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

Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze und Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze

Geschwärzte Fassung

A. Einleitung 1
B. Beschreibung der relevanten Leistungen 2
I. Die Märkte-Empfehlung der Kommission 2
II. In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen 2
C. Gang der Ermittlungen 4
D. Vorbringen der Anbieter 6
I. 01051 Telecom GmbH 6
II. AOL Deutschland 6
III. Arcor AG & Co. KG 7
IV. BT (Germany) GmbH & Co. oHG 7
V. Callax Telecom Holding GmbH 7
VI. Deutsche Telekom AG 7
VII. E.T.H. AG 8
VIII. NetCologne 8
IX. QSC AG 8
X. VarTec Telekom 8
E. Nationale Konsultation 10
F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Absatz 1 TKG 11
G. Europäisches Konsolidierungsverfahren 12
H. Marktabgrenzung 13
I. Sachliche Marktabgrenzung 13
1. Öffentliche Verbindungen in inländische Mobilfunknetze 14
2. Öffentliche Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze 15
3. Öffentliche Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze 17
4. Nennung der sachlich relevanten Märkte 17
II. Räumliche Marktabgrenzung 19
1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze 19
2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze 19
I. Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG 20
I. Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken 21
II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb 21
1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze 21
2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze 22
III. Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden 22
IV. Ergebnis 24
J. Prüfung der beträchtlichen Marktmacht 25
I. Marktanteile betreffend alle abgegrenzten Märkte 25
1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze 26
2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze 29
3. Zusammenfassung 30
II. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze (weitere Kriterien) 30
1. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen 31
2. Zugang zu den Beschaffungsmärkten 32
3. Zugang zu den Absatzmärkten 33
a. Komfortabilität 34
b. Qualität und Zusatzleistungen 34
c. Endogene Marktzutrittsschranken 35
d. Preise 36
4. Ausgleichende Nachfragemacht 38
5. Gesamtschau 38
III. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze 39
1. Zugang zu den Beschaffungsmärkten 39

2. Zugang zu den Absatzmärkten 40
3. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen 42
4. Gesamtschau 42
K. Nennung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht 43
L. Anhang 1: Erläuterung des angewandten deutschen Telekommunikationsrechts und des dadurch umgesetzten europäischen Sekundärrechts 44
I. Marktanalyseverfahren (Artikel 16 der Rahmenrichtlinie) 45
II. Marktdefinitionsverfahren (Artikel 15 der Rahmenrichtlinie), Märkte-Empfehlung und Leitlinien 46
III. Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (Artikel 14 der Rahmenrichtlinie) und Anwendung der Leitlinien 49
IV. §§ 9, 10 und 11 des TKG 51
V. Verfahrensrecht 53
M. Anhang 2: Marktabgrenzungs- und Marktbeherrschungskriterien 58
I. Marktabgrenzungskriterien 58
II. Marktbeherrschungskriterien 60
1. Marktanteile 60
2. Gesamtgröße des Unternehmens 61
3. Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur 62
4. Technologische Vorteile oder Überlegenheit 62
5. Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht 62
6. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen 62
7. Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen) 63
8. Größenvorteile 63
9. Verbundvorteile 63
10. Vertikale Integration 63
11. Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz 64
12. Fehlen von potenziellem Wettbewerb 64
13. Expansionshemmnisse 65
14. Leichtigkeit des Marktzugangs/Marktzutrittsschranken 65
L. Anhang 3: Stellungnahmen der interessierten Parteien 66
M. Anhang 4: Tabellarische Auswertung 67

A. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung betrifft öffentliche Gespräche in in- und ausländische Mobiltelefonnetze an festen Standorten. Dieser Markt ist nicht explizit aufgeführt in 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). Allerdings hat die Kommission in ihrer Stellungnahme vom 21.12.2005 zum Konsolidierungsentwurf zu den Märkten 1-6 ausgeführt, dass ihrer Auffassung nach die Verbindungsmärkte enger definiert seien als in der Märkte-Empfehlung vorgesehen. Dies gelte insbesondere für die Definition eines separaten Marktes für Verbindungen in Mobilfunknetze. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur in dieser Stellungnahme dazu auf, diesen Markt ebenfalls zu analysieren.[1]

Daher ist davon auszugehen, dass auch die öffentlichen Gespräche zu in- und ausländischen Mobilfunknetzen von der Märkte-Empfehlung der Kommission erfasst sind. Ob es einen gemeinsamen Markt für öffentliche Gespräche in in- und ausländische Mobilfunknetze gibt oder diese separate Märkte bilden, wird allerdings erst nachstehend geprüft (vgl. Kapitel H).

Auf Grundlage der die Artikel 14 bis 16 Rahmenrichtlinie[2] umsetzenden §§ 9 bis 11 des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) sowie der Leitlinien[3] 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),
- das europäische Konsolidierungsverfahren beschrieben (vgl. Kapitel G),
- dann eine Marktabgrenzung durchgeführt (vgl. Kapitel H),
- daran anschließend die Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG in Bezug auf die Märkte dargelegt (vgl. Kapitel I),
- die Existenz beträchtlicher Marktmacht geprüft (vgl. Kapitel J),
- abschließend das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht genannt (vgl. Kapitel K).

[1] Vgl. Stellungnahme der Kommission vom 21.12.2005 DE/2005/0306 bis DE/2005/0311.
[2] 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),
[3] 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

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.[4]

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.[5] Die Kommission hat in einer Fusionskontrollentscheidung die gemeinsame Behandlung ein- und abgehender Anrufe damit begründet, dass beide Leistungen ein schlecht trennbares Bündel seien.[6]

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.[7]

Die Kommission empfiehlt eine Unterscheidung der Endnutzerkategorien und damit verbunden eine Abgrenzung in Geschäfts- und Privatkundenmärkte.[8] In den Leitlinien geht die Kommission von privaten und beruflichen Nutzern aus, wobei sie unter beruflichen Nutzern Klein- und Großunternehmen versteht.[9]

Anrufe von festen Standorten zu Mobiltelefonen oder anderen nicht geografischen Standorten gälten bei Endnutzern als nicht hinreichend austauschbar, um auf dem Markt für öffentliche Inlands- bzw. Auslandsgespräche als Nachfrage betrachtet zu werden. Ebenso wie bei geografischen Äquivalenten könnten jedoch Anbieter einer bestimmten Dienstkategorie u.U. die erforderlichen Großkundenkomponenten einschließlich mobiler Anrufzustellung erwerben, wenn ein mutmaßlicher Monopolträger die Preise anzuheben versuche. [10]

II. In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen

In der Bundesrepublik Deutschland werden von Festnetz-Schmalbandanschlüssen sowohl Anrufe in inländische als auch in ausländische Mobilfunknetze angeboten. Verbindungsleistungen können den Endkunden vom Teilnehmernetzbetreiber über den Telefonanschluss oder von Verbindungsnetzbetreibern über Call-by-Call[11] oder Preselection[12] angeboten werden. Wiederverkäufer kaufen Telefonminuten bei Netzbetreibern ein und vermarkten diese unter eigenem

[4] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[5] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[6] Vgl. COMP/M.1439 – Telia/Telenor, Rn. 85 f.
[7] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[8] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.
[9] Vgl. Leitlinien Rn. 14.
[10] Vgl. Explanatory Memorandum, S. 17.
[11] Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren.
[12] Betreibervorauswahl.

Namen und auf eigene Rechnung.[13] Verbindungsleistungen können den Endkunden ferner im Rahmen von VoIP-Diensten angeboten werden.[14]

Diese Dienste können einzeln oder im Paket mit Anschlüssen, anderen Verbindungsarten und ggf. weiteren Dienstleistungen aus dem Telekommunikationsbereich oder anderen Bereichen (z.B. Strom, Fernsehen) angeboten werden. Die Anbieter bieten den Kunden häufig mehrere einzelne Leistungen in einem Rahmenvertrag als Paket an. Dabei gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungs- und Tarifmodelle.[15]

[13] Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post: Tätigkeitsbericht 2002/2003, Bonn 2003, S. 4.
[14] Für die detaillierte Analyse siehe 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, 2006.
[15] Für die detaillierte Analyse siehe 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, 2006.

C. Gang der Ermittlungen

Zur Aufklärung des Sachverhaltes wurde mit Schreiben vom 15.05.2006 an 36 Unternehmen ein formelles Auskunftsersuchen gemäß § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG mit Frist bis zum 07.06.2006 gesandt.

Bei der Auswahl der adressierten Unternehmen fanden diejenigen Berücksichtigung, die der Größe nach absteigend sortiert im Rahmen des letzten Auskunftsersuchens für die öffentlichen Auslandsgespräche an festen Standorten bzw. im Rahmen des Tätigkeitsberichts für Anrufe in inländische Mobilfunknetze einen Marktanteil von zusammen mindestens 90 % des Marktes ausgemacht haben. Ergänzt wurde die Liste durch die Unternehmen, die auf dem Markt für Auslandsverbindungen im Jahr 2004 einen Marktanteil von mind. 0,4 % hatten.

Erstmalig wurden auch entsprechend der für die Märkte 1 bis 6 festgelegten Marktdefinition VoIP-Anbieter in eine Abfrage einbezogen. Neben Anbietern, die bereits zur o.g. Gruppe gehören (z.B. QSC, Arcor, Deutsche Telekom AG) sind dies die Unternehmen United Internet AG, AOL Deutschland GmbH & Co. KG, Indigo Networks GmbH sowie die Tiscali GmbH, da anzunehmen ist, dass damit die bedeutendsten VoIP-Anbieter erfasst werden.

Ferner werden auch die Unity Media und Kabel Deutschland als größte Kabelnetzbetreiber einbezogen, da deren Kabelnetze zumindest teilweise rückkanalfähig sind und darüber ebenfalls Telefondienstleistungen erbracht werden.

Nach Ansicht der DT AG sei es methodisch nicht einwandfrei, einen Teil der identifizierten Unternehmen nicht zu untersuchen, sondern deren Marktanteil bzw. deren Einfluss auf das Marktgeschehen nur zu schätzen. Die Marktanalyse müsste ein bestmögliches Bild des Marktes wiedergeben, sich auf erhobene Daten stützen und nur für den Fall, dass keine sichere Datenbasis erstellbar sei, auf Schätzungen zurückgreifen. Daher sei die erhobene Datenbasis unvollständig.

Auch in früheren Analysen hat die Bundesnetzagentur i.d.R. einen Bereich von 5 % bzw. 10 % des Marktvolumens auf dem Markt geschätzt. Dabei handelt es sich um Wettbewerber, die einen so kleinen Marktanteil haben, dass deren Erfassung für die Zwecke der Marktanalyse nur mit einem extremen und völlig unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand möglich wäre. Bereits jetzt sind Unternehmen erfasst, die bei den Umsätzen wie auch den Absätzen einen Marktanteil von deutlich weniger als 0,1 % haben. Dies gilt in Bezug auf alle Anbieter, also auch auf Kabelnetzbetreiber bzw. Anbieter von VoIP. Zusätzlich zu den Prozentpunkten, die für diesen Bereich geschätzt werden, wird noch ein Sicherheitszuschlag von 5 Prozentpunkten erhoben, so dass insgesamt eine Schätzung von 15 Prozentpunkten auf das errechnete Marktvolumen erhoben wird. Dies bedeutet, dass der entsprechende Marktanteil der DT AG immer unter deren tatsächlichen Marktanteil liegen wird. Die mögliche Differenz entsteht somit zugunsten der DT AG.

Der Inhalt des Fragebogens lässt sich wie folgt beschreiben:

Die im ersten Teil des Auskunftsersuchens enthaltenen Fragen (Fragen 1 bis 11) beziehen sich allgemein auf das Angebot der relevanten Verbindungsleistungen, eine etwaige Differenzierung in geografischer Hinsicht, die jeweiligen Produktvarianten und deren Preise mit Stand vom 31.12.2004 und 31.12.2005, den Gesamtumsatz des Unternehmens und ggf. des Konzerns in den Jahren 2004 und 2005 sowie die gesellschaftsrechtlichen Verbindungen zu Anbietern oder Nachfragern von Telekommunikationsleistungen. Des Weiteren wurde die Darstellung der Außenumsatzerlöse/-mengen (2004, 2005), der Innenumsatzerlösen/-mengen 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 12 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.

Aus verschiedenen Gründen wie etwa missverständlichen oder lückenhaften Angaben waren vielfach Nachfragen und Fristverlängerungen erforderlich, wobei die letzte gewährte Fristverlängerung am 21.07.2006 endete. Die Fragen, die bis zuletzt unbeantwortet blieben, wurden durch Schätzungen dieser Daten vervollständigt, soweit dies erforderlich, möglich und zulässig war.

D. Vorbringen der Anbieter

I. 01051 Telecom GmbH

Nach Auffassung der 01051 Telecom GmbH haben Mobilfunknetzbetreiber in Deutschland bisher Zusammenschaltung nach Gutdünken gewährt. Der Marktzutritt bereite Probleme, weil die Mobilfunknetzbetreiber nur in seltenen Fällen Verbindungsnetzbetreiber als Partner akzeptierten. Verhandlungen über eine direkte Zusammenschaltung erwiesen sich oftmals als schwierig, weil nicht nur die Entgelte, sondern auch technische und vertragliche Aspekte der Zusammenschaltung größere Probleme aufgeworfen hätten. Die Mobilfunknetzbetreiber im Ausland zeigten ein durchaus ähnliches Verhalten.

Als Behinderungsstrategie sei vor allem die Fest-Mobil-Substitution zu nennen. Mobilfunknetzbetreiber nützten die überhöhten Terminierungsentgelte, um günstige Endkundentarife querzufinanzieren, woraus sich eine Behinderung der Verbindungsnetzbetreiber ergebe, die auf dem jeweiligen Markt nicht mehr effektiv konkurrieren könnten.

II. AOL Deutschland

AOL Deutschland geht davon aus, dass die Ergebnisse der Untersuchungen für die Märkte 1-6 entsprechend gelten, da die hier zu untersuchenden Endkundenmärkte auf öffentliche Verbindungen abstellten, die von einem schmalbandigen Festnetzanschluss, über einen Breitbandkabelanschluss oder über VoIP getätigt werden.

Auch gälten im Wesentlichen die gleichen Zugangshindernisse zu den Märkten wie für die Verbindungsleistungen in Festnetze, insbesondere in inländische Festnetze.[16] Diese strukturellen Marktzutrittsschranken würden aber noch dadurch verstärkt, dass die wenigsten alternativen Festnetzbetreiber über eine direkte Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern verfügten, sondern im Regelfall von der DT AG Transitleistungen einkaufen müssten.

Auch könne die DT AG anders als die meisten Festnetzbetreiber aus dem Konzernverbund heraus Mobilfunkleistungen anbieten. Dies ermögliche es ihr, Bündelprodukte mit einer erheblichen Preisdifferenzierung gerade auch bei Verbindungen in Mobilfunknetze anzubieten (Bsp.: Basispreis T-Com zu T-Mobile: 0,20 €/Min., im Produkt CallPlus: 0,1775 €/Min., im Produkt Call XXL Freetime 0,1370€/Min.[17]). Alternative Festnetzbetreiber könnten hiermit regelmäßig nicht konkurrieren. AOL habe erhebliche Zweifel, ob die genannten Sondertarife die Verbindungen in die Mobilfunknetze tatsächlich kostendeckend abbildeten. Die erhebliche Preisspanne lasse nur die Auslegung zu, dass entweder der Preis für das Basisprodukt überhöht oder die Sondertarife nicht kostendeckend seien. Jedenfalls nehme aber die DT AG offenkundig Mischkalkulationen im Produktbündel vor, die für Wettbewerber mangels vergleichbarer Infrastruktur nicht abbildbar seien.

Das der Marktmacht der DT AG innewohnende Behinderungspotenzial werde auch in deren Produkt „Switch & Profit“ deutlich, bei dem Anschlusskunden der DT AG angeboten werde, an sie adressierte Mobilfunkanrufe auf ihren Festnetzanschluss umzuleiten. In diesem Fall erreichten Mobilfunkanrufe nicht das Mobilfunknetz, sondern verblieben im Festnetz der T-Com. Der A-Teilnehmer zahle trotzdem das volle Entgelt für einen Mobilfunkanruf. Der B-Teilnehmer erhalte von den von der DT AG gesparten Terminierungsentgelten eine Gutschrift in Höhe von 2,59 Cent/Min. So greife die DT AG in unlauterer Weise in den Markt der Verbindungen in Mobilfunknetze ein.

[16] S. hierzu Notifizierungsentwurf der Bundesnetzagentur vom 21.11.2005.
[17] Nach Preislisten Stand 01.03.2006.

Daher bestehe auf dem Markt der Verbindungen in inländische Mobilfunknetze kein funktionierender Wettbewerb. Es sei nicht ersichtlich, wie die bestehenden strukturellen Hindernisse durch technischen Fortschritt aufgelöst werden könnten. Dies gelte gerade auch für VoIP-Produkte. Die bei der Bundesnetzagentur vorliegende Beschwerde der Freenet AG zeige, wie die DT AG unter Einschluss von VoIP versuche, ihre im Anschlussbereich weit überragend bestehende Marktmacht auf neue innovative Produkte zu übertragen.

III. Arcor AG & Co. KG

[BuG]

IV. BT (Germany) GmbH & Co. oHG

BT (Germany) hält es aufgrund der notwendigen Zutrittsinvestitionen für ausgeschlossen, dass neue Wettbewerber auf den genannten Märkten eintreten könnten. Außerdem 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[18], durch konstante Verweigerung eines den Vorgaben der Regulierungsbehörde entsprechenden Standardvertragsangebotes sowie eines entsprechenden Resale-Angebotes, durch Bevorzugung der eigenen Konzerntöchter, durch im internationalen Maßstab überteuerte Zusammenschaltungsleistungsentgelte und durch permanente sachlich ungerechtfertigte Bündelung von Produkten, durch die sein Anschlussmonopol faktisch in den Verbindungsbereich übertragen werde.

BT sehe aus den genannten Gründen auf den vorliegenden Märkten keinen wirksamen Wettbewerb.

V. Callax Telecom Holding GmbH

Nach Auffassung der Callax Telecom sei es nur schwer möglich, mit den inländischen Mobilfunknetzbetreibern direkt Zusammenschaltungsvereinbarungen zu verhandeln. Insbesondere seien die von diesen unabhängig von einer Gefahr im Sinne des § 321 BGB geforderten Sicherheitsleistungen ein Expansionshemmnis bzw. eine Marktzutrittsschranke.

Problematisch seien Angebote der Deutschen Telekom für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze, die teilweise die Grenzen des § 28 TKG unterschritten.

Der Wettbewerb aus dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze sei durch einen starken Preiswettkampf gekennzeichnet. Die Preise bewegten sich weitestgehend im Bereich der Einzelkosten, die für die Mobilfunkterminierungen anfielen. Daher seien die Gewinnmargen sehr niedrig bzw. teilweise sogar negativ.

VI. Deutsche Telekom AG

Nach Auffassung der Deutschen Telekom AG ist angesichts einer bereits dreistelligen Zahl von Anbietern für Telefonverbindungen von festen Anschlüssen in Deutschland die Frage nach den Möglichkeiten weiterer Neueintritte in diese Märkte von geringer Relevanz. Angesichts der existierenden regulierten Vorleistungen „Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ und Interconnection-Verbindungsvorleistungen beständen für neue Anbieter – ob Teilnehmernetzbetreiber oder Verbindungsnetzbetreiber – keine Markteintrittsbarrieren.

[18] S. hierzu Verfahren BK 2a 01/010, BK 2a 02/023 und BK 2e 02/024.

Auch ließen sich keine Expansionshemmnisse feststellen. Insbesondere das markante Wachstum der in Deutschland tätigen Festnetzteilnehmernetzbetreiber und der damit verbundene Marktanteilsverlust der Deutschen Telekom AG zeigten, dass das Wachstum von Anbietern im Markt nicht durch die Marktmacht einzelner oder mehrerer Anbieter beeinträchtigt würde.

Behinderungsstrategien lägen nicht vor. Durch den technischen Fortschritt würden in Zukunft auf intermodaler Basis die Möglichkeiten noch größer werden, auf dem Markt tätig zu werden. Daher kämen die betrachteten Märkte nicht für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht.

VII. E.T.H. AG

Nach Auffassung der E.T.H. AG gebe es Marktzutrittsschranken, da die Zusammenschaltungsverträge mit den deutschen Mobilfunknetzen Staffelpreise und Mindestterminierungsminuten enthielten, die eine direkte Zusammenschaltung für mittelständische Verbindungsnetzbetreiber finanziell unmöglich bzw. nicht profitabel machten.

VIII. NetCologne

Nach Auffassung von NetCologne gebe es z.B. Schwierigkeiten, Direktzusammenschaltungen mit den Mobilfunknetzbetreibern abzuschließen. Insbesondere stellten die Mobilfunknetzbetreiber nur auf nationale, nicht aber auf regionale Zusammenschaltungen ab.

Der technische Fortschritt wirke sich auf die wettbewerblichen Verhältnisse aus. Sobald im Mobilfunkbereich die Bandbreiten von DSL im Festnetzbereich erreicht würden, könnten sich nur noch die Festnetz- oder Mobilfunkanbieter durchsetzen, die „Quadrupel“ anbieten könnten.

Zudem bedrohe der Mobilfunkmarkt mit Angeboten wie „Vodafone Zuhause“, „O2 Genion“, „T-Mobile@Home“ und eigenen DSL-Angeboten zunehmend den Festnetzmarkt. Solche Angebote seien den Mobilfunknetzbetreibern nur aufgrund der hohen Terminierungsentgelte möglich, die die Festnetzbetreiber zahlen müssten.

IX. QSC AG

Nach Ansicht der QSC AG bestehen für das Angebot von Verbindungsleistungen über Festnetze in Mobilfunknetze die gleichen Marktzutrittsschranken wie für das Angebot von Verbindungsleistungen in Festnetze. Diese Aussage könne Bestand haben, solange ein nicht-diskriminierendes Angebot über einen entgeltregulierten Transit und eine Weitergabe des selbst genutzten Terminierungsentgeltes durch die DT AG gegeben sei. Die von den Mobilfunkunternehmen geforderten hohen Terminierungsentgelte schränkten den Wettbewerb jedoch insofern ein, als Verbindungen über Festnetze durch im Vergleich zu den Terminierungsentgelten quersubventionierte On-Net-Tarife substituiert würden. Dies sei auch eine Behinderungsstrategie.

Der technische Fortschritt werde wenig Einfluss auf die weitere Entwicklung auf diesem speziellen Markt haben. Es seien vielmehr die administrativen Rahmenbedingungen, die für faire Wettbewerbsverhältnisse und damit für einen fairen Wettbewerb der Infrastrukturen sorgen müssten.

X. VarTec Telekom

Nach Auffassung von VarTec ist der Markteintritt prinzipiell möglich. Es sei eine Frage der Investitionen und des Geschäftsmodells. Expansionshemmnisse bzw. Behinderungsstrategien gebe es in dem Sinne, dass die Bedingungen für eine Netzzusammenschaltung mit Mobilfunknetzbetreibern zwecks direkter Terminierung für kleinere Festnetzbetreiber meist so unattraktiv

seien, dass sie wirtschaftlich keinen Sinn mache. Als reiner Verbindungsnetzbetreiber habe man zudem eine schlechte Verhandlungsposition gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern. Es gebe bei der Terminierung keinen Wettbewerb; daran werde auch der technische Fortschritt nichts ändern. Etwas besser sei die Verhandlungsposition der Teilnehmernetzbetreiber, da der Mobilfunknetzbetreiber ein Interesse daran haben dürfte, dass seine Mobilfunkendkunden bei Bedarf auch dessen Teilnehmer erreichen könnten.

E. Nationale Konsultation

Zum Zweck der Durchführung einer nationalen Konsultation im Sinne des § 12 Absatz 1 TKG hat die Bundesnetzagentur am 20.12.2006 einen Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze und Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze im Amtsblatt Nr. 24 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Mitteilung Nr. 435/2006 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Damit wurde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 02.02.2007 gegeben. Insgesamt sind 3 Stellungnahmen eingegangen.

Gemäß § 12 Absatz 1 Satz 2 TKG sind sodann am 07.03.2007 die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens im Amtsblatt Nr. 5 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Mitteilung Nr. 130/2007 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

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

In Anhang 3 werden die Stellungnahmen der interessierten Parteien wie veröffentlicht wiedergegeben.

F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Absatz 1 TKG

Mit Schreiben vom 12.04.2007 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 20.04.2007 erteilt.

Das Bundeskartellamt hat im Einvernehmen Folgendes angemerkt:

„Für den Markt der Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze erfolgt das Einvernehmen ausschließlich im Hinblick auf die von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegten 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), deren Kriterien nicht in allen Punkten mit den bei einer Feststellung von Marktbeherrschung nach dem GWB zugrunde gelegten Kriterien deckungsgleich sind (so auch die Stellungnahme der Beschlussabteilung zur Marktanalyse für die Märkte 1-6 vom 14. November 2005). Die Beschlussabteilung erteilt ihr Einvernehmen bezüglich der Feststellung der fehlenden beträchtlichen Marktmacht auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze auch im Hinblick einer möglicherweise trotz weiterhin bestehender Marktbeherrschung nicht mehr bestehender 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 27. April 2007 wurde das europäische Konsolidierungsverfahren im Sinne von § 12 Absatz 2 Nr. 1 TKG eingeleitet. Mit Schreiben vom 29. Mai 2007 hat die Kommission mitgeteilt, dass sie keine Stellungnahme abgibt.

H. Marktabgrenzung

In der Regel legt die Bundesnetzagentur die in der Märkte-Empfehlung der Kommission aufgeführte Marktabgrenzung zugrunde. Nur wenn es aufgrund nationaler Besonderheiten unumgänglich erscheint, wird geprüft, ob von dieser abgewichen werden muss.

In ihrer Festlegung zu den Märkten 1-6 ist die Bundesnetzagentur von dieser Empfehlung abgewichen. Sie stellte nämlich als nationale Besonderheiten fest, dass (neben der Nicht-Trennung von Märkten für Privat- und Geschäftskunden) die Verbindungen in die Mobilfunknetze wegen der Nichtaustauschbarkeit aus Nachfragersicht sowie der unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen nicht als Teil der sachlich relevanten Märkte Nr. 3 bis Nr. 6 betrachtet werden konnten.[19]

Die Kommission hat jedoch in ihrer Stellungnahme zu den Märkten 1-6 ausgeführt, dass die Bundesnetzagentur die Verbindungsmärkte enger definiere, als in der Märkte-Empfehlung vorgesehen. Insbesondere definiere die Bundesnetzagentur einen separaten Markt für Verbindungen in Mobilfunknetze. Die Kommission sei nicht davon überzeugt, dass eine solche enge Marktabgrenzung gerechtfertigt sei. Daher werde die Bundesnetzagentur aufgefordert, den Markt für Mobilfunknetze zu analysieren und – ggf. – regulatorische Maßnahmen innerhalb des kürzest möglichen Zeitraums vorzuschlagen. Verbindungsleistungen in das PSTN sowie Verbindungsleistungen in Mobilfunknetze würden regelmäßig – insbesondere von der DT AG – als Bündel angeboten. Eine Regulierung des vorliegenden Marktes ohne die Berücksichtigung von Verbindungen in Mobilfunknetze sei daher nur eingeschränkt effektiv.

Dies zeigt, dass die Kommission die hier zu untersuchenden Märkte als einen Bestandteil der Märkte Nr. 3 bis Nr. 6 der Märkte-Empfehlung betrachtet. Somit sind diese von der Bundesnetzagentur entsprechend zu untersuchen.Im Folgenden werden nunmehr die entsprechenden sachlich und räumlich relevanten Märkte gemäß § 10 Abs. 1 TKG abgegrenzt (für eine Darstellung der Marktabgrenzungskriterien siehe Anhang 2).

I. Sachliche Marktabgrenzung

Die Frage, ob öffentliche Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze einem gemeinsamen Markt mit den öffentlichen In- und Auslandsverbindungen an festen Standorten angehören, ist bereits in der Marktanalyse zu den Märkten Nr. 1-6 der Märkte-Empfehlung verneint worden. Auch für die Einbeziehung von VoIP-Verbindungen bzw. die Nicht-Trennung zwischen sog. Privat- und Geschäftskunden wird auf die Festlegung der Bundesnetzagentur verwiesen.[20] Ferner gehören entsprechend der Marktanalyse zu den Märkten Nr. 1-6 auch diejenigen Verbindungsleistungen in in- und ausländische Mobilfunknetze zum Markt, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz vom weniger als einer Millionen Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden.[21]

Die DT AG merkt in diesem Zusammenhang an, dass ungeprüft die Grundsätze aus den Märkten 1-6 übernommen worden seien, obwohl die Markterhebungen dazu bereits 2-3 Jahre zurückgelegen hätten.

---

[19] Vgl. ausführlich die 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, 2006.

[20] Für die detaillierte Beschreibung siehe 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, 2006.

[21] Für die detaillierte Analyse siehe 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, 2006.

Der Bundesnetzagentur sind jedoch keine Tatsachen bekannt, dass die in der Analyse zu den Märkten 1-6 aufgeführten Grundsätze zur Einbeziehung von VoIP und Systemlösungen sowie zur Nicht-Trennung zwischen Privat- und Geschäftskunden (Austauschbarkeit auf Nachfrager- und Anbietersicht sowie homogene Wettbewerbsbedingungen) nicht mehr zutreffen.

Dies zeigt z.B. ein Vergleich der verschiedenen Angebote für Privat- und Geschäftskunden bzw. im Hinblick auf die Einbeziehung der sog. Systemlösungen der DT AG ein Vergleich zwischen den Verträgen zu den sog. Systemlösungen mit dem Tarif Business Call 701. Auch spielt das Angebot über Call-by-Call nach wie vor eine bedeutende Rolle auf den Endkundenmärkten, auch wenn das starke Wachstum der Direktanschlüsse insgesamt zu einem leichten Rückgang der Verkehrsmenge der Anbieter von Call-by-Call-Diensten geführt hat[22]. Beispielhaft dafür sei genannt, dass der **[BuG]** Wettbewerber bei den Verbindungen in nationale Mobilfunknetze und der **[BuG]** Wettbewerber bei den Verbindungen in internationale Mobilfunknetze nur offenes Call-by-Call anbietet und somit gar nicht zwischen Privat- und Geschäftskunden unterscheiden kann.

Nachstehend ist daher zu prüfen, ob bei den vorliegenden Leistungen öffentliche Verbindungen in inländische bzw. ausländische Mobilfunknetze die Anrufe in ein bestimmtes Mobilfunknetz jeweils einen Markt bilden oder ob die öffentlichen Verbindungen in alle inländischen bzw. alle ausländischen Mobilfunknetze einen gemeinsamen Markt bilden. Ferner ist zu prüfen, ob die öffentlichen Verbindungen in inländische und ausländische Mobilfunknetze einen gemeinsamen Markt bilden.

1. Öffentliche Verbindungen in inländische Mobilfunknetze

Hierzu gehören die Anrufe in die Mobilfunknetze von T-Mobile (D1), Vodafone (D2), E-Plus (E1) sowie O_2 Germany (E2).

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

An sich sind Verbindungen in ein inländisches Mobilfunknetz nicht mit Verbindungen in ein anderes inländisches Mobilfunknetz austauschbar. Eine stringente Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes hätte darüber hinaus 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[23]. 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[24].

Daher können alle gleichartigen Verbindungen zusammengefasst werden. Dies gilt zunächst für Verbindungen in jeweils ein bestimmtes Mobilfunknetz. Für den Anrufer aus dem Festnetz ist darüber hinaus die ortsunabhängige Erreichbarkeit des angerufenen Teilnehmers entscheidend. Zwar kann ein Nachfrager den Gesprächspartner immer nur in einem bestimmten Mobilfunknetz erreichen. Aus Nachfragersicht ist es jedoch nicht von Belang, ob der gewünschte Gesprächspartner seinen Mobilfunkanschluss bei T-Mobile, Vodafone, E-Plus oder O_2 Germany hat. Die Preise divergieren nur in geringem Maße und sind teilweise sogar für alle Netze identisch. Außerdem verfügt jeder der Mobilfunknetzbetreiber über eine flächendeckende Erreichbarkeit seiner Teilnehmer in Deutschland und kann somit deren ortsunabhängige Erreichbarkeit gewährleisten. Daher sind letztlich aus Nachfragersicht alle Verbindungen vom Festnetz in alle inländischen Mobilfunknetze zusammenzufassen.

[22] Vgl. Jahresbericht 2006 der Bundesnetzagentur, S. 67.
[23] Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 32 (allerdings zu Mobilfunk).
[24] Vgl. KG, 07.11.1985 „Pillsbury – Sonnen-Bassermann“ WuW/E OLG 3759, 3759 f.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Es besteht eine sehr hohe Angebotsumstellungsflexibilität der Anbieter, die Angebote nicht nur für ein, sondern für alle inländischen Mobilfunknetze vorweisen können. Jeder Anbieter, der Verbindungen in ein bestimmtes inländisches Mobilfunknetz herstellt, ist i.d.R. in der Lage, alle inländischen Mobilfunknetze einzubeziehen.

Somit deuten die guten Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebotsseite ebenfalls auf einen gemeinsamen Markt für Verbindungen in alle inländischen Mobilfunknetze hin. Die Kommission empfiehlt in solchen Fällen, die Märkte eher weiter abzugrenzen.[25]

Wettbewerbsbedingungen

Es könnten unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen vorliegen, da einige Wettbewerber Verbindungen in inländische Mobilfunknetze im Konzernverbund anbieten können. So ist T-Mobile Deutschland GmbH Teil des Konzerns Deutsche Telekom AG. Die Arcor AG & Co. KG gehört zur Vodafone-Gruppe. O_2 Germany ist Teil des Telefónica-Konzerns.

Allerdings sind auf der Vorleistungsebene die Terminierungsentgelte in das jeweilige Mobilfunknetz für alle Nachfrager einheitlich. Auch auf der Endkundenebene ist eine Preisdifferenzierung dergestalt, dass Tarife in das verbundene Mobilfunknetz günstiger wären als in die nichtverbundenen Mobilfunknetze, nicht festzustellen: So hat Arcor einen einheitlichen Preis für Verbindungen in alle vier Mobilfunknetze. Die T-COM und Telefónica nehmen zwar eine Preisdifferenzierung vor. Diese spiegelt aber lediglich die unterschiedlichen Terminierungsentgelte der D- und E-Netzbetreiber wider. So sind die Preise der T-Com für Verbindungen in die Netze von T-Mobile und Vodafone identisch. Entsprechendes gilt für die Preise der Telefónica für Verbindungen in die Netze von E-Plus und O_2 Germany. Daher entstehen durch die jeweiligen Konzernzugehörigkeiten keine unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen.

Auch bei den übrigen Anbietern zeigt sich, dass in vielen Fällen die Preise für die Verbindungen in alle vier Mobilfunknetze identisch sind. Dies spricht für einheitliche Wettbewerbsbedingungen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der sachlich relevante Markt die Verbindungen in alle inländischen Mobilfunknetze umfasst.

2. Öffentliche Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze

Hierzu zählen die Mobilfunknetze aller Betreiber in allen Zielländern weltweit.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

An sich sind Verbindungen in ein ausländisches Mobilfunknetz nicht mit Verbindungen in ein anderes ausländisches Mobilfunknetz austauschbar. Eine stringente Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes hätte darüber hinaus 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[26]. Eine derartige Marktabgrenzung wäre indes zu eng. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Annahme zahl-

[25] Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 17 Absatz 4.
[26] Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 32 (allerdings zu Mobilfunk).

reicher kleiner Märkte die Gefahr beinhaltet, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen[27].

Daher können alle gleichartigen Verbindungen zusammengefasst werden. Für den Anrufer aus dem Festnetz ist die ortsunabhängige Erreichbarkeit des angerufenen Teilnehmers entscheidend. Diese wird aber von allen Mobilfunknetzbetreibern in ihren jeweiligen Netzen gewährleistet. Daher sind aus Nachfragersicht alle Verbindungen vom Festnetz in ausländische Mobilfunknetze zusammenzufassen.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Es besteht eine sehr hohe Angebotsumstellungsflexibilität der Anbieter, die Angebote nicht nur für einzelne, sondern für alle ausländischen Mobilfunknetze vorweisen können. Jeder Anbieter, der Verbindungen in ein bestimmtes ausländisches Mobilfunknetz herstellt, ist i.d.R. in der Lage, alle ausländischen Mobilfunknetze einzubeziehen. Wer beispielsweise eine Verbindung in ein Mobilfunknetz in Frankreich anbietet, kann auch eine Verbindung in ein Mobilfunknetz in Spanien herstellen und sein Sortiment jederzeit ausweiten[28]. Demzufolge ist auch das potenzielle Angebot der Anbieter zu berücksichtigen. Zwar ist nicht auszuschließen, dass es auch Spezialanbieter gibt, die sich auf Anrufe in Mobilfunknetze bestimmter Länder spezialisieren. Markttypisch ist dies jedoch nicht.

Somit deuten die guten Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebotsseite ebenfalls auf einen gemeinsamen Markt für Verbindungen in alle ausländischen Mobilfunknetze hin. Die Kommission empfiehlt in solchen Fällen, die Märkte eher weiter abzugrenzen.[29]

Wettbewerbsbedingungen

Es könnten unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen dadurch vorliegen, dass einige Anbieter durch einen Konzern oder sonstige Allianzen mit ausländischen Mobilfunknetzbetreibern verbunden sind und dadurch günstigere Tarife in diese Netze anbieten könnten. Dagegen spricht aber, dass die Tarife in ausländische Mobilfunknetze bei allen Anbietern ausschließlich länderabhängig sind und nicht zwischen bestimmten Mobilfunknetzen in den jeweiligen Zielländern unterscheiden.

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 geografische 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 Ergebnis ist daher festzuhalten, dass der sachlich relevante Markt die Verbindungen in alle ausländischen Mobilfunknetze umfasst.

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

3. Öffentliche Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze

Abschließend ist zu prüfen, ob öffentliche Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze einen gemeinsamen Markt darstellen.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

Ähnlich wie bei Anrufen in Festnetze ist aus Nachfragersicht ein Gespräch in ein inländisches Mobilfunknetz nicht austauschbar mit einem Anruf in ein ausländisches Mobilfunknetz. Wenn auch die Anrufe in inländische Mobilfunknetze zu einem Markt zusammengefasst werden, kann dies im Verhältnis zu ausländischen Mobilfunknetzen schon im Hinblick auf die in vielen Fällen signifikant unterschiedlichen Preise bei den Telefonaten in die letzteren nicht erfolgen. Während sich die Preise für Telefonate in inländische Mobilfunknetze durchaus ähnlich sind, unterscheiden sich diejenigen in ausländische Mobilfunknetze deutlich von diesen und auch untereinander, so dass eine Austauschbarkeit auch unter diesem Aspekt nicht angenommen werden kann.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Es besteht eine gewisse Produktionsflexibilität der Anbieter, die Angebote i.d.R. nicht nur für inländische, sondern auch für ausländische Mobilfunknetze vorweisen können. Allerdings gibt es Call-by-Call-Anbieter, die sich überwiegend bzw. ausschließlich auf das Auslandsgeschäft spezialisiert haben. Daher ist nur von einer eingeschränkten Austauschbarkeit aus Anbietersicht auszugehen.

Wettbewerbsbedingungen

Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze unterliegen heterogenen Wettbewerbsbedingungen. Die im Abschnitt J. dargestellte Marktanteilsentwicklung zeigt, dass sich der Wettbewerb hinsichtlich der Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze besser entwickelt hat als derjenige hinsichtlich der Verbindungen in inländische Mobilfunknetze. Auch zeigen sich die heterogenen Wettbewerbsbedingungen in den unterschiedlichen Preisen bzw. Preisspannen.

Zwar werden diese zu einem großen Teil von den jeweiligen Terminierungsentgelten determiniert. Trotzdem ergeben sich signifikante Unterschiede. Während sich für Anrufe in die inländischen Mobilfunknetze eine Preisspanne von 11 Cent/Min. bis 26 Cent/Min. ergibt, liegen z.B. die Preisspannen für einen Anruf in ein britisches Mobilfunknetz von 10 Cent/Min. bis 40 Cent/Min., für Anrufe in Mobilfunknetze in den USA von 1 Cent/Min. bis 32 Cent/Min. und für Anrufe in ein Mobilfunknetz in den Vereinigten Arabischen Emiraten von 1,75 Cent/Min. bis zu 161 Cent/Min. Solche Unterschiede in den Preisspannen für Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze eines bestimmten Landes können nicht ausschließlich mit den in verschiedenen Ländern unterschiedlichen Terminierungsentgelten erklärt werden. Daher muss die Möglichkeit einzelner Anbieter, signifikant höhere Preise für Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze zu nehmen, mit den im Vergleich zu den Verbindungen in inländische Mobilfunknetze unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen zusammenhängen.

Im Ergebnis gehören daher Verbindungen in inländische Mobilfunknetze einerseits und in ausländische Mobilfunknetze andererseits nicht einem gemeinsamen Markt an.

4. Nennung der sachlich relevanten Märkte

Damit werden die folgenden sachlich relevanten Märkte festgestellt:

1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze mit Ausnahme derjenigen Verbindungsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem ein-

zelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Millionen € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden,

2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze 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.

II. Räumliche Marktabgrenzung

Im Anschluss an die Definition des sachlich relevanten Markts ist der räumlich relevante Markt abzugrenzen.[30] Fraglich ist, ob bei den unter H.I. untersuchten Märkten vorliegend von bundesweiten Märkten ausgegangen werden kann.

1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze

Auf dem sachlich relevanten Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze gibt es keine regionalen Märkte. 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 Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze nicht notwendigerweise bundesweit präsent sein müssen, sondern über Call-by-Call und Preselection diese Verbindungen für Endkunden auch als kleinere Anbieter bundesweit anbieten können. Die Präsenz der Anbieter bzw. das Vorhandensein regionaler Infrastruktur hat auf den Verbindungsmärkten keine Bedeutung. Daher können die Endkunden zwischen einer Vielzahl von Anbietern wählen. 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 geografischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze

Auf dem sachlich relevanten Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze gibt es keine regionalen Märkte. 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 Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze nicht notwendigerweise bundesweit präsent sein müssen, sondern über Call-by-Call und Preselection diese Verbindungen für Endkunden auch als kleinere Anbieter bundesweit anbieten können. Die Präsenz der Anbieter bzw. das Vorhandensein regionaler Infrastruktur hat auf den Verbindungsmärkten keine Bedeutung. Daher können die Endkunden zwischen einer Vielzahl von Anbietern wählen. 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 geografischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

Das Ergebnis der räumlichen und sachlichen Marktabgrenzung wird von allen interessierten Parteien für richtig befunden.

[30] Vgl. Leitlinien, Rn. 55.

I. Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG

Im Anschluss an die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte hat die Bundesnetzagentur 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 Märkte nach Nr. 1 bis 6 der Märkte-Empfehlung die drei oben genannten Kriterien erfüllt sind. In ihrer Stellungnahme vom 21.12.2005 hat die Kommission zu den Märkten 1-6 ausgeführt, dass ihrer Auffassung nach die Verbindungsmärkte enger definiert seien als in der Märkte-Empfehlung vorgesehen. Dies gelte insbesondere für die Definition eines separaten Marktes für Verbindungen in Mobilfunknetze. Die Kommission fordert die Bundesnetzagentur in dieser Stellungnahme dazu auf, diesen Markt ebenfalls zu analysieren.[31] Daher ist davon auszugehen, dass sich die Märkte-Empfehlung auch auf die untersuchten Märkte für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze und für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze erstreckt.

Die Nennung in der Märkte-Empfehlung stellt zwar keine unwiderlegbare Vermutung dafür auf, dass der jeweilige Markt tatsächlich für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommt. So impliziert die Pflicht zur „weitestgehenden" Berücksichtigung ggf. auch die Möglichkeit eines Abweichens, welche durch 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, wonach die nationalen Regulierungsbehörden Märkte festlegen können, die von denen der Empfehlung abweichen, belegt ist. Ferner legt Art. 249 Abs. 5 EGV allgemein fest, dass Empfehlungen der Rechtsnatur nach nicht verbindlich sind.

Allerdings ist mittlerweile nach gefestigter Rechtspraxis anerkannt, dass Empfehlungen durchaus Rechtswirkungen entfalten können, indem sie zur Auslegung innerstaatlicher, Gemeinschaftsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen sind.[32] Für die hier in Rede stehende Märkte-Empfehlung besteht darüber hinaus die Besonderheit, dass sie sowohl Eingang in Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie als auch in § 10 Abs. 2 S. 3 TKG gefunden hat, weil dort die „weitestgehende Berücksichtigung" der Empfehlung vorgegeben wird. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber auf diese Weise die „weitestgehende Berücksichtigung" der Märkte-Empfehlung zum Tatbestandsmerkmal erhoben hat, kann eine Abweichung von dieser nur den Ausnahmefall darstellen und lediglich aufgrund nationaler Besonderheiten gerechtfertigt sein.

Es ist deshalb zunächst die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, die von der Kommission genannten Märkte im Hinblick auf die konkreten nationalen Gegebenheiten zu prüfen.

[31] Vgl. Stellungnahme der Kommission vom 21.12.2005 DE/2005/0306 bis DE/2005/0311.
[32] EuGH, Rechtssache C-322/88, Urteil v. 13.12.1989, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 - Salvatore Grimaldi/Fonds des maladies professionelles.

Die in diesem Zusammenhang 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.[33] 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, ist zumindest der Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze durch beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken gekennzeichnet. Inwieweit dies auch auf den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze zutrifft, kann hier offen bleiben. Jedenfalls nämlich ist für den letztgenannten Markt derzeit bereits wirksamer Wettbewerb festzustellen, so dass schon aus diesem Grund eine Regulierungsbedürftigkeit nicht vorliegt.

II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb[34]

1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze

Derzeit besteht auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze kein wirksamer Wettbewerb. Dies zeigt sich insbesondere an den nach wie vor hohen Marktanteilen der DT AG sowie den relativ geringen Marktanteilsverlusten. So lag der Marktanteil der DT AG in den betrachteten Jahren sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen über **[BuG]** %. Auch gibt es keinen Wettbewerber, der von seiner Marktposition eine Stellung hat, dass er die Marktmacht der DT AG einschränken könnte. Der Marktanteil des nächstgrößten Wettbewerbers liegt zwischen **[BuG]** % und **[BuG]** % sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen. Damit beträgt der Marktanteil der DT AG etwa das **[BuG]**-fache des nächstgrößten Wettbewerbers.[35]

[33] Vergleichbar Bundesnetzagentur, Beschluss BK 4-05-002/R vom 05.10.2005, veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 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).

[34] Davon zu unterscheiden ist eine ggf. noch durchzuführende Prüfung nach § 39 TKG.

[35] Vgl. im Einzelnen unter J.I.1.

2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze

Derzeit besteht auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze wirksamer Wettbewerb. Dies zeigt sich insbesondere in den Marktanteilsverlusten und den derzeitigen Marktanteilen der DT AG sowie der starken Position, die der wichtigste Wettbewerber der DT AG erzielen konnte: So lag der Marktanteil der DT AG sowohl nach Umsätzen (**[BuG]** % im Jahr 2004 und **[BuG]** % im Jahr 2005) als auch nach Absätzen (**[BuG]** % im Jahr 2004 und **[BuG]** % im Jahr 2005) unter der Schwelle, die die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis für eine beherrschende Stellung[36] angesetzt hat. Auch gibt es einen Wettbewerber, der sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen einen nicht unbedeutenden Marktanteil erzielen und gemessen in Verbindungsminuten **[BuG]** die DT AG erzielen konnte.[37]

Aus diesen Gründen kommt der Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze nicht für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht. Da aber die Kommission die Bundesnetzagentur zur Untersuchung dieses Marktes aufgefordert hat, wird im Anschluss eine ausführliche Marktanalyse durchgeführt, die zeigt, dass die DT AG nicht mehr über beträchtliche Marktmacht auf dem Markt für Auslandsgespräche verfügt.

III. Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden

Für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze ist diese Prüfung entbehrlich, da die Prüfung nach § 10 Abs. 2 S. 1 TKG bereits nach dem 2. Kriterium abgebrochen werden kann, weil dessen Vorliegen eindeutig zu verneinen ist.

Hingegen erscheint die Anwendung allgemeinen Wettbewerbsrechts als Reaktion auf das Marktversagen auf dem Markt für öffentliche Inlandsgespräche an festen Standorten nicht ausreichend.

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. 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."

Tatsächlich liegen diese Voraussetzungen auf dem hier untersuchten Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze vor. Die DT AG verfügt auf dem relevanten Markt über einen Marktanteil von mind. **[BuG]** % sowohl nach Absätzen als auch nach Umsätzen. Es besteht insbesondere die Gefahr eines Preisdumpings zur Verdrängung anderer Wettbewerber vom Markt. Dieses wird noch verstärkt durch die derzeitige Tendenz hin zu Paketangeboten, in denen den Endkunden nicht nur die hier betrachtete Leistung, sondern eine Reihe von Telekommunikationsleistungen angeboten werden. Die Gefahr der Übertragung beträchtlicher Marktmacht (z.B. vom Anschlussmarkt auf den hier relevanten Markt) steigt dadurch.

[36] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m.w.N.
[37] Vgl. im Einzelnen unter J.I.2.

In Anbetracht dieser Gegebenheiten auf dem vorliegend untersuchten Markt sind die Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichend, denn die Vorschriften des GWB sehen allein ein punktuelles Eingreifen in einzelfallbezogenen Verfahren vor. Besteht jedoch wie im vorliegenden Falle bei typisierender Betrachtungsweise die Möglichkeit einer beträchtlichen Marktmacht durch das etablierte Unternehmen DT AG, sind wesentlich detailliertere Befugnisse zur Vornahme positiver Regelungen, fortlaufende Überwachung sowie häufiges Einschreiten erforderlich, wie sie nur durch die Regelungen des TKG gewährleistet werden können.

Schließlich ermöglicht das TKG der Bundesnetzagentur i.d.R. ein schnelleres Einschreiten auf der Grundlage sofort vollziehbarer Verfügungen. Das ist bislang bei Verfügungen der Kartellbehörden nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nur zum Teil der Fall. Angesichts der erheblichen Dauer gerichtlicher Rechtsschutzverfahren birgt das die Gefahr, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Fall von Verdrängungspreisen finanzschwächere Unternehmen bis zum Ausgang der Verfahren vom Markt verdrängen kann

Daher ist eine über eine allgemeine Wettbewerbsaufsicht hinausgehende regulatorische Aufsicht erforderlich.

IV. Ergebnis

Die Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG liegen somit für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze vor. Er kommt deshalb weiterhin für eine Marktregulierung in Betracht.

Nicht für eine Regulierung in Betracht kommt der Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze, weil hier der Drei-Kriterien-Test nicht erfüllt ist. Da bereits wirksamer Wettbewerb besteht, kann dementsprechend das Kriterium „Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb“ nicht bejaht werden. Aus den o.g. Gründen hat die Bundesnetzagentur jedoch zusätzlich eine Prüfung der beträchtlichen Marktmacht auf diesem Markt durchgeführt (s. I.II.2.).

J. Prüfung der beträchtlichen Marktmacht

Im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach dem 2. Teil des TKG in Betracht kommenden Märkte prüft die Regulierungsbehörde gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 TKG, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht.

Wirksamer Wettbewerb besteht nach § 11 Abs. 1 S. 2 TKG nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. 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 wirtschaftliche starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endkunden zu verhalten, § 11 Abs. 1 S. 3 TKG.[38] Die Regulierungsbehörde berücksichtigt dabei weitestgehend die von der Kommission aufgestellten Kriterien, niedergelegt in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie, § 11 Abs. 1 S. 4 TKG.

Die Würdigung, inwiefern beträchtliche Marktmacht besteht, beruht auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt.[39] Beträchtliche Marktmacht kann anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden, die in einer Gesamtschau zu bewerten sind.[40] Die Unerlässlichkeit einer wertenden Gesamtschau ergibt sich daraus, dass es eine „umfassend ausgearbeitete Theorie der Wettbewerbsvoraussetzungen, die vom 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."[41] Die einzelnen relevanten Faktoren können thematisch als Ausdruck der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur oder des Marktverhaltens einsortiert werden.[42]

Im Folgenden wird nunmehr die konkrete Untersuchung der unter H. abgegrenzten Märkte vorgenommen (für eine Darlegung der in Rn. 72 ff. der Leitlinien dargestellten Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht siehe Anhang 2).

I. Marktanteile betreffend alle abgegrenzten Märkte

Auf den definierten Märkten ist eine Vielzahl von Unternehmen tätig, so dass das Vorliegen eines faktischen Monopols nicht in Betracht kommt. Ein wichtiges Kriterium der Marktanalyse sind daher die Marktanteile der auf dem vorliegend untersuchten Markt tätigen Unternehmen.[43]

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.[44] 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

[38] Wie auch im Anhang 1 unter III. und IV. ausführlich erläutert wird, entspricht also das Fehlen wirksamen Wettbewerbs dem Begriff der beträchtlichen Marktmacht sowie dem wettbewerbsrechtlichen Begriff der marktbeherrschenden Stellung, d.h. alle drei Umschreibungen sind synonym.
[39] Leitlinien, Rn. 75.
[40] Leitlinien, Rn. 75 und 79.
[41] 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.
[42] Vergleiche Dirksen, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 2001, Art. 82 Rn. 37
[43] Vgl. Leitlinien, Rn. 75.
[44] Vgl. Leitlinien, Rn. 76.

Kunden als auch den Abdeckungsgrad des Netzes widerspiegelten.[45] Diese Ausführungen gelten im gleichen Maße für die vorliegenden Endkundenmärkte.

Dies zeigt sich in der vorliegenden Analyse insbesondere für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze. So lagen 2005 z.B. bei den befragten Unternehmen die Preise für Verbindungen in ein Mobilfunknetz in Großbritannien zwischen 11 und 40 c/min. Die Preise für die Anrufe in die VR China lagen zwischen 1,75 und 160 c/min. Diese breite Spanne zeigt, dass alleine die Verbindungsminuten nicht die Marktpräsenz der Unternehmen widerspiegeln würden.

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 auseinander fallen. 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.[46] 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.

Zum Zwecke der Marktanteilsberechnung wurden im Übrigen die Daten der Deutschen Telekom AG, der 01051-Gruppe, der Varol-Gruppe und der Versatel jeweils zusammengefasst, da es sich hierbei gemäß § 3 Nr. 29 TKG i.V.m. §§ 36 Abs. 2, 37 Abs. 1, 2 GWB um verbundene Unternehmen handelt.

1. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze

Für 2004 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – in Höhe von **[BuG]** € und für 2005 in Höhe von **[BuG]** €. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** %[47] bzw. **[BuG]** %.

Das Auskunftsersuchen hat mind. 90 % 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 15 Prozentpunkte erhöht, d.h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 85 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 15 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden.

Die Berechnung erfolgt hier beispielhaft für den nationalen Außenumsatzerlös für das Jahr 2004. Aus den tatsächlich vorliegenden sowie falls notwendig ergänzten Angaben ergibt sich bei den Verbindungsentgelten ein Gesamtumsatz in Höhe von **[BuG]** €. Aufgrund der oben dargestellten Ausführungen wird davon ausgegangen, dass vom Gesamtmarktvolumen (inkl. Schätzungen) fünfzehn Prozentpunkte nicht bekannt sind. Dementsprechend erfolgt die Berechnung des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) wie folgt: Die **[BuG]** € stellen 85 %

[45] Vgl. Leitlinien, Rn. 77.
[46] Vgl. Langen/Bunte, a.a.O., Art 19 GWB Rn. 69-70.
[47] Die Marktanteile werden nach kaufmännischen Regeln auf ganze Prozentzahlen gerundet.

des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) dar. Um 100 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) zu erhalten, müssen zunächst die fehlenden fünfzehn Prozentpunkte berechnet werden. Dies geschieht folgendermaßen: Um 1% des Gesamtmarktvolumens zu erhalten, werden die **[BuG]** € durch 85 dividiert. Es ergibt sich ein Betrag von **[BuG]** €. 15 % sind demnach **[BuG]** €. Das Gesamtmarktvolumen entspricht demnach **[BuG]** € plus **[BuG]** €, also **[BuG]** €. Analog hierzu ergibt sich der nationale Außenumsatz für 2005 von**[BuG]** €.

Analog hierzu ergeben sich die Gesamtmarktumsätze für 2004 in Höhe **[BuG]** € sowie für 2005 in Höhe von **[BuG]** €.

Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. Wichtige Wettbewerber sind **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %, **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** % sowie **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. **[BuG]** weitere Anbieter hatten in den genannten Zeiträumen jeweils Umsätze von mehr als **[BuG]** %.

...

Abb. 1: Marktanteile (gemessen in Umsatzerlösen) für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze für 2004 und 2005

Für 2004 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Verbindungsminuten – in Höhe von **[BuG]** Minuten sowie für 2005 in Höhe von **[BuG]** Minuten. Für die DT AG ergibt sich jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %.

Im Rahmen einer Schätzung wurden die vorgenannten bisher berechneten Marktvolumina jeweils um 15 Prozentpunkte erhöht, d.h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 85 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 15 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Zugangs- und Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen[48] – gemessen in Verbindungsminuten – für 2004 in Höhe von **[BuG]** Minuten sowie für 2005 in Höhe von **[BuG]** Minuten.

Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. Wichtige Wettbewerber sind **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %, **[BuG]** mit **[BuG]** % bzw. **[BuG]** % sowie **[BuG]** mit **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. Weitere **[BuG]** Wettbewerber erreichten 2005 einen Marktanteil von mehr als**[BuG]** %.

...

Abb. 2: Marktanteile (gemessen in Verbindungsminuten) für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze für 2004 und 2005

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 **[BuG]** %. 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 etwa das **[BuG]**-fache der Umsatzerlöse bzw. der Verbindungsminuten der wichtigsten Konkurrenten. Betrachtet man die Marktanteile, die die **[BuG]** wichtigsten Wettbewerber zusammen haben, so beträgt der Marktanteil der DT AG sowohl nach Umsätzen als auch nach Absätzen mindestens das **[BuG]**-fache.

[48] Die Berechnung erfolgt analog zu der Berechnung der Umsatzerlöse.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, es werde weitestgehend versäumt, die Abnahme der Marktanteile der DT AG zu berücksichtigen. Der kontinuierliche Verlust von Marktanteilen widerspreche einer marktmächtigen Stellung. Eine solche Entwicklung sei aufgrund der steigenden Zahl an Anschlüssen bei den Wettbewerbern vorhersehbar. Die Bundesnetzagentur habe selbst hohe Zuwachszahlen bei den Teilnehmernetzbetreibern bekannt gegeben. Zwar würden diese bisher noch einen zahlenmäßig geringeren Marktanteil erschließen als die Anbieter von Call-by-Call und Preselection, aber ihre Rolle im Markt sei als genau so bedeutend einzustufen.

Es ist richtig, dass die Anzahl der Direktanschlüsse der Wettbewerber stark gestiegen ist. Allerdings ist das Ausgangsniveau so gering, dass der Marktanteil der Wettbewerber bei den Anschlüssen immer noch bei weniger als 15% liegt.[49] Im gleichen Zeitraum waren aber auch die über Call-by-Call und Preselection abgewickelten Verbindungsminuten rückläufig. Dies belegt, dass die Teilnehmernetzbetreiber bei den Verbindungsminuten ihren Marktanteil nicht nur auf Kosten der DT AG, sondern auch auf Kosten der Verbindungsnetzbetreiber bzw. der Anbieter von Call-by-Call und Preselection im Allgemeinen erweitern.

Die Gründe dafür liegen nicht nur in einer leicht erhöhten Wechselbereitschaft der Endkunden, sondern auch in den Bündeltarifen.

Wie nachstehend geschildert, sind zwar Verbindungen in inländische Mobilfunknetze i.d.R. nicht in Flatrates enthalten. Allerdings sind die Tarife für solche Anrufe im Rahmen von Paketangeboten aller Anbieter häufig deutlich preiswerter als deren Standardtarife. Im Vergleich zu günstigen Call-by-Call-Tarifen sind sie durchaus konkurrenzfähig, so dass sich ein aufwändiger und wegen der ständig wechselnden Tarife häufiger Preisvergleich für die Endkunden nicht unbedingt lohnt. Daher werden Kunden, die solche Paketangebote ausgewählt haben, auch bei den Verbindungen in inländische Mobilfunknetze in Zukunft auch auf diesem Markt seltener über Call-by-Call telefonieren.

Ob die Endkunden dabei in stärkerem Maße Paketangebote der Wettbewerber oder Paketangebote der DT AG auswählen werden, bleibt noch abzuwarten und kann nicht prognostiziert werden. Dies gilt um so mehr angesichts der von der DT AG angekündigten neuen Strategie, bei der auch eine Zweitmarke u.a. mit DSL-Angeboten auf den Markt kommen soll, die für besonders preisbewusste Kunden gedacht ist.[50] Davon hängt aber letztlich auch die Marktanteilsentwicklung der DT AG bzw. ihrer Wettbewerber ab. Entscheiden sich die Endkunden vermehrt für Paketangebote der DT AG, so könnte deren Marktanteil steigen, da sie auf diese Weise Kunden zurückgewinnt, die bisher zwar ggf. ihren Anschluss bei der DT AG hatten, aber ihre Verbindungen über Preselection oder größtenteils über Call-by-Call abgewickelt haben.

Der vermehrte Trend zu Paketangeboten, die Flatrates zumindest für Verbindungen in inländische Festnetze kombiniert mit deutlich geringeren Tarifen für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze enthalten, könnte somit entgegen den Ausführungen der DT AG sogar zu einer Stärkung der DT AG auf dem vorliegenden sachlich relevanten Markt führen.

Somit sprechen sowohl die absolute Höhe der Marktanteile als auch die Marktanteilsabstände für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht der DT AG. Angesichts der neuen Entwicklungen hin zu Paketangeboten der Teilnehmernetzbetreiber kann nicht davon ausgegangen werden, dass die DT AG wie bisher weiter an Marktanteilen verliert. Es ist davon auszugehen, dass diese evtl. sogar Marktanteile zurückgewinnen wird. Vor diesem Hintergrund sprechen auch die bisherigen Marktanteilsverluste ausnahmsweise nicht

[49] Vgl. Jahresbericht der Bundesnetzagentur, S. 60.
[50] Vgl. Pressemitteilung der DT AG vom 01.03.2007, „Wachstum durch Breitband und mobiles Internet“, http://www.dtag.de/dtag/cms/content/dt/de/252736?printversion=true.

gegen eine beträchtliche Marktmacht der DT AG, da diese gute Chancen hat, angesichts der jüngsten Entwicklungen den Trend umzukehren.

2. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze

Für 2004 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – in Höhe von **[BuG]** € und für 2005 in Höhe von **[BuG]** €. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %.

Das Auskunftsersuchen hat mind. 90 % 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 15 Prozentpunkte erhöht, d.h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 85 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 15 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden.

Analog hierzu ergeben sich die Gesamtmarktumsätze für 2004 in Höhe von **[BuG]** € sowie für 2005 in Höhe von **[BuG]** €.

Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. Wichtige Wettbewerber sind **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %, **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** % sowie **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. **[BuG]** weitere Anbieter hatten 2005 jeweils Umsätze von mehr als **[BuG]** %.

...

Abb. 3: Marktanteile (gemessen in Umsatzerlösen) für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze für 2004 und 2005

Für 2004 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Verbindungsminuten – in Höhe von **[BuG]** Minuten sowie für 2005 in Höhe von **[BuG]** Minuten. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %.

Im Rahmen einer Schätzung wurden die vorgenannten bisher berechneten Marktvolumina jeweils um 15 Prozentpunkte erhöht, d.h. es wurde unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 85 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben. Die Schätzgröße von 15 Prozentpunkten ist ausreichend, da die größten Anbieter von Zugangs- und Verbindungsleistungen im Wesentlichen durch das Auskunftsersuchen erfasst wurden.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen[51] – gemessen in Verbindungsminuten – für 2004 in Höhe von **[BuG]** Minuten sowie für 2005 in Höhe von **[BuG]** Minuten.

Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. Wichtige Wettbewerber sind **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %, **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %, **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** % sowie **[BuG]** mit jeweils **[BuG]** %. Weitere **[BuG]** Anbieter hatten 2005 jeweils Absätze von mehr als **[BuG]** %.

[51] Die Berechnung erfolgt analog zu der Berechnung der Umsatzerlöse.

...

Abb. 4: Marktanteile (gemessen in Verbindungsminuten) für den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze für 2004 und 2005

Es zeigt sich, dass die Marktanteilsverluste der DT AG ganz erheblich gewesen sind, auch wenn sie in den beiden betrachteten Jahren weniger als **[BuG]**% (nach Umsatzerlösen und Verbindungsminuten) ausgemacht haben. So hat der wichtigste Wettbewerber einen Marktanteil nach Umsatzerlösen, der **[BuG]** des Umsatzes der DT AG ausmacht. Der Marktanteilsabstand beträgt nur gut **[BuG]** Prozentpunkte. Betrachtet man die Verbindungsminuten, so hat der größte Wettbewerber einen **[BuG]**. Auch ist der Markt nicht zersplittert. Die **[BuG]** größten Wettbewerber haben einen Marktanteil von ca. **[BuG]**% nach Umsatzerlösen und von ca. **[BuG]**% nach Verbindungsminuten.

Zwar hat der wichtigste Wettbewerber der DT AG, **[BuG]**, im betrachteten Zeitraum ebenfalls leichte Marktanteilsverluste hinnehmen müssen. Diese sind aber nicht zu Gunsten der DT AG, sondern zu Gunsten der übrigen Wettbewerber gegangen.

Eine interessierte Partei sieht auf diesem Markt beträchtliche Marktmacht der DT AG. Sie geht in ihrer Stellungnahme davon aus, dass die DT AG ihren Marktanteil bei den Umsatzerlösen weiterhin auf hohem Niveau stabilisieren konnte und auch über einen hohen relativen Marktanteil verfüge. Diese Annahme ist nicht zutreffend.

Daher sprechen sowohl der absolute Marktanteil der DT AG als auch ihr relative Marktanteil gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht.

3. Zusammenfassung

Auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze sprechen folglich die dargestellten Marktanteile ganz erheblich für das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht der DT AG. Auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze sprechen die absoluten wie auch die relativen Marktanteile gegen das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht.

II. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze (weitere Kriterien)

Wettbewerber der DT AG können auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze tätig werden, indem sie 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 aus verschiedenen Gründen bislang nur mäßig entwickelt[52]. Die wesentliche Konkurrenz für die DT AG auf den Verbindungsmärkten rührt daher nicht nur von den Teilnehmernetzbetreibern her. Das Geschäftsmodell der Verbindungsnetzbetreiber beruht darauf, dass sie den Endkunden nicht einen Anschluss, sondern allein Verbindungsleistungen verkaufen. Der Anschluss verbleibt bei der DT AG. Im Übrigen hat sich gezeigt, dass Preselection und Call-by-Call auch von Teilnehmernetzbetreibern angeboten werden. Daher nehmen diese Geschäftsmodelle in Deutschland eine wichtige Stellung ein. Dies zeigt auch die folgende Grafik.

[52] Vgl. Marktanalyse zu den Märkten Nr. 1-6.

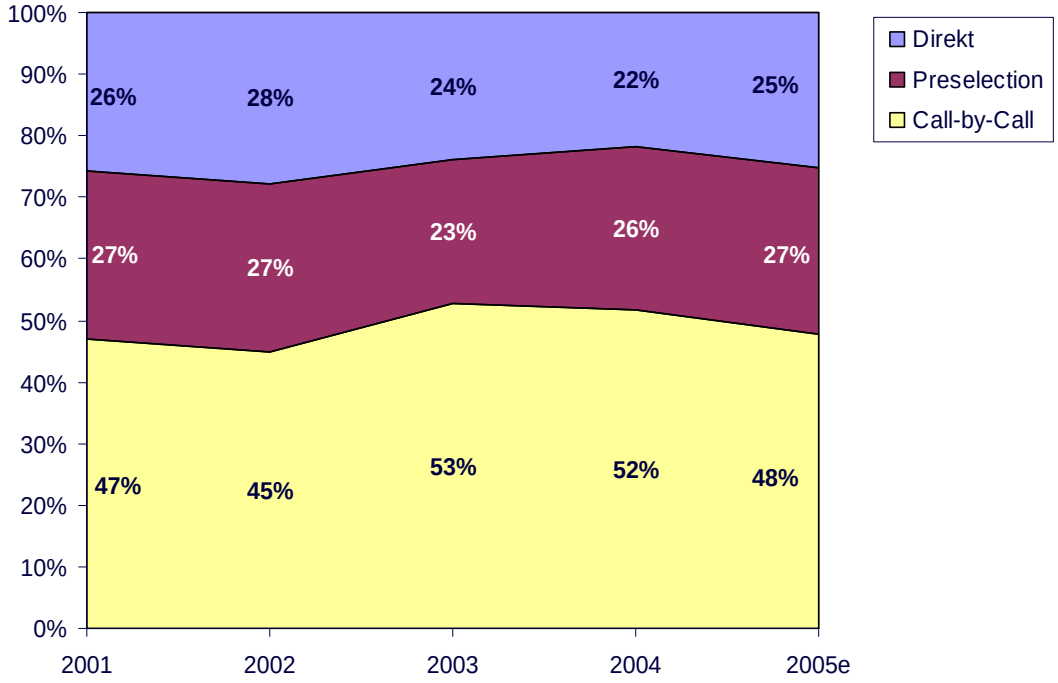

Abb. 5: Verkehrsanteile der Zugangsvarianten bei den Wettbewerbern[53]

Auch wenn zu erwarten ist, dass aufgrund von günstigen Paketangeboten der Anteil der Call-by-Call-Nutzer weiter zurück gehen wird, dürfte sich dies auf dem vorliegenden Markt etwas weniger stark auswirken. Verbindungen in inländische Mobilfunknetze sind zwar in solchen Paketen i.d.R. günstiger als in den Standardangeboten der Wettbewerber. Allerdings sind sie nicht Teil einer Flatrate, die im Normalfall nur Verbindungen in inländische Festnetze umfasst.

Als Wettbewerber sind ferner VoIP-Anbieter zu nennen. Auch wenn diese zusammen bisher nur einen geringen Marktanteil auf dem genannten Markt haben, ist angesichts der derzeitigen Entwicklung davon auszugehen, dass dieser Anteil in Zukunft weiter ansteigen wird.

1. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Zu den im Rahmen der Marktanalyse 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 Verbindungen und 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.[54]

Der Möglichkeiten des Zugangs zu den Kapitalmärkten sowie die finanziellen Ressourcen lassen sich an den folgenden Zahlen der größeren Anbieter ablesen:

[53] Tätigkeitsbericht 2004/2005 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Dezember 2005, S. 374. Eine Aufteilung der Umsätze für Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze auf solche über Direktanschluss, Preselection, Call-by-Call und VoIP konnte von einer Reihe der befragten Unternehmen nicht geliefert werden.

[54] 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).

Der Konzernumsatz der DT AG belief sich im Jahr 2004 auf 57,4 Mrd. € und im Jahr 2005 auf 59,6 Mrd. €. Davon entfielen jeweils 27,0 Mrd. € bzw. 26,0 Mrd. € auf T-Com/T-Online sowie jeweils 13,0 Mrd. € bzw. 12,9 Mrd. € auf T-Systems.

Die Vodafone Gruppe[55] setzte im Geschäftsjahr 2004/2005 53,6 Mrd. € um. Die zugehörige Arcor AG & Co. KG verzeichnete einen Umsatz von 1,5 Mrd. € im Geschäftsjahr 2003/2004 bzw. von 1,8 Mrd. € im Geschäftsjahr 2004/2005[56].

Telecom Italia verzeichnete einen Konzernumsatz von 31,2 Mrd. € im Jahr 2004 und 29,9 Mrd. € im Jahr 2005. Davon entfielen auf die Konzerntochter HanseNet Telekommunikation GmbH 161,1 Mio. € bzw. 296,0 Mio. €.

Der Konzernumsatz der TELE2 AB betrug 4,7 Mrd. € im Jahr 2004 und 5,4 Mrd. € im Jahr 2005. Dabei entfielen jeweils 401,6 Mio. € bzw. 461,2 Mio. € auf Communication Services TELE2 GmbH.

Der Konzernumsatz der Verizon betrug im Geschäftsjahr 2004 56,7 Mrd. € und im Jahr 2005 59,8 Mrd. €. Auf die Verizon Business MCI Deutschland GmbH entfielen dabei 568,9 Mio. € bzw. 516,9 Mio. €.

Im Hinblick auf den hier betrachteten Verbindungsmarkt hat die Finanzkraft der Unternehmen allerdings eine geringere Bedeutung als z.B. auf dem Anschlussmarkt, weil die Unternehmen nicht über ein Teilnehmeranschlussnetz verfügen müssen, sondern auch als Verbindungsnetzbetreiber, Reseller oder VoIP-Anbieter auftreten können und so nicht eine komplette Infrastruktur aufbauen müssen (s. a. nachfolgenden Abschnitt).

Daher wird dieses Kriterium für den hier zu untersuchenden Markt als neutral gewertet.

2. 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, für ein erfolgreiches Auftreten auf dem Endkundenmarkt ein Zugang zu den Originierungsleistungen der DT AG zwingend erforderlich. Auch sind die Marktteilnehmer darauf angewiesen, in die Mobilfunknetze der vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber terminieren zu können.

Regulatorische Maßnahmen auf den entsprechenden Märkten stellen sicher, dass alle Netzbetreiber Zugang zu den Originierungsleistungen erhalten. Hinsichtlich der Zugangsbedingungen und insbesondere hinsichtlich der verlangten und von der Bundesnetzagentur vorab zu genehmigenden Entgelte unterliegt die DT AG dabei 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. Differenzierungsmöglichkeiten entstehen deshalb nur in geringem Maße, soweit es den Bezug von Vorleistungen angeht.

Hinsichtlich der Terminierungsleistungen in die jeweiligen Mobilfunknetze ist anzumerken, dass diese in der Vergangenheit nicht reguliert worden sind. Dies ändert sich allerdings mit der Regulierungsverfügung vom 30.08.2006. Bereits in der Vergangenheit galt aber ein Diskriminierungsverbot auch für die Mobilfunknetzbetreiber.

[55] Das Geschäftsjahr endet am 31.03. des jeweiligen Jahres.
[56] Das Geschäftsjahr endet am 31.03. des jeweiligen Jahres.

Es hat sich gezeigt, dass nur ein relativ geringer Teil der Anbieter über eine direkte Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern verfügt, so dass die Mehrzahl der Wettbewerber die Leistung „Transit und Terminierung“ (vergleichbar T-Com O.3) anderer Anbieter, allen voran der DT AG, in Anspruch nehmen muss. Auch wenn diese Leistung ebenfalls reguliert wird, da die DT AG auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, hat die DT AG hier gegenüber den Wettbewerbern, die auf einen Transit[57] angewiesen sind, einen gewissen Wettbewerbsvorteil beim Zugang zu den Beschaffungsmärkten. Dieser liegt nicht zuletzt darin, dass diese Wettbewerber höhere Ausgaben für die entsprechenden Vorleistungen haben.

Die DT AG weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass sowohl die Anzahl der Vertragspartner der Mobilfunknetzbetreiber als auch die Verhältnisse auf dem Transitmarkt hätten überprüft werden müssen. Es ist bekannt, dass nur wenige Festnetzbetreiber über direkte Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern verfügen. Im Übrigen hat ein Großteil der Unternehmen, die im Rahmen des Auskunftsersuchens Stellung zu den Wettbewerbsverhältnissen genommen haben, darauf hingewiesen, dass eine direkte Zusammenschaltung schwierig bzw. auf Grund der Vertragsbedingungen für mittelständische oder nur regional tätige Unternehmen häufig nicht wirtschaftlich ist.[58]

In Bezug auf die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Transitmarkt wird auf die derzeit noch gültige Festlegung der damaligen Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Zuführungs-, Terminierungs- und Transitleistungen im öffentlichen Telefonnetz mit Ausnahme der Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber hingewiesen, die am 05.10.2005 im Amtsblatt Nr. 19 als Mitteilung Nr. 244/2005 veröffentlicht worden ist. Mit einer Überarbeitung im Hinblick auf § 14 Abs. 2 TKG wurde bereits begonnen.

Die Bundesnetzagentur sieht daher keinen Anlass, ihre Einschätzung aus der nationalen Konsultation zu ändern.

Daher spricht dieses Kriterium eher für beträchtliche Marktmacht der DT AG.

3. 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 für die Geschäftsmodelle Preselection, Call-by-Call und VoIP gleichzeitig Anschlusskunden der DT AG. Für diese Kunden ist es prinzipiell bequemer, sowohl Anschluss- als auch Verbindungsleistungen „aus einer Hand“ zu erhalten. Dieser Trend verstärkt sich in dem Maße, in dem sich in Deutschland Flatrates für Gespräche in das nationale Festnetz, teilweise kombiniert mit Flatrates für die Internetnutzung, etablieren. 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 diese Instrumente nur beschränkt wirksam.

Die DT AG verweist in ihrer Stellungnahme darauf, dass es wegen der regulierten Vorleistungen, insbesondere der TAL, nicht möglich sei, Marktmacht zu übertragen. Unabhängig von der Vorleistungsregulierung besteht aber für die DT AG die oben geschilderte Möglichkeit, Marktmacht vom Anschlussmarkt (für Endkunden) mittels Paketangeboten auf die Verbindungsmärkte zu übertragen. Ohne die Möglichkeit der Regulierung bestände die Gefahr, dass die DT AG Paketangebote so günstig anbieten würde, dass es z.B. zu Preis-Kosten-Scheren kommen und ähnliche Pakete daher von den Wettbewerbern nicht nachgebildet werden könnten, so dass diese Paketangebote eine Sogwirkung entfalten würden.

[57] bei der DT AG oder einem Wettbewerber.
[58] Vgl. Kapitel D.

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.

Leistungen von Verbindungsnetzbetreibern (und ggf. auch Teilnehmernetzbetreibern) 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.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass es sich hierbei um ein intransparentes Preissetzungsverhalten der Wettbewerber handeln würde, das nicht mit einer Regulierung der DT AG beantwortet werden dürfe. Die Bundesnetzagentur geht aber erkennbar nicht von einem intransparenten Preissetzungsverhalten der Wettbewerber aus.

Kunden mit Breitbandanschlüssen können darüber hinaus auch VoIP-Dienste in Anspruch nehmen. Auch hierfür ist lediglich eine Anmeldung erforderlich (vgl. zu grundsätzlichen Ausführungen hinsichtlich der Wechselkosten sowie der erforderlichen Endgeräte die entsprechenden Ausführungen zu den Märkten 1 bis 6). Bei der Nutzung der einzelnen Verbindungsleistungen ist dann im Hinblick auf Komfortabilität kein Unterschied zu vergleichbaren PSTN-Verbindungen festzustellen. Es ist insbesondere keine Ziffernfolge vorzuwählen, sondern es werden dieselben Rufnummern gewählt.

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.

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 darüber hinaus auch 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 bei dem relativ homogenen Produkt über Qualitätsmerkmale und Zusatzleistungen kaum entscheidende Wettbewerbsvorteile erzielen.

c. Endogene Marktzutrittsschranken

Es gibt eine Reihe von strukturellen Hindernissen, die einen erfolgreichen Eintritt in den Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze 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.[59]

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 Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze 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.[60]

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. Der Anteil der über eigene Anschlüsse abgewickelten Verbindungen der Wettbewerber ist in den vergangenen Jahren konstant niedrig geblieben. Er macht derzeit insgesamt nur etwa 25 % des von Wettbewerbern abgewickelten Verkehrsvolumens aus.[61] Währenddessen ist, wie oben dargelegt, die Bedeutung des Call-by-Call-Verfahrens, und

[59] Vgl. dazu z.B. AT/2004/126, S. 13.

[60] Vgl. Monopolkommission (2001): Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Tz. 26 - 29.

[61] Vgl. J.II.

hier insbesondere des offenen Call-by-Call, trotz eines Trends zu Komplettangeboten unverändert hoch. 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.[62] 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.

Der DT AG ist es in den vergangenen Jahren auch auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze durch eine ausgeprägte Strategie der Preisdifferenzierung gelungen, ihre Marktanteilsverluste zu begrenzen. Gegenüber Kunden mit hoher Markenbindung besitzt die DT AG nach wie vor die Möglichkeit, relativ hohe Gewinnmargen zu realisieren. Im Rahmen von Optionspaketen dagegen bietet sie wesentlich günstigere Tarife an, die auch für preissensible Kunden interessant sind, auch wenn die Anrufe in inländische Mobilfunknetze nicht im Rahmen der verschiedenen Flatrates getätigt werden können, sondern separat abgerechnet werden. Auch hat die DT AG, ähnlich wie ihre Wettbewerber, die Tarifsenkungen bei den Mobilfunkterminierungsentgelten an ihre Endkunden weitergegeben. Dies zeigt ein Preisvergleich für Verbindungen in die jeweiligen Mobilfunknetze:[63]

Anbieter	2004 – D-Netze (in ct/Min.)	2004 – E-Netze (in ct/Min.)	2005 – D-Netze (in ct/Min.)	2005 – E-Netze (in ct/Min.)
DT AG Standardtarif	24,6	29,2	23,2	25,7
DT AG Business-Call-Tarife[64]	22,0	27,9	21,5	25,5
DT AG Aktiv Plus weekend	20,0	24,6	17,9	19,9
DT AG Call XXL Weekend/ Freetime/Fulltime	-	-	15,9	17,9
Günstigster Tarif 2004 (Callax-Gruppe)[65]	14,5	16,5	13,5	13,5
Günstigster Tarif 2005 (01026; 01051-Gruppe)	-	-	11,8	11,8
Tarif des größten Wettbewerbers **[BuG]**	25,0	25,0	18,5	18,5

Abb. 6: Quelle: Auskunftsersuchen der Bundesnetzagentur.

Es zeigt sich, dass die Preise der DT AG im Rahmen von Paketangeboten gegenüber dem günstigsten Preis nicht wesentlich höher liegen. Dies gilt umso mehr, als die Tarife im Call-by-Call-Bereich ständig wechseln und häufig beobachtet werden konnte, dass Anbieter, die eine Zeitlang ihre Tarife sehr günstig angeboten haben, diese dann vergleichsweise stark erhöhen. Auch wenn inzwischen eine ganze Reihe von Call-by-Call-Anbietern eine Tarifansage vor Er-

[62] Vgl. Leitlinien, Fußnote 85.
[63] Stand: 26.09.06.
[64] Business Call 301, 501, 701.
[65] Aus Vergleichbarkeitsgründen wurden günstigere Tarife, die eine 300/300-Taktung haben, nicht berücksichtigt.

stellung des Gesprächs als Serviceleistung bietet, muss ein Endkunde daher für solche Anrufe, die aber im Regelfall nicht einen größeren Teil seiner Anrufe ausmachen dürften, vorher die Preise von Call-by-Call-Anbietern eruieren.

Daher ist der Anreiz von Endkunden der DT AG, insbesondere der Endkunden mit Paketvertrag, einen anderen Anbieter für ihre Gespräche in inländische Mobilfunknetze auszusuchen, relativ gering.

Ein Indiz dafür ist die Tatsache, dass die DT AG sowohl bei den Umsätzen als auch bei den Verbindungsminuten einen fast identischen Marktanteil hat. Wären ihre Preise für diese Verbindungsleistungen überdurchschnittlich hoch, müsste der Marktanteil bei den Umsätzen erheblich höher liegen als bei den Absätzen.

E-Plus weist in seiner Stellungnahme darauf hin, dass die DT AG einen Preishöhenmissbrauch im Sinne von § 28 Abs. 1 (1) TKG betreibe. Dagegen spricht allerdings, dass die Marktanteile der DT AG bei Absätzen wie Umsätzen fast identisch sind und eine Reihe von Teilnehmernetzbetreibern ähnliche Preise wie die DT AG haben.

Änderungen sind auch nicht durch ein stärkeres Aufkommen von VoIP-Produkten zu erwarten, denn Preisuntergrenze ist für alle Anbieter in jedem Fall die von ihnen zu zahlenden Kosten für (Transit und) Terminierung zuzüglich der spezifischen Endkundenkosten. Daher dürfte es auch den VoIP-Anbietern kaum möglich sein, wesentlich günstigere Tarife anzubieten als die Verbindungs- oder Teilnehmernetzbetreiber.

Die DT AG geht in ihrer Stellungnahme davon aus, dass die Preise willkürlich ausgewählt seien. Die große Anzahl von Teilnehmernetzbetreibern und Anbietern von Call-by-Call bzw. Preselection, die in Entgeltniveau- und -struktur vergleichbar seien, würden nicht berücksichtigt. Auch sei eine isolierte Betrachtung des Standardtarifs der DT AG nicht legitim.

Die in dem Entwurf aufgeführten Preise sollen lediglich die Bandbreite der am Markt befindlichen Preise aufzeigen. Bei der Analyse hat sich die Bundesnetzagentur auf der Grundlage der von den Unternehmen im Rahmen des Auskunftsersuchens übersandten Preislisten und ergänzend durch Tarifvergleiche im Internet ein Bild von den Entgelten und den verschiedenen Tarifstrukturen gemacht. Die Vorwürfe sind daher nicht gerechtfertigt.

Ferner weist die DT AG darauf hin, dass sie ein breites Spektrum an Tarifen mit einer unterschiedlichen Entgelthöhe von 12,9 bis 21,2 Cent für die D-Netze bzw. 14,9 bis 23,4 Cent für die E-Netze habe. Dabei handele es sich um verschiedene Tarifoptionen, von denen die Kunden entsprechend ihrem jeweiligen Telefonieverhalten den für sie optimalen Tarif aussuchen könnten.

Allerdings werden die günstigsten Tarife nur im Zusammenhang mit anderen Leistungspaketen angeboten, so dass sie isoliert (also zu einem Standardanschluss der DT AG ohne weitere Leistungspakete) nicht gewählt werden können. Der Endkunde kann also nicht aus den von der DT AG angegebenen verschiedenen Tarifen für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze frei aussuchen (denn ansonsten würde er ja immer den günstigsten Preis wählen). Er hat aber die Möglichkeit, bei entsprechendem Telefonieverhalten ein Paket mit einem günstigeren Tarif für Verbindungen in Mobilfunknetze auszuwählen.

Es zeigt sich, dass es der DT AG durch ihre Preispolitik gelungen ist, sowohl bei den Umsätzen als auch bei den Absätzen trotz geringer Marktanteilsverluste in den letzten zwei Jahren ihren immer noch beträchtlichen Marktanteil zu halten. Daher spricht dies für beträchtliche Marktmacht der DT AG.

4. Ausgleichende Nachfragemacht

Hierbei handelt es sich nicht um eine Nachfragemacht im eigentlichen Sinn, bei dem ein Nachfrager so hohe Nachfragemarktanteile auf sich vereint, dass es selbst einem marktanteilsstarken Anbieter nicht mehr möglich ist, gegenüber diesem Nachfrager Marktmacht auszuüben, insbesondere dann, wenn dieser die Möglichkeit hat, strategisch einzukaufen.

Allerdings können die Endkunden insgesamt eine gewisse Nachfragemacht haben, sofern sie nicht auf einen Anbieter angewiesen sind, sondern den Anbieter ggf. ohne Probleme wechseln können. Der Ausübung von Marktmacht, die z.B. in überhöhten Preisen ihren Niederschlag finden kann, können sie dadurch begegnen, dass sie – ganz oder zeitweilig – zu anderen Anbietern wechseln. Wird dieses Angebot wahrgenommen, verliert das marktanteilsstarke Unternehmen Marktanteile und wird entsprechend reagieren müssen. Anders als Unternehmen mit hohen Nachfragemarktanteilen, bei denen ein einzelnes Unternehmen durch Ausüben seiner Nachfragemacht ggf. sogar den Preis mitbestimmen kann, hat der einzelne Endkunde als Preisnehmer i.d.R. gerade nicht die Möglichkeit, den Preis selbst zu bestimmen.

Auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze ist derzeit eine gewisse Nachfragemacht im o.g. Sinne vorhanden, da durch die Verpflichtung der DT AG zur Betreiber(vor)auswahl den Anschlussinhabern Call-by-Call und Preselection ermöglicht wird. Diese besteht unabhängig von der beträchtlichen Marktmacht auf dem vorliegenden Markt durch die beträchtliche Marktmacht auf dem Anschlussmarkt. 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.

Sofern der Endkunde über einen Breitbandanschluss (DSL-Anschluss) verfügt, hat er auch die Möglichkeit, seine Anrufe über VoIP zu tätigen. Die Bereitstellung solcher Anschlüsse durch Wettbewerber beruht aber in vielen Fällen auf regulierten Vorleistungen, z.B. durch die Nutzung von Teilnehmeranschlussleitungen der DT AG.

Insgesamt hat der einzelne Endkunde i.d.R. nicht die Möglichkeit, den Preis direkt zu beeinflussen. Eine Reaktion des marktanteilsstarken Unternehmens erfolgt höchstens dann, wenn eine Vielzahl von Endkunden gleichermaßen von ihren vorhandenen Ausweichmöglichkeiten Gebrauch machen. Dies kann aber vom einzelnen Endkunden (selbst wenn es sich dabei um ein größeres Unternehmen handelt) weder beeinflusst noch koordiniert werden. Ein einzelner Endkunde kann somit gerade keine Nachfragemacht ausüben. Allerdings besteht ein schwacher Druck auf die DT AG aufgrund der Ausweichmöglichkeiten durch das Bestehen von Call-by-Call und Preselection. Allerdings ist dieser Druck nicht so stark, dass hierdurch die beträchtliche Marktmacht der DT AG neutralisiert werden könnte, da der einzelne Endkunde nicht gestaltend in den Markt eingreifen kann.

Daher spricht auch dieses Kriterium für beträchtliche Marktmacht der DT AG.

5. Gesamtschau

In der Gesamtschau der oben untersuchten Merkmale wird deutlich, dass auf dem hier betrachteten Markt „Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze“ 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 DTAG, den genannten Marktzutrittsschranken, der im Vergleich zu den Wettbewerbern geringeren Abhängigkeit von Dritten bei der Beschaffung von Vorleistungen bzw. Vorleistungsprodukten 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.

III. Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze

Bei den Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze handelt es sich um Verbindungsleistungen, die als solche eine Reihe gemeinsamer Charakteristika aufweisen. Dies betrifft – sofern es sich nicht um Teilnehmernetzbetreiber handelt – 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 Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze gegenüber Endkunden der DT AG in der Situation wieder, diese zum Wechsel von der zunächst nahe liegenden Verbindungsleistung der DT AG zum eigenen Angebot bewegen zu müssen. Hinsichtlich Komfort, Qualität und Zusatzleistungen treffen auch Anbieter von Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze auf nicht unbedeutende Expansions- und Marktzutrittsschranken.

Gleichwohl müssen, wie die Marktanteilsentwicklungen nahe legen, auch maßgebliche Unterschiede zwischen dem Angebot von Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze bestehen. Tatsächlich lassen sich derartige Unterschiede sowohl beim Zugang zu den Beschaffungsmärkten als auch beim Zugang zu den Absatzmärkten beobachten.

1. Zugang zu den Beschaffungsmärkten

Für das Angebot sowohl von Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze als auch von Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze gegenüber Anschlusskunden der DT AG müssen Verbindungsnetzbetreiber auf Originierungsleistungen der DT AG zurückgreifen. Ähnlich wie bei den Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze werden diese Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze nicht im Netz der DT AG terminiert. Im Unterschied zu den Verbindungen in inländische Mobilfunknetze sind die Wettbewerber allerdings weniger auf (Transit-)Leistungen der DT AG angewiesen. Vielmehr sind die Anbieter der entsprechenden Verbindungsleistungen prinzipiell frei in der Wahl des Netzbetreibers, von dem sie die Transit und Terminierung in ausländische Mobilfunknetze 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 damaligen 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 nicht mehr über beträchtliche Marktmacht. 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 wenn die meisten Anbieter i.d.R. alle Destinationen anbieten. Auch dies begünstigt einen effizienten Einkauf.

Das Kriterium „Zugang zu den Beschaffungsmärkten“ spricht somit hier nicht für eine marktmächtige Stellung der DT AG.

2. Zugang zu den Absatzmärkten

Neben den Unterschieden hinsichtlich der Bezugsbedingungen von Vorleistungen bestehen zwischen den Märkten Verbindungen in in- und ausländische Mobilfunknetze auch Differenzen bezüglich der Absatzmöglichkeiten. Zwar unterliegt das Angebot von Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze hinsichtlich Komfort, Qualität und Zusatzleistungen in etwa den gleichen Beschränkungen, die auch für das Angebot von Verbindungen in inländische Mobilfunknetze 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 Tarife für eine große Anzahl von Ländern, um so mehr Aufmerksamkeit auf sich ziehen als mit dem Angebot wechselnder Tarife für die immer gleichen Leistungen „Verbindungen in inländische Mobilfunknetze“ in Haupt- und Nebenzeit, bei denen die Möglichkeiten der Preisdifferenzierung wegen der zugrunde liegenden Terminierungsentgelte relativ gering sind. Die Werbemöglichkeiten im Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze sind darum breiter gestreut als im Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze.

Hauptparameter beim Vertrieb von Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze ist der Preis. Diese Differenzen eröffnen Gelegenheiten, sich auf dem Endkundenmarkt im Preis von den Wettbewerbern abzusetzen.

Der DT AG hat in den vergangenen Jahren durch eine ausgeprägte Strategie der Preisdifferenzierung auch auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze versucht, ihre erheblichen Marktanteilsverluste zu begrenzen. Während z.B. die Preise im Rahmen des Country-Select-Tarifs[66] i.d.R. unter den Durchschnittspreisen für Verbindungen in die jeweiligen ausländischen Mobilfunknetze liegen und insofern auch für preissensiblere Kunden attraktiv sind, gehören ihre Standardpreise für Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze zu den jeweils höchsten für die verschiedenen Länder. Dies bedeutet, dass die DT AG gegenüber Kunden mit hoher Markenbindung nach wie vor die Möglichkeit hat, hohe Gewinnmar-

[66] 1 € Mindestumsatz pro Monat.

gen zu realisieren. Einerseits existiert also ein Kundensegment, 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.

Dies zeigt ein Preisvergleich für Verbindungen in verschieden ausländische Mobilfunknetze für 2005[67]:

Anbieter	Großbritannien (in ct/Min.)	USA (in ct/Min.)	China (in ct/Min.)	VAE (in ct/Min.)
DT AG Standardtarif	40,3	12,3	104,0	164,0
DT AG Call XXL Weekend	32,6	4,6	39,9	k.A.
Günstigster Tarif	10,9 (01030; Callax Gruppe)	1,0 (01026; 01051-Gruppe)	1,75 (01026; 01051-Gruppe)	17,2 (01030; Callax-Gruppe)
Tarif des größten Wettbewerbers **[BuG]**	12,0-35,0	1,0-6,5	1,75-7	33,0-43,0

Abb. 7: Quelle: Auskunftsersuchen der Bundesnetzagentur und Internet

Die Preisunterschiede zwischen den jeweiligen Standardpreisen der DT AG und den günstigsten Angeboten ihrer Wettbewerber betragen teilweise mehr als einen Euro pro Minute. Angesichts dieser teilweise recht hohen Kosten für Verbindungen in Mobilfunknetze in bestimmten Ländern hat der Endkunde auch einen hohen Anreiz, sich über günstige Alternativen zu informieren. Das Sparpotenzial ist hier gegenüber den Verbindungen in inländische Mobilfunknetze erheblich höher. 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 Markt für Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze 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. Hierdurch wird der privilegierte Zugang zum Absatzmarkt entscheidend eingeschränkt. 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 nur eingeschränkt gegeben.[68]

Aufgrund der durch die Betreiber(vor)auswahl vorhandenen Nachfragemacht der Endkunden ist es der DT AG nicht gelungen, ihre Marktanteilsverluste zu begrenzen. Angesichts ihrer hohen Preise und der niedrigen Preise **[BuG]**, die teilweise zu den günstigsten im Markt gehören, konnte die DT AG bei den Umsätzen in den Jahren 2004 und 2005 immerhin noch einen Marktanteil von jeweils **[BuG]** % und **[BuG]** % halten, während **[BuG]** als stärkster Wettbewerber lediglich auf einen Marktanteil von jeweils **[BuG]** % bzw. **[BuG]** % kam. Deutlicher wird die Marktposition der DT AG, wenn man zusätzlich die Verbindungsminuten betrachtet: So betrug

[67] Aufteilung nur nach Ländern, da die Anbieter keine Unterscheidung nach den jeweiligen Mobilfunknetzen in einem Land vornehmen.
[68] Vgl. dazu Marktanalyse zu den Märkten Nr. 1-6.

ihr Marktanteil bei den Verbindungsminuten in den Jahren 2004 und 2005 nur noch **[BuG]** % bzw. **[BuG]** %. Der Marktanteil **[BuG]** lag nur jeweils **[BuG]** % niedriger.

Auch der Unterschied zwischen den Marktanteilen der DT AG in Umsätzen und Absätzen von **[BuG]** Prozentpunkten im Jahr 2004 und **[BuG]** Prozentpunkten im Jahr 2005 zeigt, dass die DT AG überdurchschnittliche Preise nimmt. Diese haben aber auch zu erheblichen Marktanteilsverlusten und **[BuG]** geführt. Daher kann sich die DT AG nicht unabhängig von ihren Wettbewerbern und ihren Endkunden verhalten.

Zwar kann sie weiterhin im Rahmen von Standardtarifen überdurchschnittliche Preise von ihren Kunden verlangen. Dies hat aber zu ganz erheblichen Marktanteilsverlusten geführt. Auch dieses Kriterium deutet darauf hin, dass auf dem Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze 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.

Eine interessierte Partei weist darauf hin, dass die Wettbewerber auch bei den Verbindungen in ausländische Mobilfunknetze von den Vorleistungen der DT AG bei der Zuführung abhängig blieben, während sie gleichzeitig erheblichen Hindernissen bei der Gewinnung von Neukunden, d. h. bei dem Wechsel von der DT AG zu ihren eigenen Angeboten, ausgesetzt seien. Dies spreche für Marktmacht.

Es hat sich aber bei der Analyse gezeigt, dass die Wettbewerber aus den genannten Gründen gerade in diesem Bereich sehr erfolgreich waren und sich die Situation daher nicht mit dem Markt für Verbindungen in inländische Mobilfunknetze vergleichen lässt. Daher bleibt die Bundesnetzagentur bei ihrer Einschätzung, dass auf dem vorliegenden sachlich relevanten Markt keine beträchtliche Marktmacht der DT AG besteht.

3. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Es zeigt sich, dass der Zugang zu den Kapitalmärkten bzw. die finanziellen Ressourcen auf dem vorliegend untersuchten Markt keine große Rolle spielen können, da sich unter den vier größten Wettbewerbern der DT AG nur ein Teilnehmernetzbetreiber befindet. Verbindungsnetzbetreiber, Reseller und Anbieter von VoIP haben jedoch einen wesentlich geringeren Kapitalbedarf als Teilnehmernetzbetreiber. Daher ist dieses Kriterium für den vorliegenden Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze als neutral zu werten.

4. Gesamtschau

In der Gesamtschau der oben untersuchten Merkmale wird insbesondere in der dynamischen Betrachtung deutlich, dass auf dem hier betrachteten Markt „Markt für Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze“ keine beträchtliche Marktmacht 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.

K. Nennung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht

Auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für:

Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze, 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 das Unternehmen T-Systems International GmbH, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.

Bonn, den 13.06.2007

Kindler (Beisitzer)	Kurth (Vorsitzender)	Dr. Henseler-Unger (Beisitzerin und Berichterstatterin)

BK 1-06/002

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:[69]

- 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),[70]

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).[71]

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 TKG sind in richtlinienkonformer Auslegung des § 72 des zu dieser Zeit noch gültigen Tele-

[69] 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).

[70] 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).

[71] Siehe dazu noch ausführlicher unter G.

kommunikationsgesetzes (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.[72] 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[73], Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG[74] und Mietleitungen nach den Artikeln 3, 4, 6, 7, 8 und 10 der Richtlinie 92/44/EWG.

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.

[72] 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).

[73] 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.

[74] 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 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.[75]

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[76] 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.

[75] Siehe dazu unter V.
[76] Genehmigungsrichtlinie, Universaldienstrichtlinie und Zugangsrichtlinie.

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 (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.[77] 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.[78] Als eine Methode zur Feststellung des Bestehens von Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite oder von Angebotsumstellungsflexibilität wird der hypothetische Monopolistentest[79] vorgeschlagen. Allerdings obliegt dessen Anwendung der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde.[80] Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt in derselben Weise wie die Würdigung des sachlich relevanten Marktes.[81]

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[82] 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.[83] Danach könnte also durchaus ein

[77] Vgl. Leitlinien, Rn.36.
[78] Vgl. Leitlinien, Rn. 48.
[79] Vgl. Leitlinien, Rn. 40 ff.
[80] Vgl. Leitlinien, Rn. 43.
[81] Vgl. Leitlinien, Rn. 57.
[82] Ausschussverfahren.
[83] 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 Südwest-*

Teil des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland einen wesentlichen Teil der Gemeinschaft darstellen. Ob der Begriff des wesentlichen Teils der Gemeinschaft nach der Definition des Artikel 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 ein-

---

pfalz, 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.

nehmen, 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[84], 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.[85]

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."[86] 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.[87]

---

[84] 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.

[85] 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.

[86] 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.

[87] 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

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.[88] Auch dies wird durch die bereits unter II. erörterten Leitlinien erleichtert. In den Leitlinien finden sich Ausführungen zu Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht[89], 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.[90]

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 Reg TP 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.

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.

[88] Vgl. Leitlinien, Rn. 75.

[89] Vgl. Leitlinien, Rn. 72 ff.

[90] Siehe dazu die Gesetzesbegründung zu § 9.

Das Europäische Recht ermöglicht es nunmehr erstmals, so ebenfalls die Gesetzesbegründung, bestimmte Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen.

§ 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 Reg TP „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 H. 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 Reg TP 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 Reg TP 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 Reg TP mit dem Bundeskartellamt. So bestimmt § 123 Absatz 1 Satz 1 TKG, dass die Reg TP u. a. in den Fällen der §§ 10 (Marktdefinition) und 11 (Marktanalyse) im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt entscheidet. Die Reg TP 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 fal-

len. 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,[91]
- mit der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG[92] 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.[93] 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

[91] 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.

[92] 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.

[93] 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)[94].

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[95] 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.

---

[94] 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.“

[95] 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 Reg TP 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 Reg TP 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 Reg TP 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 Reg TP 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 Reg TP in bezug auf etwaige Stellungnahmen der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden nach § 12 Absatz 2 Nr. 1 TKG. Diesen hat die Reg TP nämlich nach Satz 1 weitestgehend Rechnung zu tragen. Nach Satz 2 übermittelt die Reg TP 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 Reg TP 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 ernst-

hafte 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 Reg TP daran gebunden, wenn die Europäische Kommission innerhalb dieser Zwei-Monats-Frist beschließt, die Reg TP aufzufordern, den Entwurf zurückzuziehen. Gemäß § 12 Absatz 2 Nr. 2 Satz 3 TKG kann die Reg TP 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 Reg TP den Entwurf im Einklang mit der Entscheidung der Europäischen Kommission abändert, und diesen der Europäischen Kommission übermittelt, wenn die Reg TP den Änderungsvorschlägen der Europäischen Kommission folgen will. Gemäß Satz 5 des § 12 Absatz 2 Nr. 2 des TKG unterrichtet die Reg TP 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.[96]

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.“[97]

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.“[98]

Anhand der Austauschbarkeit von Gütern aus Nachfragersicht wird festgestellt, inwieweit die Kunden (Verbraucher) bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen.[99] Entscheidend ist, dass alle Produkte zusammengefasst werden, die von den Nachfragern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.[100] Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten für denselben Zweck verwendet werden.[101] 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.

[96] 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).
[97] Leitlinien, Rn. 44 m. w. N.
[98] Leitlinien, Rn. 38.
[99] Leitlinien, Rn. 39.
[100] Leitlinien, Rn. 44.
[101] Leitlinien, Rn. 45.

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 wären, ihre Produktion umzustellen bzw. die relevanten Produkte anzubieten, ohne dass erhebliche Zusatzkosten für sie entstehen.[102] 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.[103] 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.[104]

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“[105]) vorgeschlagen.[106] 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.[107] 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.[108] Die Reaktion der Verbraucher und Unternehmen wird erkennen lassen, ob substituierbare Produkte bestehen, und wenn ja, wie der relevante Produktmarkt abgegrenzt werden sollte.[109]

Ob dieser Test angewandt wird, unterliegt letztlich allerdings der Entscheidungsgewalt der Reg TP als nationaler Regulierungsbehörde.[110] Neben dem unbestreitbaren Vorzug des Monopolistentestes, nämlich ein eingängiges Gedankenexperiment zu sein,[111] 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.[112] Zum anderen ist der SSNIP-Test ebenfalls dann kein geeignetes Instrument für die Messung der Substitutierbarkeit, wenn die Wahl der Nachfrager durch andere Erwägungen als Preiserhöhungen beeinflusst wird.[113] 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 Wettbewerbsbedin-

---

[102] Leitlinien, Rn. 39.
[103] Bekanntmachung der Kommission, Rn. 20.
[104] Vgl. die Bekanntmachung der Kommission, Rn. 14.
[105] SSNIP = small, but significant non transitory increase in price.
[106] Vgl. Leitlinien, Rn. 40 ff.
[107] Leitlinien, Rn. 40.
[108] Leitlinien, Rn. 40 m. w. N.
[109] Leitlinien, Rn. 40 m. w. N.
[110] Vgl. Leitlinien, Rn. 43.
[111] 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.
[112] Vgl. Leitlinien, Fußnote 31.
[113] Vgl. Leitlinien, Fußnote 28 m. w. N.

gungen 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 beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.[114] 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.[115] 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.[116]

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.[117] Marktanteile werden oftmals als Marktmachtindikator verwendet, da sie am deutlichsten Erfolg und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweisen;[118] in ihnen schlägt sich der Erfolg oder Misserfolg in den wettbewerblichen Auseinandersetzungen signifikant nieder.[119] 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.[120]

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.[121] 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.[122]

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften liefern besonders hohe Marktanteile (über 50 %) ohne Weiteres, von außergewöhnlichen Umständen

[114] Vgl. Leitlinien, Rn. 56 m. w. N.
[115] Vgl. dazu die Bekanntmachung der Kommission, Rn. 29 und 30.
[116] Vgl. dazu Wendland in: Beck’scher TKG Kommentar, 2. Auflage, Vor § 33 Rn. 50 m. w. N.
[117] Vgl. die Leitlinien, Rn. 75.
[118] Siehe Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Art. 82, Rn. 42.
[119] Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 59.
[120] Siehe die Leitlinien, Rn. 75.
[121] Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m. w. N.
[122] 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.

abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.[123] Nach der 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".[124]

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.[125]

Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen hängen von den Merkmalen des relevanten Marktes ab.[126] 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.[127]

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.[128] 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.[129] Längerfristig schwankende Marktanteile können jedoch wiederum ein Anzeichen für fehlende Macht auf dem relevanten Markt sein.[130]

2. Gesamtgröße des Unternehmens

[123] 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*". 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."
[124] EuGH-Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche ./. Kommission*, Slg. 1979, S. 461 Rn. 41.
[125] Vgl. Leitlinien, Rn. 78; siehe dazu auch Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Art. 82 Rn. 48 m. w. N.
[126] Leitlinien, Rn. 77.
[127] Leitlinien, Rn. 76.
[128] 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.
[129] Leitlinien, Rn. 75.
[130] Leitlinien, Rn. 75.

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 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.[131] Es handelt sich hierbei um eine – im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende – Marktzutrittsschranke (siehe dazu auch unter 14.).[132] 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.[133]

5. Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht

Liegt eine ausgleichende Nachfragemacht vor, so spricht dies gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,[134] 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.[135] 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 potentielle Wettbewerber in ihrem Marktverhalten entmutigen und von wettbewerbsaktiven Maßnahmen abschrecken können.[136]

---

[131] Vgl. Leitlinien, Rn. 78.
[132] Vgl. dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt Francis Jacobs vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Rn. 66.
[133] Siehe Leitlinien, Rn. 78; vergleiche ferner Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O, Art. 82 Rn. 55 m. w. N.
[134] Leitlinien, Rn. 78.
[135] 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.
[136] 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.[137]

7. Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen)

Eine breites Produktsortiment kann ebenfalls Wettbewerbsvorteile mit sich bringen.[138] 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[139] 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.[140] 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.[141] 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 Organisationshierachien zurückzuführen sind.[142]

9. Verbundvorteile

Verbundvorteile[143] sind Kostenvorteile, die sich für eine Unternehmen aus der Produktion von mehr als nur einem Produkt ergeben.[144] 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.[145] Auch hier sind allerdings entsprechend den unter 8. für „Diseconomies of Scale“ genannten Gründen „Diseconomies of Scope“ denkbar.[146]

10. Vertikale Integration

[137] Vergleiche zu § 19 GWB Ruppelt in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rn. 51.
[138] Leitlinien, Rn. 78; vergleiche Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Rn. 55. m. w. N.
[139] Leitlinien, Rn. 78; auf Englisch „economies of scale“.
[140] Bohr, in: Handwörterbuch der Produktionswirtschaft, 1996, Spalte 375.
[141] Bohr, a.a.O., Spalte 377.
[142] Bohr, a.a.O., Spalte 384 f.
[143] Leitlinien, Rn. 78; auf Englisch „economies of scope“.
[144] Bohr, a.a.O., Spalte 380.
[145] Bohr, a.a.O., Spalte 381.
[146] Bohr, a.a.O., Spalte 385 f.

Ebenfalls für Marktbeherrschung spricht das Merkmal der vertikalen Integration,[147] jedenfalls wenn diese das Unternehmen in die Lage versetzt, bevorzugt an Beschaffungs- und Absatzmärkte zu gelangen.[148] 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.[149]

11. Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz

Ferner kann Marktmacht durch ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz erhöht werden.[150] 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.[151] 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.[152] Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.[153]

[147] Leitlinien, Rn. 78.
[148] 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.
[149] Vergleiche den Artikel „Unternehmenskonzentration“ in: Gabler Volkswirtschafts-Lexikon, 1996.
[150] Leitlinien, Rn. 78; vergleiche auch Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 55.
[151] Leitlinien, Rn. 74, 78; vgl. auch Dirksen in Langen/Bunte, a. a. O., Art. 82 Rn. 52 m. w. N.
[152] Dirksen, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 53 m. w. N.
[153] Leitlinien, Rn. 80.

13. Expansionshemmnisse

Ein weiteres Kriterium stellen Expansionshemmnisse dar.[154] 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.

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.[155] Marktzutrittsschranken können gesetzlicher, struktureller oder strategischer Art sein.[156] 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 potentieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.[157]

[154] Leitlinien, Rn. 78.
[155] Vgl. Leitlinien, Rn. 80.
[156] 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.
[157] Leitlinien, Rn. 80.

L. Anhang 3: Stellungnahmen der interessierten Parteien

Die zugehörigen Daten befinden sich in dem beigefügten Adobe-Dokument.

M. Anhang 4: Tabellarische Auswertung

Die zugehörigen Daten befinden sich in der beigefügten Excel-Tabelle.

[BuG]