG. Schließlich verweise die Reg TP sogar auf die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht, die erst im nächsten Prüfschritt vorzunehmen sei. Eine eigenständige Prüfung, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht zur Beseitigung von Marktversagen ausreiche, finde daher entgegen dem Wortlaut von § 10 Abs. 1 TKG nicht statt. Dies verkenne grundlegend die Logik des neuen TKG, dass bei Nichtvorliegen der Bedingungen des § 10 TKG die Anwendung des Kartellrechts auf marktmächtige Unternehmen vorsehe. Die Marktbeherrschung selbst sei als Abgrenzungskriterium daher gerade nicht geeignet.

Schließlich verweise die Reg TP auf einen häufigen Eingriffsbedarf auf den genannten Märkten und die Möglichkeit eines schnelleren Einschreitens nach dem TKG. Diese würden jedoch ohne nähere Begründung unterstellt. Bei richtiger Bewertung ergebe sich aus dem Fehlen anhaltender und beträchtlicher Marktzutrittsschranken und der Tendenz zu wirksamem Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten, dass – selbst wenn noch eine marktbeherrschende Stellung bestände – eine nachträgliche Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreiche. Bei den

weiteren Ausführungen sei somit zu beachten, dass nach Ansicht der DT AG, T-COM bereits kein sektorspezifischer Regulierungsbedarf bestehe.

Den Marktzutrittsschranken komme eine hohe Bedeutung zu. Es falle auf, dass der Entwurf viele gewöhnliche Marktumstände zu Markteintrittsbarrieren aufwerte.[384] So erkenne die Reg TP einen hohen Aufwand beim Wechsel des Anbieters von Verbindungsleistungen als Marktzutrittsschranke an. Diese Bedingungen seien jedoch im wirksamen Wettbewerb unvermeidbar. Auch der Verweis auf „endogene Markteintrittsbarrieren" durch Werbeaufwand könne nicht überzeugen. Diese Bedingungen kennzeichneten gerade Märkte mit wirksamem Wettbewerb. Außerdem werde für Wettbewerber mit günstigen Eckpreisen über Tarif-Rankings im Internet oder in Zeitschriften kostenlose Werbung gemacht, wobei die Angebote der DT AG, T-COM aufgrund der einzuhaltenden regulatorischen Preisuntergrenze nicht mithalten könnten. Endogene Markteintrittsbarrieren würden ohnedies in der kartellrechtlichen Literatur überwiegend kritisch beurteilt.[385]

Die Reg TP behaupte, dass viele Wettbewerber von der DT AG, T-COM abhängig seien, um Verbindungen ins Ausland anbieten zu können. Dem widerspreche, dass die Reg TP auf dem zugehörigen Beschaffungsmarkt schon seit geraumer Zeit keine Marktmacht mehr feststellen konnte.

Auf den Anschlussmärkten werte die Reg TP als ein Indiz für Markteintrittsbarrieren, dass die DT AG, T-COM in dünner besiedelten Gebieten noch eine Alleinstellung habe. Diese isolierte Betrachtung eines „dünn besiedelten Gebietes" sei unzulässig, da zuvor ein gemeinsamer Markt mit städtischen Gebieten konstatiert werde. Auch in der Sache greife dieses Argument nicht, da das Phänomen zeige, dass sich die Wettbewerber vorwiegend auf die lukrativen Ballungsgebiete fokussiert hätten.

Ebenso sei eine isolierte Betrachtung der Optionstarife nicht legitim, da für Kunden, die Standardtarife nachfragten, kein eigener Markt abgegrenzt werde. Dabei werde übersehen, dass der Wettbewerb um lukrative Kunden mit gezielten Preismaßnahmen begegnet werden müsse. Dies sei gängiges Vorgehen in wettbewerblichen Märkten und stände auch neu eintretenden Anbietern zur Verfügung. Auch hätten die Wettbewerber keine Nachteile dadurch, dass sie auf Vorleistungen der DT AG, T-COM angewiesen seien. Mit dem etablierten Regime kostenregulierter Vorleistungen habe die Reg TP eine diskriminierungsfreie Gleichstellung der Wettbewerber sichergestellt, die sie hätte berücksichtigen müssen.

Es gelinge der Reg TP somit nicht, Markteintrittsschranken – insbesondere für Telefonverbindungen – aufzuzeigen, die ein zu behebendes Marktversagen darstellen würden. Eine solche Prüfung sei angesichts der großen Zahl von Wettbewerbern ohnehin von untergeordneter Bedeutung. Die meisten relevanten Anbieter seien bereits 1998 in den Markt eingetreten und damit zu einem Zeitpunkt, als die Margen für Verbindungen noch deutlich höher gewesen seien. Es sei daher davon auszugehen, dass sie ihre Markteintrittskosten bis heute zum Großteil voll amortisiert hätten. Die von der Reg TP konstruierten Marktzutrittsschranken aufgrund niedriger Margen seien tatsächlich Ausfluss des wirksamen Wettbewerbs zwischen den bereits im Markt befindlichen Anbietern. Dieser Fokus finde sich auch bei den Anschlussmärkten wieder, wo die Reg TP aufführe, dass sei 2001 nur 5 neue regionale Anbieter in den Markt eingetreten seien. Es stelle sich die Frage, für wie viele zusätzliche Anbieter es angesichts der bestehenden 65 TAL-Verträge im Markt noch Platz geben könne.

---

[384] Vgl. S. 61 ff.

[385] Vgl. Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 92 m.w.N.; Jung, in: Grabitz/Hilf, EU-Kommentar, EGV Art. 82 Rn. 77, ähnlich auch: Dirksen, in: Langen/Bunde, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Art. 82 Rn. 56; EuGH, Urteil vom 14.02.1978 – United Brands. Slg. 1978, 207 (286).

Im Hinblick auf den Zugang zu den Kapitalmärkten werde die Finanzkraft der multinational agierenden Wettbewerber nicht adäquat in Ansatz gebracht. Ein starkes Indiz für die marktbeherrschende Stellung sei, wenn ein Unternehmen als einziges in der Lage sei, umfangreiche Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten oder bestimmte, für die Entwicklung des Marktes wesentliche Investitionen zu finanzieren.[386] Dies treffe jedoch auf die DT AG, T-COM gerade nicht zu. Ihre Wettbewerber verfügten zumindest teilweise über eine mindestens vergleichbare Finanzkraft. Die wesentlichen Konkurrenten seien ihrerseits multinational agierende Unternehmen mit erheblichen Finanzressourcen, so dass sich dieser Umstand in Bezug auf die Bilanzkennzahlen der Deutschen Telekom hätte relativierend auswirken müssen. Die Ermittlung des ökonomischen Gewinns müsse stets über das gesamte Unternehmen erfolgen und dürfe sich nicht auf die rein nationale Situation beschränken.[387] Dies hätte zu dem Ergebnis geführt, dass die Wirtschafts- und Finanzkraft der Deutschen Telekom hier nicht zur Begründung ihrer marktbeherrschenden Stellung hätte herangezogen werden dürfen.

Die Reg TP scheine dieses Argument zu berücksichtigen, da sie die Konzernumsätze der deutschen Telefongesellschaften aufliste und zu dem Schluss komme, dass zumindest zwei weitere finanzstarke Wettbewerber auf allen drei Märkten vertreten seien. Dennoch stelle sie fest, dass aufgrund „des in Deutschland einzigartigen Netzes der DT AG, T-COM“ für eine „neutrale Bewertung“ eine erheblich höhere Ertragskraft der Wettbewerber gegeben sein müsste. Dies sei nicht sachgerecht, denn entweder existierten finanzstarke Wettbewerber oder nicht. Die Finanzstärke sei eines der neutralsten Bewertungskriterien überhaupt. Insofern sei nicht ersichtlich, warum hier zusätzlich der Netzausbau herangezogen werde, der zur Beurteilung der Finanzkraft keinen weiteren Erkenntnisgewinn liefern könne.

Zudem stände der Zugang zu den Kapitalmärkten jedem Unternehmen offen, solange sein Geschäftsmodell erfolgversprechend erscheine. Insbesondere für börsennotierte Unternehmen sei die Höhe der Verzinsung des eingesetzten Kapitals die entscheidende Maßgröße für den Unternehmenserfolg und die notwendige Akzeptanz auf den Finanzmärkten. Die reine Größe und Finanzausstattung sei demnach kein Wettbewerbsvorteil per se.

Der Bewertungsmaßstab des „besten“ Vertriebs- und Verkaufsnetz aller Wettbewerber wie auch die Bewertung an sich seien angreifbar. Zunächst müsse dieses Kriterium inhaltlich operationalisiert werden. Der EuGH und die EU-Kommission hätten mehrfach entschieden, dass ein erstklassiges Vertriebsnetz für die Bewertung der Unternehmensstruktur ein wesentlicher Faktor sein könne.[388] Dies sei jedoch nur der Fall, wenn für Absatzerfolge besondere Verkaufsanstrengungen erforderlich seien.[389]

Vor diesem Hintergrund setze die Reg TP zu Unrecht die Dauer des Bestehens des Vertriebsnetzes mit seiner Effizienz gleich. So würde die Formel „umfangreiches Vertriebsnetz = höherer Umsatz“ eine Effizienzbetrachtung der vorhandenen sowie denkbaren Möglichkeiten zur Marktkommunikation vollständig ausblenden. Auch komme die Reg TP selber zu der Erkenntnis, dass die Kunden zunehmend weniger Wert auf eine intensive Kundenberatung legten. Konsequenterweise hätte dann aber auch das Vertriebsnetz bei der Feststellung der marktbeherrschenden Stellung unberücksichtigt bleiben müssen. Unverständlich bleibe daher die Aussage, dass es der DT AG, T-COM dennoch möglich sei, ihre Kunden besser und gezielter anzuspre-

[386] Vgl. EuGH, Rs. 27/76, Urteil vom 14.02.1978 – United Brands (Bananen), Slg. 1978, 207 (291); Rs. 332/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3510); Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 113 m.w.N.
[387] Vgl. dazu EuGH, Rs. 322/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3511); Urteil vom 03.07.1991 – AKZO II, Slg. 1991 I, 3359 (3453); weitere Nachweise bei: Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 113 (Fn. 479), Rn. 114 m.w. N.
[388] Vg. EuGH, Rs. 85/76, Urteil vom 13.12.1979 – Hoffmann/La Roche, Slg. 1979, 461 (524); Rs. 332/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3511); Rs. 82/60, Urteil vom 03.07.1991 – AKZO II, Slg. 1991 I, 3359 (3453, Rn. 61); Kommission, 14.12.1985, ECS/AKZO II, ABl. 1985 L 374, S. 1 ff.; 22.12.1987, „Eurofix-Bauco/Hilti, ABl. 1988, L 65, 19 (34).
[389] Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn. 110.

chen, insbesondere durch unterschiedliche Optionstarife. Hierbei handele es sich nicht um ein marktmachtinduziertes wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, sondern um eine betriebswirtschaftliche Entscheidung eines einzelnen Anbieters.

Bei der Berechnung der Marktanteile sei zwischen der mengen- und wertmäßigen Betrachtung zu unterscheiden. Die EU-Kommission habe in ihren Leitlinien ausgeführt, dass bei differenzierten Produkten eine wertmäßige Kalkulation vorzuziehen sei, bei Massenprodukten dagegen eine mengenmäßige Berechnung, da dieser Ansatz die relative Marktstellung und –macht des einzelnen Anbieters besser widerspiegele.[390] Beide Kriterien unterschieden sich hinsichtlich ihres Ausgangsgehaltes. So verweise ein kontinuierlicher Rückgang der Marktanteile bei einer mengenmäßigen Berechnung darauf, dass der Markt auf eine Hochpreispolitik eines Anbieters mit entsprechenden Nachfragerückgängen reagiere und somit kein überragender, einseitiger Verhaltensspielraum des Anbieters bestehe.[391]

Bei den betrachteten Telefondienstleistungen handele es sich überwiegend um homogene Güter, die sich insbesondere auf den Privatkundenmärkten ursächlich nur über den Preis unterschieden. Insofern sei die Betrachtung der mengenmäßigen Marktanteile die entscheidende Messgröße zur Marktanteilsberechnung. Die umsatzmäßige Betrachtung könne lediglich zur Abrundung der Ergebnisse herangezogen werden. Demgegenüber beziehe sich die Reg TP bei ihrer Marktanteilsbetrachtung hauptsächlich auf die Umsatzkomponente. Dies sei aus den o.g. Gründen angreifbar.

Auch sei die Reg TP gehalten, die Marktentwicklung zu berücksichtigen. Daher müsse sie untersuchen, inwieweit eine langfristige Tendenz zu wirksamen Wettbewerb zu verzeichnen sei. Dabei sei sie aufgefordert, auf Basis aktueller Marktdaten eine zukunftsgerichtete Prognose der zu erwartenden marktstrukturellen Entwicklung zu geben. Dieser Forderung komme die Reg TP nicht nach. Sie beurteile die Marktentwicklung aufgrund langer Verfahrensabläufe auf Basis veralteter Daten bis Mitte 2003 und komme aufgrund der dynamischen Marktanteilsentwicklung auf den Telefondienstmärkten zwangsläufig zu nicht mehr gültigen Ergebnissen. Dies werde am Markt für Auslandsverbindungen besonders offenkundig:

Die Fortschreibung der Marktanteile der DT AG, T-COM auf dem genannten Markt mache deutlich, dass der Marktanteil gegen Ende 2004 deutlich unterhalb der etablierten Grenzwerte für die Annahme beträchtlicher Marktmacht lägen. Bewertet nach Absatzmengen läge dieser im 4. Quartal 2004 bereits durchgängig unter [...] %, bewertet nach Umsatz deutlich unter [...] %. Selbst nach Heranziehung beider Bewertungskriterien sei demzufolge nicht mehr von einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-COM auszugehen.

Die Reg TP führe über die absolute Marktanteilsbetrachtung einen weiteren Bewertungsmaßstab ein und fordere zusätzlich, dass zumindest ein Wettbewerber über ebenfalls annähernd vergleichbare Marktanteile verfüge. Abgesehen davon, dass allein schon die kontinuierlich sinkenden Marktanteile der DT AG, T-COM darauf hindeuteten, dass sie sich nicht unabhängig von ihren Wettbewerbern verhalten könne, stelle die Reg TP ein unzulässiges Kriterium auf, das in dieser Form kein notwendiges Kriterium in den Leitlinien der Kommission oder der Kartellrechtspraxis darstelle. Damit schließe die Reg TP selbst bei weiter sinkenden Marktanteilen der DT AG, T-COM mittelfristig die Feststellung wirksamen Wettbewerbs aus, da dieses Kriterium aufgrund der zahlreich im Markt befindlichen Wettbewerber auch in den nächsten Jahren nicht erreicht werden dürfte.

Auch die Bewertung des tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs entspreche nicht den Marktgegebenheiten. Trotz anhaltender und signifikanter Marktanteilsverluste insbesondere auf den Verbindungsmärkten schließe die Reg TP tatsächlichen Wettbewerb aus. Als Begründung

[390] Vgl. EU-KOM, ABl. C 165/6, 2002, Rn. 76.
[391] Vgl. Immenga, Mestmäcker, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, München 2001, S. 627.

führe sie an, dass es der DT AG, T-COM in erheblichem Umfang möglich sei, ihre Preise um ein mehrfaches über dem wettbewerblichen Preisniveau zu halten. Dies deute darauf hin, dass die DT AG, T-COM in einem bedeutsamen Marktsegment unverändert über beachtliche Preissetzungsspielräume verfüge, die ein Indiz für eine schwächere wettbewerbliche Kontrolle darstellten. Angesichts der nachgewiesenen abnehmenden Marktanteile der DT AG, T-COM auf den Verbindungsmärkten entbehre dieses Argument einer empirischen Grundlage.

Die Reg TP komme zu dem Schluss, dass auf dem Zugangsmarkt keine ausgleichende Nachfragemacht der Endkunden bestehe. Begründet werde dies zum einen mit der einzigartigen Flächendeckung der DT AG, T-COM, jedoch unterstelle sie auch in Ballungsgebieten mit wettbewerblichen Strukturen fehlende Nachfragemacht aufgrund von Kapazitätsengpässen der Wettbewerber, die nicht zur kurzfristigen Deckung auftretender Nachfrageerhöhungen führen würden. Scheinbar gehe die Reg TP davon aus, dass nur kurzfristige Wechselmöglichkeiten eine Nachfragemacht begründen könnten. In der technikorientierten Telekommunikation seien dem Wechsel aber natürliche Grenzen gesetzt. Übertrage man dies auf die Autoindustrie, so dürfte es aufgrund der mehrmonatigen Wartezeiten für ein neues Auto nie eine Nachfragemacht geben. Diese sei jedoch tatsächlich vorhanden und führe bei verfehlter Modell- und Preispolitik sehr wohl zu Marktanteilsverlusten.

Weiterhin werde unterstellt, dass bei einem Wechsel zu einem anderen Anbieter praktische Schwierigkeiten auftreten könnten. Solange diese sachlich gerechtfertigter Natur seien, liege dies in der Natur des jeweiligen Marktes.

VII. Stellungnahme der freenet.de AG (früher: freenet Cityline GmbH)

Die freenet.de AG weist darauf hin, dass sich die Marktanalyse auf Datenmaterial stütze, dass bis Juni 2003 ermittelt worden sei. Eine Marktdefinition und –analyse könne nur dann die Marktgegebenheiten zukunftsorientiert berücksichtigen, wenn die Auswertung auf aktuellen Fakten beruhe. Gerade eine zukunftsorientierte Betrachtungsweise sei aber für die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit von deutschen Unternehmen, vor allem auch im Vergleich zu anderen europäischen Staaten, von grundlegender Bedeutung. Insbesondere könne es problematisch sein, dass sich in der Zwischenzeit die Anteile der DT AG, T-COM vermutlich in einigen Bereichen vergrößert hätten. Aufgrund des Ausscheidens einiger Carrier und von Verschiebungen bei der Nachfrage nach bestimmten Dienstleistungen (z.B. Zunahme beim Mobilfunk) habe sich die Grundlage der Analyse verschoben, so dass die Objektivität nicht mehr gewährleistet sei.

Vor diesem Hintergrund sei es nicht verwunderlich, dass VoIP-Produkte/Dienste nicht in die Gesamtschau der Analyse eingeflossen seien, da diese von den Anbietern erst im Verlauf des Jahres 2004 erfolgreich am Telekommunikationsmarkt platziert worden seien. Eine Ausklammerung dieses Dienstes aus der Analyse könne jedoch verheerende Auswirkungen haben, sollte die DT AG, T-COM kurzfristig mit einem eigenen VoIP-Produkt starten und als marktbeherrschendes Unternehmen versuchen, ihre Marktmacht von benachbarten Märkten wie dem Anschluss- oder dem DSL-Markt zu nutzen, um VoIP z.B. durch Bündelprodukte unter ihren Kunden erfolgreicher zu vermarkten. Zu beachten sei dabei, dass ein VoIP-Produkt an einen DSL-Anschluss zumindest technisch gekoppelt sei.

Werde VoIP nicht bereits jetzt berücksichtigt, könnte eine Regulierung der DT AG, T-COM in Bezug auf dieses Produkt vorerst ausscheiden. Eine nachgelagerte Überprüfung nach § 14 Abs. 1 TKG erfordere eine erneute Anhörung der Unternehmen und weitere Prozessschritte. Mit einer Entscheidung sei insofern erst nach mehreren Monaten zu rechnen. Sollte die DT AG, T-COM in der Zwischenzeit einen eigenen VoIP-Dienst vermarkten, könnte es zu erheblichen Verzerrungen auf den Märkten für Sprachdienste kommen, ohne dass vorerst durch die Reg TP

eingegriffen werden könne. Zu befürchten sei insbesondere eine Marktmachtübertragung und die Bildung neuer monopolistischer Strukturen auf allen Märkten.

Damit könnte ein schwerwiegender Fehler der Vergangenheit vertieft werden: Das Zulassen von DSL-Angeboten zu Dumpingpreisen habe 2002 zur Ausbildung eines bis heute bestehenden, neuen Monopols der DT AG, T-COM auf dem DSL-Markt geführt. Sollte nun die DT AG, T-COM unreguliert VoIP-Dienste einführen können, könnte sich sowohl das DSL-Monopol wegen der Verbundeffekte vergrößern als auch ein neues Monopol für VoIP-Dienste entstehen.

Die Nichtregulierung der Entgelte der DT AG, T-COM auf Endkunden- und Vorleistungsebene wäre auch nicht damit zu rechtfertigen, dass es sich bei VoIP um einen innovativen Dienst handele. freenet und andere Anbieter hätten bereits vor knapp einem Jahr mit der Vermarktung dieses Dienstes begonnen. Es sei gerade im Interesse dieser Unternehmen, dass der Mut und die Innovationskraft des Wettbewerbs honoriert würden und nicht durch ein angeblich verfahrensbedingtes Hindernis – nämlich die verspätete Berücksichtigung von VoIP im laufenden Analyseverfahren – vereitelt werde. Sie verdienten den Schutz vor einer Verdrängung durch die auf Nachbarmärkten marktbeherrschende DT AG, T-COM.

freenet fürchte, dass die DT AG, T-COM das Angebot von VoIP-Diensten auf der Vorleistungsebene für Wettbewerber uninteressant machen werde. Das VoIP-Produkt von freenet und anderen Unternehmen zeichne sich dadurch aus, dass sehr kostengünstig telefoniert werden könne. Eine Erhöhung der Zuführungs- und Terminierungspreise für die neue 032er-Gasse und auch für geographische Rufnummern könnte die Entwicklung von VoIP als Massenprodukt verhindern. Das derzeitige Preisniveau im Bereich der herkömmlichen Telefonie, das aufgrund der teureren und veralteten PSTN-Technik aufrechterhalten werde, wäre auf Jahre unverändert hoch, mit entsprechenden wirtschaftspolitischen Auswirkungen.

Werde VoIP in dieser Marktanalyse berücksichtigt, sei zu einem späteren Zeitpunkt zu klären, welche Auswirkungen dies auf spätere Verpflichtungen habe, die sich für VoIP-Anbieter möglicherweise daraus ergäben. In jedem Fall könnten diese Verpflichtungen nicht Gegenstand dieser Analyse sein, auch wenn VoIP zwingend in dieses Verfahren aufzunehmen sei. VoIP-Dienste wiesen besondere technische Lösungen auf, die sich aus der IP-Netzstruktur ergäben. Hierzu müssten im Einzelfall praktikable technische Lösungen gefunden werden.

freenet begrüßt ausdrücklich, dass die Reg TP eine Trennung des Marktes für Privat- und Geschäftskunden ablehnt. Faktisch ließen sich diese Bereiche nicht voneinander unterscheiden. Kaum ein Unternehmen teile sein Kundensegment danach ein, ob es sich bei den Kunden um juristische Personen oder um ein angemeldetes Gewerbe handele. Vielmehr seien die Unterscheidungen willkürlich und häufig nach Umsätzen bedingt. So würden regelmäßig besonders umsatzstarke Privatkunden einem so genannten „Geschäftskundenbereich“ zugeordnet und besonders wenig telefonierende Gewerbetreibende oder Freiberufler als „Privatkunden“ eingeordnet. Weil diese Verteilung willkürlich sei, drohe hier die Gefahr, dass nie eine klare Trennung möglich sei und Unternehmen versuchten, zu ihren Gunsten die jeweiligen Kundenzahlen zu beschönigen. Aufgrund der besonderen Begebenheiten auf dem deutschen Markt sei eine Abweichung von den Empfehlungen der EU-Kommission auch gerechtfertigt und gut vertretbar.

freenet sieht es auch als positiv an, dass eine Unterteilung des Inlandstelefonmarktes unterbleibe. Dafür sprächen sowohl die guten Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebotsseite als auch die Nachfragersicht.

VIII. Stellungnahme der MCI WorldCom Deutschland GmbH

MCI kommentiert lediglich die im Entwurf genannten „sprachorientierten Systemlösungen". MCI teile nicht die darin geäußerte Ansicht, dass sprachorientierte Systemlösungen einen separaten Markt bildeten. Vielmehr sei das Gegenteil der Fall: sprachorientierte Systemlösungen wie die TDN- oder T-VPN-Verträge der DT AG, T-COM beinhalteten die auf den Märkten 1-6 angebotenen Leistungen. Es handele sich um „normale" Telefonanschlüsse und Telefonverbindungen.

Zwar seien in der Vergangenheit die Angebote TDN und T-VPN von Gerichten als Angebote für geschlossene Benutzergruppen eingestuft worden, weil es sich um ein auf einen Kunden zugeschnittenes Produktbündel handele und nicht an jedermann gerichtet sei. Aufgrund dieser – unzutreffenden – Überlegung seien diese Leistungen aus Sicht von MCI zu Unrecht nicht als Sprachtelefondienst für die Öffentlichkeit angesehen worden.[392]

Im Gegensatz dazu gehe die Reg TP im vorliegenden Entwurf zu Recht davon aus, dass eine Unterscheidung in Kundengruppen nicht sinnvoll sei. Nach Ansicht von MCI kommt es nicht darauf an, ob sich ein Kunde für eine Leistung „von der Stange" entscheide – also z.B. AGB-Produkte – oder ob er einzelvertraglich Bedingungen mit dem Anbieter aushandele. Für die Markteinteilung sei nicht die Art des Anbietens entscheidend, also wie oder wem eine Leistung angeboten werde, sondern die Art des dahinter stehenden Dienstes. Diese Auffassung werde in der Fachliteratur ebenso vertreten. Dort heiße es: „*Der Telefonverkehr zu jedem beliebigen Dritten, also zu jeder in- oder ausländischen natürlichen oder juristischen Person, ist schließlich nach allgemeiner Auffassung eine Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit*".[393]

Kunden erhielten im Rahmen einer sprachorientierten Systemlösungen Zugang zum öffentlichen Telefonnetz und die Möglichkeit, öffentliche Orts-, Inlands- und Auslandsgespräche zu führen. Sie ermöglichten somit Telefonverkehr zu „jedem beliebigen Dritten, also zu jeder in- oder ausländischen natürlichen oder juristischen Person." Demzufolge seien sie lediglich eine Art „Verpackung" für Dienste, die unter die Märkte 1-6 zu subsumieren seien.

Die Art des Anbietens bzw. der „Verpackung" oder der Adressat des Angebots sei hier für die relevante Markteinteilung unerheblich. Großkunden würden, wenn sie individuell auf sie zugeschnittene Produkte verhandelten, auch AGB-Produkte prüfen und Preise und Leistungen vergleichen. Keinem Großkunden sei es verwehrt, AGB-Produkte zu entsprechenden Konditionen in Anspruch zu nehmen. Zudem mache es keinen Unterschied, ob ein Anbieter bspw. Volumennachlässe von vornherein in seinen AGB oder erst auf Nachfrage und damit im Rahmen einer scheinbar individualvertraglichen Vereinbarung anbiete. Die Leistung wie auch der relevante Markt blieben der Gleiche. Selbst wenn ein Anbieter ein Angebot nur einem Kunden anböte, welches evtl. auf diesen zugeschnitten sei, werde der Kunde Telefonverkehr zu jedem beliebigen Dritten und damit öffentliche Inlands- und Auslandsgespräche gemäß der Märkte 1-6 führen.

Eine Einteilung von sprachorientierten Systemlösungen in einen separaten Markt würde zudem dazu führen, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einer möglichen Regulierung ihrer Angebote entgehen könnten, indem sie die Angebote als sprachorientierte Systemlösungen klassifizierten und diese nur bestimmten Kunden anböten. Diese Angebote beträfen jedoch ausschließlich den – aufgrund der hohen Umsätze pro Kunde – lukrativen Geschäftskundenbereich. Gerade hier läge der Anreiz am höchsten, mit nicht kostendeckenden Dumping-Angeboten die beträchtliche Marktmacht zu festigen. Diese Angebote gefährdeten wirksamen Wettbewerb insbesondere vor dem Hintergrund, dass die DT AG, T-COM in der Vergangenheit sogar –

[392] Vgl. OVG Münster Beschluss vom 13.03.2002, Az. 13 b 32/02 und VG Köln Beschluss vom 25.03.2003, Az. 1 L 353/03 und 1 L 381/03, K&R 2003, S. 312.
[393] Tiedemann, K&R 2003, S. 282, 284.

zu Unrecht – die Auffassung vertreten habe, dass auf ihre TDN und T-VPN-Produkte sogar keine ex-post-Regulierung Anwendung finden dürfe.[394]

Es bleibe festzuhalten, dass sprachorientierte Systemlösungen keinen eigenen Markt bildeten, sondern aufgrund der Gleichartigkeit der angebotenen Leistungen unter die Märkte 1-6 zu subsumieren seien. MCI gehe davon aus, dass die Reg TP deshalb auch sprachorientierte Systemlösungen bei der Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich der Märkte 1-6 zu berücksichtigen habe.

IX. Stellungnahme der QSC AG

QSC hält die von der Reg TP vorgenommenen Marktdefinitionen sowie die sich daran anschließenden Feststellungen nicht wirksamen Wettbewerbs für den Zweck der Ermittlung regulierungsbedürftiger (Teil-)Märkte für sachgerecht und richtig. Die weite Definition des Marktes sei wichtig, um der Gefahr einer selektiven und strategisch motivierten Herausnahme kleinster Teilmärkte aus der Regulierung vorzubeugen. Eine zu enge Marktabgrenzung könne zu einer fehlenden Aussagekraft für die insgesamt herrschenden Wettbewerbsbedingungen sowie zu Quersubventionierungspotenzialen zwischen den verschiedenen Teilmärkten führen, die das SMP-Unternehmen zu einer Verdrängung der Wettbewerber aus den für marktmachtfrei erklärten Teilmärkten nutzen könnte. Diese Gefahr sei um so größer, je weniger ausgeprägt und stringent die regulatorische Kostenrechnung und die wertende Gesamtschau der Gemeinkosten und gleichzeitig je kleiner die Teilmärkte ausgestaltet seien.

Weiter sei zu berücksichtigen, dass bei einer zu engen räumlichen, aber auch sachlichen Abgrenzung große monopolartige „Inseln“ dauerhaft bestehen könnten. Das SMP-Unternehmen habe dann keinen Anreiz an einer Wettbewerbsdurchdringung. So sei z.B. die Teilmenge der analogen Anschlüsse durch die infrastrukturbasierten Wettbewerber nicht angreifbar, da die Vorleistungsregulierung dort Kosten-Preis-Scheren aufrechterhalte. Würde der Markt eng abgegrenzt, könnte das SMP-Unternehmen bei gegebener Vorleistungsregulierung diesen Teilmarkt als „sicher“ betrachten und müsste dort keinen Wettbewerb tolerieren, um sich regulatorische Vergünstigungen zu verschaffen. Durch die breite Abgrenzung sei das SMP-Unternehmen aber angehalten, auch in diesen Marktteilen Wettbewerb zuzulassen.

Die von der Reg TP gewählte breite Abgrenzung trage somit entscheidend zu positiven Anreizen für das SMP-Unternehmen bei, sich in allen Teilmärkten dem Wettbewerb zu öffnen und nicht in einigen sachlichen bzw. räumlichen Teilmärkten sprichwörtlich „gefangene“ Kunden zurückzubehalten. Sie sei zugleich ein effektives Mittel zur dauerhaften Etablierung von selbsttragendem Wettbewerb, da sie den Anreiz des SMP-Unternehmens zu selektiven Verzögerungstaktiken vermindere.

Vor dem Hintergrund der seit 1999 bestehenden regulatorischen „Deckungslücke“ begrüßt QSC grundsätzlich die Ansicht der Reg TP, dass der „Markt“ für sprachorientierte Systemlösungen zügig analysiert werden müsse. Schließlich befänden sich die Wettbewerber seit 1999 außerhalb des gesetzlich intendierten Schutzes gegenüber dem SMP-Unternehmen DT AG, T-COM und würden v.a. mit kostenunterdeckenden Entgelten bei Endkunden massiv behindert. Genauso wichtig wie die Analyse des Marktes seien jedoch schon jetzt Zuordnungen, welche Produkte diesen „sprachorientierten Systemlösungen“ zuzuordnen seien und welche nicht. Eine Abgrenzungslücke dürfe nicht entstehen.

Die den sprachorientierten Systemlösungen zuzurechnenden Angebote und Produkte seien sehr eng zu fassen. Alle Angebote, die in einem Bündel AGB-Produkte oder vergleichbare Leistungen (Ausnahme Preis) beinhalteten, seien nicht den sprachorientierten Systemleistungen

[394] Vgl. die Darstellung bei Tiedemann, a.a.O., S. 282.

zuzurechnen. Von erheblicher Bedeutung sei daher, dass es nicht um Kombinationen von AGB-Produkten, sondern um kundenspezifische Lösungen gehe.[395] Die nochmalige Rabattierung von AGB-Leistungen allein, wie sie vielen TDN- und T-VPN-Verträgen zugrunde läge, könne daher nicht deren Einordnung in sprachorientierte Systemlösungen rechtfertigen. Insoweit sei mit Nachdruck der Auffassung des VG Köln entgegen zu treten, dass alleine ein niedrigerer Preis für die gleiche Leistung einen neuen Markt konstatiere. Zusätzlich zur Verwendung von AGB-Bestandteilen sei auch der Umfang des einem Vertragspartner zuzurechnenden Auftragsvolumens oder die zusätzliche Integration von entsprechender spezieller Hardware eine wichtige Kerngröße. Nur Projekte oberhalb eines signifikant hohen Auftragsvolumens dürften individuell auf den Kunden zugeschnitten sein.

Die heute von der DT AG, T-COM als „sprachorientierte Systemlösung" klassifizierten Angebote seien in verschiedene Produkte teilbar und – für den Festnetzteil – den vorliegenden Märkten 1-6 zuordenbar. Für den verbleibenden Rest sei eine schnelle Marktanalyse unumgänglich.

Bezogen auf die Verhältnisse im Jahr 2003, die dieser Marktanalyse zugrunde lägen, sei es richtig, dass es zu diesem Zeitpunkt noch keine größeren Angebote von VoIP gegeben habe. Dies dürfe einer Einbeziehung von VoIP in die heutige Marktabgrenzung jedoch nicht entgegenstehen.

Bei VoIP handele es sich nur um eine andere technische Darstellungsart der gleichen Leistung, wenn durch einen VoIP-Anschluss der bisherige analoge oder ISDN-Anschluss des Nutzers ersetzt bzw. ergänzt werde. Der europäische Rechtsrahmen sei grundsätzlich technikneutral ausgerichtet, so dass eine andere technische Darstellungsart von Produkten nicht zu einem veränderten regulatorischen Ergebnis führen dürfe. Ein Ausschluss dieser technologischen Option setze eine starken Anreiz für das marktmächtige Unternehmen, sich durch Migration auf diese andere Technik der Regulierung zu entziehen, ohne dass sich die tatsächlichen Marktgegebenheiten verändert hätten. Die Reg TP könnte aufgrund einer dann notwendigen Ergänzung der Marktanalyse nicht mehr schnell genug reagieren, um die dauerhafte Übertragung von Marktmacht aus den leitungsvermittelten Netzen in die paketvermittelten Netze zu verhindern.

Daher seien VoIP-Produkte im Sinne der technologieneutralen Ausfüllung des Rechtsrahmens bereits heute mit einzubeziehen, wenn sie als Ersatz der bislang angebotenen Produkte dienen könnten.

X. Stellungnahme der TELE2 GmbH

TELE2 begrüßt grundsätzlich die von der Reg TP vorgeschlagenen Definitionen und Analysen zu den Zugangs- und Verbindungsleistungen an festen Standorten. Die Stellungnahme beschränke sich daher auf einige Punkte, die aus Sicht von TELE2 nicht ausreichend berücksichtigt seien und am Maßstab von §§ 10, 11 TKG einer Überprüfung bedürften. TELE2 strebe eine Änderung bzw. Überprüfung des Entwurfs in folgenden Punkten an:

Mit der fehlenden Einbeziehung von VoIP-Diensten in die Zugangs- und Verbindungsmärkte verletze die Reg TP ihre Verpflichtung, die Marktdefinitionen auf der Grundlage einer aktuellen Datenbasis vorzunehmen. VoIP-Anschlüsse und –Telefonverbindungen seien den jeweiligen Zugangs- und Verbindungsmärkten zuzurechnen.

Die Reg TP blende zu Unrecht IP-basierte Telefondienste, die den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz sowie das Führen von Sprachtelefondienstverbindungen ermöglichten, aus den sachlichen Marktabgrenzungen aus.

[395] Vgl. S. 47 des Entwurfs.

Die Reg TP stütze ihre Marktabgrenzung auf Daten aus einem Untersuchungszeitraum bis Mitte 2003. Diese Datenbasis erschiene veraltet, zumal die Marktdefinition und –analyse voraussichtlich erst ab Mitte 2005 gelten würden. Die EU-Kommission habe in ihrer Stellungnahme vom 23.09.2003[396] unterstrichen, dass die Marktdefinition auf der Grundlage aktueller Daten vorzunehmen sei. Die von Ofcom vorgelegten, ein Jahr zurückliegenden Daten seien als veraltet kritisiert worden. Dies würde vorliegend erst recht gelten, wenn die Datenbasis zum Zeitpunkt der Notifizierung mehr als 18 Monate alt sein werde. Angesichts der jüngst geschaffenen regulatorischen Rahmenbedingungen für VoIP-Dienste komme hinzu, dass für den maßgeblichen Zeitraum ab Mitte 2005 von einem nennenswerten Anteil an VoIP-Diensten auf den Zugangs- und Verbindungsmärkten auszugehen sei. Die DT AG, T-COM habe bereits eigene VoIP-Dienste für 2005 angekündigt.

VoIP-Dienste seien dabei nicht nur für die Verbindungs-, sondern auch für die Zugangsmärkte relevant. Aus Sicht der nachfragenden Endkunden bestehe eine Austauschbarkeit für Zugangs- und Verbindungsdienste, die auf Basis eines klassischen Telefonnetzes einerseits und einem IP-Netz andererseits angeboten würden. In der vorrangig zu berücksichtigenden Nachfragersicht komme es nicht auf die dem Angebot jeweils zugrunde liegende Netztechnologie an.

TELE2 begrüßt ausdrücklich das Ergebnis der Analyse des Marktes für Zugangsleistungen. Aus Sicht von TELE2 sprächen die folgenden Gesichtspunkte ergänzend für die beträchtliche Marktmacht der DT AG, T-COM auf diesem Markt:

Der Zutritt von Wettbewerbern werde durch überhöhte Preise für den Zugang zur TAL als Vorleistung behindert. Die Preisspanne zwischen dieser Vorleistung und den entsprechenden Endkundenleistungen der DT AG, T-COM sei zu gering, um einem effizienten Unternehmen rentable Angebote auf dem Endkundenmarkt zu ermöglichen. Dies gelte insbesondere für analoge Anschlüsse.

Daneben bewirke die Übergangsbestimmung in § 150 Abs. 5 TKG eine erhebliche Marktbarriere für den Zutritt von Verbindungsnetzbetreibern zum Zugangsmarkt. Gemäß § 150 Abs. 5 TKG solle die gesetzliche Bestimmung in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG zur Auferlegung von Resale-Leistungen bis zum 30.06.2008 mit der Maßgabe angewandt werden, dass Anschlüsse nur zusammen mit Verbindungsleistungen zur Verfügung gestellt werden müssten.

Diese Übergangsbestimmung bewirke damit eine unzulässige Bündelung im Vorleistungssektor. Die ERG habe zutreffend auf die missbräuchliche Bündelung nachgefragter Leistungen mit nicht nachgefragten und nicht erforderlichen Leistungen hingewiesen.[397] § 150 Abs. 5 TKG bewirke in diesem Sinne ein Festschreiben von Wettbewerbsdefiziten und damit eine zusätzliche Verstärkung der beträchtlichen Marktmacht der DT AG, T-COM auf dem Zugangsmarkt.

Durch diese Bündelung des Zugangs zu den Teilnehmeranschlüssen im Wege eines Resale-Vorleistungsproduktes würden Verbindungsnetzbetreiber faktisch vom Wettbewerb um Teilnehmeranschlüsse ausgeschlossen. Denn durch einen Erfolg als Anschluss-Reseller würde der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes gleichzeitig seine eigenen Netzinvestitionen entwerten. Zugleich werde Verbindungsnetzbetreibern durch die Festschreibung eines gebündelten Resales bis zum 30.06.2008 die Möglichkeit genommen, auf der „Investitionsleiter“ vom reinen Verbindungsnetzbetreiber über das Resale zu eigenen Infrastrukturleistungen zu gelangen. Angesichts der hohen Investitionskosten für infrastrukturbasierte Zugangsleistungen entstände hierdurch für Verbindungsnetzbetreiber ein nicht überbrückbarer Graben zwischen den vorhandenen Angeboten von Verbindungsleistungen und dem Zutritt zum Zugangsmarkt. Damit werde letztlich der Zugangsmarkt durch eine gesetzliche Bestimmung vor Wettbewerb abgeschottet.

[396] Vgl. SG (2003) D/231934.
[397] Vgl. ERG Common Position zu den „appropriate remedies in the new regulatory framework“ (ERG (03) 30 rev 1) vom 23.04.2004, S. 96.

Die beträchtliche Marktmacht der DT AG, T-COM auf dem Zugangsmarkt werde dadurch bestätigt, dass sie aufgrund ihrer vertikalen Integration auf dem Markt für Verbindungsleistungen weitreichende Möglichkeiten zum Angebot von Bündelprodukten und damit zur Übertragung von Marktmacht besitze. Die Reg TP verweise insoweit zu Recht auf die vielfältigen Optionsangebote der DT AG, T-COM, mit der diese eine Bündelung von Anschluss- und Verbindungsleistungen vornehme, die gerade auf das Segment der preissensiblen Kunden ziele. Nur in dieser Gruppe könnten hinzutretende Wettbewerber allerdings potenzielle Kunden sehen. Durch die Möglichkeit der Produktdiversifikation erlange die DT AG, T-COM einen zusätzlichen Wettbewerbsvorteil.

Eine Aufwertung ihrer Zugangsleistungen gehöre zwischenzeitlich zum erklärten Geschäftsziel der DT AG, T-COM. Sie habe nunmehr eine verstärkte Bündelung von Anschlussleistungen mit Internet-Zugangsdiensten sowie mit VoIP-Diensten angekündigt. Damit verstärke die DT AG, T-COM ihre Marktposition auf dem Zugangsmarkt.

Auch sei früheres missbräuchliches Verhalten der DT AG, T-COM zu berücksichtigen. Die ERG sehe solche Belege als den wichtigsten zusätzlichen Indikator für fehlenden Wettbewerb an.[398]

Die DT AG, T-COM habe in der Vergangenheit mehrfach ihre Stellung auf dem Zugangsmarkt für missbräuchliches Verhalten auf anderen Märkten ausgenutzt, insbesondere auf dem Endkundenmarkt für Inlands- und Auslandsverbindungen. Dabei nehme sie systematisch betriebene Aktivitäten vor, um Preselection-Anbieter zu behindern. Hierbei seien in erster Linie die asymmetrischen Bedingungen beim Preselection-Verfahren (DT AG, T-COM fordere einen schriftlichen Auftrag des Kunden, während sie intern eine mündliche Beauftragung ausreichen lasse), die systematischen telefonischen Rückgewinnungsversuche bei Kunden von Preselection-Anbietern unter Ausnutzung von Auftragsdaten auf dem Zugangsmarkt sowie zahlreiche Preselection-Umstellungen durch die DT AG, T-COM als Anbieter des Telefonanschlusses gegen den ausdrücklichen Willen des jeweiligen Endkunden.[399]

Die Reg TP habe zutreffend die beträchtliche Marktmacht der DT AG, T-COM auf den Märkten für Inlands- und Auslandsverbindungen festgestellt. Neben den weiterhin erheblichen Marktanteilen bestehe deren beträchtliche Marktmacht insbesondere aufgrund ihrer vertikalen Integration auf den Verbindungsmärkten sowie auf den Zugangsmärkten. Dabei nutze die DT AG, T-COM die Möglichkeit, Anschluss und Verbindungen aus einer Hand anzubieten.

Das Fehlen potenziellen Wettbewerbs gehöre zu den maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung beträchtlicher Marktmacht.[400] Insoweit sollte die Reg TP stärker berücksichtigen, welche Wettbewerbsentwicklung zu erwarten wäre, wenn für die DT AG, T-COM keine beträchtliche Marktmacht auf den Zugangs- und Verbindungsmärkten angenommen würde.

Gemäß § 40 Abs. 1 TKG bestehe eine Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl nur dann, wenn ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht auf dem Anschlussmarkt verfüge. Ohne Feststellung beträchtlicher Marktmacht der DT AG, T-COM auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst wäre der Wettbewerb beim Angebot von Verbindungsleistungen folglich auf die DT AG, T-COM einerseits und die alternativen Teilnehmernetzbetreiber andererseits beschränkt. Hierzu stelle die Reg TP selbst zutreffend fest, dass sich alternative Teilnehmernetzbetreiber vorwiegend auf Ballungsräume konzentrierten und ein flächendeckender Wettbewerb somit nicht annähernd erreicht werde. Ohne die Feststellung der beträchtlichen Markt-

[398] ERG „Working Paper on the SMP concept for the new regulatory framework" (ERG (03) 09rev1), Rdnr. 42.
[399] Vgl. dazu ausführlich die Stellungnahme der TELE2 zum Entwurf der Reg TP für die Marktdefinition und Marktanalyse für Großhandelsverbindungsleistungen im Festtelefonnetz, RegTP-Mitteilung Nr. 280/2004, S. 15), sowie den Schriftsatz der TELE2 vom 14.12.2004 in dem derzeit bei der BK 2 anhängigen Missbrauchsverfahren BK2a-04/029.
[400] Vgl. Leitlinien, Rdnr. 78.

macht der DT AG, T-COM auf dem Zugangsmarkt würde folglich der Wettbewerb um Verbindungsleistungen außerhalb der Ballungsgebiete auf die Monopolstellung der DT AG, T-COM zurückfallen. Dieses völlige Fehlen potenziellen Wettbewerbs spreche im besonderen Maße für die Feststellung beträchtlicher Marktmacht der DT AG, T-COM auf dem Zugangsmarkt.

XI. Stellungnahme der Telefónica Deutschland GmbH

Telefónica Deutschland gibt an, dass sie als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auf Basis der IP-Technik interessierte Partei sei. Auf Grundlage dieses Netzes biete sie neben den bekannten Online-Dienstleistungen auch Sprachdienstleistungen mit Zielen im In- und Ausland unter Nutzung von VoIP an.

Telefónica Deutschland begrüßt in weiten Teilen die von der Reg TP vorgenommene Marktanalyse, die aus ihrer Sicht zu einem weitestgehend sachgerechten Ergebnis komme. Der Marktanalyse sei jedoch im Hinblick auf die Nichteinbeziehung von VoIP zu widersprechen. Darüber hinaus erscheine die Methodik der räumlichen Abgrenzung der Verbindungsmärkte fraglich, auch wenn Telefónica das Ergebnis als richtig bewerte.

Wie Telefónica Deutschland schon mehrfach ausgeführt habe, handele es sich bei VoIP nicht um ein eigenständiges Diensteangebot, sondern lediglich um eine netztechnische Variante der Abwicklung von Sprachverkehr, also um einen technischen Anschluss bzw. um eine Verkehrsführungsvariante. Die vom Kunden nachgefragte Leistung bliebe die gleiche, nämlich ein Sprachtelefonieangebot, unabhängig davon, ob die Leistungserbringung auf VoIP oder einer anderen Technologie basiere.

Die Beurteilung von Sprachtelefonieangeboten auf Basis von VoIP-Anschlüssen unterscheide sich nicht von der Einordnung, welche die Reg TP bei der sachlichen Bestimmung des Marktes 1 und 2 nach Anschlüssen getroffen habe.[401] Auch bei VoIP-Anschlüssen gehe es alleine darum, den Kunden Zugang zum öffentlichen Telefonnetz zu gewähren. Auch hier habe der Kunde die Möglichkeit, durch Einsatz eines VoIP-Anschlusses seinen bisherigen (ISDN- oder Analog-) Anschluss zu substituieren. Dies geschehe durch die (vollständige und/oder fallweise) Ablösung des bisherigen Anschlusses durch einen VoIP-Anschluss auf Basis einer hochbitratigen Datenverbindung (z.B. DSL), die neben der Nutzung von Sprache auch Datenverkehr ermögliche. Dies werde bereits in großem Umfang durchgeführt.

Eine Einbeziehung entspreche auch den Leitlinien, wo als Beispiel für technologische Konvergenz ausdrücklich auf Sprachtelefondienste auf Basis eines paketvermittelten Netzes als „Konkurrenz zu den herkömmlichen Sprachtelefondiensten“ verwiesen werde.[402]

Die vollständige Nachfragesubstitution im Anschlussbereich sei heute unproblematisch dort möglich, wo Wettbewerber DSL-Produkte anböten. Sofern auf den T-DSL-Anschluss der DT AG, T-COM aufgesetzt werde, sei eine vollständige Substitution derzeit nicht möglich, da diese kein entbündeltes T-DSL-Produkt anbiete. Dies habe jedoch keine technischen Gründe, sondern liege an einer möglicherweise missbräuchlichen Weigerung der DT AG, T-COM, den T-DSL-Anschluss auch entbündelt bereitzustellen. Daher habe dies keinen Einfluss auf die Substitutionsmöglichkeit. Eine faktische Nachfrage der Nutzer nach entbündelten T-DSL-Anschlüssen sei ebenfalls vorhanden.

Die möglicherweise missbräuchliche Nichtentbündelung nicht zu berücksichtigen, entspräche dem Vorgehen der EU gegenüber Finnland. Dort betone die Kommission, dass die Feststellung wirksamen Wettbewerbs nicht unter Hinweis auf Umstände, die durch Regulierung eingetreten

[401] Vgl. S. 32 des Entwurfs.
[402] Vgl. 2002/C165/03, Rdnr. 47.

seien, erfolgen dürfe.[403] Umgekehrt sei dem auch zu entnehmen, dass eine Marktdefinition nicht auf Umstände gestützt werden könne, die Ergebnis eines möglicherweise missbräuchlichen Verhaltens auf diesem Markt seien. Gegen die Berücksichtigung spräche auch, dass nach den Leitlinien eine vorausschauende Bewertung der Marktverhältnisse zu erfolgen habe. Entscheidend seien daher nicht bestimmte Vermarktungsformen auf Anbieterseite (Bündelung mit DSL-Anschluss), sondern das Bestehen der technischen Möglichkeit, die Nachfrage nach Telefondiensten auch durch einen (vom Telefonanschluss entbündelten) DSL-Anschluss zu befriedigen.

Aus Sicht der Handhabung bei den Endkunden bestehe eine vollständige Austauschbarkeit. Ähnlich wie beim Wechsel vom Analog- auf den ISDN-Anschluss, bei dem das Endgerät am neuen Anschluss durch Nutzung eines A/B-Wandlers weiter betrieben werden könne, bestehe die Möglichkeit auch beim VoIP-Anschluss durch Einsatz einer AT-Box.

Auch aus Anbietersicht seien ISDN-, Analog- und VoIP-Anschlüsse austauschbar. Technische Grundlage sei die Bereitstellung eines hochbitratigen Internetzugangs. Grundsätzlich sei jede hochbitratige Internetzugangstechnologie geeignet; aufgrund der Verbreitung von DSL werde aber i.d.R. ein DSL-Anschluss eingesetzt. Die Substitution von ISDN- und Analog-Anschlüssen finde jedoch dort seine Grenze, wo DSL-Anschlüsse heute technisch nicht verfügbar seien. Diese Bereiche würden jedoch durch die Bestrebungen der Anbieter, DSL in allen Bereichen verfügbar zu machen, zunehmend minimiert. Darüber hinaus könne VoIP in Gebieten, in denen kein DSL verfügbar sei, über andere hochbitratige Zugangstechnologien genutzt werden.

Die Reg TP führe aus, dass „Anhaltspunkte dafür sprechen, dass künftig VoIP-Sprachdienste angeboten werden, die öffentliche Telefonverbindungen von festen Standorten ermöglichen und somit den untersuchten Verbindungsmärkten zuzurechnen seien.“[404] Obwohl die Reg TP ausführt, dass es sich bei VoIP lediglich um eine andere technische Variante der Realisierung von Sprachverkehr und nicht um einen eigenen Dienst handele, habe sie auch für die Märkte 3-6 zu Unrecht die Einbeziehung von VoIP in die Marktdefinition unterlassen.

Bereits heute nutzten viele Netze das IP-Protokoll für den Transport von Sprachverkehr. [...]. Darüber hinaus gebe es schon heute am Markt zahlreiche Anbieter, die bereits „vollständige“ VoIP-Angebote (also Anschlüsse und Verbindungen) intensiv vermarkteten.

Für den Endkunden sei weder in qualitativer noch in kommerzieller Sicht erkennbar, dass bei diesen Angeboten die Technik VoIP zur Realisierung des Sprachtelefondienstes angeboten werde. Entsprechend sei es gerade bei den Leistungen der Verbindungsmärkte 3-6 unproblematisch, von einer vollständigen Substitution aus Nachfragersicht auszugehen.

Auch die Anbieter veränderten zunehmend ihre Netzstruktur und bauten die bestehenden leitungsvermittelten Netze auf paketvermittelte Netze um. Zahlreiche Anbieter hätten dies bereits in Angriff genommen oder besäßen bereits ein paketvermitteltes Netz, das sich nach außen wie ein klassisches Netz darstelle, in dem an den Netzübergängen das Signalisierungsprotokoll SS7 genutzt werde. Vor dem Netzübergang werde der IP-Verkehr dann in klassischen Telefonieverkehr gewandelt. Der Weg der Substitution des bestehenden Netzes auf ein paketvermitteltes Netz auf VoIP-Basis werde auch von der DT AG, T-COM selbst angestrebt, die für die nächsten Jahre einen vollständigen Technologiewechsel angekündigt habe. Somit sei auch aus Anbietersicht eine Austauschbarkeit faktisch belegbar.

Ausweislich des Entwurfs seien zur Marktabgrenzung Daten von 2001 bis Juni 2003 berücksichtigt worden. Da das Thema VoIP erst seit einem Jahr verstärkt in den Fokus der Reg TP gerückt sei, sei davon auszugehen, dass VoIP-Anschluss- und Verbindungsprodukte bei der

[403] Dort: Betreibervorauswahl, Zusammenschaltungen; FI/2003/0024.
[404] S. 32 des Entwurfs.

Marktabfrage schlichtweg nicht als solche erfasst worden seien, da die Reg TP in den jeweiligen Abfragen nicht im Hinblick auf diese Anschlüsse und Verbindungen abgefragt habe.

Dies heiße jedoch nicht, dass in dem gegenständlichen Zeitraum VoIP-basierte Sprachanschlüsse oder Verbindungen nicht vorhanden gewesen seien. Darüber hinaus sei noch einmal betont, dass es keine VoIP-Dienste – wie von der Reg TP im Entwurf beschrieben – gebe, sondern lediglich Sprachtelefonie auf Basis des IP-Protokolls. Hierfür würden die entsprechenden Anschlüsse genutzt, die auf einem technischen Medium wie DSL aufsetzten.

.Die Aussage der Reg TP, dass „VoIP-Dienste im Untersuchungszeitraum von 2001 bis Juni 2003 nicht am Markt waren“,[405] sei somit in doppelter Hinsicht falsch. Erstens weil hier fälschlich von VoIP-Diensten gesprochen werde und nicht von VoIP-Anschlüssen bzw. Verbindungen auf Basis von VoIP, zweitens weil im Abfragezeitraum solche Anschlüsse und Telefonverbindungen sehr wohl auf dem Markt gewesen seien.

Die Untersuchung entspreche damit auch nicht den Anforderungen der EU nach einer vorausschauenden Bewertung der Märkte.[406] Der Prognoseentscheidung der Reg TP, dass VoIP zukünftig eine größere Rolle spielen werde, sei aus Sicht von Telefónica Deutschland zuzustimmen, da sich insbesondere seit dem letzten halben Jahr auch im Privatkundenmarkt eine erhebliche Bereitschaft zum Einsatz von Sprachtelefonieanschlüssen auf VoIP-Basis zeige, die das Potenzial habe, die bestehenden Analog- und ISDN-Anschlüsse nahezu vollständig aus dem Markt zu verdrängen. Diese Umstände seien der Reg TP auch heute bereits bekannt und hätten bei einer ordnungsgemäß vorausschauenden Bewertung dieser Informationen zu einer Berücksichtigung von Sprachdiensten und –anschlüssen auf Basis von VoIP in den Marktdefinitionen der Märkte 1-6 finden müssen.

Angesichts dieser Entwicklung erscheine es gefährlich und nicht zulässig, die heute schon bestehende VoIP-Technologie bei der Marktanalyse bewusst außen vor zu lassen und in die Hände einer nachträglichen Marktüberprüfung gemäß § 14 TKG zu geben.

Dies berge erhebliche Gefahren, die mit den von der EU und dem TKG vorgegebenen Zielen nicht in Einklang zu bringen seien. Ohne frühzeitige Einbeziehung auch der Anschlüsse und Verbindungen auf VoIP-Technologie in die Marktabgrenzung sehe Telefónica Deutschland die Gefahr, dass technologiebasiert eine Anschlussvariante aus dem im vorliegenden Entwurf von der Reg TP als wettbewerbsdefizitärer anerkannten Markt ausgeklammert und somit frühzeitig von der ex-ante Regulierung der Märkte 1-6 und den hierfür geltenden Remedies ausgeschlossen werde.

Angesichts der Ankündigungen der DT AG, T-COM, im Jahr 2005 massiv das Geschäft mit VoIP-Anschlüssen betreiben zu wollen, um ihren Umsatzrückgang bei Analog- und ISDN-Anschlüssen auszugleichen, drohe eine ähnliche Situation, wie sei heute im Bereich der DSL-Anschlüsse bestehe, nämlich dass auch diese Technologie vollständig von der DT AG, T-COM monopolisiert und die Chancen des Wettbewerbs erneut im Keim erstickt würden. Aufgrund der vorausschauenden Betrachtung habe die Reg TP wettbewerbsrelevantes und insbesondere potenziell missbräuchliches Verhalten bereits bei der Marktdefinition zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere, wenn wie im vorliegenden Fall die relevanten Dienste bereits angeboten würden und das Unternehmen mit potenziell beträchtlicher Marktmacht eigene Dienste dieser Art kurzfristig angekündigt habe.

Daher seien aus Sicht von Telefónica Deutschland auch VoIP-basierte Anschlüsse und Verbindungen in die vorliegende Marktabgrenzung bereits heute einzubeziehen. Die durchgeführte Marktbewertung berge wegen mangelnder Vorausschau und Verwendung alter Marktzahlen

[405] Vgl. S. 32 des Entwurfs.
[406] Vgl. Leitlinien, Rdnr. 27 und 35.

darüber hinaus die Gefahr, von der EU-Kommission als verfahrensfehlerhaft abgelehnt zu werden.

Bei der räumlichen Abgrenzung führe die Reg TP aus, dass eine Regionalisierung abzulehnen sei, da die Anbieter bundesweit einheitliche Preise hätten. Dem Ergebnis sei zuzustimmen, jedoch sollte klargestellt werden, dass der Umkehrschluss nicht zulässig wäre, also bei Vorliegen geographisch differenzierter Preise nicht automatisch regionale Märkte abzugrenzen seien.

XII. Stellungnahme des VATM

Der Marktanalyseentwurf der Reg TP stütze sich auf Datenmaterial bis zum Juni 2003. Eine Analyse könne jedoch nur dann die Marktgegebenheiten zukunftsorientiert berücksichtigen, wenn die Untersuchung anhand aktueller Marktanteile erfolge. Die Verwendung aktueller Marktdaten sei für die Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Marktes – insbesondere im Vergleich zu anderen europäischen Staaten – insoweit von grundlegender Bedeutung. Daher rege der VATM an, die Marktanalyse auf aktuelleres Zahlenmaterial zu stützen und die Marktdaten aus dem Jahr 2004, die die abgefragten Unternehmen der Reg TP z.B. bezüglich VoIP-Diensten bis Mitte Januar für den Tätigkeitsbericht 2004 übermittelt hätten, weitgehend in die Analyse einzubeziehen.

Die von der Reg TP vorgenommene Marktdefinition und die sich daran anschließende Feststellung nicht wirksamen Wettbewerbs halte der VATM für die Ermittlung regulierungsbedürftiger (Teil-)Märkte im Wesentlichen für sachgerecht. Die vorgenommene „weite“ Marktdefinition sei erforderlich, um die Gefahr einer selektiven und strategisch motivierten Ausgrenzung von Teilmärkten aus der Regulierung zu verhindern. Sie trage damit entscheidend zu positiven Anreizen für das SMP-Unternehmen bei, sich in allen Teilmärkten dem Wettbewerb zu öffnen, und sei zugleich ein effektives Mittel zur dauerhaften Etablierung von selbsttragendem Wettbewerb, da sie den Anreiz des SMP-Unternehmens zu selektiven Verzögerungstaktiken vermindere.

Der VATM unterstütze die Reg TP in ihrer Auffassung, dass der „Markt“ für sprachorientierte Systemlösungen zügig analysiert werden müsse. Die Entwicklung seit 1999 belege, dass die DT AG, T-COM insbesondere mit kostenunterdeckenden Entgelten bei Endkunden die Entwicklung des Wettbewerbs in diesem Bereich massiv behindere. Die Reg TP sei im Rahmen dieser Analyse angehalten, intensiv zu überprüfen, welche Angebote und Produkte einem solchen Markt tatsächlich zuzurechnen seien. Der VATM regt in diesem Zusammenhang an, im Rahmen der bevorstehenden Datenabfrage nicht nur die Anbieterseite eines eventuellen Marktes für Systemlösungen zu befragen, sondern auch die Wettbewerberseite. Diese Vorgehensweise würde die bisherige Praxis bei den Vorleistungen korrigieren, bei der ausschließlich die Anbieter befragt worden seien.

Vor dem Hintergrund der „TDN“- und „T-VPN“-Produkte der DT AG, T-COM sei die Ansicht, sprachorientierte Systemlösungen würden nicht trennbare Leistungsbündel darstellen, kritisch zu hinterfragen. Sofern Hardwarekomponenten oder Mobilfunkdienstleistungen zu Bündelangeboten zählten, stelle sich die Frage, ob ein Teil der Leistungen nicht den im Rahmen dieser Analysen untersuchten Märkten zuzuordnen sei. Allein die Bündelung verschiedener Leistungen führe nicht zwingend zu einem separat zu betrachtenden Markt von Bündelleistungen. Vielmehr müssten die einzelnen, zu Bündeln zusammengefassten Leistungen hinsichtlich ihrer qualitativen Ausgestaltung betrachtet werden. Im Ergebnis seien die Leistungen der derzeit angebotenen „sprachorientierten Systemlösungen“ damit teilbar und ließen sich den hier abgegrenzten Märkten zuordnen. Der Markt für Systemlösungen dürfe indes AGB-artige Angebote nicht beinhalten und könne daher nur sehr eng gefasst werden. Eine „Abgrenzungslücke“ sei in jedem Fall zu vermeiden.

Die Reg TP vertrete die Auffassung, dass VoIP-Produkte/Dienste infolge ihrer geringen Marktaktivität im Untersuchungszeitraum von 2001 bis Juni 2003 nicht in die vorliegende Marktanalyse einzubeziehen seien. Es sei unbestritten, dass es in diesem Zeitraum nur eine geringe Zahl wettbewerblich relevanter Angebote von VoIP-Produkten/Diensten im Markt gegeben habe. Gleichwohl hätten sich die Marktgegebenheiten in diesem Bereich wesentlich geändert. Verschiedene Anbieter hätten in der jüngsten Vergangenheit VoIP-Produkte/ Dienste erfolgreich im Telekommunikationsmarkt platzieren können. Bereits jetzt würden in diesem Bereich enorme Umsätze generiert und für die nächsten Jahre weitere Umsatzsteigerungen erwartet: Umsätze mit IP-Telefonie in Deutschland: 2002: 67 Mio. €, 2003: 89 Mio. €, 2004: 116 Mio. €, 2005: 152 Mio. €, 2006: 227 Mio. € (Quelle: IDC).

Maßgeblich für die Marktabgrenzung müsse die Lage der Märkte sein, wie sie sich zum Entscheidungszeitpunkt darstelle. Dafür spräche zunächst § 10 Abs. 1 TKG, aber letztlich auch § 14 Abs. 1 TKG. Demnach habe eine Korrektur der Marktdefinition und –analyse zu erfolgen, wenn Anhaltspunkte beständen, dass die Festlegung nicht mehr den „tatsächlichen Marktgegebenheiten“ entspreche. Damit sei unvereinbar, aktuelle Marktentwicklungen, so wie sie sich im Zeitpunkt des Verfahrens darstellten, unter Hinweis auf eine längst abgeschlossene Untersuchungsphase zu ignorieren.

Daher seien VoIP-Produkte/Dienste bereits im Rahmen der jetzigen Marktanalyse zu berücksichtigen. Insofern sei es bedauerlich, dass die Reg TP nicht bereits im Vorfeld ihres Marktanalyseentwurfs auf diese offenkundigen Entwicklungen eingegangen sei und von einer Marktdatenabfrage speziell für den VoIP-Bereich abgesehen habe.

Eine Einbeziehung von VoIP-Produkten erscheine auch unter dem Gesichtspunkt der technologieneutralen Ausfüllung des Rechtsrahmens geboten: Bei VoIP handele es sich letztlich nur um eine andere technische Darstellungsart der gleichen Leistung, wenn durch einen VoIP-Anschluss der bisherige analoge oder ISDN-Anschluss des Nutzers ersetzt oder ergänzt werden solle. Das TKG und der europäische Rechtsrahmen seien grundsätzlich technologieneutral ausgerichtet, so dass eine andere technische Darstellungsart von Produkten nicht zu einem veränderten regulatorischen Ergebnis führen dürfe. Eine Sonderbehandlung sei daher nicht zu rechtfertigen. Ein Ausschluss dieser Option schaffe der DT AG, T-COM als marktmächtigem Unternehmen vielmehr den Anreiz, sich durch eine Migration auf diese Technik der Regulierung zu entziehen, ohne dass sich an den tatsächlichen Marktgegebenheiten etwas ändere.

Im Übrigen sprächen gerade die fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten, die für den Endnutzer eine Unterscheidung von VoIP zu herkömmlicher Telefonie nahezu nicht mehr erlaubten, für die Gleichbehandlung mit Telefondiensten auf der Basis von PSTN. Insoweit sei VoIP kein neuer Sprachtelefondienst, sondern lediglich eine neue Technologie, über die Sprachtelefondienst ermöglicht werde. Dafür spreche auch, dass zukünftig solchen VoIP-Produkten große Erfolgsaussichten eingeräumt würden, die eine Nutzung des vorhandenen Endnutzer-Equipments vorsehen würden.

VoIP-Produkte seien jedenfalls dann, wenn sie eine unbeschränkte Ende-zu-Ende-Kommunikation ermöglichten, den Märkten 1-6 sachlich zuzurechnen. Dies entspreche den Marktabgrenzungskriterien der Leitlinien, nach denen dem sachlich relevanten Markt sämtliche Produkte zuzuordnen seien, die hinreichend gegeneinander austauschbar seien. Schon derzeit sei erkennbar, dass Endkunden zu VoIP-Produkten wechselten, die die gleiche Sprachqualität zu geringeren Preisen als die üblichen Festnetz-Telefonieprodukte anböten.

Somit seien VoIP-Produkte, die eine uneingeschränkte Ende-zu-Ende-Kommunikation der Nutzer in Echtzeit ermöglichten, den beiden Verbindungsmärkten sachlich zuzurechnen.[407] Die Verfügbarkeit des Dienstes für die Öffentlichkeit mit der Möglichkeit, Telefonate zu führen und entgegenzunehmen, sei aus Sicht der EU-Kommission für die Qualifizierung von VoIP als öffentliches Telefonieangebot entscheidend.[408] Kartellrechtlich begründe dies die Austauschbarkeit mit traditionellen Sprachprodukten und die Zuordnung zum selben Markt.

Gleiches gelte für den Zugangsmarkt. Maßgeblich für den Zugang zu einem VoIP-Dienst sei die Identifizierung eines VoIP-Teilnehmers über die Nutzung der zugewiesenen VoIP-Rufnummer. Der Dienstezugang sei insoweit vor allem durch die logische Verkehrsadressierung bestimmt. Somit wiesen der Zugang zu einem traditionellen Sprachdienst und der Zugang zu einem VoIP-Dienst gleiche Funktionalitäten auf und führten so zu der Zuordnung zu demselben sachlichen Markt.

Für eine Einbeziehung von VoIP-Produkten spreche weiter maßgeblich, dass nur durch Schaffung adäquater Wettbewerbsbedingungen in einem frühen Markteinführungsstadium ein späterer Wettbewerbsausschluss durch das herrschende Unternehmen, die DT AG, T-COM, verhindert werden könne. Auch die Kommission weise gerade auf dieses Risiko hin.[409] Dem stände nicht entgegen, dass es in besonderen Konstellationen gerechtfertigt sein könne, nicht frühzeitig mit regulatorischen Mitteln in sich gerade erst bildende Märkte einzugreifen. Zum einen bildeten die VoIP-Produkte eben keinen eigenen, neuen sachlich relevanten Markt, sondern seien gegen die traditionellen Telefonie-Produkte austauschbar. Zum anderen sei zu berücksichtigen, dass die Bereitstellung der VoIP-Produkte in einem stark monopolistisch vorgeprägten Marktumfeld stattfänden. VoIP-Anbieter seien flächendeckend auf die Nutzung der Infrastruktur der DT AG, T-COM im Ortsbereich angewiesen, um Endkunden ihre VoIP-Dienste anbieten zu können (Verkehrszuführung durch die DT AG, T-COM, TAL-Anmietung, Line Sharing, Bitstream Access, Resale von T-DSL-Anschluss). Diese starke Abhängigkeit beeinträchtige potenziell ihre Chancen, konkurrenzfähige VoIP-Produkte auf dem Markt zu etablieren, erheblich. Umgekehrt verfüge die DT AG, T-COM über alle Möglichkeiten, ihre Marktmacht im Ortsbereich auf neue VoIP-Produkte auszudehnen.

Selbst wenn es sich bei VoIP-Produkten um einen eigenen, sachlich von den Märkten der traditionellen Telefonie abzugrenzenden Markt handele, was aber – wie gezeigt – nicht der Fall sei, erlaube die Marktmacht der DT AG, T-COM auf dem Markt für den klassischen Telefonanschluss, diese Marktmacht auf einen VoIP-Markt zu übertragen. Insoweit greife hier das Wettbewerbsrisiko der Übertragung von Marktmacht auf benachbarte Märkte, das ebenfalls zur Regulierungsbedürftigkeit führe.[410]

Gerade die Kriterien des § 10 Abs. 2 TKG, die die notwendigen Bedingungen einer sektorspezifischen Marktregulierung normierten, geböten eine Einbeziehung der VoIP-Produkte in das aktuelle Verfahren. Aus der Marktmacht der DT AG, T-COM bei den erforderlichen Vorleistungen im Ortsnetzbereich und ihrem Quasi-Monopol beim Telefonanschluss sowie damit der Kontrolle der Endkundenbeziehung ergäben sich erhebliche strukturelle Marktzutrittshindernisse für Anbieter von VoIP, die allein durch eine ex post wirkende Missbrauchsaufsicht nicht behoben werden könnten. Die Erwägungen des Entwurfs[411] gälten auch für VoIP-Produkte auf diesen Märkten.

[407] Vgl. Beschluss M 5/03 der Telekom-Control-Kommission, S. 13 (Österreich); Entscheidung der Ficora (Finnland) vom 29.10.2003, Az. 629/543/2003.
[408] Vgl. Commission Staff Working Document vom 14.06.2004, Ziff. 4.3.
[409] Vgl. Leitlinien, Ziff. 32.
[410] Vgl. § 11 Abs. 1 Satz 5 TKG.
[411] Vgl. S. 50 ff. des Entwurfs.

Bekanntermaßen beabsichtige die DT AG, T-COM als Quasi-Monopolist im Sprachbereich, schon im Rahmen der kommenden CEBIT-Messe ein VoIP-Produkt vorzustellen und mit dessen Vermarktung zu beginnen. Angesichts der im Entwurf zutreffend beschriebenen überragenden Marktmacht der DT AG, T-COM auf den Märkten 1-6 sei schon kurzfristig damit zu rechnen, dass diese von der DT AG, T-COM auch eingesetzt werde, um Endkunden an ihr neues VoIP-Produkt zu binden. Hier bestehe ein erhebliches akutes Risiko des frühzeitigen Wettbewerbsausschlusses. Dieses Risiko werde durch die bevorstehende Reintegration von T-Online in die Deutsche Telekom AG noch verstärkt. Die davon ausgehenden Sogwirkungen zugunsten des Marktbeherrschers habe der BGH erst jüngst als äußerst wettbewerbskritisch beurteilt. Die negativen Erfahrungen mit dem Scheitern der Schaffung wettbewerbskonformer Rahmenbedingungen im Bereich der T-DSL-Anschlüsse durch die Reg TP belegten nachdrücklich die Notwendigkeit einer frühzeitigen Festlegung wettbewerbskonformer Marktparameter.

Unterbliebe eine Einbeziehung von VoIP-Produkten, wäre es der Reg TP nicht nur nicht möglich, Vorgaben der ex-ante-Regulierung festzulegen. Auch Maßnahmen der Entgeltmissbrauchsaufsicht (§ 39 TKG) wären nicht möglich, da auch sie eine entsprechende Marktabgrenzung und –analyse voraussetzten.[412] Der Reg TP wäre es selbst im Falle eklatanter Wettbewerbsverstöße nicht möglich, schnell und effektiv zu reagieren. Diese Rechtsunsicherheit bringe erhebliche Belastungen für das neue Marktsegment der VoIP-Produkte mit sich.

Im Übrigen wäre die von der Reg TP erwogene Überprüfung der Marktdefinition und -analyse für den Fall, dass die jetzt festgestellten Ergebnisse nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprächen, aufgrund der Komplexität und Dauer der Marktanalyseverfahren nicht geeignet, zeitnah auf etwaige Marktentwicklungen (Einführung von VoIP-Angeboten durch die DT AG, T-COM) zu reagieren.

Den aufgezeigten Risiken könne auch nicht nachhaltig mit Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG begegnet werden. Danach seien beim Vorliegen außergewöhnlicher Umstände vorläufige Regulierungsmaßnahmen ohne Durchführung des umfassenden förmlichen Anhörungs- und Beteiligungsprozesses möglich. Diese Ermächtigungsgrundlage könne im Einzelfall helfen. Sie sei aber als Ausnahmevorschrift nicht geeignet, schnell dauerhafte wettbewerbsadäquate Marktbedingungen für VoIP-Produkte zu tragen.

Eine regulatorische Zurückhaltung im VoIP-Bereich würde Verdrängungsmissbräuche und Marktmachtübertragungspotenziale marktbeherrschender Unternehmen fördern und sei daher wettbewerbsschädlich. Bereits einmal sei einem Produkt (T-DSL) ein faktischer Innovationsvorsprung eingeräumt worden, indem bei der Markteinführung Dumpingpreise akzeptiert worden seien. Dies habe zum faktischen Monopol der DT AG, T-COM im DSL-Bereich und infolgedessen zu einer im europäischen Vergleich extrem niedrigen Breitbandpenetrationsrate in Deutschland geführt. Ein solcher Fehler dürfe bei VoIP nicht wiederholt werden. Es müssten von Anfang an faire gesetzeskonforme Wettbewerbsverhältnisse gelten. Ansonsten bestände die Gefahr, dass VoIP zu einem Folgefehler der T-DSL-Regulierung würde, da die DT AG, T-COM mit dem faktischen Monopol bei DSL über die mit Abstand beste Ausgangsposition für VoIP-Dienste verfüge.

Vor diesem Hintergrund sei eine Zurechnung von VoIP-Diensten/Produkten zu den in der Marktanalyse untersuchten Verbindungsmärkten vorzunehmen.

[412] Vgl. § 9 Abs. 1 und 2 TKG.

L. Anhang 5: Zweite Stellungnahmen interessierter Parteien

I. Stellungnahme der AOL Deutschland

AOL stimmt den Ergebnissen der Marktabgrenzung und -analyse im Wesentlichen zu und begrüßt insbesondere die Einbeziehung von VoIP-Produkten in die Märkte für Verbindungsleistungen.

Folge man der Auffassung der Bundesnetzagentur, für die Abgrenzung der Zugangsmärkte primär auf den physischen Anschluss abzustellen, sei für die Gewährleistung effizienten Wettbewerbs auf den Verbindungsmärkten entscheidend, dass VoIP-Produkte über sämtliche technisch geeigneten Anschlüsse diskriminierungsfrei erbracht werden könnten.

II. Stellungnahme der Arcor

Arcor begrüßt im Wesentlichen die vorgenommenen Änderungen. Bei der Einbeziehung von VoIP hätten Dienste wie „Skype“ bei VoIP-Verbindungen berücksichtigt werden müssen, da Verbindungen in das PSTN – kostenpflichtig – ebenfalls möglich seien.

Arcor stimmt nicht zu, dass der Zugangsmarkt nicht nach Anschlüssen differenziert werden müsse. Weder die flächendeckende Verfügbarkeit noch die technische Möglichkeit, ISDN anzubieten, begründeten einen gemeinsamen Markt, sondern nur der Verwendungszweck. Dieser sei jedoch bei analogen und ISDN-Anschlüssen unterschiedlich. Häufig verfüge ein Kunde über analoge Endgeräte, die er weiter nutzen möchte. Bei einer solchen Lösung entstünden signifikante Zusatzkosten, so dass es keine Angebotssubstituierbarkeit gebe. Obwohl die Preise für analoge Anschlüsse der DT AG mehrfach um Beträge zwischen 3 % und 14 % erhöht worden seien, habe dies andere Unternehmen nicht dazu veranlasst, in den Markt für analoge Anschlüsse einzutreten. Dies belege, dass analoge Anschlüsse wirtschaftlich nicht angeboten werden könnten.

Hinsichtlich der sprachorientierten Systemlösungen sei der Abgrenzungsbetrag von 1 Mio. € zu niedrig gewählt. Für eine Grenze von 3 Mio. € als Ausgangspunkt spreche auch die angeführte Fusionskontrollentscheidung BT/AT&T. Die darin enthaltenen Ausführungen zu Anspruch und Komplexität der Telekommunikationsbedürfnisse bezögen sich auf große und größte Kunden („multi-content and multi-country“), deren Nachfragemacht es einem Anbieter bereits verwehre, mit standardisierten Produkten wie TDN/T-VPN „ins Rennen zu gehen“. Vielmehr müsse er hier häufig auf Einzelfall-/Projektbasis mit hohem Koordinationsaufwand Nachfrage befriedigen können, die sich nicht in der Summe ihrer Einzelteile erschöpfe. Dabei werde eine Umsatzgrenze von 3 Mio. € leicht überschritten. Dies mache jedoch im Einzelfall die Prüfung weiterer Kriterien nicht überflüssig.

III. Stellungnahme der BT

Nach Auffassung von BT sei § 12 Abs. 1 Satz 1 und 2 TKG so auszulegen, dass eine erneute Anhörung erforderlich werde, wenn der Entwurf der Ergebnisse geändert werde und einigen Parteien erneut Gelegenheit zur Stellungnahme überlassen werde.

BT hält die Abgrenzung eines separaten Marktes für sprachorientierte Systemlösungen nicht für ein zutreffendes Abbild der Marktsituation und stimmt deshalb der geänderten Schlussfolgerung zu. Allerdings habe BT erhebliche Zweifel daran, dass jenseits der Grenze von 1 Mio. € ein separater Markt bestehe.

Die überkommenen Marktabgrenzungen des TKG-1996 könnten in einer Welt europaweit durch das Verfahren nach Art. 7 RRL weitgehend harmonisierter Marktdefinitionen kaum maßgeblich sein. Es sei daher zu begrüßen, dass die Bundesnetzagentur an die überkommenen Begrifflichkeiten „öffentlicher Sprachtelefondienst“ und „geschlossene Benutzergruppe“ nicht mehr anknüpfe, weil mit der Aufhebung des TKG-1996 die Definition des Sprachtelefondienstes entfallen sei und damit endgültig keinerlei Handhabe für eine Herleitung von „geschlossenen Benutzergruppen“ aus der antithetischen Stellung dem öffentlichen Sprachtelefondienst gegenüber mehr bestehe.

Die Einschränkung der Einbeziehung von Verträgen halte BT für unzutreffend. Die fraglichen nationalen „sprachorientierten Systemlösungen“ erfüllten insbesondere vor dem Hintergrund der von der Regulierungsbehörde selbst anerkannten Austauschbarkeit von Systemlösungen und Standardangebot auch jenseits willkürlich gewählter Umsatzgrenzen nicht die Voraussetzungen für einen eigenen Markt.

Daher sei es wenig überzeugend, dass die Nachfragestruktur im „oberen Marktsegment“ anders sei, weil wenige große Nachfrager einem wirtschaftlich u.U. schwächeren Telekommunikationsanbieter gegenüberstünden. Dies sei aus den festgestellten Marktgegebenheiten nicht ableitbar. Denn es sei das Wesen eines Marktes, dass einzelne Nachfrager gegenüber anderen eine höhere Nachfragemacht hätten. Überdies sei eine solche Schlussfolgerung auch im Gesamtkontext des Entwurfs widersprüchlich, da ein Geschäftskundenmarkt nicht definiert werden konnte. Sofern sich die Wettbewerbsbedingungen im „oberen Segment“ tatsächlich unterschieden, könne dies als Geschäftskundenmarkt betrachtet werden.

Zudem würden sich große Nachfrager primär an überregionale Anbieter wenden, da sie ein erhebliches Interesse an der technologischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ihrer Partner hätten. Daher würden regionale Anbieter von solchen Nachfragern ohnehin nur selten in den Blick genommen. Die übrigen von der Reg TP genannten 10-15 Anbieter seien groß genug, um sich auch gegenüber Großunternehmen wirtschaftlich sinnvoll zu verhalten.

Tatsächlich umfasse die Nachfrage nach „großen“ Rahmenverträgen über Sprachleistungen im Regelfall zahlreiche Standorte, so dass ein „großer“ Vertrag eine Gesamtheit von Leistungen umfasse, die ansonsten im Rahmen zahlreicher „kleinerer“ Verträge erbracht würden. Die erbrachten Leistungen – und die Nachfrage – blieben identisch. Der Kunde habe lediglich den Vorteil, nur einen Vertrag, eine Rechnung und einen Ansprechpartner zu haben. Unternehmen, die viele „kleine“ Verträge abwickeln könnten, seien aber auch in der Lage, wenige „große“ Verträge abzuwickeln.

Auch spreche die Zahl von immerhin 10-15 Anbietern für eine erhebliche Angebotsumstellungsflexibilität. Fehle heute die Bereitschaft einzelner Marktteilnehmer, ihre Produktionsplattform so zu gestalten, dass sie auch kurzfristig Angebote im „oberen Segment“ anbieten könnten, so sei dies auf die fehlende Regulierung im Bereich der „sprachorientierten Systemlösungen“ zurückzuführen, da diese einen wirksamen Schutz ihrer Investitionen vor wettbewerbswidrigen Praktiken des marktbeherrschenden Unternehmens unter dem alten Rechtsrahmen nicht erwarten konnten. Die Annahme einer reduzierten Angebotsumstellungsflexibilität komme insofern einer *cellophane fallacy* gleich.

IV. Stellungnahme der COLT

Die Einbeziehung von VoIP wird von COLT grundsätzlich begrüßt. Allerdings hätten auch Peer-to-Peer-Dienste auf Substitutionseffekte untersucht werden müssen, auch wenn sich das Ergebnis der Prüfung dadurch nicht geändert hätte.

Die Nichteinbeziehung von VoIP in den Zugangsmarkt ergebe sich daraus, dass die einzelnen Komponenten getrennt auf Substituierbarkeit untersucht würden. Dies sei nicht sachgerecht, da es lediglich darauf ankomme, ob das Gesamtprodukt aus Sicht eines verständigen Verbrauchers mit einem herkömmlichen Telefonanschluss substituierbar sei. Daher hätte VoIP in den Zugangsmarkt einbezogen werden müssen. Allerdings sei ein echter Substitutionswettbewerb derzeit nur in Randbereichen erkennbar.

Es gebe keinen eigenen Markt für sprachorientierte Systemlösungen. Diese seien nichts anderes als Standardprodukte des Ex-Monopolisten, die unter einem Rahmenvertrag gebündelt und mit speziellen Rabatten versehen würden. Durch diese Neuetikettierung sei die Entgeltregulierung unterlaufen worden. Auch hätten TDN-Verträge berücksichtigt werden müssen, da im Rahmen dieser Verträge auch Sprachverbindungen und Telefonanschlüsse angeboten würden. Hier werde der Eindruck des „Bestandsschutz“ geweckt.

Es sei unverständlich, warum die Bundesnetzagentur nicht auch die Angebote bei Regionalbetreibern nachgefragt habe, obwohl gerade die City Carrier im Auskunftsersuchen angegeben hätten, „sprachorientierte Systemlösungen“ anzubieten.

Die Grenze von 1 Mio. € widerspreche den übrigen Ergebnissen der Marktuntersuchung und sei nicht nachvollziehbar. Wenn keine Trennung in Privat- und Geschäftskundenmärkte vorgenommen werde, sei es logisch falsch, ein oberes Marktsegment für „Großkunden“ als eigenen Markt abzugrenzen. Auch werde keine Begründung für die Festlegung der Grenze gegeben, die daher offensichtlich willkürlich gewählt worden sei.

Bei der Angebotsumstellungsflexibilität werde der potenzielle Wettbewerb außer Acht gelassen. Sofern ein City Carrier nicht über eine ausreichende Netzinfrastruktur verfüge, um alle Kundenlokationen über das eigen Netz anzuschließen, könnte er entsprechende Vorleistungen anmieten oder im Verbund mit anderen City Carriern ein gemeinsames Angebot unterbreiten, denn fast alle regionalen Netzbetreiber gehörten inzwischen – mit oder ohne gesellschaftsrechtliche Verbundenheit – einem solchen Verbund an.

Für den stärker ausgeprägten Wettbewerb gebe es keine Begründung. Es sei auch nicht nachgewiesen worden, dass ein Nachfrager mit einem Bedarf von 1 Mio. € tatsächlich wesentlich bessere Konditionen erzielen könne als ein Privatkunde.

V. Stellungnahme der DT AG

Die DT AG ist der Auffassung, dass getrennte Märkte für Analog-/ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse abgegrenzt werden müssten. Ein Analog-/ISDN-Basisanschluss könne nicht durch einen ISDN-PMX-Anschluss substituiert werden. Die Entwicklung des Wettbewerbs spreche ebenfalls für eine Trennung. Auch sei damit eine Trennung in Privat- und Geschäftskundensegmente möglich.

Es sei keine marktbeherrschende Stellung der DT AG in diesem Markt festzustellen. Zwar bestünden hohe Marktanteile der DT AG. Diese seien jedoch auf das selektive Verhalten der Wettbewerber zurückzuführen, die sich auf besonders lukrative Endkunden konzentrierten. In einem zwingend abzugrenzenden Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse ließen sich deutlich niedrigere Marktanteile ermitteln. Die deutlichen Zuwächse der Wettbewerber bei den Endkundenanschlüssen insbesondere seit dem Jahr 2004 wiesen zudem darauf hin, dass der Wettbewerb weiter an Fahrt gewinne. Durch die bestehende Regulierung des Vorleistungsbereichs, die den Zugang zum Endkundenmarkt per se ermögliche, werde eine Regulierung des Endkundenmarktes erst recht obsolet.

Auch auf dem Inlandsmarkt zeigten die Marktanteilsverluste der DT AG sowie die Wettbewerbsbedingungen, dass die DT AG nicht unabhängig von ihren Wettbewerbern agieren könnte. Ebenso seien die Marktzutrittsschranken durch die relevante Vorleistungsregulierung beseitigt. Zwar hätten die Marktanteile der Wettbewerber langsamer zugenommen als in der Frühphase des Wettbewerbs, der Verlust der Marktanteile der DT AG setze sich jedoch kontinuierlich fort. Des Weiteren hätten die Wettbewerber ihre Preise fortlaufend massiv gesenkt, so dass auch die Umsatzvolumina weniger stark wüchsen. Betrachte man die Marktanteilsverluste der DT AG in Verbindungsminuten, ergebe sich ein völlig anderes Bild, da hier die Verluste deutlich höher lägen. Der Markt für Inlandsverbindungen sei nach über 7 Jahren seit der Marktöffnung deutlich weiter entwickelt als die Fälle, für die die Kommission zumindest die Möglichkeit der Ex-ante-Regulierung habe eröffnen wollen.

Im Bereich der Auslandsverbindungen lägen die Marktanteile der DT AG unter der Vermutungsschwelle von 40 %. Anhand der Marktanteile könne folglich nicht auf eine marktbeherrschende Stellung der DT AG geschlossen werden.

Über VoIP aufgebaute Verbindungen seien nicht den Märkten für In- und Auslandsverbindungen zuzuordnen, sondern stellten einen separaten, neu entstehenden Markt dar. Die fehlende Austauschbarkeit aus Nachfragersicht, die vor allem an der fehlenden Substituierbarkeit von VoIP-(Breitband)-Anwendungen zu PSTN-Schmalbandanschlüssen sowie an der Verschiedenheit der Produkte (nomadischer Charakter der Internet-Telefonie sowie das Verlassen der nationalen Grenzen) scheitere, belegten dies. Eine gesonderte Betrachtung der VoIP-Dienste zeigt, dass die Voraussetzungen der sektorspezifischen Regulierung nicht erfüllt seien und die DT AG auch nicht über beträchtliche Marktmacht verfüge.

Es sei ein gravierender Mangel, dass die Bundesnetzagentur keine Datenerhebung durchgeführt habe, sondern sich selektiv auf den Internetauftritt einer Anzahl von Unternehmen beschränkt habe, ohne Marktanteile, Umsätze oder Produkteigenschaften von den Anbietern zu erheben und die verschiedenen Geschäftsmodelle zu differenzieren. Mit dem pauschalen Einbezug von VoIP-Angeboten in die Märkte 3-6 und der darauf basierenden regulatorischen Verpflichtungen würde die DT AG an einer chancengleichen Teilnahme an diesem neu entstehenden Markt behindert. Dies sei eine Diskriminierung der DT AG und verkehre den Deregulierungsansatz des EU-Rahmens.

Die Marktdefinition der sprachorientierten Systemlösungen sei unzutreffend, da sie sowohl mit den Regelungen des Gemeinschaftsrechts wie denen des TKG-2004 unvereinbar sei. Folge man der Argumentation der Bundesnetzagentur, so laufe die Abgrenzung zwischen öffentlich und nicht-öffentlichen Telefonnetzen und Telefonverbindungen leer.

Die Märkte-Empfehlung werde anhand der Art. 2 lit. d) RRL und Art. 2 lit. b) und c) URL konkretisiert. Dabei gebe es eine Verweisungskette in die Regelungen des „alten“ Richtlinienpaktes[413]. Die Erwägungen aus Art. 17 RL 98/10/EG müssten daher bei der Auslegung der Märkte-Empfehlung mit herangezogen werden.

Auch in Art. 2 lit. a) und d) RRL und in Art. 2 lit. b) und c) URL werde eine Unterscheidung zwischen Telefondiensten für die Öffentlichkeit und solchen, die für einen bestimmten Adressatenkreis bereitgestellt werden, verlangt. Die Grenzlinie könne durch die gleichen Kriterien wie in § 3 Nr. 19 TKG 1996 bestimmt werden. Dieses bedeute nichts anderes, als dass die Leistung für die Öffentlichkeit erbracht werden müsse und diese von der Leistung für „andere Adressatenkreise“ abzugrenzen sei. Auch werde auf die französische bzw. englische Fassung der URL bzw. Wettbewerbs-RL hingewiesen[414].

[413] Märkte-Empfehlung Ziffer 6 Abs. 3 S. 1 und S. 2 i. V. m. Anhang I. RRL bzw. Art. 19 Abs. 1 URL i. V. m. Art. 16 Abs. 1 lit. a) URL i. V. m. Art. 17 RL 98/10/EG

[414] Art. 1 Nr. 4 Wettbewerbs-RL 2002/77/EG; Art. 2 lit. c) URL: „accessible au grand public“, “availables to the public“.

Diesen „anderen Adressatenkreis“ könnten nur die sog. geschlossenen Benutzergruppen darstellen. Zur Begründung dieser Argumentation greift die DT AG wiederum auf eine Verweisungskette in die Regelungen des „alten“ Richtlinienpaketes zurück[415]. Aufgrund dieser Verweisungskette müsse bei der Auslegung der heutigen Märkte-Empfehlung auf Art. 1 Abs. 1 RL 90/387/EWG bzw. Art. 1 Abs. 1 RL 90/388/EWG herangezogen werden. Hieraus wiederum folge, dass zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Telekommunikationsdiensten und Telekommunikationsnetzen unterschieden werden müsse. Infolgedessen müsse man auch die nicht-öffentlichen Telekommunikationsdienste als Angebote für geschlossene Benutzergruppen qualifizieren. Dies sei letztlich auch Gegenstand der zusammenfassenden Mitteilung der KOM vom 20.10.1995 gewesen[416].

Ferner werden allgemeine Erwägungen angeführt, die mit Rückgriff auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG eine Abgrenzung zwischen Allgemeinheit bzw. Öffentlichkeit und einem individuell bestimmbaren Personenkreis möglich machten.

Es sei unerheblich, dass der Gesetzgeber in § 3 Nr. 24 TKG nicht mehr den Begriff „Öffentlichkeit“ verwende. Ferner sei es unerheblich, dass der Begriff der geschlossenen Benutzergruppe im TKG 2004 nicht mehr enthalten sei, da das TKG gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sei.

Die Annahme der BNetzA, alle Telefonverbindungen, die über den Netzabschlusspunkt geführt würden, seien öffentliche Telefonverbindungen, verstoße gegen Art. 2 lit. b) URL. Denn beim öffentlichen Telefonnetz komme es auf den Verwendungszusammenhang an („zur Bereitstellung des öffentlich-zugänglichen Telefondienstes). Werde der Netzabschlusspunkt für Gespräche einer bestimmbaren Benutzergruppe genutzt, handele es sich nicht um einen öffentlich-zugänglichen Telefondienst bzw. um die Nutzung eines öffentlichen Telefonnetzes.

Die Annahme der BNetzA, es sei im Hinblick auf die „Öffentlichkeit“ auf das anbietende Unternehmen abzustellen, sei ebenfalls abzulehnen. Dieses folge aus Art. 2 lit. b) und c) URL unter Berücksichtigung der europarechtlichen Argumente (s.o. – „der Öffentlichkeit zur Verfügung stellen“ = „für die Öffentlichkeit“ nach TKG 1996). Außerdem verstoße die Argumentation auch gegen §§ 3 Nr. 16, Nr. 17 und 24 TKG.

Selbst wenn man hilfsweise eine Austauschbarkeit zwischen den Leistungen aus Anbieter- und Nachfragersicht untersuchen würde, zeigte sich, dass eine Austauschbarkeit der sprachorientierten Systemlösungen mit den Angeboten des allgemeinen Telefondienstes nicht gegeben sei. Es handele sich gerade nicht um teilbare Produktbündel, die in dieser Form von den Kunden nachgefragt würden. Dies bestätige die im Entwurf angesprochene Entscheidung des OVG Münster, die auch maßgebliche Aussagen zur funktionalen Austauschbarkeit getroffen habe. Danach seien sprachorientierte Systemlösungen aus Kundenperspektive nicht gegen die allgemeinen Produkte der Sprachtelefondienstleistungsmärkte adäquat austauschbar, weil sie ein auf den Kunden individuell ausgelegtes Bündel verschiedener Leistungen seien. Ein so zugeschnittenes Produkt finde sich nicht unter AGB-Produkten. Herkömmliche AGB-Produkte wiesen nicht die Besonderheiten und Leistungsbreite auf, die für den Abnehmer von besonderem Wert seien, weshalb sie gerade mit Rücksicht auf solche Effekte oder Verwendungszwecke sich nur für die Systemlösung entschieden hätten. Folgende Unterscheidungskriterien seien vom OVG als Besonderheiten der Systemlösungen im Vergleich zu den AGB-Produkten anerkannt worden: größere Leistungsbreite, weitere Verwendbarkeit, höherer Nutzeffekt, andere technische Realisierung, Personalersparnis, Erwartung intensiver Sprachkommunikation und verzö-

[415] Märkte-Empfehlung Ziffer 6 Abs. 3 S. 1 und S. 2 i. V. m. Anhang I. Ziffer 1 RRL, Art. 16 Abs. 1 lit. a) URL, Art. 2 Abs. 1 RL 98/10/EG, Art. 1 Abs. 1 RL 90/387/EWG bzw. Art. 1 Abs. 1 RL 90/388/EWG.

[416] KOM Mitteilung, Abl. C 275/2 vom 20.10.1995.

gerungsfreier Abläufe. Im Ergebnis sehe das OVG somit gerade keine Bündelung von AGB-Leistungen.

Der Nutzer des Telefons sei nicht der Nachfrager im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts, da er nicht die Entscheidung über die Realisierung treffe.

Grenze der Bedarfsgruppenbildung sei, dass es keine fertigungstechnischen oder funktionellen Besonderheiten gebe.[417] Fertigungstechnische Besonderheiten bestünden aber im Rahmen von kundenindividuellen Systemlösungen, ähnlich denen bei Maß- und Konfektionsanzügen. Es liege insoweit auf der Hand, dass Wettbewerber solche speziellen Leistungen nur gegenüber Großkunden anbieten könnten. Würde jeder individuelle Kundenwunsch unter Modifizierung der AGB-Angebote erfüllt, wären die Wettbewerber der DT AG nicht mehr handlungsfähig. Die besonderen Leistungsmerkmale und produktionstechnischen Besonderheiten würden im Übrigen bei allen sprachorientierten Systemlösungen verwendet, so dass kein Unterschied zwischen einer Lösung mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Mio. € und einer Lösung mit einem Jahresumsatz von weniger als 1 Mio. € bestehe.

Die Bundesnetzagentur sehe eine Austauschbarkeit aus Anbietersicht, weil die Unternehmen nicht gebündelte untrennbare Produkte herstellten, sondern im Rahmen der Systemlösungen Einzelleistungen anböten, die von ihnen nach eigner Strategie beliebig zusammengestellt und vertrieben würden. Diese Annahme sei unzutreffend. Auch unterhalb einer Grenze von 1 Mio. € Jahresumsatz könnten Anbieter normaler Produkte von öffentlich zugänglichen Telefondiensten ihr Angebot nicht ohne Weiteres auf sprachorientierte Systemlösungen umstellen. Verbindungsnetzbetreibern wäre dies z.B. nicht in kurzer Zeit und ohne erheblichen Aufwand möglich. Die vorzeitige Liberalisierung von Corporate Networks belege dabei, dass das Angebot sprachorientierter Systemlösungen nicht auf öffentliche Festnetzbetreiber beschränkt sei.

Schließlich seien auch die Wettbewerbsbedingungen nicht mit denen der Märkte 1-6 vergleichbar, da der Markt für sprachorientierte Systemlösungen bereits seit 1992 – und somit weit vor der eigentlichen Marktöffnung für öffentlichen Telefondienst im Jahre 1998 – mit sog. Corporate Networks dem Wettbewerb offen und sei hart umkämpft. Darüber hinaus gebe der intensive Wettbewerb um Kunden des hier adressierten Segments den Kunden eine sehr große Nachfragemacht. Daher würden diese Kunden unter keinen Umständen ein Mehr an Leistungen akzeptieren, als sie benötigten.

Auch die Erstellung und individuelle Konzeption des Gesamtpaketes setze ein spezielles Know-how und eine besondere Produktionsplattform voraus, die nicht ohne weiteres von jedem Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste bereitgestellt werden könnten.

Schließlich sei auch eine besondere sektorspezifische Missbrauchsaufsicht für diesen Markt nicht notwendig, da das allgemeine Wettbewerbsrecht grundsätzlich geeignet sei, den Folgen von Marktbeherrschung effektiv entgegenzuwirken.

VI. Stellungnahme der Initiative Europäischer Netzbetreiber (IEN)

Die IEN begrüßt die Einbeziehung von VoIP und grundsätzlich auch der „sprachorientierten Systemlösungen“, hält die Vorgehensweise angesichts der Umsatzgrenze von 1 Mio. € jedoch nicht für ausreichend. Die jenseits der gewählten Grenze bestehenden sprachorientierten Systemlösungen könnten in Ermangelung einer tragenden Rechtfertigung keinem separaten Markt zugeordnet werden.

[417] So ausdrücklich Ruppelt, in: Langen/Bunte, § 19 Rdnr. 19.

Die IEN stimmt zu, dass es eine Austauschbarkeit aus Nachfragersicht gebe. Diese ändere sich jedoch nicht dadurch, dass die abgenommenen Mengen stiegen. Auch sei mit den Umsatzzahlen keine Information über den Inhalt der Nachfrage verbunden, die zu einer Marktabgrenzung führen könnte.

Es sei das Wesen jeden Marktes, dass einzelne Marktteilnehmer höhere Nachfragemacht besäßen. Auch sei der Entwurf widersprüchlich, weil einerseits Geschäftskundenmärkte nicht definierbar seien, andererseits jedoch Marktsegmente existieren sollen, in denen die Nachfrager eine so erhebliche Nachfragemacht hätten, dass sich die wettbewerblichen Konditionen bis zur Konstitution eines weiteren Marktes unterschieden. In jedem Falle bleibe der Entwurf eine Erklärung schuldig, weshalb das „obere Marktsegment“ nicht als Grenze für den Geschäftskundenmarkt herangezogen werden.

Auch sei eine reduzierte Austauschbarkeit aus Anbietersicht ab einer Umsatzgrenze von einer Mio. € zweifelhaft. Die Leistungsfähigkeit der einzelnen Marktteilnehmer werde nicht durch die Größe von Einzelverträgen begrenzt, sondern durch die Gesamtleistungsfähigkeit, welche bei der Bündelung von Einzelverträgen zu einem Rahmenvertrag das „obere Marktsegment“ nicht tangierten. Die Angebotsumstellungsflexibilität sei sehr groß, da die Anbieter kurzfristig in der Lage seien, ihr Angebot zu skalieren, um größere Aufträge abzuwickeln.

VII. Stellungnahme der MCI

MCI begrüßt die Einbeziehung von VoIP in die Verbindungsmärkte sowie grundsätzlich die Einbeziehung von Leistungen der sog. „sprachorientierten Systemlösungen“. Allerdings sei es nicht vertretbar, eine Marktabgrenzung anhand von Umsatzzahlen vorzunehmen. Auch wäre es bedauerlich, wenn ein angenommenes oberes Marktsegment erst später einer Marktanalyse unterzogen würde.

Zunächst sei zu ermitteln, ob es neben einem Markt für „öffentlich zugänglichen Telefondienst“ auch einen Markt für nur „privat zugänglichen Telefondienst“ gebe. Dabei seien im derzeitigen EU-Rahmen lediglich die rein privaten Netze für die rein interne Kommunikation vom Begriff der Öffentlichkeit ausgenommen. Das bisherige Verständnis der „Öffentlichkeit“ in Abgrenzung zu „geschlossenen Benutzergruppen“ und dem diesbezüglichen Regulierungskonzept könne keinesfalls mehr Anwendung finden. Dies bedeute, dass sog. „sprachorientierte Systemlösungen“, Angebote für „geschlossene Benutzergruppen“ und dergleichen dem Begriff der Öffentlichkeit und damit den hier zu definierenden Märkten unterfielen, sofern sie nicht ausschließlich der internen Kommunikation auf Basis eines privaten Netzes für diesen Zweck dienten.

Wollte die DT AG tatsächlich Angebote machen, die nicht den Märkten für öffentlich zugänglichen Telefondienst angehörten, so müsste sie ihre derzeitigen TDN- und T-VPN-Angebote für geschlossene Benutzergruppen physisch aufteilen: Nur mit dem privaten Netz und den ausschließlich für die interne Kommunikation genutzten (separaten) Anschlüssen könnte ein privates Angebot erfolgen; für die externe Kommunikation wären dagegen öffentliche Anschlüsse und die sonstige Infrastruktur nutzbar. Nur so würde dem Nutzer tatsächlich etwas anderes geboten als der sonst übliche (öffentlich zugängliche) Telefondienst. Gerade die physische Trennung würde dem bei echten „Systemlösungen“ oft gewünschten Sicherheitsaspekt für die interne Kommunikation innerhalb von Unternehmen gerecht. Eine wie auch immer geartete virtuelle Trennung reiche hierfür nicht aus.

Bei einer Grenze von 1 Mio. € jährlich werde letztlich nicht mehr vom Bedarfsmarktkonzept ausgegangen, sondern rein vom Umsatz. Daraus lasse sich aber nicht ableiten, ob der Kunde tatsächlich andere Leistungen beanspruche oder lediglich diese Leistungen in besonders hohem Umfang nachfrage. Es müsste aber in dem angenommenen Marktsegment eine besonde-

re Nachfrage geben, deren Leistungen in ihrem Kern deutlich über die von öffentlichen Telefonverbindungen hinausgingen bzw. sich spürbar unterschieden.

Bei einer solchen Abgrenzung sei zu befürchten, dass die DT AG möglichst viele Teilnehmer in den Kreis des betreffenden Angebots einzubeziehen versuche, um die Umsatzschwelle zu überschreiten und – zumindest vorläufig – einer Regulierung zu entgehen. So könnte die DT AG über den ADAC allen Mitgliedern einen Gesamtvertrag anbieten, dessen Jahresvolumen netto 1 Mio. € überstiege.

Die geringere Zahl an Anbietern und nicht mehr homogene Wettbewerbsbedingungen im Vergleich zum Telefonie-Massengeschäft seien die Folge davon, dass keine getrennten Märkte für Privat- und Geschäftskunden definiert worden seien. Das sog. „obere Marktsegment“ wäre bei einer Trennung nur Teil eines Geschäftskundenmarktes, in dem homogene Wettbewerbsbedingungen beständen. Das „obere Marktsegment“ hätte keinen Einfluss auf die marktbeherrschende Stellung der DT AG, da dieses zwar sehr lukrativ, aber dennoch vergleichsweise klein sei.

VIII. Stellungnahme der QSC

Die Einbeziehung von VoIP wird von QSC ausdrücklich begrüßt. Nur so sei sichergestellt, dass keine Anreize für das Ausweichen von Marktmacht in „regulierungsfreie Räume“ entstehe.

Derzeit sei wegen der Bündelung zwischen analogen bzw. ISDN-Anschlüssen und den für VoIP notwendigen breitbandigen Anschlüssen eine Substitution der schmalbandigen Anschlüsse nicht möglich. Auch sei die Vergleichbarkeit verringert, weil über einen Breitbandanschluss problemlos mehrere VoIP-„Anschlüsse“ unterschiedlicher Anbieter realisiert werden könnten. Daher sei die Einordnung der VoIP-Produkte in die Märkte für nationale und internationale Verbindungen die richtige Lösung.

Die Einschätzungen in Bezug auf die sprachorientierten Systemlösungen werde unterstützt. Einziger Kritikpunkt stelle die zu geringe Höhe der Trenngrenze von 1 Mio. € pro Jahr dar. Zugleich seien weitere Kriterien einzubeziehen.

IX. Stellungnahme der Tele2

Tele2 begrüßt die Einbeziehung von VoIP und sprachorientierten Systemlösungen. Die Abgrenzung anhand des Jahresnettoumsatzes sei ein geeigneter Ansatz.

Allerdings sehe man bereits heute gute Gründe für die Einbeziehung auch von DSL-Anschlüssen in den Zugangsmarkt. Dies gelte insbesondere, sobald die DT AG Stand DSL-Anschlüsse (naked DSL) anbieten sollte.

Es werde angeregt, die im Beschluss BK2a-04/029 enthaltenen Feststellungen zur missbräuchlichen Ausgestaltung des Preselection-Verfahrens sowie zum missbräuchlichen Winback durch die DT AG aufzunehmen.

Den von der DT AG im Bereich der Produktbündel weiterhin aggressiv betriebenen Wettbewerb belege der seit kurzem auf dem Markt befindliche Tarif „Call Profi“ sowie die Erweiterung des Freiminutenkontingents bei dem Tarif „Call Time“ für T-ISDN-Anschlüsse auf 240 Minuten. Die DT AG setze insofern ihre Strategie fort, mit der Erweiterung ihres Tarif-Portfolios den Grad der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu Lasten der konkurrierenden Anbieter zu erhöhen. Auch das

Bundeskartellamt halte eine erneute Überprüfung der Optionsangebote für dringend erforderlich.[418]

X. Stellungnahme der Telefónica Deutschland

Telefónica Deutschland begrüßt die Einbeziehung von VoIP-Diensten. VoIP sei eine Technologie (netztechnische Variante) zur Befriedigung des Kundenbedürfnisses „Sprachtelefonie".

Grundsätzlich stehe man dem Vorgehen, drei Komponenten eines „VoIP-Anschlusses" zu betrachten, positiv gegenüber. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass für eine sehr große Zahl von Endkunden eine vollständige Abwicklung der Dienstleistung „Sprachtelefonie" durch einen alternativen Anbieter nicht möglich sei. Die Komponente Breitbandanschluss werde überwiegend durch T-DSL realisiert, das im Bündel mit einem schmalbandigen Telefonanschluss angeboten werde. So konkurriere VoIP immer gegen einen klassischen Telefonanschluss, für den zwingend eine monatliche Grundgebühr anfalle. Dies hemme bereits derzeit die Verbreitung der Abwicklung der Sprachtelefonie durch VoIP.

Insgesamt halte man das Vorgehen, Breitbandanschlüsse nicht dem Zugangsmarkt zuzuordnen, für juristisch und ökonomisch zutreffend und sachgerecht, ebenso wie der Verzicht auf die Unterteilung nach Kundengruppen, Anschlussarten oder Tarifen.

XI. Stellungnahme des VATM

Der VATM ist der Auffassung, dass ein erneutes Konsultationsverfahren durchzuführen sei, wenn der ursprüngliche Entwurf modifiziert werde. Es reiche nicht aus, lediglich den am vorangegangenen Konsultationsverfahren beteiligten Parteien erneut die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Um der Gefahr eines nicht behebbaren Verfahrensfehlers vorzubeugen, werde daher angeregt, den Erfordernissen des § 12 Abs. 1 TKG vollumfänglich nachzukommen.

Die Einbeziehung von VoIP-Diensten in die relevanten Verbindungsmärkte sowie die Einbeziehung von „sprachorientierten Systemlösungen" werde ausdrücklich begrüßt. Gleichwohl bestehe kein sachlich rechtfertigender Grund, die Trennlinie bei einem Nettovolumen von 1 Mio. € Jahresumsatz anzusiedeln. Eine etwaige Grenze müsste insbesondere aus Gründen der vollständigen Nachfragesubstitution und Angebotsumstellungsflexibilität wesentlich höher liegen. Darüber hinaus sei es erforderlich, weitere Kriterien in eine Prüfung einzubeziehen und in einer Gesamtschau zu würdigen.

Der VATM spreche sich ferner für eine strikte Differenzierung von Märkten für analoge und ISDN-Anschlüsse aus, da diese unterschiedliche Merkmale auswiesen, die für die Kunden von entscheidender Bedeutung seien. Auch gebe es keine Austauschbarkeit aus Anbietersicht, da die Umstellung von Zugangsleistungen bei Analoganschlüssen auf ISDN-Angebote erheblichen investiven Aufwand mit sich bringe.

[418] Vgl. BT-Drs. 15/57790, S. 167 r. Sp.

M. Anhang 6: Stellungnahme der Europäischen Kommission

In ihrer Stellungnahme vom 21. Dezember 2005 führt die Europäische Kommission Folgendes aus:

„**III.1. Nichtberücksichtigung von Verbindungen in Mobilfunknetze**

BNetzA definiert die Verbindungsmärkte enger als in der Marktempfehlung vorgesehen. Insbesondere definiert BNetzA einen separaten Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze. Die Kommission ist nicht davon überzeugt, dass eine solche enge Marktdefinition gerechtfertigt ist. Daher fordert die Kommission BNetzA auf, den Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze zu analysieren und – gegebenenfalls – regulatorische Maßnahmen innerhalb des kürzest möglichen Zeitraums vorzuschlagen. Verbindungsleistungen in das PSTN sowie Verbindungsleistungen in Mobilfunknetze werden regelmäßig – insbesondere von DTAG) als Bündel angeboten. Eine Regulierung dieses Markts ohne Berücksichtigung von Verbindungsleistungen in Mobilfunknetze ist daher nur eingeschränkt effektiv.

III.2. VoIP

Für die Untersuchung von Internet-Telefonie sollen nationale Regulierungsbehörden im Kontext nationaler Besonderheiten auf objektive Produktmerkmale, Preise und beabsichtigte Nutzungsarten von VoIP-Diensten eingehen. Des Weiteren soll Substituierbarkeit angebotsseitig sowie nachfrageseitig berücksichtigt werden. Indikatoren wie zum Beispiel Breitbandpenetration, Preiselastizitäten, VoIP-Penetration, Preise von VoIP-Verbindungen oder die Marktposition des etablierten Betreibers sollen in diese Analyse einfließen.

Die Kommission ist der Ansicht, dass sich die Technologie für VoIP-Dienste dynamisch weiterentwickelt, und dass die Mehrzahl dieser Dienste sich letztendlich als Ersatz für traditionelle Festnetzdienste etablieren wird. Zur Zeit weisen jedoch sogenannte „Unmanaged VoIP-Dienste“ noch spezifische Produktmerkmale auf[419], die besondere analytische Sorgfalt im Rahmen der Marktanalyse erfordern.

Da der Ausschluss von „Unmanaged VoIP-Diensten“ in den relevanten Märkten im vorliegenden Fall keine Auswirkung auf die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht hätte, kann die Frage hier offen gelassen werden.

III.3. Wirksamer Wettbewerb auf dem Markt für Auslandsgespräche

Auf der Grundlage der zur Verfügung gestellten Informationen stimmt die Kommission mit BNetzA’s Feststellung von wirksamen Wettbewerb auf dem Markt für öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten überein. Der wettbewerbsfähige Status dieses Marktes ist jedoch von der Existenz auferlegter Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl (CS/CPS) abhängig. Diese Verpflichtungen, die momentan auf Basis des alten Rechtsrahmens von BNetzA auferlegt sind, müssen nun auf Basis des jetzt gültigen Rechtsrahmens auferlegt werden, wenn beträchtliche Marktmacht in einem eng verbundenen Zugangsmarkt auf der Endkundenebene festgestellt wird.[420] Falls BNetzA beträchtliche Marktmacht für DT AG

[419] Zum Beispiel haben „Unmanaged VoIP-Dienste“ keine Standardmerkmale und Funktionalitäten des PSTN wie Anruftöne oder zugehörige Telefonnummern. Auch wird noch nicht immer eine vergleichbare Servicequalität sichergestellt, da diese vom Grad der Netznutzung abhängt. Schließlich können zusätzliche Hardware- und Softwareanforderungen ein Differenzierungskriterium für „Unmanaged VoIP-Dienste“ sein.

[420] Artikel 19 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldienstrichtlinie). Betreiber(vor)auswahl-Verpflichtungen, die einem SMP Betreiber im Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten auferlegt werden, ermöglichen dem Kunden die Wahl verschiedener Anbieter für Verbindungsleistungen.

auf den Zugangsmärkten auf der Endkundenebene feststellt, sind Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl (CS/CPS) beizubehalten.[421]“

[421] BNetzA hat gemäß § 40 TKG SMP-Unternehmen Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl aufzuerlegen.

N. Anhang 7: Anbieter von VoIP-Diensten

Die nachfolgenden Tabellen und Graphiken enthalten alle der Reg TP bekannten Anbieter von VoIP-Diensten im Sinne der vorliegenden Marktdefinition und Marktanalyse. Stichtag für alle Daten war der 30.04.2005.

Alle Angaben beruhen auf öffentlich zugänglichen Daten auf den Webseiten der jeweiligen Anbieter. Eine Gewähr für Vollständigkeit und Richtigkeit wird nicht übernommen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich diese Übersichten lediglich auf Dienste beziehen, die überwiegend den Massenmarkt ansprechen. Darüber hinaus gibt es zahlreiche individualisierte Angebote für Großkunden, wie z.B. Unternehmen und Organisationen. Die Marktübersicht ist hier komplizierter als im Bereich des Massenmarktes, da es sich häufig um individuelle Vereinbarungen und Lösungen handelt, die Tarif- und Angebotsvergleiche erschweren. Die Behandlung von VoIP in dieser Marktanalyse orientiert sich daher, insbesondere wenn es um die Darstellung konkreter Beispiele geht, überwiegend an AGB- bzw. Standardprodukten des Massenmarktes, da eine Auflistung einer Vielzahl individueller Vereinbarungen nicht möglich ist. Lediglich in den Fällen, in denen Anbieter auch Produkte für den Massenmarkt anbieten, sind zur besseren Übersicht auch deren Angebote für Großkunden aufgeführt. Sie sind in der Anbieterübersicht gelb markiert.

Enthalten sind ferner auch Kabelnetzbetreiber, die Telefondienste anbieten und dabei in der Regel IP-Technologie nutzen. Ob dies tatsächlich bei allen Anbietern der Fall ist, ist der Regulierungsbehörde nicht bekannt. Dies wird sich bei späteren Markterhebungen klären lassen. Für diese Marktanalyse, bei der für VoIP noch keine Datenerhebung erfolgte, sondern das Thema lediglich abstrakt behandelt wird, kann diese Frage zunächst unbeantwortet bleiben. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die von Kabelnetzbetreibern gegebenenfalls angebotenen Analog- oder ISDN-Anschlüsse bzw. die darüber erbrachten Verbindungen ohnehin den hier relevanten Märkten zuzuordnen sind.