

**Notifizierung der
Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post**

Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung

Markt Nr. 11 der sog. Kommissions-Empfehlung

geschwärzte Fassung

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	3
B.	Beschreibung der relevanten Leistungen.....	3
C.	Gang der Ermittlungen.....	11
D.	Vorbringen der Parteien.....	13
I.	Vorbringen der.....	13
II.	Vorbringen der.....	14
E.	Nationale Konsultation.....	16
F.	Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Absatz 1 TKG.....	17
G.	Die Marktabgrenzung.....	17
I.	Sachliche Marktabgrenzung.....	18
1.	Gegenstand von Markt Nr. 11 der Märkte-Empfehlung.....	18
2.	Nicht von Markt Nr. 11 der Kommissions-Empfehlung erfasste Leistungen.....	19
3.	Die Behandlung des Zugangs zu hybriden Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL und ISIS.....	22
4.	Unterschied zwischen Markt Nr. 11 und Markt Nr. 12 der Empfehlung.....	25
5.	Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung.....	26
II.	Räumlich relevanter Markt.....	26
H.	Identifikation der Regulierungsbedürftigkeit.....	28
I.	Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken.....	28
II.	Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb.....	28
III.	Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden.....	28
J.	Marktbeherrschung.....	30
I.	Marktanteile.....	31
II.	Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen.....	31
III.	Marktzutrittsschranken; Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur.....	32
IV.	Vertikale Integration.....	33
V.	Tatsächlicher und potenzieller Wettbewerb.....	34
VI.	Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht.....	35
VII.	Weitere Kriterien.....	35
VIII.	Gesamtschau und Ergebnis.....	36
K.	Nennung des marktbeherrschenden Unternehmens.....	36
L.	Anhang 1: Erläuterung des angewandten deutschen Telekommunikationsrechts und des dadurch umgesetzten europäischen Sekundärrechts.....	37
I.	Marktanalyseverfahren (Artikel 16 der Rahmenrichtlinie).....	38
II.	Marktdefinitionsverfahren (Artikel 15 der Rahmenrichtlinie), Märkte-Empfehlung und Leitlinien.....	39
III.	Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht (Artikel 14 der Rahmenrichtlinie) und Anwendung der Leitlinien.....	42
IV.	§§ 9, 10 und 11 des TKG.....	44
V.	Verfahrensrecht.....	46
M.	Anhang 2: Marktabgrenzungs- und Marktbeherrschungskriterien.....	51
I.	Marktabgrenzungskriterien.....	51
II.	Marktbeherrschungskriterien.....	53
1.	Marktanteile.....	53
2.	Gesamtgröße des Unternehmens.....	55
3.	Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur.....	55
4.	Technologische Vorteile oder Überlegenheit.....	55
5.	Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht.....	55
6.	Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen.....	55
7.	Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z. B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen).....	56
8.	Größenvorteile.....	56

9.	Verbundvorteile.....	56
10.	Vertikale Integration	57
11.	Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz.....	57
12.	Fehlen von potenziellem Wettbewerb	57
13.	Expansionshemmnisse	57
14.	Leichtigkeit des Marktzugangs / Marktzutrittsschranken.....	58
N.	Anhang 3: Begriffserläuterungen.....	59
O.	Anhang 4: Stellungnahmen interessierter Parteien	61
I.	Stellungnahme der Arcor AG & Co. KG	61
II.	Stellungnahme des BREKO-Verbandes.....	65
III.	Stellungnahme der DT AG, T-Com.....	67
IV.	Stellungnahme der EWE TEL GmbH.....	70
V.	Stellungnahme der HanseNet Telekommunikation GmbH	72
VI.	Stellungnahme der htp GmbH	75
VII.	Stellungnahme der NEFkom Telekommunikation GmbH & Co. KG	78
VIII.	Stellungnahme der QSC AG.....	78
IX.	Stellungnahme des SIZ – Informatikzentrum der Sparkassen-Organisation GmbH.....	79
X.	Stellungnahme des Telecom e. V.	80
XI.	Stellungnahme des VATM	83
P.	Anhang 5: Übersicht der Ergebnisse der Auswertung.....	86

A. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung betrifft Ziffer 11 der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2003/311/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45 (im Folgenden: Märkte-Empfehlung). Unter Ziffer 11 ist folgender Markt aufgeführt: „Entbündelter Großkunden-Zugang (einschließlich des gemeinsamen Zugangs) zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten“¹.

Auf Grundlage der die Artikel 14 bis 16 Rahmenrichtlinie² umsetzenden §§ 9 bis 11 des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) sowie der Leitlinien³ und der Märkte-Empfehlung wird mit der vorliegenden Untersuchung erstmals 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),
- die nationalen Konsultation aufgeführt (vgl. Kapitel E),
- die Herstellung des Einvernehmens mit dem Bundeskartellamt genannt (vgl. Kapitel F),
- dann eine Marktabgrenzung durchgeführt (vgl. Kapitel G),
- daran anschließend die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes dargelegt (vgl. Kapitel H),
- sowie schließlich die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung geprüft (vgl. Kapitel J) und
- abschließend das marktbeherrschende Unternehmen, d. h. das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, genannt (vgl. Kapitel K).

B. Beschreibung der relevanten Leistungen

Der oben aufgeführte Markt betrifft den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Unter „Drahtleitungen“ sind dabei Kupferdoppeladern zu verstehen. Von der vorliegenden Untersuchung erfasst werden darüber hinaus der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form von Glasfaser, WLL (Wireless Local Loop oder – so der deutsche Begriff – drahtloser Teilnehmeranschluss), Powerline und aufgerüstete Kabelfernsehtnetze, nicht jedoch der in der oben genannten Empfehlung unter 12. genannte Markt „Breitbandzugang für Großkunden“⁴.

¹ Nach dem englischen Text der oben genannten Empfehlung: Wholesale unbundled access (including shared access) to metallic loops and sub-loops for the purpose of providing broadband and voice services. Es ist darauf hinzuweisen, dass die deutsche Übersetzung des Begriffs „Wholesale“ mit dem Begriff „Großkunde“ den Abnehmerkreis missverständlich darstellt. Vielmehr ist hier unter dem Begriff „Wholesale“ die „Vorleistungsebene“ zu verstehen.

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).

⁴ Nach dem englischen Text der oben genannten Empfehlung: „Wholesale broadband access“.

Die im vorliegenden Fall relevanten Leistungen lassen sich wie folgt beschreiben:⁵

Bei der Teilnehmeranschlussleitung handelt es sich im Regelfall um in Kupferkabeln⁶ zusammengeführte Leitungen, die vom Hauptverteiler⁷ im Netz des Teilnehmernetzbetreibers (Teilnehmervermittlungsstelle) in der Regel über so genannte Kabelverzweiger und Endverzweiger⁸ zu den Teilnehmeranschlusseinheiten im Hause der Teilnehmer (Kunden) führen.⁹ Am Hauptverteiler, an dem das Hauptkabel¹⁰ zu den Kabelverzweigern führt, beginnt das Anschlussnetz und die „letzte Meile“, das heißt der Anschlussbereich, der zwischen der Vermittlungsstelle am Netz und dem (zum Teil hausinternen) Endverzweiger liegt. Dabei richtet sich das Zugangsbegehren der Wettbewerber nicht zwingend auf einen Zugang ab dem Hauptverteiler; es kann sich auch auf ein kürzeres Stück der Leitung (ein „Minus“), das heißt den Zugang ab einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit befindlichen Punkt wie insbesondere dem Kabelverzweiger richten.

Beim herkömmlichen Teilnehmeranschluss wird die Verbindung zwischen Teilnehmeranschlusseinheit und Teilnehmervermittlungsstelle durch eine Kupferdoppelader hergestellt, jedoch gibt es auch Teilnehmeranschlussleitungen aus Glasfaser und Kombinationen von Kupfer- und Glasfaserleitungen (hybride Lösungen; siehe dazu im Einzelnen noch weiter unten). In der Teilnehmervermittlungsstelle ist der bereits erwähnte Hauptverteiler der Punkt, von dem aus das Hauptkabel¹¹ zu den Kabelverzweigern führt. Bei Kabelverzweigern handelt es sich wiederum um oberirdische Rangierpunkte, in denen im Fall der klassischen¹² Teilnehmeranschlussleitung Doppeladern des Verzweigeretzes auf Doppeladern des Hauptkabelnetzes¹³ dauerhaft mittels Schaltdraht durchgeschaltet werden.¹⁴ Im Falle von rein aus Glasfaser oder teilweise aus Glasfaser und teilweise aus Kupferader bestehenden Teilnehmeranschlussleitungen findet man im Allgemeinen eine entsprechende Netzgestaltung.¹⁵

Die besondere Bedeutung der Teilnehmeranschlussnetze beruht auf ihrer Funktion. Diese liegt in der Bereitstellung einer Infrastruktur für die Nachrichtenübertragung zwischen dem Abschlusspunkt der Linientechnik im Gebäude des Teilnehmers (an der Teilnehmeranschlusseinheit) und dem netzseitigen Leitungsabschluss am Hauptverteiler, der Schnittstelle

⁵ Die folgende Darstellung beruht – soweit nicht anders vermerkt – auf folgenden Quellen: Sämtliche den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung – inklusive „Line Sharing“ – betreffende Beschlüsse der Kammern 3 und 4 der RegTP; Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste GmbH, Analytisches Kostenmodell Anschlussnetz – Referenzdokument 2.0 -, 8. November 2000, S. 3 f.; Mitteilung der Kommission, Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 272 vom 23. September 2000; Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 – Deutsche Telekom AG, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 263 vom 14. Oktober 2003, S. 9; Monopolkommission, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? Sondergutachten 29, Baden-Baden 2000, Tz. 49; Thielmann/Hahn, Übertragungstechnik in: Arnold (Hrsg.), Handbuch der Telekommunikation, unter 8.6.4.3.

⁶ Ggf. aber auch und/oder als Glasfaserkabel.

⁷ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

⁸ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

⁹ So auch die Rspr., vgl. BVerwG Köln, Beschluss vom 18.08.1997, L 2317/97, S. 2 f.

¹⁰ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

¹¹ Bei einer gewöhnlichen Teilnehmeranschlussleitung über ein Kupferkabel handelt es sich hierbei um ein Kabel mit verdrehten Doppeladern, das über Distanzen von bis zu drei Kilometern verlegt werden kann. Hauptkabel haben in der Regel 400 oder 600 Doppeladern.

¹² D. h. der rein aus Kupferkabeln bestehenden Teilnehmeranschlussleitung.

¹³ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

¹⁴ Derartige Schaltpunkte werden eingesetzt, da im Verzweigeretz generell mit niedrigeren Beschaltungsgraden, d.h. mit höheren Reservekapazitäten, geplant werden muss. Denn die Anschlussnachfrage kann auch für kurze Frist nicht exakt prognostiziert werden.

¹⁵ Diese Besonderheiten werden weiter unten detaillierter dargestellt.

zum „eigentlichen“ Ortsnetz des Netzbetreibers. Das Teilnehmeranschlussnetz endet genau an der Stelle, wo der Teilnehmer nicht mehr auf ihm allein vorbehaltene Netzressourcen zurückgreifen und bei Erreichen von Kapazitätsgrenzen von der Nutzung ausgeschlossen werden kann.

Horizontal gesehen erstreckt sich das Teilnehmeranschlussnetz folglich im Allgemeinen vom Standort des Hauptverteilers bis zum Netzabschlusspunkt des Teilnehmers.

Der für gewöhnlich anzutreffende Aufbau eines Teilnehmeranschlussnetzes lässt sich mittels folgender Abbildung verdeutlichen:

Schematische Darstellung eines Teilnehmeranschlussnetzes

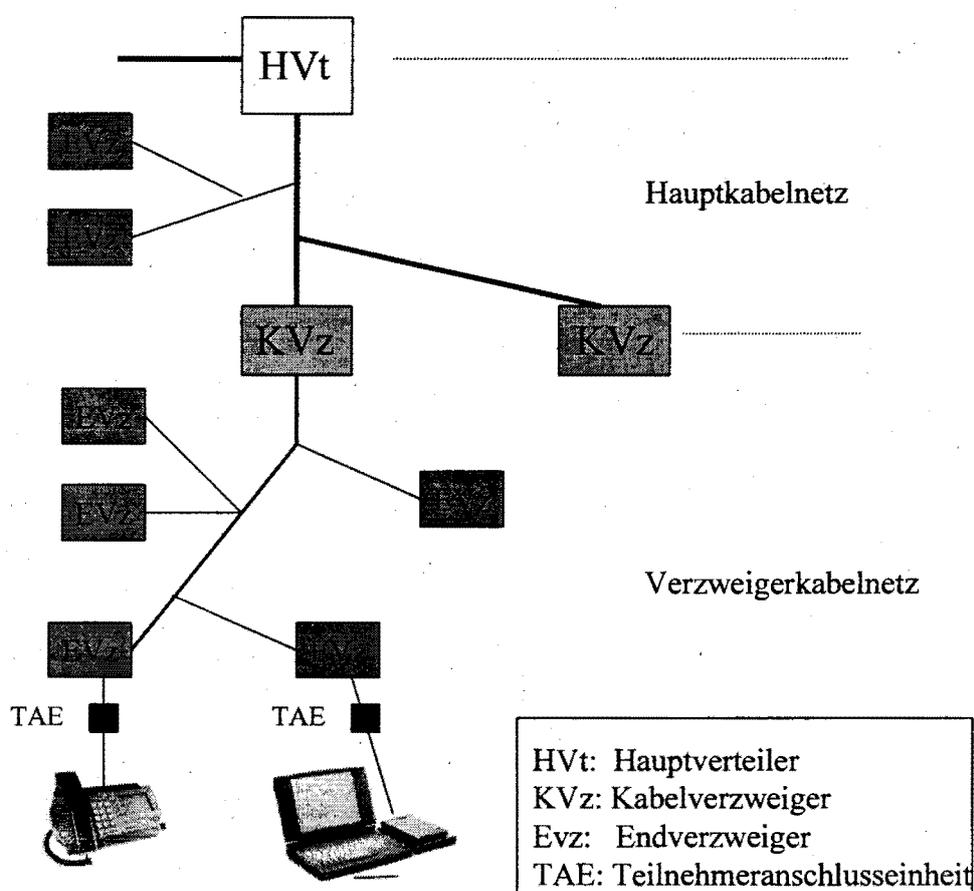


Abbildung 1: Darstellung eines „klassischen“ Teilnehmeranschlussnetzes

Das Teilnehmeranschlussnetz wird – wie man in Abbildung 1 sieht - horizontal in Haupt- und Verzweigerkabelnetz zerlegt. Das Hauptkabelnetz schließt linienseitig mit dem Hauptverteiler ab. Der Übergang vom Hauptkabelnetz zum Verzweigernetz erfolgt am Kabelverzweiger. Das Verzweigernetz kann weiter in das Verzweigerkabelnetz im engeren Sinne und das Endkabelnetz¹⁶ zerlegt werden. Schnittstellen sind hier – vielfach auch als Montagestelle bezeichnete - Verzweigerpunkte in Form von Abzweigmuffen im Verzweigerkabel, die ein oder mehrere Gebäude versorgen.

¹⁶ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

Unter einer einzelnen Teilnehmeranschlussleitung ist im Regelfall dasjenige Teilstück eines Netzes zu verstehen, welches als Leitung¹⁷ vom Hauptverteiler¹⁸ bis zur Teilnehmeranschlusseinheit als Telekommunikationsabschlusseinrichtung beim Endkunden reicht.¹⁹

Insbesondere im Fall von Teilnehmeranschlussleitungen, die ein hybrides Teilnehmeranschlusssystem (im Folgenden: HYTAS²⁰; siehe dazu noch ausführlich weiter unten) darstellen, richtet sich das Zugangsbegehren nicht zwingend auf den Zugang ab dem Hauptverteiler, sondern ggf. auf einen näher am Netzabschlusspunkt des Teilnehmers befindlichen Punkt, wie etwa den Kabelverzweiger²¹ als Schnittstelle zwischen Glasfaser- und Kupferkabel.

Den für gewöhnlich anzutreffenden Aufbau einzelner Teilnehmeranschlussleitungen zeigt folgende Abbildung:

Teilnehmeranschlussleitung („Letzte Meile“)

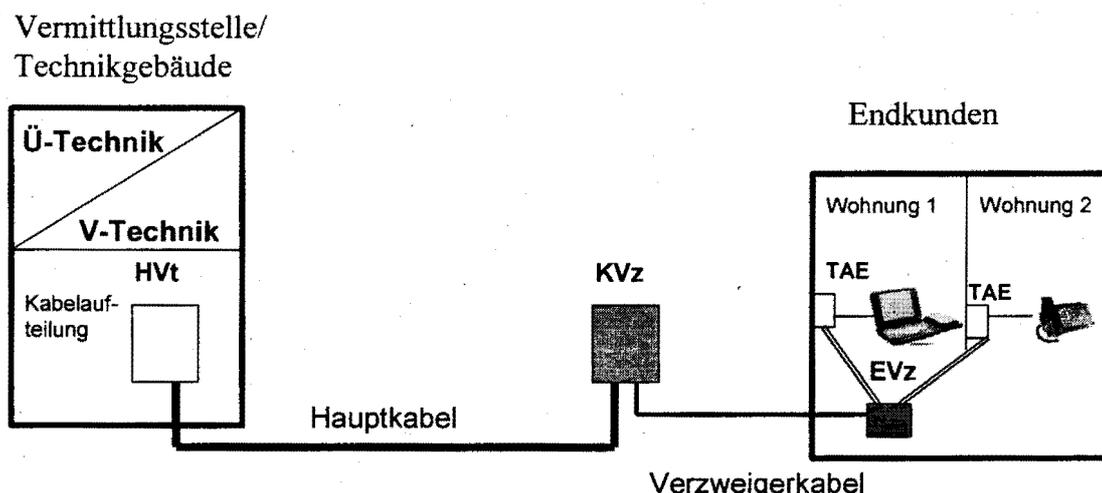


Abbildung 2: Darstellung von zwei „klassischen“ Teilnehmeranschlussleitungen

Bei der soeben dargestellten klassischen Teilnehmeranschlussleitung gibt es im Detail verschiedene Unterarten; daneben gibt es außerdem besondere Ausprägungen der Teilnehmeranschlussleitung. Diese werden im Folgenden beschrieben:

Eine besondere Ausprägung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader stellt das auch als „gemeinsamer Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ bezeichnete sog. Line-Sharing dar. Hierbei wird die Teilnehmeranschlussleitung nach Frequenzbändern in einen niederen und einen höheren Frequenzbereich unterteilt. Damit kann zum Beispiel der untere Frequenzbereich vom eigentlichen Inhaber der Teilnehmeranschlussleitung weiter für Sprachübertragung genutzt werden, während der den Zugang erhaltende Wettbewerber lediglich den oberen Frequenzbereich für Datenübertragung (typischer-

¹⁷ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

¹⁸ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 25. April 2002 – 6 C 7/00, S. 23; zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

²⁰ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

²¹ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

weise für schnelle Internetzugänge auf Basis der DSL-Technologie) verwendet.²² Das sog. Line-Sharing stellt damit nicht wirklich eine andere Art des Zugangs, sondern als Zugang nur zum oberen Frequenzbereich eher ein Minus gegenüber dem gewöhnlichen Zugang zur gesamten Teilnehmeranschlussleitung dar.

Beim Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist ferner zwischen entbündeltem und gebündeltem Zugang zu unterscheiden.

Der entbündelte Zugang umfasst in der Regel die Leitung vom Hauptverteiler (oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt wie insbesondere dem Kabelverzweiger) bis zur Teilnehmeranschlusseinheit (TAE) ohne vorgeschaltete Übertragungs- (bzw. Vermittlungs-)technik.²³ Dies wird auch als sog. Zugriff auf den „blanken Draht“ bezeichnet.²⁴ Ein gebündelter Zugang erstreckt sich darüber hinaus zusätzlich auf die eingesetzten vorgeschalteten übertragungstechnischen Systeme.

Eine solche Entbündelung des Zugangs ist, jedenfalls bei Kupferleitungen, in aller Regel technisch möglich und sachlich gerechtfertigt. Dies ermöglicht es dem Nachfrager des Zugangs, seine den Endkunden angebotenen Dienstleistungen so umfassend wie möglich selbst zu konfigurieren, ohne weitere „Annex-Leistungen“ des den Zugang anbietenden Unternehmens abnehmen zu müssen.²⁵ Die Gewährung eines gebündelten Zugangs wäre daher – jedenfalls bei marktbeherrschenden Unternehmen – in aller Regel als missbräuchlich zu qualifizieren.²⁶ Der gebündelte Zugang wird normalerweise, da er entweder nicht auftreten darf, nämlich wenn das nachfragende Unternehmen den entbündelten Zugang wünscht, oder aber der freien Disposition der Vertragsparteien unterliegt, nämlich wenn das nachfragende Unternehmen den derart gebündelten Zugang wünscht, von der vorliegenden Untersuchung nicht erfasst.

Abgesehen von diesen von der vorliegenden Untersuchung nicht erfassten Fällen gewährt insbesondere die ... gebündelten Zugang aber unbestrittenermaßen berechtigterweise und nur in Ausnahmefällen dann, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Sinne des Zugriffs zum blanken Draht im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre.²⁷ Nach dem Standardvertrag der ... erfolgt der gebündelte Zugang nämlich insbesondere dann,

„wenn wegen einer bestehenden Auslastung der nachgefragten Teilnehmeranschlussleitung bereits bislang übertragungstechnische Systeme zur Mehrfachausnutzung des Mediums eingesetzt werden und über diese Teilnehmeranschlussleitung auch künftig andere Endkunden als die des den Zugang begehrenden Unternehmens versorgt werden müssen, oder wenn infolge der Nachfrage erstmals derartige Systeme installiert werden müssten, damit neben den Endkunden des den Zugang begehrenden Unternehmens andere Endkunden versorgt werden können. Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Endkunde des den Zugang begehrenden Unternehmens über die fragliche Teilnehmeranschlussleitung zusätzlich versorgt wird.“

²² Der im Rahmen der nationalen Konsultation erfolgten Anregung des Unternehmens Hansenet folgend wird darauf hingewiesen, dass sich aus diesem Beispiel keine Eingrenzung der in den Frequenzbereichen zu nutzenden Dienste ableiten lässt.

²³ Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe Anhang 3.

²⁴ Vgl. dazu insbesondere das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. April 2001 in der Rechtssache BVerwG 6 C 7.00, S. 9.

²⁵ Vgl. dazu auch Klotz/Delgado/Fehrenbach, WuW 2003, S. 346, 347.

²⁶ So insbesondere das Bundesverwaltungsgericht, a. a. O. Mit der hier vorgenommenen Begriffsbestimmung ist noch keine Definition des im TKG-E verwandten Begriffs der Entbündelung vorgenommen.

²⁷ Ebenfalls auf Anregung von Hansenet wird klargestellt, dass Kapazitätsengpässe hiervon nicht erfasst werden.

Mit dieser seitens der Wettbewerber der ... nach hiesigen Erkenntnissen jedenfalls nicht beanstandeten Formulierung ist der Fall gemeint, dass die Beschaltung der Leitung unvermeidbar ist, um die Leitung in mehrere Kanäle zu teilen und so der jeweiligen TAE am Punkt des Zugangs durch den Wettbewerber (also am Hauptverteiler oder einem näher an der TAE gelegenen Punkt) eine individualisierte Teilnehmeranschlussleitung zuweisen zu können. Auch wenn dieser Fall im Vergleich zum „gewöhnlich“ anzutreffenden entbündelten Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in Form von Kupferkabeln eher selten ist, gibt es in der Realität Fälle, in denen die Ermöglichung des Zugangs zur individualisierten Teilnehmeranschlussleitung in Form von Kupferkabeln nur durch eine derartige „Mehrfachausnutzung“ (mittels eines als Multiplexing bezeichneten übertragungstechnischen Verfahrens) einer physischen Leitung technisch realisierbar ist.²⁸ Hier wird ausschließlich das zur Individualisierung der einzelnen TAE erforderliche Mindestmaß an Übertragungstechnik eingesetzt.

Dieser aufgrund der unvermeidbaren Nutzung von Übertragungstechnik „gebündelte“ Zugang stellt also keine wirklich andere Art des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung dar als der entbündelte Zugang im Sinne des Zugriffs zum „blanken Draht“. Es handelt sich vielmehr um ein „Minus“, denn der von der vorliegenden Untersuchung erfasste Fall ist ausschließlich für solche Fälle gedacht, in denen ein entbündelter Zugang ohne jedwede Nutzung von Übertragungstechnik dem Anbieter nicht möglich bzw. sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Eine deutsche Besonderheit stellen Teilnehmeranschlussnetze in Form von „Hybriden Teilnehmeranschlusssystemen (im Folgenden: HYTAS²⁹)“ dar. Diese – nach hiesigen Erkenntnissen ausschließlich in Deutschland verbaute - Technik vereint Glasfaser- und Kupferleitungen in einer Teilnehmeranschlussleitung. Bei dieser Hybrid-Technik wird ein Teil der Teilnehmeranschlussleitung, und zwar für gewöhnlich das Hauptkabel, durch ein Glasfaserkabel ersetzt. Ein anderer Teil der Teilnehmeranschlussleitung, und zwar im Allgemeinen das Verzweigerkabel, bleibt ein Kupferkabel.

Diese HYTAS-Technik gibt es in mehreren Varianten, die sich durch die jeweilige Reichweite des Glasfaserkabels unterscheiden: Die Glasfaser reicht entweder – dies ist der Regelfall - direkt bis an den Kabelverzweiger (FTTC³⁰/Fibre to the Curb³¹) oder bis an den Endverzweiger in bzw. an einem Kundengebäude (FTTB³²/Fibre to the Building). An der Schnittstelle von Glasfaser- und Kupferkabel, dem sog. Verteilpunkt, im Englischen Optical Network Unit (im Folgenden: ONU³³) genannt, werden optische in elektrische Signale umgewandelt und aufbereitet. Im schlagwortartig als „Fibre to the Curb“ bezeichneten Regelfall des HYTAS wird der ONU im Kabelverzweigergehäuse installiert. In Form von Kupferkabeln bis hin zum Endkunden bereits verlegte Verzweiger- und Endkabel werden weiterverwendet. Reicht die Glasfaser weiter als bis zum Kabelverzweiger, so gilt das oben Gesagte entsprechend.

²⁸ Der an sich zahlenmäßig erheblich bedeutsamere Fall der aus technischen Gründen unvermeidbaren „Bündelung“ von hybriden Teilnehmeranschlussleitungen wird aus systematischen Gründen im Anschluss an die Darstellungen eben dieser hybriden Teilnehmeranschlussleitungen erörtert.

²⁹ Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe auch Anhang 3.

³⁰ Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe auch Anhang 3.

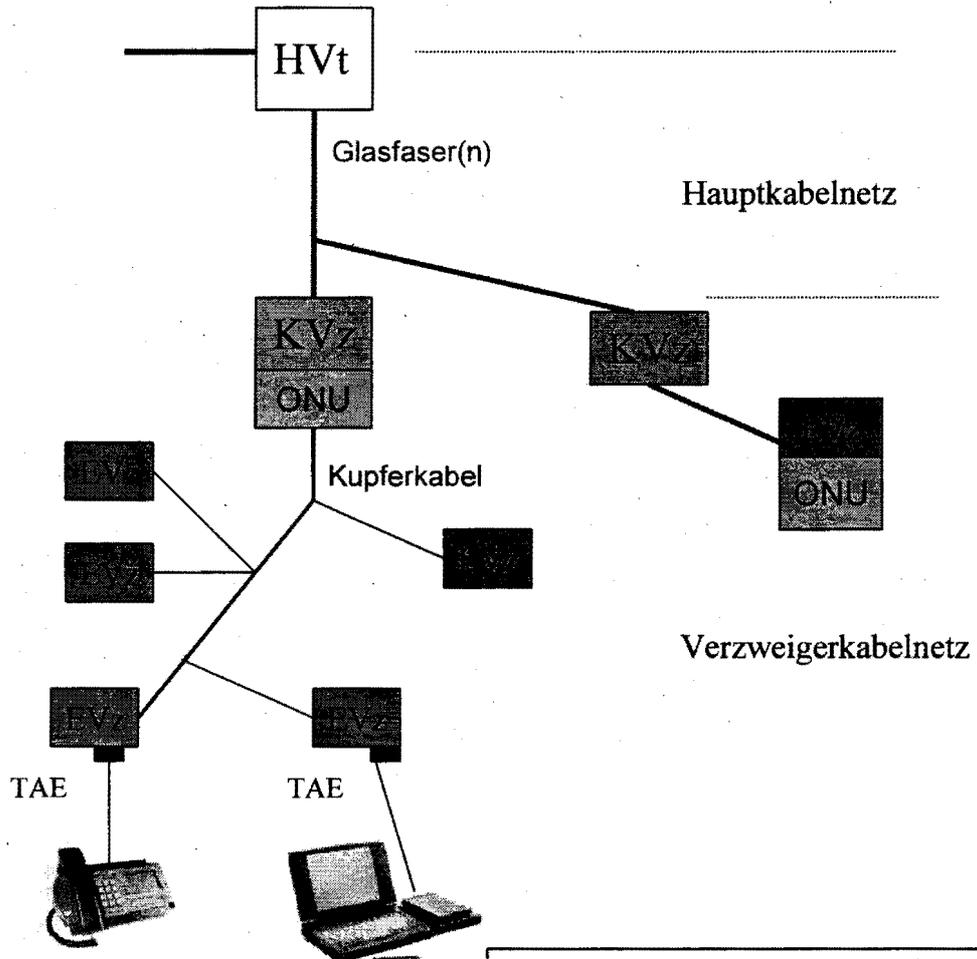
³¹ Der englische Begriff „curb“ bedeutet auf deutsch Bordstein.

³² Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe auch Anhang 3.

³³ Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe auch Anhang 3.

Den vom Aufbau eines klassischen Teilnehmeranschlussnetzes nur geringfügig abweichenden Aufbau eines hybriden Teilnehmeranschlussnetzes veranschaulicht folgende Abbildung:

Schematische Darstellung eines hybriden Teilnehmeranschlussnetzes



HVt: Hauptverteiler
KVz: Kabelverzweiger
Evz: Endverzweiger
TAE: Teilnehmeranschlusseinheit
ONU: Optical Network Unit

Abbildung 3: Darstellung eines hybriden Teilnehmeranschlussnetzes (OPAL/ISIS)

Die Verbreitung von HYTAS in Deutschland lässt sich nur durch die historische Besonderheit des im Rahmen von Operationen der Europäischen Investitionsbank unterstützten Aufbau-
programms für die neuen Bundesländer erklären. Dies stellte insofern eine besondere Herausforderung dar als 1990 nur jeder zehnte Einwohner in den Beitrittsgebieten der ehemaligen DDR einen eigenen Telefonanschluss hatte. Die DT AG bzw. ihre Vorgängerbehörde hatte im Rahmen des Aufbauprogramms Ost die Aufgabe, in den neuen Bundesländern

flächendeckend ein modernes Telekommunikationsnetz aufzubauen. Im Rahmen der Förderung strukturschwacher Gebiete begann 1993 der Anschluss von ostdeutschen Wohneinheiten mit dem Projekt „Optisches Anschlussleitungssystem OPAL“. In den folgenden Jahren wurden umgerechnet knapp 25 Mrd. € in den Ausbau der TK-Netze investiert und so beispielsweise 5,2 Mio. neue analoge Telefonanschlüsse geschaffen.³⁴ Nur vor diesem Hintergrund ist zu verstehen, dass seit Mitte der 90iger Jahre in Deutschland Glasfasern in größerem Stil in den Ortsnetzen und im Teilnehmeranschlussbereich verlegt wurden.³⁵ Wirtschaftlich war diese Entscheidung nur möglich, weil in den ostdeutschen Bundesländern hochverdichtete Wohngebiete („Plattenbau-Siedlungen“) beinahe vollständig mit neuen Telefonanschlüssen auszustatten waren und sich dafür die hybride Technik anbot, die dann später auch bei Ersatz- und Neuinvestitionen in westdeutschen Neubaugebieten zum Einsatz kam.

Die ...-Bezeichnungen „OPAL“ (optische Anschlussleitung) oder „ISIS-In- bzw. Outdoor“ (integriertes System zur Bereitstellung von Netzinfrastruktur auf optischer Basis) sind die FTTC- und FTTB-Varianten der HYTAS-Technik. Die in den neuen Bundesländern häufiger vorzufindende Variante nennt sich OPAL. Dabei geht die Glasfaser häufig bis in bzw. an die einzelnen Häuser. Die seit 1995 im Rahmen von Ersatz- oder Neuinvestitionen in Neubaugebieten auch in Westdeutschland vorrangig verlegte Variante nennt sich ISIS. Hierbei wird in der Regel nur der Abschnitt zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger mittels Glasfaser überbrückt (was also der FTTC-Variante entspricht); zwischen Kabelverzweiger und Teilnehmeranschlusseinheit werden dann die vorhandenen Kupferleitungen weiterhin genutzt bzw. die Leitungen in Kupfer ausgebaut.

Mittlerweile sind in Deutschland nach hiesigen Erkenntnissen insgesamt grob fast ... Endkunden-Anschlüsse über hybride Teilnehmeranschlussleitungen mit dem Festnetz verbunden. Davon befinden sich etwa ... Endkunden-Anschlüsse in Ostdeutschland und circa ... Endkunden-Anschlüsse in Westdeutschland. Sie wurden beispielsweise in den ostdeutschen Städten bzw. Regionen Leipzig, Brandenburg, Gera, Luebz, Dresden-Cotta, Hoyerswerda,³⁶ aber auch in westdeutschen Städten bzw. Regionen wie etwa ..., ..., ..., ..., ... und ... verlegt.

Aufgrund der zum Teil verwandten Glasfasertechnik ist der Zugang zur hybriden Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS grundsätzlich ein „gebündelter“ Zugang. Das Erfordernis der Bündelung, d. h. der Nutzung vorgeschalteter Übertragungstechnik, besteht aufgrund der teilweise Nutzung von Glasfasertechnik. Findet der Netzzugang an dem aus Glasfaser bestehenden Bestandteil der hybriden Teilnehmeranschlussleitung statt, so ist die Beschaltung der Leitung aus technischen Gründen unvermeidbar, um die Leitung in mehrere Kanäle zu teilen und so der jeweiligen TAE am Punkt des Zugangs durch den Wettbewerber eine individualisierte Teilnehmeranschlussleitung zuweisen zu können. Die Glasfaserleitung wird zur Anbindung mehrerer TAEen genutzt, so dass eine Individualisierung der dem Nachfrager zur Verfügung gestellten Teilnehmeranschlussleitung nur möglich ist, indem das Glasfaserkabel (zum Beispiel durch Wellenlängenmultiplexen³⁷ oder Zeitmultiplexen³⁸) in mehrere Kanäle unterteilt wird. Im Falle von OPAL/ISIS laufen also – physisch - über den Glasfaserteil des Teilnehmeranschlussnetzes notwendigerweise mehrere Teilnehmeranschlussleitungen. Der Zugang zu einer individualisierten Teilnehmeranschlussleitung kann aus technischen Gründen nur mittels eines übertragungstechnischen Verfahrens ermöglicht werden.

Dessen ungeachtet ist aber auch ein entbündelter Zugang zu einer hybriden Teilnehmeranschlussleitung nicht ausgeschlossen. Begehrt der Nachfrager erst an einem aus Kupferkabel

³⁴ Vgl. ntz, Fachmagazin für Telekommunikation und Informationstechnik, Heft 6/1997, S. 12.

³⁵ Norbert Hahn, Dienstvielfalt mit neuem Netzzugangssystem, telekom praxis 4/01, S. 15.

³⁶ TK-Netz: Ostdeutschland ist weltweit die Nummer eins, in Computerwoche Nr. 22 v. 03.06.1994, S. 61.

³⁷ Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe auch Anhang 3.

³⁸ Vgl. zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe auch Anhang 3.

bestehenden Teil der hybriden Teilnehmeranschlussleitung den Zugang, so erscheint es wie bei einer Teilnehmeranschlussleitung rein auf Basis von Kupferkabeln grundsätzlich technisch möglich und sachlich gerechtfertigt einen entbündelten Zugang ohne Nutzung vorgeschalteter Übertragungs- und Vermittlungstechnik zu gewähren. Begehrt der Nachfrager erst an einem aus Kupferkabel bestehenden Teil der hybriden Teilnehmeranschlussleitung den Zugang, gilt also das in Bezug auf den Zugang zu einer Teilnehmeranschlussleitung rein in Form der Kupferdoppelader Gesagte entsprechend.

Die soeben dargestellten, nur aufgrund der besonderen Situation der Bundesrepublik Deutschland so weit verbreiteten hybriden Teilnehmeranschlussleitungen haben mit modernen breitbandigen Glasfasernetzen, wie sie in ganz Europa auf vorgeschalteten Übertragungstrecken oder bei besonderen Marktnischen zur Deckung eines nur vereinzelt anzutreffenden hohen Übertragungsbedarfs bestimmter Kunden angeboten werden, kaum etwas gemeinsam. Zur Bereitstellung größerer Übertragungskapazitäten wird nämlich – auch seitens der DT AG, T-Com – zusätzlich punktuell bedarfsorientiert ein Glasfasernetz ausgebaut.

Unter Wireless Local Loop (WLL) ist der drahtlose Teilnehmeranschluss an ein Verbindungsnetz zu verstehen.³⁹ Realisiert wird diese Möglichkeit der Teilnehmeranbindung durch Richtfunktechnik als Punkt- zu Mehrpunkt-Anwendung.⁴⁰ Sie spielt bislang in der Praxis keine ausschlaggebende Rolle und es ist auch nicht erkennbar, dass sich dies in absehbarer Zeit ändern wird.

Unter „Powerline Communication (PLC)“ versteht man eine Übertragungstechnik für das Stromnetz, welches als Zugangsnetz zum Endkunden genutzt wird.⁴¹ Auch bezogen auf diese denkbare Alternative zur Teilnehmeranschlussleitung ist keine erhebliche praktische Relevanz erkennbar, so dass sich nähere Ausführungen erübrigen.

Auch über Kabelfernsehnetze ist bei rückkanalfähigem Ausbau grundsätzlich ein Zugang zu breitbandigen Dienstleistungen per Kabelmodem möglich.⁴²

C. Gang der Ermittlungen

Zur Aufklärung des Sachverhalts wurde mit Schreiben vom 26.11.2003 an 17 Unternehmen ein formelles Auskunftersuchen gemäß § 72 Absatz 1 Nr. 1 des TKG-alt i. V. m. der Rahmenrichtlinie, insbesondere Artikel 5, 14 bis 16 (richtlinienkonforme Auslegung) mit Frist bis zum 23.01.2004 gesandt. Die Auswahl der adressierten Unternehmen erfolgte folgendermaßen:

Im Bereich der Teilnehmeranschlussleitung waren zunächst keine Informationen im Hinblick darauf verfügbar, welche Unternehmen – neben der DT AG, T-Com – ebenfalls als Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen tätig sind. Daher wurde in einem dreistufigen Verfahren versucht, mögliche Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen zu ermitteln. Aufgrund der regelmäßig erhobenen Marktstrukturdaten lagen Informationen darüber vor, welche Unternehmen Teilnehmeranschlussleitungen nicht nur bei der DT AG, T-Com sondern auch bei anderen Unternehmen nachfragen. Diese Nachfrager wurden im Hinblick auf ihre Anbieter befragt. Zum zweiten kamen als potenzielle Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen große Teilnehmernetzbetreiber mit eigener Infrastruktur in Betracht, die ebenfalls befragt wurden. Die DT AG, T-Com hatte schließlich in der Vergangenheit angedeutet, selbst bei anderen Unternehmen Teilnehmeranschlussleitungen angemietet zu haben. An dritter Stelle

³⁹ Reg TP, Ortsnetzettbewerb 2000, S. 8.

⁴⁰ Reg TP, Ortsnetzettbewerb 2000, S. 8.

⁴¹ Reg TP, Ortsnetzettbewerb 2000, S. 11.

⁴² Vgl. Reg TP, Jahresbericht 2003, S. 23.

wurde folglich die DT AG, T-Com um Auskunft gebeten, um welche Unternehmen es sich hierbei handelt.

Es wurden somit folgende Quellen herangezogen:

- (1) Die durch die Erhebung von Marktstrukturdaten, die für den Tätigkeitsbericht 2002/2003 erfolgte, gewonnenen Informationen über diejenigen Unternehmen, die von anderen Unternehmen als der DT AG, T-Com den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen bezogen haben, wurden zu Grunde gelegt. Die Nachfrager von Teilnehmeranschlussleitungen, die dabei angegeben haben, dass sie nicht nur mit der DT AG, T-Com sondern auch mit anderen Unternehmen Verträge abgeschlossen haben, wurden telefonisch nach Anbietern befragt.
- (2) Im nächsten Schritt wurden potenzielle Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen in Hinblick auf eventuelle Angebote befragt. Hierbei handelt es sich um Unternehmen, die nach damaligem Kenntnisstand über eigene Infrastruktur verfügen und diese möglicherweise anderen Unternehmen anbieten.
- (3) Schlussendlich erfolgte eine schriftliche Befragung der DT AG. Nach deren Auskunft wurden der DT AG bislang von insgesamt 16 Carriern der Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen angeboten. Der DT AG ist darüber hinaus nicht bekannt, dass weitere Unternehmen als Anbieter des Zugangs zu Teilnehmeranschlussleitungen tätig sind.

Der Inhalt des Fragebogens lässt sich wie folgt beschreiben:

Die im ersten Teil des Auskunftersuchens (Fragen 1 bis 10) enthaltenen Fragen beziehen sich allgemein auf das Angebot des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung, eine etwaige Differenzierung des Angebotes in geografischer Hinsicht und nach bestimmten Anschlussarten (Kupferdoppelader, Glasfaser, WLL), den Gesamtumsatz des Unternehmens und ggf. des Konzerns in den Jahren 2001 und 2002, gesellschaftsrechtliche Verbundenheiten, Außen- und Innenumsatzerlöse für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung allgemein und getrennt nach den oben genannten Anschlussarten (2001, 2002, 1. Halbjahr 2003), die extern bzw. intern abgesetzten Zugänge der Teilnehmeranschlussleitung (2001, 2002, 1. Halbjahr 2003), die jeweiligen Preise mit Stand vom 31.12.2001, 31.12.2002 und 31.12.2003, sowie jeweils den Anteil der Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung, der über eigene bzw. fremde Infrastruktur realisiert wird.

Die Beantwortung der übrigen Fragen (11 bis 16) wurde den Unternehmen anheim gestellt. Diese Fragen betreffen die etwaigen Auswirkungen der Kosten des Aufbaus eigener Infrastruktur auf den Marktzutritt, etwaige Barrieren hinsichtlich des Anbieterwechsels aus Sicht der Nachfrager, das Tätigsein der Unternehmen in anderen Bereichen der Telekommunikation, die Existenz von Marktzutrittsschranken, Expansionshemmnissen und Behinderungsstrategien sowie allgemein die wettbewerblichen Verhältnisse auf dem genannten Markt unter besonderer Berücksichtigung des technischen Fortschritts.

Alle 17 Auskunftersuchen wurden erfolgreich zugestellt. Alle angeschriebenen Unternehmen haben das Auskunftersuchen beantwortet. Aus verschiedenen Gründen wie etwa missverständlichen oder lückenhaften Angaben waren jedoch mehrfach Nachfragen und Fristverlängerungen erforderlich. Nur in einem Fall war trotz mehrfachen Nachfragens die Durchführung einer Schätzung erforderlich (vgl. Anhang 5, Tabelle 6).

Eine Zusammenfassung des Ergebnisses der Ermittlungen ist Anhang 5 zu entnehmen.

Vereinzelt wird Kritik in der Weise vorgetragen, im Rahmen der Marktanalyse werde einseitig auf die Anbieterseite abgestellt. Gesichtspunkte der Nachfrage würden vernachlässigt. Diese

Beurteilung erweist sich als unzutreffend, denn sie verkennt, dass zwar in der Phase der Datenerhebung Angebotsaspekte dominieren, im Verlauf der nationalen Konsultation jedoch bei zahlreichen Gelegenheiten Nachfrageüberlegungen angemessene Berücksichtigung finden.

Im Übrigen entspricht es einer - auch im allgemeinen Kartellrecht - üblichen Vorgehensweise, Nachfragerbefragungen nur in Ausnahmefällen durchzuführen, da im Allgemeinen operationalisierbare Daten - wenn überhaupt - nur mittels eines unverhältnismäßigen Aufwands erlangt werden können. Auf derartige Befragungen verzichtet daher auch die Reg TP in aller Regel im Hinblick auf einen möglichst zügigen Abschluss der ohnehin schon komplexen Verfahren. Dieses Vorgehen nach dem Grundsatz der Verfahrensökonomie liegt im Interesse des Marktes und insbesondere auch der Nachfrager an einer möglichst raschen adäquaten Regulierung.

D. Vorbringen der Parteien

I. Vorbringen der ...

...

Die Investition in den Aufbau eigener Infrastruktur wird von ... als nicht lohnenswert eingeschätzt. Auch hinsichtlich des Anbieterwechsels gebe es mit wenigen Ausnahmen keine Alternative zur

Eine flächendeckende Versorgung mit TAL sei aus wirtschaftlichen Gründen insbesondere für Kupferanschlüsse nicht zu leisten. Eine Ausnahme bildeten hier individuelle Einzelzugänge über Glasfaser für Projekte.

... vertritt ferner die Auffassung, dass aufgrund der Regulierung kein Markt im eigentlichen Sinn vorhanden sei. Mit wenigen Ausnahmen gebe es zur Zeit keine wirtschaftlich und technische verfügbare Alternative zur TAL. Auch mittelfristig sei keine grundsätzlich neue Technik absehbar.

Auch die ... vertritt die Meinung, dass Investitionen in eigene Netzinfrastrukturen nicht lohnenswert seien.

Da im Einzugsbereich der ... kein alternativer Anbieter der Leistung „Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen“ existiere, gebe es auch keine Möglichkeit, den Anbieter zu wechseln. Der Bezug dieser Leistung von der ... bilde die Grundlage des wirtschaftlichen Handelns.

Die ... merkt an, dass die Beschaffung von Vorleistungen von den Kosten des Aufbaus eigener Netzinfrastruktur generell abhängen, die Realisierung eigener Infrastruktur nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten jedoch nur projektabhängig und bei entsprechenden optimalen Voraussetzungen möglich sei.

Ein Wechsel des Anbieters, so die ..., sei mangels alternativer Angebote nicht möglich.

Aus Sicht der ... lassen sich die Kosten nur durch das Angebot eigener Dienstleistungen refinanzieren.

Bestätigung findet die Abhängigkeit der Beschaffung der zuvor genannten Vorleistung von den Kosten des Aufbaus eigener Netzinfrastruktur auch durch die Zudem wird unterstrichen, dass die Qualität der Verbindungen und die Dauer der Bereitstellung wichtige Faktoren seien.

Nach Meinung der ... besitzt die ... eine hohe Dominanz in diesem Markt. Sie sei zudem alleiniger Marktführer. Behinderungsstrategien anderer auf dem Markt tätiger Unternehmen existierten jedoch nicht.

Es besteht nach Auffassung der ... keine Möglichkeit auf diesem Markt neu tätig zu werden. Regulatorische Zutrittsschranken bestünden nicht. Ausschlaggebend sei vielmehr, dass es nur regional begrenzte Alternativnetze gebe und diese für Netzbetreiber gegenüber dem bundesweiten flächendeckenden ...-Netz wesentlich uninteressanter seien.

Im eigenen Lizenzgebiet, wo die ... eigene Netze erstelle, sei es auffällig, dass z. B. in Neubaugebieten eher ein zweites Netz vom Wettbewerber aufgebaut werde, bevor über eine TAL-Lösung nachgedacht werde. Mehrere Initiativen auf lokaler Ebene seien bisher gescheitert.

Die ... vertritt die Meinung, dass sich der technische Fortschritt in diesem Markt nicht bemerkbar machen würde. Die Hauptkosten entstünden nicht beim Kupfer- oder Glasfaserkabel sondern beim Tiefbau. Hier konnte nach Ansicht der ... in den letzten Jahren mit den technischen Verbesserungen in der Verlegetechnik nur die Lohnkostensteigerung ausgeglichen werden.

II. Vorbringen der ...

...

Die ... vertritt die Auffassung, dass das Auskunftersuchen den Zugang zum Medium Glasfaser und das Cluster „gebündelter Zugang“ hätte unberücksichtigt lassen müssen, weil die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors sie nicht erfasse.

Bereits in ihrer Marktdefinition lege die Empfehlung den entbündelten Großkunden-Zugang zu **Drahtleitungen** und Teilleitungen (englisch: „metallic loops und sub-loops“) fest, so dass der Zugang zum Medium Glasfaser damit ausscheide, da es sich bei den Glasfaser-Angeboten nicht um „metallic loops“ handle. Der Zugang über Glasfaser werde in der Begründung zur Empfehlung der Europäischen Kommission außerdem nur im Rahmen von Bandbreiten-Bedarf ab 2 Mbit/s gesehen und dem Markt „wholesale dedicated capacity“ zugerechnet (Commission Recommendation – Explanatory Memorandum, Seite 24 oben), für den dann nur Mietleitungen mit definierten Schnittstellen und nicht das Medium Glasfaser selbst empfohlen werde.

Auch der regulatorische Zusammenhang lässt nach Meinung der ... keine andere Schlussfolgerung zu. Die Empfehlung der Kommission basiere auf der Vorschrift in Article 15 Framework Directive, wonach die Märkte des bislang bestehenden Regulierungsrahmens in der ersten Kommissions-Empfehlung enthalten sein müssten. Diese Märkte seien in Annex I Framework Directive aufgelistet. Der ULL-Markt fuße dabei auf der Regulation 2887/2000/EC, mit der ab Anfang 2001 in allen EU-Mitgliedstaaten ein ULL-Angebot existieren müsste. In dieser „Regulation“ werde „local loop“ in Article 2 (c) wie folgt definiert: *‘local loop’ means the physical twisted metallic pair circuit connecting the network termination point at the subscriber’s premises to the main distribution frame or equivalent facility in the fixed public telephone network.* Die Empfehlung zu relevanten Märkten der EU formuliere entsprechend *“unbundled access to metallic loops“*. Damit seien die Cluster „gebündelter Zugang“ und „Glasfaser“ nicht von der Empfehlung erfasst.

In der Benennung des Marktes durch die Kommissions-Empfehlung, so die ... weiter, sei auch der Zweck der Produkte genannt, nämlich *„for purpose of providing broadband and voice services“*. In der Begründung zur Empfehlung des Marktes würde der Markt auch nur

im Rahmen der Datendienste diskutiert und empfohlen. Dass die Produkte im obigen Cluster „gebündelter Zugang“ keine Vorprodukte für breitbandigen Datenzugang seien, sondern Vorleistungen für Telefonanschlüsse darstellten, sei ein zusätzlicher Beleg dafür, dass dieses Cluster von der Empfehlung des Marktes für entbündelten Zugang nicht erfasst sei.

Eine Zurechnung der Cluster „gebündelter Zugang“ und „Glasfaser“ zum vorliegend zu untersuchenden Markt sei also von der EU-Empfehlung nicht vorgesehen und wäre der Reg TP nur möglich, wenn die Substitutionseffekte zwischen den Clustern – etwa nach dem hypothetischen Monopolistentest – als so stark anzusehen wären, dass sie einen gemeinsamen Markt bildeten.

Nach Ansicht der ... ist dies jedoch nicht der Fall. Das Cluster „gebündelter Zugang“ könne den eigentlichen Zweck der Regulation 2887/2000/EC nicht erfüllen, dem alternativen Carrier das Frequenzspektrum der Anschlussleitung zur freien Ausgestaltung einer Übertragungstechnik anzubieten. Glasfaser im Anschlussnetz biete dem alternativen Carrier zwar die Möglichkeit zur Realisierung eigener Übertragungsverfahren, sei aber für Bandbreiten ab 2 Mbit/s und damit für Geschäftskunden vorgesehen und hätte wesentlich höhere Investitionskosten, die nach Logik des hypothetischen Monopolistentest mit einer 10%igen Preiserhöhung ausgehend vom Kostenniveau keinen gemeinsamen Markt erlaubten.

Da die ... davon ausgeht, dass der Zugang zum Medium Glasfaser und das Cluster „gebündelter Zugang“ schon nicht der Empfehlung der Kommission vom 11.02.2003 unterlägen, erfolgten die Angaben der ... zu Absätzen und Umsätzen daher nur nachrichtlich.

Hinsichtlich der Fragestellung, inwiefern die Beschaffung der zuvor genannten Vorleistung von den Kosten des Aufbaus eigener Netzstruktur abhängt, ist die ... der Meinung, dass die Beschaffung von Wettbewerberanschlussleitungen teilweise auf Kostengründen beruhe. In Gebieten, die von Kommunen mit deren eigenen Versorgern oder auch von Bauträgern bereits ausgebaut sind, sei ein eigener Ausbau seitens der ... in der Regel nicht mehr wirtschaftlich, so dass in solchen Fällen eine Anmietung über Dritte erfolge. Zum Teil beruhe die Anmietung der Infrastruktur bei Dritten aber auch auf der Tatsache, dass ein eigener Ausbau der ... nicht möglich sei. In Fällen, in denen Neubaugebiete schon vor der Widmung zum öffentlichen Weg mit der erforderlichen Infrastruktur ausgestattet werden, komme ein Eigenausbau durch die ... nicht mehr in Betracht. Während der Bauphase bestünde noch keine Berechtigung, den Weg zu nutzen und zum Zeitpunkt der Widmung sei die Versorgung bereits abgeschlossen; ein Verlegen eigener Infrastruktur wäre dann nicht mehr möglich.

Nach Angaben der ... sind keine Barrieren für den Wechsel des Anbieters existent. Durch die für eine Bereitstellung der TAL erforderlichen Anfangsinvestitionen würden keine Barrieren aufgebaut; dies seien Investitionen, die auch seitens der ... erforderlich wären. Die Tatsache, dass auf Seiten der ... mehr Anschlüsse verloren gegangen seien als TAL vermietet wurden, deute darauf hin, dass mittlerweile alternative Technologien genutzt würden, um Zugang zum Kunden herzustellen.

In weiteren befragten Bereichen der Telekommunikation biete die ... ein umfassendes Produktportfolio sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt an.

Es bestünden keine Marktzutrittsschranken oder Expansionshemmnisse. Die ... verweist in diesem Zusammenhang auch auf Folgendes:

Aufgrund der weitreichenden und tiefgreifenden Regulierung stehe den Wettbewerbern seit dem 01.01.1998 der flächendeckende, vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zur Verfügung. Hinzu kämen weitere Entbündelungsformen wie der gemeinsame Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, der Zugang zur Endleitung sowie der Zugang zum Kabelverzweiger. Somit existierten für die Wettbewerber keine Barrieren, um in den Markt für Telefonanschlüsse einzutreten. Sie seien hierdurch vielmehr in der Lage, den End-

kunden bundesweit ein umfassendes Produktportfolio anzubieten. Ein Zeichen dafür, dass sich der Wettbewerb ungehindert entwickeln könne, zeige sich durch die mittlerweile 1,35 Mio. entbündelten TAL, die bislang durch alternative Teilnehmernetzbetreiber bei der ... angemietet würden. Vergleiche man dies mit der Wettbewerbssituation in den restlichen EU-Mitgliedstaaten, in denen insgesamt lediglich 300.000 entbündelte TAL nachgefragt würden, so zeige sich doch sehr deutlich, dass sich in Deutschland aufgrund sehr guter Wettbewerbsbedingungen funktionierender Wettbewerb entwickelt habe.

Die Entwicklungen der letzten Jahre, so die ..., zeigen jedoch, dass sich der Wettbewerb auf Basis der Teilnehmeranschlussleitungen regional unterschiedlich entwickelt habe. So existieren in Deutschland trotz bundesweit identischer Entgelte große Unterschiede bzgl. der lokal bzw. regional vorfindbaren Wettbewerbsintensität. Aufgrund der freien Wahl, örtlich tätig zu werden, könne festgestellt werden, dass sich Wettbewerber primär in Ballungsgebieten positionierten, da diese die profitabelsten Gebiete darstellten. In Städten wie Köln, Hamburg und Oldenburg hätten sie beispielsweise bereits Marktanteile über 20% erreicht, was die Intensivierung des Wettbewerbes deutlich zeige. Dagegen fragten die Wettbewerber in ländlichen, kostenintensiven und folglich unprofitablen Regionen in vernachlässigbar geringem Ausmaß bzw. überhaupt nicht nach.

Eine weitere differenzierende Betrachtung zeige neben den regionalen Unterschieden ebenso Unterschiede mit Blick auf Produkte und Kundengruppen. Der Fokus der Wettbewerber liege dabei vor allem auf umsatzstarken Kunden, also primär auf Geschäftskunden und Privatkunden mit ISDN- und DSL-Anschlüssen.

Zusätzlich zur Anmietung der TAL von der ... könne außerdem festgestellt werden, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber z.B. in Neubaugebieten sowohl gewerbliche als auch private Endkunden durch selbst verlegte Teilnehmeranschlussleitungen anschließen.

Laut Ausführungen der ... ist der Wettbewerb im Anschlussbereich durch alternative Technologien, wie z.B. über Breitbandkabel, WLL oder Powerline bislang noch nicht hinreichend entwickelt.

Ein Grund hierfür seien die niedrigen TAL-Entgelte. Höhere TAL Entgelte könnten dazu führen, dass Investitionen von Wettbewerbern in eigene und insbesondere alternative bzw. innovative Infrastruktur wirtschaftlich würden. Nichtsdestotrotz deute die Tatsache, dass auf Seiten der ... mehr Anschlüsse verloren gegangen seien als TAL vermietet würden, daraufhin, dass mittlerweile alternative Technologien genutzt würden, um den Zugang zum Kunden herzustellen.

Bei Glasfaseranschlüssen gebe es seit einigen Jahren Wettbewerber, die insbesondere Geschäftskunden entsprechende Anschlüsse bereitstellten.

E. Nationale Konsultation

Zum Zweck der erstmaligen Durchführung einer nationalen Konsultation im Sinne des § 12 Absatz 1 TKG hat die Reg TP am 11.08.2004 einen Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung im Amtsblatt Nr. 16 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post als Mitteilung Nr. 245/2004 und auf den Internetseiten der Reg TP veröffentlicht. Damit wurde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 13.09.2004 gegeben. Innerhalb dieser Frist sind elf Stellungnahmen eingegangen; Fristverlängerungen wurden keine beantragt.

Gemäß § 12 Absatz 1 Satz 2 TKG sind sodann am 20.10.2004 die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens im Amtsblatt Nr. 21 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und

Post als Mitteilung Nr. 307/2004 und auf den Internetseiten der Reg TP veröffentlicht worden.

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

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

F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Absatz 1 TKG

Mit Schreiben vom 11. November 2004 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 15. November 2004 erteilt.

G. Die Marktabgrenzung

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

Maßstab der danach durchzuführenden Marktabgrenzung ist also zunächst die in Anhang 1 dargestellte Märkte-Empfehlung. Ihre Bedeutung liegt einmal darin, dass sie hinsichtlich bestimmter Märkte eine Art „Anfangsverdacht“⁴³ für die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb darstellt. Derart wird sowohl der Reg TP als nationaler Regulierungsbehörde der Eintritt in die Marktanalyse erleichtert als auch eine gemeinschaftsweit koordinierte Aufnahme der Marktanalyse gewährleistet.

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

Zwar konnte die Europäische Kommission eine „Vorabdefinition“ von Märkten nur auf Grund summarischer Kriterien vornehmen.⁴⁴ Deshalb haben im Ergebnis „die NRB [...] im Rahmen der Marktanalyse sowohl das Recht als auch die Pflicht, die ‚relevanten‘ Märkte in Abweichung von der Märkte-Empfehlung festzulegen, wenn die Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht dies auf Grund der spezifischen nationalen Gegebenheiten erfordert.“⁴⁵ Dennoch ist von ausschlaggebender Bedeutung, dass die Europäische Kommission die in der Empfehlung genannten Märkte gemäß Artikel 15 Absatz 1, 1. Unterabsatz Satz 3 der Rahmenrichtlinie im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts definiert hat. Infolgedessen geht die Europäische Kommission auch davon aus, dass die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörde in der Regel darin bestehen wird, die geografische Tragweite der relevanten Märkte zu bestimmen⁴⁶ (und damit nicht darin, das Verfahren der sachlichen Marktabgrenzung jedes Mal erneut vollständig nachzuvollziehen). Nur wenn besondere nationale Gegebenheiten vorliegen, welche eine Abweichung von den von der Europäischen Kommission festgestellten Märkten rechtfertigen könnten, ist daher von der Reg TP eine eigenständige sachliche Marktabgrenzung durchzuführen. Die Europäische Kommission hat die hierbei zu beachtenden „Grundsätze des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts“ in den im Anhang dargestellten Leitlinien zusammengefasst. Schließlich ist bei der Vornahme der Marktab-

⁴³ Elkettani, K & R Beilage 1 (2004) S. 11, 13.

⁴⁴ Elkettani, a. a. O., S. 13.

⁴⁵ Elkettani, a. a. O., S. 14.

⁴⁶ Leitlinien, Rn. 36.

grenzung der Normzweck entscheidend zu berücksichtigen (Stichwort: Relativität der Markt-
abgrenzung).⁴⁷ Bei der Untersuchung der nationalen Gegebenheiten auf den von der Euro-
päischen Kommission empfohlenen Märkten ist deshalb im Auge zu behalten, dass „es bei
der sektorspezifischen Regulierung und Deregulierung nicht nur um den einzelnen Markt,
sondern auch um das Gesamtsystem und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die
Branche insgesamt gehen muss“.⁴⁸

Im Folgenden wird nunmehr der sachlich und räumlich relevante Markt untersucht (für eine
Darstellung der Markt-abgrenzungskriterien siehe Anhang 2).

I. Sachliche Markt-abgrenzung

Vorliegend ergibt sich unter weitestgehender Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung für
die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes Folgendes:

1. Gegenstand von Markt Nr. 11 der Märkte-Empfehlung

In der Empfehlung der Europäischen Kommission ist unter Nummer 11 folgender Markt ge-
nannt:

„Entbündelter Großkunden⁴⁹-Zugang (einschließlich des gemeinsamen Zugangs) zu Drahtlei-
tungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten.“⁵⁰

Der Markt betrifft also den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Unter „Drahtleitungen“
sind dabei Kupferleitungen zu verstehen, die der Erbringung von Breitband- und Sprach-
diensten dienen.

Dieser empfohlene Markt beinhaltet – bezogen auf die Umstände in der Bundesrepublik
Deutschland – zum einen den entbündelten⁵¹ Zugang zu einer Teilnehmeranschlussleitung in
Form der reinen Kupferdoppelader. Dabei kann dieser auch an einem näher an der TAE des
Endkunden gelegenen Punkt als dem Hauptverteiler⁵², insbesondere dem Kabelverzweiger,
erfolgen. Von der Märkte-Empfehlung erfasst werden nämlich neben den Drahtleitungen
auch Teilleitungen. Es sind keine Umstände ersichtlich aufgrund derer insoweit eine Abwei-
chung von der Empfehlung erforderlich wäre.

Ferner beinhaltet der empfohlene Markt den gebündelten Zugang, da dieser – wie bereits
unter B. dargestellt – nur dann erfolgt, wenn ein entbündelter Zugang ausnahmsweise nicht
möglich bzw. nicht sachlich gerechtfertigt ist. Die Erfassung dieser Art des Zugangs (und ggf.
die Notwendigkeit seiner Regulierung) ergibt sich also im Wege eines sog. Erst-Recht-
Schlusses.

Der insoweit seitens der DT AG, T-Com im Rahmen der nationalen Konsultation geäußerten
Kritik, die Markt-abgrenzung werde an dieser Stelle unzulässigerweise am gewünschten Er-
gebnis ausgerichtet, anstatt sie analytisch auf Basis des Bedarfsmarktkonzeptes durchzufüh-

⁴⁷ Vergleiche Möschel in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Art. 86 EGV Rn. 39 ff.

⁴⁸ Monopolkommission, „Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes“, 40. Sondergutachten der
Monopolkommission vom 17. Februar 2004, S. 13.

⁴⁹ Die deutsche Übersetzung des Begriffs „Wholesale“ mit dem Begriff „Großkunde“ stellt den Abneh-
merkreis missverständlich dar. Unter dem Begriff „Wholesale“ ist vielmehr die „Vorleistungsebene“ zu
verstehen.

⁵⁰ Nach dem englischen Text der oben genannten Empfehlung: Wholesale unbundled access (includ-
ing shared access) to metallic loops and sub-loops for the purpose of providing broadband and voice
services.

⁵¹ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

⁵² Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

ren (vgl. dazu Anhang 4 unter III.), ist entgegen zu halten, dass es sich bei dieser Frage gerade nicht um die selbständige Anwendung des Bedarfsmarktkonzeptes durch die Reg TP, sondern um die Auslegung des in der Empfehlung aufgeführten Marktes Nr. 11 und die Subsumtion der tatsächlichen nationalen Gegebenheiten unter diese Empfehlung handelt.

Ob der vorliegende Erst-Recht-Schluss bedeutet, dass damit zumindest die Produkte „Carrier Customer Access Basic mit Zwischengenerator“ und „Carrier Customer Access-Primary“ in Zukunft der freien Disposition der Vertragsparteien unterliegen, wie die DT AG, T-Com folgert, braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden. Im Rahmen der Prüfung der Marktabgrenzung geht die Reg TP bewusst nicht auf spezielle Produkte der DT AG, T-Com ein, sondern führt eine allgemeine Definition des gesamten sachlich relevanten Marktes durch. Anhand dieser Definition sind die dem Markt unterfallenden Produkte anhand ihrer konkreten Gestaltung im Einzelfall hinreichend bestimmbar.

Woraus die DT AG, T-Com schließt, dass der empfohlene Markt nur die Erbringung breitbandiger Dienste bezweckende Vorleistungen umfassen könne, ist bereits insofern nicht ersichtlich, als der Wortlaut der Empfehlung ausdrücklich Sprachdienste umfasst.

Der in der Empfehlung genannte Markt Nr. 11 beinhaltet außerdem den gemeinsamen Zugang, das sog. Line-Sharing. Auch insoweit ergibt sich nicht die Erforderlichkeit einer Abweichung von der Märkte-Empfehlung.

2. Nicht von Markt Nr. 11 der Kommissions-Empfehlung erfasste Leistungen

Der empfohlene Markt beinhaltet allerdings erkennbar nicht drahtlose Teilnehmeranschlüsse (WLL), aufgerüstete Kabelfernsehtetze, Powerline sowie den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen in Form von reinen Glasfaserleitungen. Es besteht keine erkennbare Notwendigkeit von dieser seitens der Europäischen Kommission auf wettbewerbsrechtlicher Grundlage für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union vorgenommenen Bewertung abzuweichen.

Wie auch die Europäische Kommission⁵³ anerkennt, ist das Kupferkabel, welches den Endnutzer mit den nächstgelegenen Verteilern verbindet, als Ortsanschlussnetz des etablierten Betreibers eigentlich nicht die einzige technische Infrastruktur, die die Bereitstellung von Diensten für Endnutzer gestattet. Die grundsätzlich anerkannten Alternativen sind Glasfasernetze, drahtlose Teilnehmeranschlüsse, Powerline und/oder aufgerüstete Kabelfernsehtetze. Fraglich ist indes, ob eine oder mehrere dieser Alternativen als der Kupferdoppelader gleichwertig anzusehen sind. In ihrer soeben zitierten Mitteilung kommt die Europäische Kommission zu dem Schluss, dass Alternativen zum öffentlichen Telefonnetz für Hochgeschwindigkeits-Dienstleistungen an bestimmte Endkunden zwar existierten (Glasfasernetze, drahtlose Teilnehmeranschlüsse oder aufgerüstete Kabelfernsehtetze), aber dennoch keinen Ersatz für das Ortsnetz bieten.⁵⁴ Wie auch die Ergebnisse der in Anhang 4 dargestellten Ermittlungen zeigen, spielen drahtlose Teilnehmeranschlüsse (WLL), aufgerüstete Kabelfernsehtetze und Powerline tatsächlich auch in der Bundesrepublik Deutschland keine ausschlaggebende Rolle.

⁵³ Mitteilung der Kommission – Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 272 vom 23. September 2000, S. 55, 57; siehe dazu auch die Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 – Deutsche Telekom AG, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. Oktober 2003, S 263, S. 9, 21.

⁵⁴ So auch die Entscheidung der Kommission vom 21. Mai 2003 – Deutsche Telekom AG, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. Oktober 2003, S 263, S. 9, 21.

In Bezug auf drahtlose Teilnehmeranschlüsse führt die Europäische Kommission in oben genannter Mitteilung zudem – auch bezogen auf die derzeitigen Umstände in der Bundesrepublik Deutschland - zutreffend aus, dass diese jedenfalls unwirtschaftlich sind, wenn es um die große Mehrheit der Endkunden geht.

Auch hinsichtlich der Nutzung von Elektrizitätsnetzen wird der Europäischen Kommission darin zugestimmt, dass diese derzeit keine erkennbare technisch oder wirtschaftlich tragfähige Alternative darstellt.⁵⁵ Nach hiesigen Erkenntnissen trifft dies in Hinblick auf das tatsächliche Maß der Aufrüstung bezogen auf die Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland auch auf aufgerüstete Kabelfernsehtetze zu.⁵⁶

Hinsichtlich reiner Glasfaserleitungen geht die Europäische Kommission davon aus, dass diese nur auf vorgeschalteten Übertragungstrecken und beim Verteilnetz für bestimmte Endverbraucher in speziellen Marktlücken oder eng abgegrenzten geografischen Gebieten wettbewerbsfähig sind.⁵⁷ Dem widersprechen die hiesigen Erkenntnisse über den punktuellen Ausbau von Glasfasernetzen nicht. Zur Bereitstellung größerer Übertragungskapazitäten wird nämlich – auch seitens der ... – zusätzlich zu den gewöhnlichen Teilnehmeranschlussetzen punktuell bedarfsorientiert ein Glasfasernetz ausgebaut. Es sind daher keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ein Abweichen von der Märkte-Empfehlung aufgrund nationaler Besonderheiten als zwingend geboten erscheinen lassen würden.

Daher wird vorliegend der Märkte-Empfehlung gefolgt und der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaserleitung nicht als Bestandteil des vorliegenden sachlich relevanten Marktes qualifiziert.

Diesem Ergebnis stehen die Stellungnahmen der interessierten Parteien im Rahmen der nationalen Konsultation (vgl. dazu Anhang 4) im Ergebnis nicht entgegen.

Selbst wenn das Glasfasernetz nicht – wie im zur nationalen Konsultation gestellten Entwurf ausgeführt - lediglich zur Anbindung spezieller kostenintensiver Endgeräte gedacht sein sollte, so sind die oben dargestellten Argumente, welche die Europäische Kommission dazu bewogen haben, den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaser nicht als Teil des in der Märkte-Empfehlung unter 11. aufgeführten Marktes zu qualifizieren, ausschlaggebend. Diese entscheidungserheblichen Umstände sind auch in Bezug auf die konkreten Verhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland zutreffend,⁵⁸ so dass es auf die Frage, ob das Glasfasernetz ausschließlich zur Anbindung spezieller Endgeräte gedacht ist, nicht ankommt.

Entgegen der Annahme einiger interessierter Parteien geht die Reg TP keineswegs davon aus, Teilnehmeranschlussleitungen auf Kupferbasis und auf Basis von Glasfaserleitungen seien parallel ausgebaut worden. Die Frage, ob entsprechende Teilnehmeranschlussleitungen parallel ausgebaut worden sind oder nicht, hat bei der Entscheidungsfindung keine Rolle gespielt. Woraus einige der Stellung nehmenden Unternehmen Gegenteiliges schließen, ist nicht ersichtlich.

⁵⁵ Mitteilung der Kommission – Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 272 vom 23. September 2000, S. 55, 57.

⁵⁶ Siehe in diesem Zusammenhang auch das COCOM-Arbeitspapier Nr. 04-20 vom 03. März 2004, Broadband Access in the EU, S. 20.

⁵⁷ Leitlinien, Fußnote 67; Mitteilung der Kommission – Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 272 vom 23. September 2000, S. 55, 57.

⁵⁸ Siehe dazu nunmehr auch beispielsweise K.-H. Neumann, Tel-Com-Brief 9/04, S. 1 ff.; Engels/St. Mayer, ntz 10/04, S. 38 f.

Der seitens QSC im Rahmen der nationalen Konsultation geäußerten Ansicht, die Sach- und Rechtslage habe sich gegenüber früheren, den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung betreffenden Beurteilungen der Reg TP nicht geändert (vgl. dazu Anhang 4 unter VIII.), ist entgegen zu halten, dass sich die Rechtslage unter anderem insofern geändert hat, als nach neuem Recht die sog. Märkte-Empfehlung weitestgehend zu berücksichtigen ist, mit der Folge, dass Abweichungen nur noch im Falle nationaler Besonderheiten möglich sind (siehe dazu im Einzelnen die einleitende Ausführung unter G.). Allein der Umstand, dass der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Glasfaserleitung bislang reguliert worden ist, und Unternehmen deshalb in die Erschließung von Hauptverteilern investiert haben, reicht für die Annahme einer nationalen Besonderheit nicht aus. Dies ändert nämlich nichts an dem lediglich punktuell bedarfsorientierten Ausbau eines Glasfasernetzes. Wie in mehreren Stellungnahmen anlässlich der nationalen Konsultation ausgeführt wird, sind an Glasfasernetze vor allem Kunden mit einem erhöhten Bedarf an Übertragungskapazität wie etwa in Bürogebäuden und Fabrikgeländen angeschlossen. Warum der Ausbau breitbandiger Anbindungen über Glasfaserkabel allein der DT AG, T-Com zumutbar sein soll, ist nicht ersichtlich. Das Vorliegen schutzwürdigen Vertrauens, welches von einigen interessierten Parteien vorgebracht wird, ist schon insofern abzulehnen, als spätestens seit Veröffentlichung der Märkte-Empfehlung im Amtsblatt der Europäischen Union am 8. Mai 2003 damit gerechnet werden konnte, dass die Reg TP dieser Märkte-Empfehlung folgen und die Regulierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis reiner Glasfaser beenden dürfte.

Im Rahmen der nationalen Konsultation ist insbesondere von Arcor vorgebracht worden, dass entbündelte Glasfaserleitungen in Deutschland auch im Anschlussnetz technisch wettbewerbsfähig und oftmals alternativlos seien (vgl. dazu Anhang 4 unter I.). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass dies in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union anders ist, so dass aus diesem Vorbringen nicht auf eine nationale Besonderheit geschlossen werden kann.

Entgegen der Ansicht einiger interessierter Parteien sind – wie unter G. dargestellt – die Kriterien des europäischen Wettbewerbsrechts im Bereich der sachlichen Marktabgrenzung durch die Reg TP nur dann erneut anzuwenden, wenn es Anhaltspunkte für nationale Besonderheiten gibt. Liegen derartige nationale Besonderheiten nicht vor, so ist davon auszugehen, dass die Europäische Kommission bereits bei der Erstellung der sog. Märkte-Empfehlung diese Kriterien zutreffend angewandt hat. Der seitens einiger interessierter Parteien im Rahmen der nationalen Konsultation geäußerten Meinung, Markt 11 der Empfehlung sei falsch definiert, schließt sich die Reg TP nicht an.

Ebenfalls nicht gefolgt werden kann der u. a. von Arcor geäußerten Ansicht, dass der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Glasfaser deshalb erfasst werden müsse, weil das EU-Richtlinienpaket und das es umsetzende TKG von einer stärker gesicherten Zugangsregulierung von Vorleistungen ausgingen (vgl. dazu Anhang 4 unter I.): Zum einen würde es sich dabei nicht um eine nationale Besonderheit handeln; zum anderen ist dies auch nicht zutreffend. Eine besondere, neue Eigenschaft des durch das neue TKG verwirklichten Ordnungsmodells ist nämlich gerade der Beginn mit dem Abbau der asymmetrischen Regulierung.⁵⁹ Dem liegt die Idee zu Grunde, dass in einer marktwirtschaftlich ausgerichteten und deshalb nicht zuletzt auf dem Wettbewerbsprinzip beruhenden Wirtschaftsordnung die asymmetrische Wettbewerbsförderung nur solange als gerechtfertigt angesehen wird, wie der in anderen Märkten allein vorhandene Kontrollmechanismus des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht als ausreichend erachtet wird.⁶⁰ Selbst wenn die konkreten Regulierungsverpflichtungen, welche die Reg TP nach dem neuen TKG auferlegen kann, schärfer sein sollten als diejenigen, welche ihr nach altem Recht zur Verfügung standen, so ändert dies

⁵⁹ Siehe Erwägungsgrund 1 der Märkte-Empfehlung; vergleiche dazu auch Huppertz, Die SMP-Konzeption, 86, 378; Klotz, ZWeR 2003, 283, 289 f.

⁶⁰ Huppertz, Die SMP-Konzeption, 151.

nichts an diesem deregulatorischen Ansatz des europäischen Richtlinienpakets und des es in deutsches Recht umsetzenden TKG.

In Hinblick auf die im Rahmen der nationalen Konsultation geäußerten Bedenken einiger interessierter Parteien, wird hier rein vorsorglich darauf hingewiesen, dass dieses Ergebnis ein späteres Tätigwerden im Falle etwaiger Missbräuche einer eventuell marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-Com keineswegs ausschließt.

Der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaserleitung wird von keinem anderen in der Kommissions-Empfehlung aufgelisteten Markt erfasst. Eine Regulierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaserleitung wird damit schon von der Europäischen Kommission nicht als erforderlich angesehen; die Gründe dafür entsprechen denen, die zu dem Ausschluss des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaserleitung aus dem vorliegenden sachlich relevanten Markt geführt haben. Nationale Besonderheiten, die das Erfordernis einer detaillierten Untersuchung mit ggf. anderem Ergebnis begründen würden, sind – wie dargestellt – nicht ersichtlich.

Der Kommissions-Empfehlung folgend wird daher auch mangels nationaler Besonderheiten die Regulierungsbedürftigkeit des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der reinen Glasfaserleitung abgelehnt (siehe zu dieser gesetzlichen Voraussetzungen in Bezug auf den vorliegend definierten sachlich und räumlich relevanten Markt „Nr. 11“ noch ausführlich unter H.).

3. Die Behandlung des Zugangs zu hybriden Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL und ISIS

Es fragt sich allerdings, ob der Markt auch den Zugang zu hybriden Teilnehmeranschlussleitungen auf OPAL-/ISIS-Basis erfasst.

Dafür könnte sprechen, dass neben Drahtleitungen auch Teilleitungen erfasst werden. Die Teilnehmeranschlussleitung auf OPAL-/ISIS-Basis beruht ja zum Teil auf Kupferdoppelader-Technik. Bei den hybriden Lösungen werden Wettbewerber zudem vielfach den Zugang zu dem rein aus einer Kupferdoppelader bestehenden Teil begehren, da derzeit den Endkunden ADSL nur mittels einer Kupferleitung, nicht indes mittels einer Glasfaserleitung angeboten werden kann.

Völlig zweifelsfrei ist dieses Ergebnis allerdings nicht. Man könnte sich auch auf den Standpunkt stellen, dass diese Art von Leitungen aufgrund ihres Glasfaseranteils gerade nicht von der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission erfasst wird. Rein vorsorglich wird daher geprüft, ob in Bezug auf hybride Teilnehmeranschlussleitungen aufgrund der in tatsächlicher Hinsicht singulären Marktsituation in der Bundesrepublik Deutschland eine Abweichung von dem von der Europäischen Kommission empfohlenen Markt unumgänglich sein sollte, wenn Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL/ISIS nicht von der Märkte-Empfehlung erfasst sein sollten.

Singulär ist die Marktsituation insofern als Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL/ISIS – anders als pure Glasfaserleitungen – nachweisbar nicht nur auf vorgeschalteten Übertragungstrecken und beim Verteilnetz für Endverbraucher in speziellen Marktlücken wie Bürogebäuden oder eng abgegrenzten geographischen Gebieten wettbewerbsfähig sind. Sog. OPAL-/ISIS-Leitungen spielen vielmehr bezogen auf die tatsächliche Situation in der Bundesrepublik Deutschland auch hinsichtlich des unmittelbaren Zugangs zu Endkunden eine wichtige Rolle. Vielerorts – wie etwa in den sog. Plattenbausiedlungen der neuen Bundesländer, aber auch in Regionen der alten Bundesländer, in denen die Netze erneuert wurden – sind nämlich die OPAL-/ISIS-Leitungen in den verschiedenen Ausgestaltungen an die

Stelle des – zu früheren Zeiten auch in der Bundesrepublik Deutschland allein üblichen - Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung über Kupferdoppelader getreten.

Zu prüfen ist, ob auf dieser besonderen Tatsachengrundlage in Bezug auf OPAL/ISIS eine Abweichung von der einen – bezogen auf alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union grundsätzlich durchaus zutreffenden - Anfangsverdacht darstellenden Märkte-Empfehlung unumgänglich erschiene. Dies wäre dann der Fall, wenn hybride Teilnehmeranschlussleitungen unter Anwendung der Kriterien des europäischen Wettbewerbsrechts als zu Markt 11 der Kommissions-Empfehlung gehörig zu qualifizieren wären.

Auf der Grundlage der in Anhang 2 unter I. dargestellten Kriterien ist daher zunächst die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht zu untersuchen. Streng genommen ist mangels paralleler Leitungen und aufgrund des sog. Bottleneck-Charakters der Teilnehmeranschlussleitung ein Wettbewerber auf den Zugang zu jeder einzelnen Teilnehmeranschlussleitung angewiesen, die ihn mit seinem tatsächlichen oder potenziellen Endkunden verbindet. Der Zugang zu Teilnehmeranschlussleitung A ist nicht durch den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitung B austauschbar, und zwar ganz unabhängig von der Art der Teilnehmeranschlussleitung. An sich ist also keine Teilnehmeranschlussleitung durch eine andere Teilnehmeranschlussleitung austauschbar. Gilt dies bereits für jede einzelne Teilnehmeranschlussleitung, so trifft dies erst recht für die vorliegend untersuchten verschiedenen Varianten von Teilnehmeranschlussleitungen zu, das heißt Teilnehmeranschlussleitungen rein auf Basis von Kupferdoppeladern einerseits und hybride Teilnehmeranschlussleitungen andererseits. Auch hier gibt es nämlich keine Parallelität der Leitungen und es liegt ein besonderer Bottleneck-Charakter vor.

Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Angebotsumstellungsflexibilität gibt es ebenfalls nicht. Eine Parallelität mehrerer Teilnehmeranschlussleitungen ist nämlich – wie bereits dargelegt - in der Praxis der Ausnahmefall. Ein Aufbau einer parallelen Leitung durch Wettbewerber mit dem Ziel, diese als Vorleistungsprodukt anderen Unternehmen anzubieten, erfolgt im Allgemeinen genauso wenig. Wie die Wettbewerber der DT AG, T-Com nämlich durchaus glaubhaft dargelegt haben, erfolgt selbst ein Netzausbau zum Zweck der Eigenrealisierung nur in eingeschränktem Maße.

Eine Korrektur des auf der Grundlage der Substituierbarkeit aus Nachfrager- bzw. Anbietersicht gewonnenen Ergebnisses hat aber aufgrund der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen zu erfolgen. In Bezug auf den Zugang zu einzelnen Teilnehmeranschlussleitungen derselben Art, die – wie dargestellt – weder aus Anbieter- noch aus Nachfragersicht substituierbar sind, kann an der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen kein Zweifel bestehen. Ob Zugänge zu Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL/ISIS aufgrund homogener Wettbewerbsbedingungen als dem sachlich relevanten Markt für den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis der Kupferdoppelader zugehörig zu qualifizieren sind, bedarf indes einer näheren Untersuchung.

Gegen die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen bezogen auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung rein auf Basis der Kupferdoppelader einerseits und dem Zugang zu hybriden Teilnehmeranschlussleitungen andererseits sprechen an sich die unterschiedlichen Preise für diese jeweiligen Varianten des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung (vgl. dazu insbesondere Anhang 5, Tabelle 10), wie folgende Tabelle zeigt:

Preise CuDA(€) 31.12.01	Preise CuDA(€) 31.12.02	Preise CuDA(€) 31.12.03	Preise OPAL/ISIS (€) 31.12.01	Preise OPAL/ISIS (€) 31.12.02	Preise OPAL/ISIS (€) 31.12.03
12,48 - 37,38	12,48 - 37,38	11,80 - 36,38	12,60 – 579,82	12,60 – 579,82	12,60 – 283,20

Tabelle 1: Monatliche Preise (ohne Mehrwertsteuer) für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader einerseits und auf Basis von OPAL/ISIS andererseits.

Auch wenn dieser Umstand bei isolierter Betrachtung gegen das Vorliegen eines gemeinsamen sachlich relevanten Marktes spricht, so ist nicht zu verkennen, dass dem Preis im Vergleich zur Beschaffenheit des Produkts und seines Verwendungszwecks vielfach nur eine relativ untergeordnete Rolle bei der Marktabgrenzung zu kommt.⁶¹

Hinsichtlich der (abstrakt, d. h. losgelöst vom einzelnen, angebotenen Endkunden betrachteten) Art des Verwendungszwecks, bei dem auf die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Marktgegenseite abzustellen ist,⁶² weist der Zugang zu beiden Spielarten der Teilnehmeranschlussleitung frappierende Gemeinsamkeiten auf. Wettbewerber, die bestimmten Endkunden oder in bestimmten Gebieten ansässigen Kunden Angebote unterbreiten wollen, sind nämlich darauf angewiesen, das in Bezug auf diese Kunden allein vorhandene Angebot der jeweiligen Teilnehmeranschlussleitung, teils in der klassischen Form der Kupferdoppelader, teils in hybrider Form, zu nutzen. Insofern sind die Wettbewerber des jeweiligen Inhabers der in Frage stehenden Teilnehmeranschlussleitung, wie etwa der DT AG, T-Com die nicht lediglich als Verbindungsnetzbetreiber oder Wiederverkäufer bzw. Reseller im Markt auftreten wollen, und denen auch nicht ohne weiteres der Aufbau komplett eigener Netze bis zum jeweiligen Endkunden zugemutet werden kann, unabhängig vom jeweiligen Preis an manchen Orten auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form eines hybriden Anschlusssystems genauso angewiesen wie sie es anderen Orts auf den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form einer Kupferdoppelader sind. Beiden Arten von Teilnehmeranschlussleitungen ist also nicht nur der Verwendungszweck, sondern – darüber hinaus - ein besonderer Bottleneck-Charakter gemeinsam.

Die ehemalige Monopolistin ist zudem fast der einzige Anbieter des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung, und zwar sowohl bezogen auf die Teilnehmeranschlussleitung auf Basis der Kupferdoppelader als auch bezogen auf die Teilnehmeranschlussleitung auf Basis des sog. hybriden Teilnehmeranschluss-Systems. Insoweit spricht auch die Marktstruktur für die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen.

Dafür spricht auch, dass bezogen auf den Zugang zu beiden hier in Rede stehenden Varianten der Teilnehmeranschlussleitung die Funktion des Teilnehmeranschlussnetzes identisch ist. In beiden Fällen besteht sie in der Bereitstellung einer Infrastruktur für die Nachrichtenübertragung zwischen dem Abschlusspunkt der Linientechnik beim Teilnehmer (TAE) und

⁶¹ Siehe dazu Wendland in: Beck'scher TKG-Kommentar, Vor § 33 Rn. 41 m. w. N.; Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 29 m. w. N.

⁶² Vgl. Dirksen in Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Art. 82 Rn. 23.

dem netzseitigen Leitungsabschluss, der Schnittstelle zum Verbindungsnetz des Netzbetreibers.⁶³

Für eine Homogenität der Wettbewerbsbedingungen spricht ferner die im Allgemeinen zu konstatierende Vergleichbarkeit des Netzaufbaus zwischen Hauptverteiler⁶⁴ und Teilnehmeranschlusseinheit bezogen auf alle hier untersuchten Arten von Teilnehmeranschlussleitungen.⁶⁵

Wie die Europäische Kommission selbst in ihrer Märkte-Empfehlung⁶⁶ anerkennt, ist die Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten der Europäischen Union anerkanntermaßen⁶⁷ unterschiedlichen Netztopologien nicht allein zur Festlegung der exakten Grenzen zwischen bestimmten in der Empfehlung aufgeführten Märkten erforderlich; vielmehr kann die Andersartigkeit der Netztopologie auch eine Abweichung von der Empfehlung – wenn auch unter Einhaltung des in § 12 Absatz 2 des TKG kodifizierten Konsolidierungsverfahrens – rechtfertigen.

Die rein physischen Unterschiede einzelner Netzbestandteile erscheinen daher nebensächlich. Auch der Preis als Ausdruck dieser Unterschiede kann angesichts der dargestellten Gemeinsamkeiten der verschiedenen Spielarten der Teilnehmeranschlussleitung (Verwendungszweck, besonderer Bottleneck-Charakter, Marktstruktur, Funktion, Netzaufbau) keine ausschlaggebende Rolle bei der sachlichen Marktabgrenzung spielen.

Damit ist der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS als Teil des in der Kommissions-Empfehlung aufgeführten, sachlich relevanten Marktes Nr. 11 zu qualifizieren.

Die seitens der DT AG, T-Com im Rahmen der nationalen Konsultation geäußerten Argumente gegen die Einbeziehung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS in den sachlich relevanten Markt stehen diesem Ergebnis nicht entgegen. Insbesondere ist die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen nicht regulierungsindiziert, da schließlich gerade nicht auf die genehmigten Preise, sondern auf regulierungsunabhängige Kriterien abgestellt wird.

4. Unterschied zwischen Markt Nr. 11 und Markt Nr. 12 der Empfehlung

Der vorliegend behandelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist nicht mit dem in der Märkte-Empfehlung unter Punkt 12 aufgeführten sog. Breitbandzugang für Großkunden zu verwechseln. Es liegen nämlich insofern auch keine Überschneidungen vor; die unter Nr. 11 und Nr. 12 der Empfehlung aufgeführten Märkte stellen abgegrenzte Bereiche dar. Die Reg TP folgt auch hier der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission. Es liegen keine nationalen Besonderheiten vor, die einen Anhaltspunkt dafür geben, dass insoweit von der Märkte-Empfehlung abzuweichen sein könnte.

⁶³ Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste GmbH, Analytisches Kostenmodell Anschlussnetz – Referenzdokument 2.0 -, 8. November 2000.

⁶⁴ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 2.

⁶⁵ Vgl. dazu die Abbildungen 1. und 3.

⁶⁶ Märkte-Empfehlung, Rn. 19.

⁶⁷ Im letzten Absatz auf S. 15 des sog. Explanatory Memorandum zur Märkte-Empfehlung heißt es: "Die Topologien der Kommunikationsnetze der EU-Staaten weichen erheblich voneinander ab."

5. Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass der in der Märkte-Empfehlung unter 11. aufgeführte Markt bezogen auf die tatsächliche Situation in der Bundesrepublik Deutschland folgende Varianten des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung umfasst:

- Entbündelter/Gebündelter⁶⁸ Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler⁶⁹ oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt;
- Line-Sharing;
- Entbündelter/Gebündelter⁷⁰ Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt.

II. Räumlich relevanter Markt

Im Anschluss an die Definition des sachlich relevanten Markts ist der räumlich relevante Markt abzugrenzen.⁷¹ Fraglich ist, ob unter Anwendung der in Anhang 2 unter I. dargelegten Kriterien vorliegend von einem bundesweiten Markt ausgegangen werden kann.

Im Allgemeinen werden kleinere Märkte, die nur ein Teilgebiet des Bundesgebiets umfassen, immer dann anzunehmen sein, wenn aus der Sicht des Abnehmers objektive Hemmnisse bestehen, welche die Bedarfsdeckung außerhalb eines bestimmten regionalen Gebietes nicht sinnvoll erscheinen lassen. An sich ist aus Sicht eines den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nachsuchenden Unternehmens der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in einer Region nicht durch den Zugang zu einer Teilnehmeranschlussleitung in einer anderen Region austauschbar, und zwar insbesondere dann nicht, wenn es dem Unternehmen darum geht, einen bestimmten Endkunden zu erreichen. So kann beispielsweise die Erreichbarkeit eines in Berlin ansässigen Endkunden nicht durch den Zugang zu einer in Frankfurt befindlichen Teilnehmeranschlussleitung gedeckt werden. Insofern ist der Standort der jeweiligen Teilnehmeranschlussleitung, zu welcher das jeweilige Unternehmen den Zugang nachsucht, aus seiner Nachfragersicht keineswegs beliebig austauschbar. Der räumlich relevante Markt könnte also jeweils deckungsgleich sein mit jeder einzelnen Teilnehmeranschlussleitung, zu welcher ein Unternehmen den Zugang nachfragt oder den Zugang auch nur nachfragen könnte.

Es handelt sich allerdings hierbei um eine mit der im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung dargestellten Problematik⁷² vergleichbare Situation, die sich aus den Besonderheiten des netzgebundenen Telekommunikationssektors ergibt und die von der Reg TP und dem Bundeskartellamt in den vergangenen Jahren immer wieder betonte Gefahr einer verfälschten Wiedergabe der Wettbewerbsbedingungen infolge einer Abgrenzung zu kleiner Teilmärkte in sich birgt.

⁶⁸ Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Zur näheren Erläuterung siehe unter B., G. I. 1. und Anhang 3.

⁶⁹ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

⁷⁰ Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Zur näheren Erläuterung dieser Begriffe siehe unter B. und Anhang 3.

⁷¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 55.

⁷² Teilnehmeranschlussleitung A ist nicht austauschbar mit Teilnehmeranschlussleitung B.

Bei homogenen Marktverhältnissen kann daher die an sich durch das Kriterium der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht vorgegebene Marktabgrenzung nicht nur in sachlicher, sondern auch in räumlicher Hinsicht relativiert werden. So können einzelne zu demselben relevanten Markt gehörige Dienstleistungen dann zu einem auch in geographischer Hinsicht einheitlichen relevanten Markt zusammengefasst werden, wenn im Bundesgebiet weitgehend einheitliche Wettbewerbsbedingungen herrschen.

Zu prüfen ist daher, ob sich die Wettbewerbsbedingungen für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in verschiedenen Gebieten der Bundesrepublik Deutschland signifikant unterscheiden.

Hierfür könnte die insbesondere durch den sog. Aufbau Ost bedingte besondere tatsächliche Situation in Bezug auf den Ausbau von Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL/ISIS sprechen. Regionale Unterschiede – wie etwa einen massiven Ausbau hybrider Teilnehmeranschlussleitungen ausschließlich oder überwiegend in den neuen Bundesländern – gibt es indes, selbst wenn es sie zeitweilig gegeben haben sollte, wofür die historische Situation spricht, nach hiesigen Erkenntnissen jedenfalls heute nicht mehr.

Mittlerweile sind nämlich im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland insgesamt grob fast ... Endkunden-Anschlüsse über hybride Teilnehmeranschlussleitungen mit dem Festnetz verbunden. Davon befinden sich etwa ... Endkunden-Anschlüsse in Ostdeutschland und circa ... Endkunden-Anschlüsse in Westdeutschland. Sie wurden beispielsweise in den ostdeutschen Städten bzw. Regionen Leipzig, Brandenburg, Gera, Luebz, Dresden-Cotta, Hoyerswerda,⁷³ aber auch in westdeutschen Städten bzw. Regionen wie etwa ..., ..., ..., ..., ... und ... verlegt.

Es ist damit klar erkennbar, dass Angebote von Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis einer Vereinigung von Glasfaser und Kupferdoppelader nicht lediglich in den neuen Bundesländern, sondern auch in Regionen der alten Bundesländer verlegt worden sind. Umgekehrt gibt es nicht nur in den alten Bundesländern, sondern auch in den neuen Bundesländern Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis der Kupferdoppelader, zu welcher Zugang gewährt werden kann und muss. Wollte man also entsprechend der jeweiligen Variante der Teilnehmeranschlussleitung (reine Kupferdoppelader einerseits und OPAL/ISIS andererseits) den räumlich relevanten Markt abgrenzen, so würde sich jeweils ein über das gesamte Bundesgebiet verteilter Flickenteppich ergeben. Eine Wiedergabe der tatsächlichen Wettbewerbsbedingungen würde dies indes erkennbar nicht darstellen.

Ausschlaggebend erscheint daher im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung, dass ... im gesamten Bundesgebiet fast den einzigen Anbieter des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung darstellt, mit der Folge, dass die Wettbewerbsbedingungen im gesamten Bundesgebiet als derart homogen zu qualifizieren sind, dass der räumlich relevante Markt nur als bundesweit bezeichnet werden kann. Es ist zudem nicht ersichtlich, dass sich ... und/oder andere Anbieter in verschiedenen Regionen zu deutlich unterschiedlichen Strategien (Produkt-, Preis- und Rabattdifferenzierung) veranlasst sehen. Allein der Umstand, dass kleinere Wettbewerber vereinzelt regional den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitung anbieten, vermag dieses Ergebnis nicht zu ändern.

Somit ist festzuhalten, dass der unter I. dargestellte sachlich relevante Markt in geographischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

⁷³ TK-Netz: Ostdeutschland ist weltweit die Nummer eins, in Computerwoche Nr. 22 v. 03.06.1994, S. 61.

H. Identifikation der Regulierungsbedürftigkeit

Gemäß § 10 Absatz 2 Satz 1 des TKG kommen für eine Regulierung nach Teil 2 des TKG Märkte in Betracht, die

- o durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind,
- o längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und
- o auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Mit der Aufnahme des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in die Märkte-Empfehlung hat die Europäische Kommission diesem Markt die Regulierungsbedürftigkeit attestiert. Es handelt sich nämlich um einen Markt, der die o. g. Merkmale aufweist.

I. Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken

Wie weiter unten unter J. III. festgestellt wird, ist der vorliegende Markt durch beträchtliche, strukturelle Marktzutrittsschranken gekennzeichnet. Diese sind auch als anhaltend zu qualifizieren. Zwar erscheint ein Abbau dieser Schranken aufgrund alternativer Technologien denkbar; für eine derartige Entwicklung gibt es indes zumindest derzeit noch keine hinreichenden tatsächlichen und durchgreifenden Anhaltspunkte.

II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb

Eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb ist – bezogen auf den Zeitraum von etwa ein bis zwei Jahren - auf dem vorliegend untersuchten Markt nicht zu verzeichnen. Bezogen auf die weiter unten unter J. untersuchten Marktbeherrschungskriterien ist eine derartige wettbewerbliche Entwicklung nicht zu verzeichnen. Besonders plastisch zeigt sich dies anhand der auf sehr hohem Niveau (.....%) stagnierenden Marktanteile. Im vorliegenden Fall kann aufgrund der Eindeutigkeit des Fehlens einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb die Frage dahin gestellt bleiben, inwieweit eine solche Tendenz im Einzelnen sich vom tatsächlichen Vorliegen oder Fehlen von wirksamem Wettbewerb unterscheidet.

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

Die Anwendung allgemeinen Wettbewerbsrechts erscheint als Reaktion auf das Marktversagen 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 oder die Instrumente des Wettbewerbsrechts ausreichen.“

Bezogen auf die vorliegende Untersuchung ist hierzu Folgendes auszuführen: DT AG, T-Com als vertikal integriertes Unternehmen kann schon im Interesse ihrer Position auf der Endkundenebene, dort vor allem im Anschlussbereich, grundsätzlich kein Interesse daran haben, von sich aus den Marktteilnehmern Zugang zu ihrer nicht leicht duplizierbaren Infrastruktur⁷⁴ zu gewähren. Die besondere wettbewerbspolitische Bedeutung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung ergibt sich dabei nicht nur aus dem besonderen Bottleneck-Charakter⁷⁵, sondern – wie auch Erwägungsgrund 6 der Zugangsrichtlinie⁷⁶ zu entnehmen ist – außerdem daraus, dass der Zugang für die Wettbewerber erforderlich ist, um eigene Endkundenanschlüsse anbieten zu können. Da der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung also essentiell ist für wirksamen Wettbewerb auf der Endkundenebene, wäre es der DT AG, T-Com – in Abwesenheit entgegenstehender Regeln – ein Leichtes, ihre Marktmacht auf die Endkundenebene auszudehnen bzw. dort zu bewahren, indem sie Wettbewerbern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung verweigerte oder nur zu unangemessenen Bedingungen gewährte.⁷⁷ Wie die Erfahrung mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte auch in der Bundesrepublik Deutschland gezeigt hat, ist beim Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nicht ausschließlich mit den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts wie etwa § 19 Absatz 4 Nr. 4 GWB Herr zu werden. Die alleinige Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts würde nämlich ein punktuell eingreifen in einzelnen Verfahren bedeuten. Erforderlich sind wesentlich detailliertere Befugnisse zur Vornahme positiver Regelungen. Auf eine detaillierte und permanente Überwachung des „Ob“ und „Wie“ der Zugangsgewährung ist das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausgelegt. Regulatorische Maßnahmen greifen dagegen generell präventiv ein. Im Falle eines einem natürlichen Monopol ähnelnden Marktversagens wie dem vorliegenden,⁷⁸ in dem das marktbeherrschende Unternehmen nicht nur in konkreten Einzelfällen, sondern generell kein Interesse an der Gewährung des Netzzugangs haben kann, sollte einem im Interesse des Marktbeherrschers liegenden, wettbewerbswidrigen Verhalten daher auch genauso generell und präventiv mit detaillierten Befugnissen zur Auferlegung positiver Verpflichtungen begegnet werden. Die Allokation derartiger knapper Güter wie der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bedarf deshalb der über eine *wettbewerbssichernde* allgemeine Wettbewerbsaufsicht hinausgehenden regulatorischen, d. h. präventiv *wettbewerbsfördernden* Intervention.⁷⁹ Nur so kann nämlich in Bezug auf die Teilnehmeranschlussleitung die Möglichkeit des Zugangs für alle Wettbewerber sichergestellt werden.

An der Regulierungsbedürftigkeit des hier relevanten bundesweiten Marktes für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung bestehen damit keinerlei Zweifel.

⁷⁴ Vgl. dazu unter J. III.

⁷⁵ Vgl. dazu unter J. III.

⁷⁶ 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, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7.

⁷⁷ Für eine allgemeine Darstellung der Bedeutung des Netzzugangs vgl. Heinen, *Journal of Network Industries* 2001, S. 385, 388 f. m. w. N.; siehe dazu auch Temple Lang, *Fordham International Law Journal* 18 (1994), S. 437, 480 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu z. B. Geradin, *Journal of Network Industries* 2001, S. 113, 115.

⁷⁹ Zur wettbewerbsverstärkenden Wirkung der Gewährung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung siehe auch die Mitteilung der Kommission – Entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Kommunikationsdiensten einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 272 vom 23. September 2000, S. 55 (von Interesse sind insbesondere die Schlussfolgerungen auf S. 62).

J. Marktbeherrschung

Gemäß § 11 Absatz 1 Satz 1 des TKG prüft die Reg TP im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach Teil 2 des TKG in Betracht kommenden Märkte, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht.⁸⁰ Dieser besteht nach § 11 Absatz 1 Satz 2 des TKG nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs entspricht also dem Begriff der beträchtlichen Marktmacht.⁸¹ „Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten“, § 11 Absatz 1 Satz 3 des TKG. Beträchtliche Marktmacht ist also dann zu bejahen, wenn der Wettbewerb auf dem relevanten Markt als nicht wirksam angesehen wird, da es Unternehmen mit einer der Beherrschung gleichkommenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag gibt.⁸² **Wie auch in 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. Zur Vermeidung von Missverständnissen wird im Folgenden entsprechend der Tradition des Wettbewerbsrechts ausschließlich der Begriff der marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 82 EG-Vertrag verwandt.**

Die Artikel 14 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie umsetzende Formulierung des § 11 Absatz 1 Satz 3 des TKG entspricht der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Artikel 82 EG-Vertrag.⁸³ Die Europäische Kommission hat diese Definition in ihre ständige Entscheidungspraxis nach Artikel 82 EG-Vertrag übernommen. Allgemein gilt, dass die Untersuchung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung der - insbesondere in den Leitlinien niedergelegten - Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission und der - auch ebenda dargestellten - einschlägigen Rechtsprechung von EuGH und europäischem Gericht erster Instanz zu entsprechen hat.⁸⁴

Wie der Europäische Gerichtshof insbesondere in seinem grundlegenden Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche / Kommission*⁸⁵ betont hat, schließt eine marktbeherrschende Stellung einen gewissen Wettbewerb auf dem relevanten Markt nicht aus. Sie versetzt lediglich das Unternehmen in die Lage, die Bedingungen, unter denen sich dieser Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder wenigstens merklich zu beeinflussen und auf jeden Fall in seinem Verhalten so lange keine Rücksicht nehmen zu müssen, wie ihm dies nicht zum Schaden gereicht.⁸⁶ Die Würdigung beruht auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt.⁸⁷ Eine beherrschende Stellung kann anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden, die für sich allein genommen nicht notwendigerweise entscheidend sind, sondern auf Grund einer Gesamtbetrachtung zu bewerten sind.⁸⁸ 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 Verkoppe-

⁸⁰ Vgl. Artikel 16 Absatz 2 der Rahmenrichtlinie.

⁸¹ Siehe dazu Anhang 1 sowie § 3 Nr. 31 TKG.

⁸² Vgl. Leitlinien, Rn. 5.

⁸³ Siehe dazu Leitlinien, Rn. 5, Rn. 70.

⁸⁴ Siehe § 11 Absatz 1 Satz 4 des TKG sowie Leitlinien, Rn. 70.

⁸⁵ Slg. 1979, S. 461 Rn. 39.

⁸⁶ Vgl. dazu auch Leitlinien, Rn. 72.

⁸⁷ Vgl. dazu Leitlinien, Rn. 75.

⁸⁸ Siehe Leitlinien, Rn. 75 und 79.

lung sämtlicher Zustands- und Kontrollvariablen für Unternehmen vielleicht nie geben wird.⁸⁹ Die einzelnen relevanten Faktoren können thematisch als Ausdruck der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur oder des Marktverhaltens einsortiert werden.⁹⁰

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

I. Marktanteile

Nach hiesigen Erkenntnissen sind auf dem unter G. definierten Markt insgesamt 10 Unternehmen aktiv. Auch wenn vier dieser Unternehmen angegeben haben, dass sie zwar den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anbieten, bislang aber mangels Nachfrage keinerlei Absatz erfolgt ist, ist jedenfalls die DT AG, T-Com nicht alleine auf dem relevanten Markt tätig. Somit kommt das Vorliegen eines faktischen Monopols nicht in Betracht. Ein wichtiges Kriterium der Marktbeherrschungsprüfung sind daher die Marktanteile der auf dem vorliegend untersuchten Markt tätigen Unternehmen.⁹¹

Im vorliegenden Fall verteilen sich die Marktanteile auf dem relevanten Markt im Untersuchungszeitraum (2001 bis einschließlich 1. Halbjahr 2003) wie in Anhang 5, Tabellen 6 (Umsatzerlöse) und 8 (Absätze) dargestellt.⁹²

Den Tabellen lässt sich entnehmen, dass der Marktanteil der DT AG, T-Com im gesamten Untersuchungszeitraum unabhängig von der Art der Marktanteilsberechnung bei % lag. Er ist damit als überragend zu bezeichnen, wobei es auf die Frage, ob der Marktanteil nach Absätzen oder Umsätzen zu berechnen ist, nicht ankommt.

Wie in Anhang 2 unter II. 1. dargestellt, ist bei derart hohen Marktanteilen zu prüfen, ob aussergewöhnliche Umstände gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sprechen, so dass eine wertende Gesamtschau mehrerer Faktoren vorzunehmen ist.⁹³

Im vorliegenden Fall sprechen folglich die dargestellten Marktanteile zwar ganz erheblich für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-Com. Zwingend ist dies indes nicht. Im Folgenden werden daher auch weitere die Marktmacht betreffende Faktoren berücksichtigt.

II. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Zu den im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung relevanten Kriterien zählt auch wie in Anhang 2 unter II. 6. dargestellt die Frage, des - im Vergleich zu anderen Wettbewerbern - leichten oder privilegierten Zugangs zu Kapitalmärkten und die finanziellen Ressourcen.⁹⁴

⁸⁹ So Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 54 m. w. N. zum – im Gegensatz zu Artikel 82 EG-Vertrag – sogar einen konkreten Kriterienkatalog enthaltenden § 19 Absatz 2 Satz 1 Nr. 2 GWB.

⁹⁰ Vgl. Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Artikel 82, Rn. 37.

⁹¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 75.

⁹² Wie den Tabellen 7 und 9 des Anhangs 4 zu entnehmen ist, fallen im hier relevanten Markt keine Innenumsätze und internen Absätze an, so dass es auf die Frage, ob lediglich Außenumsätze und externe Absätze oder auch Innenumsätze und interne Absätze zu berücksichtigen sind, nicht ankommt.

⁹³ Vgl. Leitlinien, Rn. 78; siehe dazu auch Dirksen in: Langen/Bunte, a. a. O., Art. 82 Rn. 48 m. w. N.

⁹⁴ Vgl. Leitlinien, Rn. 78; Dirksen in: Langen/Bunte, a. a. O., 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

Der Konzernumsatz des Mutterkonzerns, der DT AG, belief sich im Jahr 2003 auf 55,8 Mrd. € (Steigerung um 4,0% gegenüber 2002 [53,7 Mrd. €]).⁹⁵ Davon entfallen 25,1 Mrd. € auf die deutsche Festnetz-Sparte T-Com⁹⁶. Der Cash-Flow des Konzerns betrug im Jahr 2003 14,3 Mrd. € (Steigerung um 14,9% gegenüber 2002 [12,5 Mrd. €]).⁹⁷ Anstelle eines Jahresfehlbetrages wie im Jahr 2001 (3,5 Mrd. €) und im Jahr 2002 (24,6 Mrd. €⁹⁸), hatte die DT AG im Jahr 2003 einen Konzernüberschuss in Höhe von 1,3 Mrd. € zu verzeichnen.

Die Ertrags-/Finanzkraft der anderen, lediglich regional tätigen Anbieter auf dem hier relevanten bundesweiten Markt (vgl. dazu Anhang 5, Tabelle 4) ist hiermit nicht annähernd zu vergleichen.

Damit spricht hier auch das Kriterium der Finanzkraft für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.

Die im Rahmen der nationalen Konsultation geäußerte Kritik der DT AG, T-Com an der vorliegenden Wertung (vgl. dazu Anhang 5 unter III.) greift nicht. Die DT AG, T-Com legt nämlich zum einen nicht dar, welche auf dem vorliegenden Markt tätigen Unternehmen ebenso erhebliche Finanzressourcen wie die DT AG, T-Com haben sollen. Zum anderen ist auf Folgendes hinzuweisen: Selbst wenn es mehrere finanzstarke, auf vorliegendem Markt tätige Wettbewerber gäbe, müsste in Anbetracht des in Deutschland einzigartigen Netzes der DT AG, T-Com für eine neutrale Bewertung des vorliegenden Kriteriums eine erheblich höhere Finanzkraft der Wettbewerber gegeben sein. Dafür gibt es indes erst Recht keinerlei Anhaltspunkte.

III. Marktzutrittsschranken; Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung hängt auch davon ab, wie leicht der Marktzugang ist (vgl. dazu Anhang 2 unter II. 12.). Insbesondere die Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur ist als ein für das Vorliegen von Marktbeherrschung sprechender Faktor anzusehen (siehe dazu Anhang 2 unter II. 3.).⁹⁹ Es handelt sich hierbei um eine - im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende - Marktzutrittsschranke.¹⁰⁰ Der Ausbau einer derartigen Infrastruktur beinhaltet nämlich die - für Wettbewerber vielfach trotz der Angewiesenheit auf die Nutzung der Infrastruktur nicht lohnenswerte - Notwendigkeit umfangreicher Investitionen. Aufgrund ihrer bundesweit ausgebauten Teilnehmeranschlussnetze hat die DT AG, T-Com Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur im Sinne der Leitlinien.¹⁰¹ Der besondere Bottleneck-Charakter der Teilnehmeranschlussleitung wurde bereits im Rahmen der Marktabgrenzung dargestellt und bedarf daher hier keiner weiteren Erörterung.

2003 in der Rechtssache T-65/98, *Van den Bergh Foods /I. Kommission*, Rn. 155, und dem Urteil des EuG 1. Instanz vom 30. September 2003 in der Rechtssache T-158/00, *ARD /I. Kommission*, Rn. 123 ff.

⁹⁵ Der Konzernumsatz der DT AG im Jahr 2002 stellte wiederum eine Steigerung von 11,1 % gegenüber 2001 (48,3 Mrd. €) dar.

⁹⁶ Im Jahr 2002 belief sich der Außenumsatz der T-Com auf 26,5 Mrd. €.

⁹⁷ Der Cash-Flow im Jahr 2002 stellte eine Steigerung um 4,4 % gegenüber 2001 (11,9 Mrd. €) dar.

⁹⁸ Dieser hohe Wert beruht insbesondere auf Sonderabschreibungen auf Mobilfunklizenzen.

⁹⁹ Vgl. Leitlinien, Rn. 78.

¹⁰⁰ Vgl. dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt Francis Jacobs vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Rn. 66.

¹⁰¹ Siehe dazu auch die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 21. Mai 2003 in der Sache COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom AG*, Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L°263 vom 14. Oktober 2003, S. 9 Rn. 101.

Allerdings können hohe Marktzutrittschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.¹⁰² Als derartige Neuerungen kommen verschiedene, bereits im Rahmen der Beschreibung der relevanten Leistungen und der Marktabgrenzung erläuterte Technologien wie z. B. WLL in Betracht, welche – wie ebenfalls bereits dort erörtert – jedoch derzeit keine nennenswerte Rolle spielen. So weit ersichtlich, wird sich dies auch auf absehbare Zeit nicht ändern. Die DT AG, T-Com misst alternativen Technologien zwar in ihrem Vorbringen eine erhebliche Bedeutung für den Zugang zu Endkunden zu; die in Tabelle 2 dargestellte Machtposition der DT AG, T-Com bei den Teilnehmeranschlüssen auf der Endkundenebene ergibt indes ein völlig anderes Bild (siehe dazu auch unter IV.). Zwar kann man nicht ausschließen, dass die durch den Bottleneck-Charakter der Teilnehmeranschlussleitung begründete hohe Marktzutrittschranke irgendwann aufgrund neuer technologischer Entwicklungen an Bedeutung verlieren wird; auch nur annähernd konkret absehbar ist dies indes bislang nicht.

Somit lässt sich feststellen, dass der vorliegende Markt insbesondere aufgrund der Kontrolle der DT AG, T-Com über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur durch hohe Marktzutrittschranken gekennzeichnet ist. Auch dieses Kriterium spricht damit für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.

IV. Vertikale Integration

Gleiches gilt für den Aspekt der vertikalen Integration (siehe dazu Anhang 2 unter II. 10.). Die Verhaltensspielräume eines Unternehmens können sich dadurch erweitern, dass dieses einen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überlegenen Zugang zu seinen Absatz- und Beschaffungsmärkten besitzt. Dies ist vorliegend in bezug auf die DT AG, T-Com zu bejahen.

Ausschlaggebend ist insoweit die Verfügungsgewalt der DT AG, T-Com über ihre bundesweit – im Vergleich zu allen Wettbewerbern einzigartig – ausgebaute Netzinfrastruktur, die den gesamten Vorleistungsbereich und damit weit mehr als nur die Teilnehmeranschlussnetze abdeckt. Soweit ihre Wettbewerber zumindest auf dem hier relevanten Markt für das Angebot des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung nicht auf die Infrastruktur der DT AG, T-Com angewiesen sind (vgl. Anhang 5, Tabelle 11), sind sie auf diesem Markt nur regional beschränkt aktiv (vgl. Anhang 5, Tabelle 3). Auf der Nachfrageseite ist zu konstatieren, dass die DT AG, T-Com – wenn sie schon nicht selbst Anbieter des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung ist – einen bedeutenden, wenn nicht gar mit Abstand den bedeutendsten Nachfrager der wenigen von Wettbewerbern auf dem Markt angebotenen Zugänge zu Teilnehmeranschlussleitungen darstellt (vgl. Anhang 5, Tabelle 2, Tabelle 10). Selbst die von diesen Wettbewerbern verlangten Preise für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung orientieren sich in der Regel an den genehmigten Preisen der DT AG, T-Com. Zudem legen die hier vorliegenden Erkenntnisse über die Situation auf der Endkundenebene (vgl. dazu Tabelle 2) nahe, dass die DT AG, T-Com ihre eigenen Teilnehmeranschlussleitungen zu einem ganz überwiegenden Teil selbst nutzt.

Auch auf der Endkundenebene ist die Marktstellung der DT AG, T-Com nicht mit der ihrer Wettbewerber zu vergleichen. Die DT AG, T-Com verfügt bezogen auf jedwede Art von Endkunden nach hiesigem Kenntnisstand¹⁰³ noch immer über einen weit überwiegenden Teil der Teilnehmeranschlüsse:

¹⁰² Leitlinien, Rn. 80.

¹⁰³ Grundlage ist der Tätigkeitsbericht 2002/2003 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post.

Marktanteile gemessen in Umsatzerlösen			Marktanteile gemessen in Absatz (Zahl der Kanäle)		
a) 2000	b) 2001	c) 2002	d) 2000	e) 2001	f) 2002
.....%%%%%%

Tabelle 2: Marktanteile der DT AG, T-Com bei Teilnehmeranschlüssen für Endkunden

Das Angebot des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung seitens der DT AG, T-Com und die jedenfalls von der DT AG, T-Com behauptete Eigenrealisierung durch Wettbewerber und deren - auch zumindest von der DT AG, T-Com behauptete - Nutzung von Alternativtechnologien haben sich damit erkennbar auf der Endkundenebene nicht in nennenswertem Umfang ausgewirkt.

Die DT AG, T-Com ist im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen ein voll integriertes Unternehmen. So hat sie als ehemals einzige Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor das am besten ausgebaute Netz und verfügt daher selbst über eine sehr hohe Fähigkeit der Eigenrealisierung von Telekommunikationsdienstleistungen. Sie bietet – unbestritten - ein umfassendes Portfolio sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene an.

V. Tatsächlicher und potenzieller Wettbewerb

Der tatsächliche Wettbewerb auf dem hier untersuchten Markt ist als gering einzustufen. gegenüber der DT AG, T-Com sind nur wenige Wettbewerber regional beschränkt aktiv. Deren Preise orientieren sich zudem vielfach an denen der DT AG, T-Com (siehe dazu bereits oben). Die Fähigkeit eines Unternehmens, den Marktpreis zu bestimmen oder zu kontrollieren, wird als für die Marktbeherrschungsprüfung besonders relevantes Verhalten des Unternehmens qualifiziert.¹⁰⁴ Sieht man sich die von den Wettbewerbern verlangten Marktpreise an, so entsprechen diese vielfach den genehmigten Entgelten der DT AG, T-Com (vgl. Anhang 5, Tabelle 10). Dies könnte den Anschein eines Preisdiktats erwecken. Auch wenn man dies nicht unterstellt, ist jedenfalls eine Preisführerschaft in der Weise erkennbar, dass sich die Preise der DT AG, T-Com in ganz erheblichem Maße bestimmend auf die Preise der Wettbewerber auswirken. Damit ist jedenfalls ein nennenswerter Preiswettbewerb nicht einmal im Ansatz erkennbar.

Der im Rahmen des Verfahrens der nationalen Konsultation an der vorliegenden Argumentation geäußerten Kritik der DT AG, T-Com (vgl. dazu Anhang 5 unter III.) wird nicht gefolgt. Der seitens der ehemaligen Monopolistin zutreffend angeführte Umstand, dass die Preise für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung von der Reg TP genehmigt worden sind, hat nämlich keinen Einfluss auf das Preissetzungsverhalten der Wettbewerber. Zudem würde sich, selbst wenn man der DT AG, T-Com diesbezüglich folgen würde, am Gesamtergebnis nichts ändern.

Die Marktmacht eines Unternehmens kann zudem durch das Vorhandensein potenziellen Wettbewerbs eingeschränkt werden.¹⁰⁵ Dies erscheint insbesondere durch alternative Technologien grundsätzlich möglich; wie bereits unter III. erörtert, ist dies aber derzeit jedenfalls noch nicht konkret absehbar. Die umfangreichen Investitionen, die zum Ausbau einer Teilnehmeranschlussleitung erforderlich sind, sprechen auch bezogen auf herkömmliche Technologien gegen einen schnellen Markteintritt potenzieller Wettbewerber. Anhaltspunkte dafür zeichnen sich auch nicht ab (vgl. dazu auch unter IV.).

Eigenrealisierung kann auf der Angebotsseite auch unter dem Gesichtspunkt des potenziellen Wettbewerbs eine Rolle spielen. Denn die Unternehmen, die die Leistungen für sich

¹⁰⁴ Vgl. Dirksen in: Langen/Bunte, a. a. O., Art. 82 Rn. 57 m. w. N.

¹⁰⁵ Leitlinien, Rn. 74, 78.

selbst erbringen, können diese möglicherweise auch Dritten anbieten und so zu Wettbewerbern werden. Ob und inwieweit diejenigen Unternehmen, die auch zu einem derartigen Angebot fähig wären, sich aber bislang auf Eigenrealisierung beschränken, als Konkurrenten tätig werden könnten, lässt sich mangels konkreter Anhaltspunkte bislang nicht prognostizieren. Jedenfalls vermag die bloße Möglichkeit hierzu die überragende Marktstellung der DT^oAG, T-Com derzeit nicht in Frage zu stellen. Dagegen sprechen nämlich – wie bereits erläutert - die Marktsituation auf der Endkundenebene und das einzigartig ausgebaute Netz der DT AG, T-Com. Dies spiegelt sich außerdem darin wider, dass nach hier vorliegenden Erkenntnissen der Anteil der eigenrealisierten Teilnehmeranschlussleitungen an den insgesamt seitens der (potenziellen) Wettbewerber der DT AG, T-Com genutzten Teilnehmeranschlussleitungen jedenfalls unter ... % liegt.¹⁰⁶

Die Kriterien des tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs sprechen damit ebenfalls für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-Com.

VI. Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht

Fehlt eine ausgleichende Nachfragemacht oder ist diese gering, so spricht dies ebenfalls für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,¹⁰⁷ da eine starke Verhandlungsposition auf der Nachfragerseite die Marktmacht eines Anbieters ausgleichen kann. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der DT AG, T-Com in irgendeiner Form marktmächtige Unternehmen als Nachfrager des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung gegenüber stehen. Der Umstand, dass die DT AG, T-Com Hauptnachfrager der wenigen von Wettbewerbern angebotenen Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung ist, spricht auch gegen das Vorliegen einer derartigen Nachfragemacht, da diese gegengerichtete Marktmacht sich nach allgemeiner Lebenserfahrung ansonsten nicht nur bei der DT AG, T-Com sondern auch bei ihren lediglich regional tätigen Konkurrenten bemerkbar machen müsste. Für das Vorliegen einer ausgleichenden Nachfragemacht auf der Endkundenebene liegen auch keine Anhaltspunkte vor.

Damit ist festzustellen, dass das Kriterium der fehlenden oder geringen ausgleichenden Nachfragemacht jedenfalls nicht gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-Com spricht.

VII. Weitere Kriterien

Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass weitere, insbesondere die übrigen in Anhang 2 unter II. dargestellten Marktbeherrschungskriterien eine das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung entscheidend beeinflussende Bedeutung haben könnten, so dass sie nicht ausdrücklich erörtert werden.

¹⁰⁶ Dieser Anteil lässt sich wie folgt berechnen: Die von den Wettbewerbern bei der DT AG, T-Com gemieteten Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung zum 31.12.2003 beliefen sich auf Die Anzahl der von den Wettbewerbern selbst erstellten Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung – unabhängig davon, auf welche Weise diese realisiert werden – beliefen sich nach den hier vorliegenden Erkenntnissen auf Die Addition dieser beiden Größen ergibt die Summe der Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung der Wettbewerber in Höhe von Dividiert man nunmehr die Anzahl der von den Wettbewerbern selbst erstellten Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung in Höhe von ... durch die Gesamtzahl der Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung der Wettbewerber in Höhe von ... ergibt sich ein Anteil von %.

¹⁰⁷ Leitlinien, Rn. 78.

VIII. Gesamtschau und Ergebnis

Für eine marktbeherrschende Stellung sprechen insbesondere Marktanteile, Marktzutrittschranken wie die Kontrolle über nicht leicht duplizierbare Infrastruktur, vertikale Integration und der als gering einzustufende tatsächliche und potenzielle Wettbewerb. Es gibt zudem bezogen auf den vorliegend untersuchten relevanten Markt keine ernsthaften Anhaltspunkte für das Vorliegen einer die Marktmacht der DT AG, T-Com ausgleichenden gegengerichteten Nachfragemacht auf der Vorleistungs- und/oder der Endkundenebene. Insgesamt lässt sich feststellen, dass alle untersuchten Marktbeherrschungskriterien entweder für oder jedenfalls nicht gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-Com sprechen.

Die DT AG, T-Com wird als den bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung beherrschendes Unternehmen qualifiziert. Sie verfügt also über beträchtliche Marktmacht im Sinne von § 11 Absatz 1 Sätze 2 und 3 TKG (zur Synonymie der Begriffe „beträchtliche Marktmacht“ und „Marktbeherrschung“ siehe insbesondere ausführlich Anhang 1 unter III. und IV.). In sachlicher Hinsicht umfasst der Markt bezogen auf die tatsächliche Situation in der Bundesrepublik Deutschland folgende Varianten des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung:

- Entbündelter/Gebündelter¹⁰⁸ Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler¹⁰⁹ oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt;
- Line-Sharing;
- Entbündelter/Gebündelter¹¹⁰ Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS¹¹¹ am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt.

K. Nennung des marktbeherrschenden Unternehmens

Auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist das Unternehmen DT AG, T-Com marktbeherrschend. Sie verfügt also über beträchtliche Marktmacht im Sinne von § 11 Absatz 1 Sätze 2 und 3 TKG (zur Synonymie der Begriffe „beträchtliche Marktmacht“ und „Marktbeherrschung“ siehe insbesondere ausführlich Anhang 1 unter III. und IV.).

Schmidt
(Beisitzer i. V.)

Kurth
(Vorsitzender)

Dr. Henseler-Unger
(Beisitzerin und
Berichterstatterin)

BK 1-04/001

¹⁰⁸ Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Zur näheren Erläuterung siehe unter B., G. I. 1. und Anhang 3.

¹⁰⁹ Zur Erläuterung dieses und anderer Begriffe siehe auch Anhang 3.

¹¹⁰ Anstelle des entbündelten sog. Zugriffs auf den „blanken Draht“ wird der gebündelte Zugang nur in Ausnahmefällen erfasst, wenn das Angebot von entbündeltem Zugang im Einzelfall unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Zur näheren Erläuterung dieser Begriffe siehe unter B. und Anhang 3.

¹¹¹ Spezifisch deutsche Ausprägung hybrider Anschlusstechnik; siehe zur näheren Erläuterung unter B., G. I. 3. und Anhang 3.

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:¹¹²

- 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),¹¹³

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).¹¹⁴

¹¹² 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).

¹¹³ 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).

¹¹⁴ Siehe dazu noch ausführlicher unter J.

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 Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG-alt) Datenabfragen bei Marktteilnehmern 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.¹¹⁵ 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/EG¹¹⁶, Betreiberauswahl und Betreibervoraus-

¹¹⁵ 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).

¹¹⁶ 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.

wahl nach der Richtlinie 97/33/EG¹¹⁷ 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.

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.¹¹⁸

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 Einzelrichtlinien¹¹⁹ 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.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Siehe dazu unter V.

¹¹⁹ Genehmigungsrichtlinie, Universaldienstrichtlinie und Zugangsrichtlinie.

Ziel der Märkte-Empfehlung ist es, Produkt- und Dienstmärkte festzulegen, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie sieht vor, dass die Europäische Kommission die Bestimmung der Märkte in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts vornimmt. Die Europäische Kommission hat daher die Märkte (entsprechend den im Anhang I der Rahmenrichtlinie aufgeführten Märkten) in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts definiert. Im Bereich der elektronischen Kommunikation sind zumindest zwei Kategorien von relevanten Märkten zu betrachten: Märkte für Dienste oder Produkte für Endnutzer (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 Sendehalten 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.¹²⁰ 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.¹²¹ Als eine Methode zur Feststellung des Bestehens von Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite oder von Angebotsumstellungsflexibilität wird der hypothetische Monopolistentest¹²² vorgeschlagen. Allerdings obliegt dessen Anwendung der Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde.¹²³ Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt in derselben Weise wie die Würdigung des sachlich relevanten Marktes.¹²⁴

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 geografischen 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 Verfahren¹²⁵ 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 Arti-

¹²⁰ Vgl. Leitlinien, Rn.36.

¹²¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 48.

¹²² Vgl. Leitlinien, Rn. 40 ff.

¹²³ Vgl. Leitlinien, Rn. 43.

¹²⁴ Vgl. Leitlinien, Rn. 57.

¹²⁵ Ausschussverfahren.

kel 81 und 82 des EG-Vertrages ein wesentlicher Teil des gemeinsamen Marktes durchaus ein Gebiet sein kann, welches lediglich einen Teil eines Mitgliedstaates umfasst.¹²⁶ Danach könnte also durchaus ein Teil des Gebietes der Bundesrepublik Deutschland einen wesentlichen Teil der Gemeinschaft darstellen. Ob der Begriff des wesentlichen Teils der Gemeinschaft nach der Definition des 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 geografischen 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.

¹²⁶ Siehe zum Beispiel für Rheinland-Pfalz als wesentlicher Teil der Gemeinschaft die Schlussanträge des Generalanwalts Francis Jacobs vom 17. Mai 2001 in der Rechtssache C-475/99, *Ambulanz Glöckner / Landkreis Südwestpfalz*, Rn. 124 ff. m. w. N. (in seinem Urteil vom 25. Oktober 2001 nimmt der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften unter Rn. 38 im Wesentlichen nur Bezug auf die oben genannten Ausführungen des Generalanwalts); vgl. dazu auch zusammenfassend Jung in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 82 EGV Rn. 52 m. w. N.

Artikel 14 Absatz 2, 2. Unterabsatz, und Absatz 3 der Rahmenrichtlinie spezifizieren zwei besondere Fälle der beträchtlichen Marktmacht, nämlich den der gemeinsamen Marktbeherrschung mehrerer Unternehmen und den der Behandlung benachbarter Märkte.

So bestimmt der 2. Unterabsatz von Artikel 14 Absatz 2, dass bei der Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem Markt gemeinsam eine beherrschende Stellung einnehmen, die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht handeln und dabei weitestgehend die von der Europäischen Kommission nach Artikel 15 der Rahmenrichtlinie veröffentlichten „Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht“ berücksichtigen. Ferner besagt Artikel 14 Absatz 2, 2. Unterabsatz der Rahmenrichtlinie, dass die bei dieser Beurteilung heranzuziehenden Kriterien in Anhang II der Rahmenrichtlinie aufgeführt sind. Anhang II der Rahmenrichtlinie enthält vor allem eine nicht abschließende, beispielhafte Aufzählung zahlreicher Kriterien¹²⁷, 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.¹²⁸

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 Um-

¹²⁷ 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 Marktzutrittschwellen, 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.

¹²⁸ 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 / J. 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 / J. Kommission*, Rn. 36, Rn. 45.

fang unabhängig zu verhalten.“¹²⁹ 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.¹³⁰

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.¹³¹ Auch dies wird durch die bereits unter II. erörterten Leitlinien erleichtert. In den Leitlinien finden sich Ausführungen zu Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht¹³², 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.¹³³

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

¹²⁹ 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.

¹³⁰ Es erscheint zudem naheliegend, Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie derart zu verstehen, dass wirksamer Wettbewerb nicht vorliegt, wenn es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt (So auch die Eckpunkte des BMWi für eine Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Reg TP 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, S. 5.). Dies bedeutet, dass der Begriff des wirksamen Wettbewerbs kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal ist, sondern das Vorliegen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht lediglich mit anderen Worten umschreibt.

¹³¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 75.

¹³² Vgl. Leitlinien, Rn. 72 ff.

¹³³ Siehe dazu die Gesetzesbegründung zu § 9.

2. Teils des TKG in Betracht kommen. Absatz 1 von § 10 TKG regelt damit zwei Prüfungsschritte, nämlich zum einen die eigentliche Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte und zum anderen das Erfordernis der Regulierungsbedürftigkeit der jeweils derart abgegrenzten Märkte.

§ 10 Absatz 2 Satz 1 TKG bestimmt sodann, unter welchen Voraussetzungen ein Markt als regulierungsbedürftig anzusehen ist. Für eine Regulierung kommen danach Märkte in Betracht, „die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.“ Es handelt sich hierbei um die drei in der Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission enthaltenen und unter II. dargestellten Kriterien der Regulierungsbedürftigkeit. Die Gesetzesbegründung weist insoweit darauf hin, dass bisher der gesamte Telekommunikationsmarkt gesetzlich als sektorspezifisch zu regulierender Markt vorgegeben war. Das Europäische Recht ermöglicht es nunmehr erstmals, so ebenfalls die Gesetzesbegründung, bestimmte Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen.

§ 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 Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (Abl. EG Nr. L 108 S. 33) veröffentlicht 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 G. 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 Veto-rechte 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 die-

ser Richtlinie und der Einzelrichtlinien zu gewährleisten. Zu diesem Zwecke versuchen sie nach derselben Vorschrift insbesondere Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wege zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt zu erreichen.

Artikel 7 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie enthält folgende Regelung, die zukünftig für die Beurteilung von Fragen der Marktabgrenzung und des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung von entscheidender Bedeutung sein wird:

Danach stellt eine nationale Regulierungsbehörde gleichzeitig der Europäischen Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten den Entwurf der Maßnahmen zusammen mit einer Begründung gemäß Artikel 5 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie zur Verfügung und unterrichtet die Europäische Kommission und die übrigen nationalen Regulierungsbehörden hiervon, wenn sie beabsichtigt, Maßnahmen zu ergreifen, die folgende Voraussetzungen erfüllen:

Die Maßnahme muss in den Anwendungsbereich der Artikel 15 oder Artikel 16 der Rahmenrichtlinie, Artikel 5 oder 8 der Zugangsrichtlinie oder Artikel 16 der Universaldienstrichtlinie fallen. Die Artikel der Einzelrichtlinien, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, haben folgende Anwendungsbereiche:

Artikel 5 und 8 der Zugangsrichtlinie befassen sich mit Zugang und Zusammenschaltung.

Artikel 16 der Universaldienstrichtlinie befasst sich

- mit Endkumentarifen für die Bereitstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz und dessen Nutzung nach Artikel 17 der Richtlinie 98/10/EG,¹³⁴
- mit der Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG¹³⁵ 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.¹³⁶ 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 ande-

¹³⁴ 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.

¹³⁵ Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlamentes 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.

¹³⁶ Siehe dazu beispielsweise ausführlich das Urteil des EuGH vom 25. Oktober 2001 in der Rechtssache C-475/99, *Ambulanz Glöckner / J. Kommission*, Rn. 44 ff., insbesondere Rn. 47 und 48, m. w. N.

ren 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
 - die Festlegung des relevanten Marktes, der sich von demjenigen unterscheidet, welcher in der Märkte-Empfehlung (Artikel 15 Absatz 1 der Rahmenrichtlinie) definiert ist, oder
 - 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)¹³⁷.

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 Verfahren¹³⁸ beschließen kann, die betreffende nationale Regulierungsbehörde aufzu-

¹³⁷ Interessanterweise enthalten die dort aufgeführten Ziele keine üblicherweise für Fragen der Markt-
abgrenzung 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 Regulie-
rungsbehörden zur Entwicklung des Binnenmarktes beitragen, indem sie unter anderem „untereinan-
der und mit der Kommission in transparenter Weise zusammenarbeiten, um die Entwicklung einer
einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelricht-
linien sicherzustellen.“

¹³⁸ Artikel 22 der so genannten Rahmenrichtlinie befasst sich mit dem so genannten „Kommunika-
tionsausschuss“.

fordern, 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.

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 Mitglied-

staaten 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 ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den Zielen des Artikel 8 der Rahmenrichtlinie habe. Nach § 12 Absatz 2 Nr. 2 Satz 2 TKG ist die 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.¹³⁹

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.“¹⁴⁰

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 geografischen 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.“¹⁴¹

Anhand der Austauschbarkeit von Gütern aus Nachfragersicht wird festgestellt, inwieweit die Kunden (Verbraucher) bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen.¹⁴² Entscheidend ist, dass alle Produkte zusammengefasst werden, die von den Nachfragern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.¹⁴³ Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten für denselben Zweck verwendet werden.¹⁴⁴ Umgekehrt können Dienstleistungen, welche an sich denselben Zweck erfüllen können, wegen der unterschiedlichen Verbrauchervorstellungen von Leistung und Endzweck dennoch unterschiedlichen Produktmärkten zugeordnet werden. Daher spielen rein physische Eigenschaften bei der Marktabgrenzung nur eine untergeordnete Rolle.

Eine Austauschbarkeit aus Anbietersicht als weiteres für einen gemeinsamen Markt sprechendes Kriterium liegt hingegen im Fall der Angebotsumstellungsflexibilität vor. Dabei ist zu fragen, ob andere Anbieter als die des fraglichen Produkts oder Dienstes direkt oder

¹³⁹ 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).

¹⁴⁰ Leitlinien, Rn. 44 m. w. N.

¹⁴¹ Leitlinien, Rn. 38.

¹⁴² Leitlinien, Rn. 39.

¹⁴³ Leitlinien, Rn. 44.

¹⁴⁴ Leitlinien, Rn. 45.

kurzfristig bereit wären, ihre Produktion umzustellen bzw. die relevanten Produkte anzubieten, ohne dass erhebliche Zusatzkosten für sie entstehen.¹⁴⁵ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so üben die zusätzlich auf den Markt gelangenden Produkte auf das Wettbewerbsgeschehen der beteiligten Unternehmen eine disziplinierende Wirkung aus. Dieses Ergebnis ist hinsichtlich Wirksamkeit und Unmittelbarkeit dem Nachfrage-Substitutionseffekt gleichwertig.¹⁴⁶ 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.¹⁴⁷

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“¹⁴⁸) vorgeschlagen.¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ Die Reaktion der Verbraucher und Unternehmen wird erkennen lassen, ob substituierbare Produkte bestehen, und wenn ja, wie der relevante Produktmarkt abgegrenzt werden sollte.¹⁵²

Ob dieser Test angewandt wird, unterliegt letztlich allerdings der Entscheidungsgewalt der Reg TP als nationaler Regulierungsbehörde.¹⁵³ Neben dem unbestreitbaren Vorzug des Monopolistentestes, nämlich ein eingängiges Gedankenexperiment zu sein,¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ Zum anderen ist der SSNIP-Test ebenfalls dann kein geeignetes Instrument für die Messung der Substituierbarkeit, wenn die Wahl der Nachfrager durch andere Erwägungen als Preiserhöhungen beeinflusst wird.¹⁵⁶ Schließlich darf von diesem Test auch nicht zuviel erwartet werden. Eine strenge Durchführung des hypothetischen Monopolistentestes in dem Sinne, dass der genaue Umsatzrückgang berechnet werden könnte, ab dem eine 5-10%ige Preiserhöhung unrentabel werden würde, ist letztlich in der Praxis kaum leistbar. Denn die Daten über Grenzkosten und Nachfrageelastizitäten, welche hierfür erforderlich wären, sind in den wenigsten Fällen hinreichend genau bekannt, um auf dieser Basis belastbare Berechnungen durchführen zu können.

Führen weder die Kriterien der Nachfrage- noch die der Angebotssubstitution zu der Annahme eines gemeinsamen Marktes, so kann sich dies aus der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen ergeben. Dieses Kriterium spielt insbesondere im Rahmen der räumlich Markt- abgrenzung eine wichtige Rolle. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich rele-

¹⁴⁵ Leitlinien, Rn. 39.

¹⁴⁶ Bekanntmachung der Kommission, Rn. 20.

¹⁴⁷ Vgl. die Bekanntmachung der Kommission, Rn. 14.

¹⁴⁸ SSNIP = small, but significant non transitory increase in price.

¹⁴⁹ Vgl. Leitlinien, Rn. 40 ff.

¹⁵⁰ Leitlinien, Rn. 40.

¹⁵¹ Leitlinien, Rn. 40 m. w. N.

¹⁵² Leitlinien, Rn. 40 m. w. N.

¹⁵³ Vgl. Leitlinien, Rn. 43.

¹⁵⁴ 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.

¹⁵⁵ Vgl. Leitlinien, Fußnote 31.

¹⁵⁶ Vgl. Leitlinien, Fußnote 28 m. w. N.

vante 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.¹⁵⁷ 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.¹⁵⁸ 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.¹⁵⁹

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.¹⁶⁰ Marktanteile werden oftmals als Markt-machtindikator verwendet, da sie am deutlichsten Erfolg und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweisen;¹⁶¹ in ihnen schlägt sich der Erfolg oder Misserfolg in den wettbewerblichen Auseinandersetzungen signifikant nieder.¹⁶² 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.¹⁶³

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.¹⁶⁴ 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.¹⁶⁵

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

¹⁵⁷ Vgl. Leitlinien, Rn. 56 m. w. N.

¹⁵⁸ Vgl. dazu die Bekanntmachung der Kommission, Rn. 29 und 30.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Wendland in: Beck'scher TKG Kommentar, 2. Auflage, Vor § 33 Rn. 50 m. w. N.

¹⁶⁰ Vgl. die Leitlinien, Rn. 75.

¹⁶¹ Siehe Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Art. 82, Rn. 42.

¹⁶² Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 59.

¹⁶³ Siehe die Leitlinien, Rn. 75.

¹⁶⁴ Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m. w. N.

¹⁶⁵ Vgl. Leitlinien, Rn. 75 unter Verweis auf das Grundsatzurteil des EuGH vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, *United Brands /J. Kommission*, Slg. 1978, S. 207, insbesondere Rn. 108/110.

den abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁶⁶ 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“.¹⁶⁷

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.¹⁶⁸

Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen hängen von den Merkmalen des relevanten Marktes ab.¹⁶⁹ 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 widerspiegelt.¹⁷⁰

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.¹⁷¹ 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.¹⁷² Längerfristig schwankende Marktanteile können jedoch wiederum ein Anzeichen für fehlende Macht auf dem relevanten Markt sein.¹⁷³

¹⁶⁶ 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.“

¹⁶⁷ EuGH-Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche ./. Kommission*, Slg. 1979, S. 461 Rn. 41.

¹⁶⁸ Vgl. Leitlinien, Rn. 78; siehe dazu auch Dirksen in: Langen/Bunte, *KartellR*, Art. 82 Rn. 48 m. w. N.

¹⁶⁹ Leitlinien, Rn. 77.

¹⁷⁰ Leitlinien, Rn. 76.

¹⁷¹ 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.

¹⁷² Leitlinien, Rn. 75.

¹⁷³ Leitlinien, Rn. 75.

2. Gesamtgröße des Unternehmens

Als weiteres Merkmal nennt die Europäische Kommission in Rn. 78 der Leitlinien die Gesamtgröße des Unternehmens. Die beispielsweise mit der Unternehmensgröße verbundenen finanziellen Ressourcen oder Größen- und Verbundvorteile (siehe dazu unter 6., 8. und 9.) können 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.¹⁷⁴ Es handelt sich hierbei um eine - im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende - Marktzutrittschranke (siehe dazu auch unter 14.).¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶

5. Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht

Liegt eine ausgleichende Nachfragemacht vor, so spricht dies gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,¹⁷⁷ da eine starke Verhandlungsposition auf der Nachfragerseite die Marktmacht eines Anbieters ausgleichen kann. Eine solche Nachfragemacht kann dabei sowohl im Vorleistungsbereich als auch im Endkundenbereich im Einzelfall gegeben sein. Nachfragemacht 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.¹⁷⁸ Nach der sog. Abschreckungs- oder Ressourcentheorie eröffnet nämlich eine überlegene Finanzkraft als wichtigster - wenn auch nicht einziger - Ausdruck der einem Unternehmen zur Verfügung stehenden

¹⁷⁴ Vgl. Leitlinien, Rn. 78.

¹⁷⁵ Vgl. dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt Francis Jacobs vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Rn. 66.

¹⁷⁶ Siehe Leitlinien, Rn. 78; vergleiche ferner Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 55 m. w. N.

¹⁷⁷ Leitlinien, Rn. 78.

¹⁷⁸ 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.

Ressourcen dem Unternehmen Verhaltensspielräume beim Einsatz seiner Wettbewerbsparameter, die aktuelle oder potenzielle Wettbewerber in ihrem Marktverhalten entmutigen und von wettbewerbsaktiven Maßnahmen abschrecken können.¹⁷⁹

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.¹⁸⁰

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

Eine breites Produktsortiment kann ebenfalls Wettbewerbsvorteile mit sich bringen.¹⁸¹ 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 Größenvorteilen¹⁸² 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.¹⁸³ 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.¹⁸⁴ Dem entgegenstehen können allerdings auch sogenannte Diseconomies of Scale. Dies sind Größennachteile, die beispielsweise auf nicht beherrschte Koordinationsprobleme, auf mangelnde Motivation des Managements und der Mitarbeiter oder auch auf bürokratische Organisationshierarchien zurückzuführen sind.¹⁸⁵

9. Verbundvorteile

Verbundvorteile¹⁸⁶ sind Kostenvorteile, die sich für eine Unternehmen aus der Produktion von mehr als nur einem Produkt ergeben.¹⁸⁷ 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

¹⁷⁹ Vgl. Ruppelt in: Langen/Bunte, § 19 Rn. 51.

¹⁸⁰ Vergleiche zu § 19 GWB Ruppelt in: Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rn. 51.

¹⁸¹ Leitlinien, Rn. 78; vergleiche Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Rn. 55. m. w. N.

¹⁸² Leitlinien, Rn. 78; auf Englisch „economies of scale“.

¹⁸³ Bohr, in: Handwörterbuch der Produktionswirtschaft, 1996, Spalte 375.

¹⁸⁴ Bohr, a.a.O., Spalte 377.

¹⁸⁵ Bohr, a.a.O., Spalte 384 f.

¹⁸⁶ Leitlinien, Rn. 78; auf Englisch „economies of scope“.

¹⁸⁷ Bohr, a.a.O., Spalte 380.

Kommunikation.¹⁸⁸ Auch hier sind allerdings entsprechend den unter 8. für „Diseconomies of Scale“ genannten Gründen „Diseconomies of Scope“ denkbar.¹⁸⁹

10. Vertikale Integration

Ebenfalls für Marktbeherrschung spricht das Merkmal der vertikalen Integration,¹⁹⁰ jedenfalls wenn diese das Unternehmen in die Lage versetzt, bevorzugt an Beschaffungs- und Absatzmärkte zu gelangen.¹⁹¹ 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.¹⁹²

11. Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz

Ferner kann Marktmacht durch ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufnetz erhöht werden.¹⁹³ 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.¹⁹⁴ 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.¹⁹⁵ Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.¹⁹⁶

13. Expansionshemmnisse

Ein weiteres Kriterium stellen Expansionshemmnisse dar.¹⁹⁷ Unter Expansionshemmnissen versteht man alle diejenigen Umstände, welche ein bereits auf dem Markt tätiges Unterneh-

¹⁸⁸ Bohr, a.a.O., Spalte 381.

¹⁸⁹ Bohr, a.a.O., Spalte 385 f.

¹⁹⁰ Leitlinien, Rn. 78.

¹⁹¹ 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 /J. Kommission*, Slg. 1978, S. 207, 287 ff.

¹⁹² Vergleiche den Artikel „Unternehmenskonzentration“ in: Gabler Volkswirtschafts-Lexikon, 1996.

¹⁹³ Leitlinien, Rn. 78; vergleiche auch Dirksen in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 55.

¹⁹⁴ Leitlinien, Rn. 74, 78; vgl. auch Dirksen in Langen/Bunte, a. a. O., Art. 82 Rn. 52 m. w. N.

¹⁹⁵ Dirksen, in: Langen/Bunte, a.a.O., Art. 82 Rn. 53 m. w. N.

¹⁹⁶ Leitlinien, Rn. 80.

¹⁹⁷ Leitlinien, Rn. 78.

men 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.¹⁹⁸ Marktzutrittsschranken können gesetzlicher, struktureller oder strategischer Art sein.¹⁹⁹ Allerdings können hohe Marktzutrittsschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.²⁰⁰

¹⁹⁸ Vgl. Leitlinien, Rn. 80.

¹⁹⁹ 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>.

²⁰⁰ Leitlinien, Rn. 80.

N. Anhang 3: Begriffserläuterungen

Entbündelt	ohne vorgeschaltete Übertragungs- (bzw. Vermittlungstechnik).
Endkabelnetz	Netz zwischen Endverzweiger und Teilnehmeranschlusseinheit.
Endverzweiger	Abschlusseinrichtung des Liniennetzes im bzw. am Gebäude des Endkunden.
FTTB	Fibre to the building. Hybride Teilnehmeranschlussleitung, bei der der Abschnitt zwischen Hauptverteiler und Endverzweiger in bzw. an einem Kundengebäude aus Glasfaser besteht. Der Rest der Leitung bis zur TAE besteht aus Kupferkabel.
FTTC	Fibre to the curb. Hybride Teilnehmeranschlussleitung, bei der der Abschnitt zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger aus Glasfaser und der Rest der Leitung aus Kupferkabel besteht.
Hauptkabel	Kabel zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger.
Hauptkabelnetz	Netz zwischen Hauptverteiler und Kabelverzweiger.
Hauptverteiler	Abschlusseinrichtung des Anschlussnetzes.
HYTAS	Teilnehmeranschlussnetze in Form von hybriden Teilnehmeranschlusssystemen, die Glasfaser- und Kupferleitungen in einer Teilnehmeranschlussleitung vereinen.
ISIS	Integriertes System auf optischer Basis zur Bereitstellung der Netzinfrastruktur im Teilnehmeranschlussnetz. Eine Variante der HYTAS-Technik.
Kabelverzweiger	Rangiereinrichtung, in der Hauptkabel mit Verzweigerkabel verbunden werden.
Kupferdoppelader	zwei Kupferdrähte.
Kupferdoppelader 4 Draht	zwei Kupferdoppeladern.
Leitung	Verbindung zwischen zwei Punkten.
Line Sharing	Die Teilnehmeranschlussleitung, in der Form der Kupferdoppelader, wird in mehrere Frequenzbereiche unterteilt. Damit kann z. B. der untere (schmalbandige) Frequenzbereich vom eigentlichen Bereitsteller der Teilnehmeranschlussleitung weiter zum Angebot für Sprachübertragung genutzt werden, während der den Zugang erhaltende Wettbewerber den oberen (breitbandigen) Frequenzbereich für Datenübertragung (typischerweise für schnelle Internetzugänge auf Basis der DSL-Technologie) für den Endkunden bereitstellt.
Mehrfachausnutzung	Eine Leitung wird mittels Übertragungstechnik für mehrere Teilnehmeranschlüsse genutzt.

ONU	Optical Network Unit. Der englische Begriff bedeutet auf deutsch Verteilpunkt im optischen Netz. Bei einer hybriden Teilnehmeranschlussleitung wird so die Schnittstelle von Glasfaser- und Kupferkabel bezeichnet, an der optische in elektronische Signale umgewandelt werden.
OPAL	Optisches Anschlussleitungssystem Eine Variante der HYTAS-Technik.
PLC	Powerline Communication. Übertragungstechnik bei der das Stromnetz, als Zugangsnetz zum Endkunden genutzt wird.
Teilnehmeranschlussleinheit	Anschlusspunkt beim Endkunden (kundenseitiger Abschlusspunkt des Teilnehmeranschlussnetzes), an den er sein Endgerät anschließt.
Teilnehmervermittlungsstelle	Vermittlungsstelle, an der die Teilnehmeranschlussleitung angeschaltet ist und über die die Verbindung zur nächsten Vermittlungsstelle oder zu einem Endkunden im gleichen Ortsnetz hergestellt wird.
Teilnehmeranschlussleitung	Die Verbindung, mit der der Netzabschlusspunkt (TAE) in den Räumlichkeiten des Teilnehmers mit dem Hauptverteiler oder einer gleichwertigen Einrichtung in öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird (vgl. Artikel 2 lit. e) der Zugangsrichtlinie). Bei dieser Verbindung handelt es sich um eine einzelne (physisch bzw. durch übertragungstechnische Maßnahmen wie etwa Multiplexing) nur einem Teilnehmer fest zugeordnete Leitung.
Verbindungsnetz	Netz zwischen Vermittlungsstellen.
Verzweigerkabelnetz oder Verzweigernetz	Netz zwischen Kabelverzweigern und Endverzweigern.
Wellenlängenmultiplexen	wellenlängenbasiertes, übertragungstechnisches Verfahren zur Mehrfachnutzung bei Glasfasern.
WLL	Wireless Local Loop. Drahtloser Teilnehmeranschluss an eine Teilnehmervermittlungsstelle.
Zeitmultiplexen	zeitbasiertes, übertragungstechnisches Verfahren zur Mehrfachnutzung von Leitungen.

O. Anhang 4: Stellungnahmen interessierter Parteien

I. Stellungnahme der Arcor AG & Co. KG

Das Unternehmen Arcor AG & Co. KG (im Folgenden: Arcor) hat wie folgt Stellung genommen:

Arcor verfüge unter den neuen Telekommunikationsunternehmen über das ... Anschlussnetz. Dieses Netz werde fast ausschließlich über von der DT AG, T-Com gemietete Teilnehmeranschlussleitungen realisiert. Teilnehmeranschlussleitungen seien gemäß dem zwischen der DT AG, T-Com und anderen Telekommunikationsunternehmen abgeschlossenen Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag definiert als „... Leitungen, die vom Hauptverteiler (HVt) bzw. vom Kabelverzweiger (KVz) bis zur 1. Telekommunikations-Abschluss-Einheit (1. TAE) bei einem Endkunden von [Name des Telekommunikationsunternehmens] zur Erbringung von Telekommunikationsleistungen für die Öffentlichkeit führen.“

Physikalisch bestünden diese Teilnehmeranschlussleitungen überwiegend aus Kupferdoppeladern, in einigen Fällen aus Glasfaserkabeln. Andere Anschlussalternativen wie Fernseekabel, WLL, Powerline oder SkyDSL spielten weder bei Arcor noch sonst im Markt auf absehbare Zeit quantitativ eine Rolle. Betrachte man diese Anschlussvarianten darauf hin, welche von der EU-Definition des Marktes 11 („Entbündelter Großkunden-Zugang (einschließlich des gemeinsamen Zugangs) zu Drahtleitungen und Teilleitungen für die Erbringung von Breitband- und Sprachdiensten“) erfasst sein könnten, zeige sich, dass hierzu insbesondere Kupferdoppeladern zu rechnen seien („Drahtleitungen“).

Arcor hat am formellen Auskunftersuchen vom 26.11.2003, welches an 17 Unternehmen adressiert wurde, die als Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen in Frage kamen, nicht teilgenommen.

Es sei zwar zutreffend, dass als marktbeherrschende Unternehmen nur die Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen in Frage kämen und diese somit betroffenen seien. Betroffen von der Frage, wie der Markt abgegrenzt werde und ob es marktbeherrschende Unternehmen gebe, seien jedoch ebenso die Nachfrager auf diesem Markt. Eine Berücksichtigung der Nachfrager von Teilnehmeranschlussleitungen hätte nach Ansicht von Arcor die Möglichkeit eröffnet, die Angaben der Anbieter zumindest hinsichtlich Plausibilität und Konsistenz zu überprüfen. Da dies nicht erfolgt sei, sollten zumindest die jetzigen Kommentierungen durch die Nachfrager bei der Entscheidungsfindung der Reg TP breiten Raum einnehmen.

Hinsichtlich der sachlichen Abgrenzung merkt Arcor an, dass unter Berücksichtigung der Kupferdoppeladern, Glasfasern, WLL, Powerline und rückkanalfähigen Fernseekabelnetzen die Reg TP zu dem Schluss komme, dass der Markt für Teilnehmeranschlussleitungen „im Regelfall aus um in Kupferkabeln zusammengefügte Leitungen ...“ bestehe. Die anderen Arten des Teilnehmerzugangs würden ausgeschlossen. Hybride Teilnehmeranschlusssysteme („HYTAS“), worunter unterschiedliche Varianten der Kombination von Kupfer und Glasfaser im Bereich der Teilnehmeranschlussleitung zu verstehen seien, würden dem Markt der Teilnehmeranschlussleitungen zugerechnet werden, wobei es sich bei diesen jeweils um gebündelte Varianten handele.

Auf die räumliche Marktabgrenzung beziehend hebt Arcor hervor, dass die Reg TP festgestellt habe, dass bei einer engen Auslegung des räumlich relevanten Marktes jede Teilnehmeranschlussleitung als ein Markt definiert werden könne. Da dies jedoch die Wettbewerbsbedingungen verfälscht wiedergebe, könnten bei homogenen Marktverhältnissen die sachlich zu einem Markt gehörenden Dienstleistungen zu einem auch in geografischer Hinsicht einheitlich relevanten Markt zusammengefasst werden. Da diese Voraussetzungen hier gegeben seien, werde das Gebiet der Bundesrepublik als räumlich relevanter Markt festgelegt.

Dem Entwurf der Reg TP kann nach Ansicht von Arcor bis auf den Ausschluss entbündelter Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen zugestimmt werden.

Hinsichtlich der sachlichen Marktabgrenzung teilt Arcor die Auffassung, dass mit der Definition des Marktes 11 der EU-Kommission Teilnehmeranschlussleitungen im "herkömmlichen Sinne" und keinesfalls andere Anschlussarten wie WLL, Powerline und Fernsehkabelnetze gemeint seien. Ebenfalls zuzustimmen sei der Feststellung, dass hinsichtlich HYTAS eine besondere Situation in Deutschland bestehe, die in den entsprechenden Gebieten den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung als „gebündelten Zugang“ erforderlich mache. Trotz dieser Besonderheit, die von dem gängigen Verständnis eines entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung abweiche, sei es richtig, die HYTAS dem Teilnehmeranschlussleitungs-Markt zuzuordnen, da sie exakt dieselbe Funktion erfüllten wie eine herkömmliche Teilnehmeranschlussleitung und lediglich aufgrund einer für Europa einmaligen technischen Lösung in weiten Gebieten Ostdeutschlands und in Neubaugebieten im Westen verwendet worden seien.

Dieser Einbezug des gebündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung sollte laut Arcor jedoch auch um die Varianten erweitert werden, die einen gebündelten Zugang zur Kupferleitungen darstellen. Dies seien die im derzeitigen Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag angebotenen „CCA - Carrier Costumer Access“ genannten Varianten. Da diese in der Marktdefinition und -analyse überhaupt nicht erwähnt würden, solle eine klarstellende, explizite Nennung erfolgen.

Nicht zustimmen kann Arcor der vorgelegten Marktdefinition und -analyse des Teilnehmeranschlussleitungs-Marktes hinsichtlich der Aussage, dem hier abzugrenzenden Markt sei nicht der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form von entbündelten Glasfaserleitungen zuzurechnen.

Um darzulegen, dass die Glasfaser ein Teil des Marktes für Teilnehmeranschlussleitungen sei, würden im Folgenden die Kriterien des europäischen Wettbewerbsrechts geprüft:

Aus Nachfragersicht, im vorliegenden Fall aus Sicht von Arcor und anderen alternativen Teilnehmernetzbetreibern, seien Glasfaser- und Kupfer-Teilnehmeranschlussleitungen weitgehend austauschbar. Sowohl schmal- wie breitbandige Anwendungen ließen sich über beide Teilnehmeranschlussleitungs-Varianten realisieren.

Entsprechend sei die entbündelte Glasfaser seit jeher als Produktgruppe 5 Teil des von der DT AG angebotenen Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrages. Diese Leistung biete die DT AG seit 1998 in den Varianten „Gf 1“ und „Gf 2“ an. Auf der Grundlage dieses Angebots des marktbeherrschenden Unternehmens und der Entwicklung hin zu breitbandigen Anbindungen und Anwendungen, insbesondere für Geschäftskunden, habe Arcor Es sei zu erwarten, dass sich dieser Trend fortsetzen und die Nachfrage nach breitbandigen Anwendungen steigen werde. Hierbei stelle die entbündelte Glasfaser eine technisch wettbewerbsfähige Anbindungsvariante dar.

In neuen Gewerbegebieten seien oftmals nur Glasfaserkabel bis in die Gebäude verlegt worden. Parallele Teilnehmeranschlussleitungen auf Kupferbasis bestünden keineswegs durchgehend, wie dies im Entwurf nahegelegt sei. Ebenso bestehe die Möglichkeit, dass Kupferkabel physisch zwar vorhanden, jedoch im Rahmen einer breitbandigen Anbindung über Glasfaserkabel stillgelegt worden seien. In der Praxis seien diese Kupferkabel nicht anzumieten, so dass die Anbindung des Kunden zwangsläufig nur über die Glasfaser erfolgen könne. Eine weitere Variante, die den Zugang zur entbündelten Glasfaser notwendig mache, bestehe dann, wenn parallel Kupferkabel zwar vorhanden, aber in ihrer Kapazität bereits erschöpft seien (100% Beschaltungsgrad).

Wenn nun alternative Übertragungswege zu den Glasfaserleitungen nicht bestünden, gebe es aus Sicht der Nachfrager, d.h. im vorliegenden Fall aus Sicht der nachfragenden Telekommunikationsunternehmen, kein Produkt, gegen das die fragliche Glasfaser ausgetauscht werden könne.

Aus demselben Grund, nämlich dem Fehlen von alternativen Übertragungswegen, gebe es keinen Hinweis auf das Vorliegen einer Angebotsumstellungsflexibilität. Der Aufbau eines parallelen Anschlussnetzes sei durchgehend ökonomisch ineffizient. Dies gelte insbesondere für die Verlegung von Glasfaserleitungen zu einzelnen Standorten wie Bürogebäuden und Fabrikgeländen.

Würde man entbündelte Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen einschließlich der Übertragungstechnik des nachfragenden Unternehmens mit dem Angebot von Mietleitungen vergleichen, so zeigt sich nach Meinung von Arcor, dass hierbei keine Homogenität der Wettbewerbsbedingungen vorliege.

.... Dieser Preisunterschied mache deutlich, dass zwischen diesen Produkten keine Homogenität der Wettbewerbsbedingungen bestehe und sie zwei verschiedenen Märkten zuzuordnen seien. Dementsprechend sei die Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung nicht den Mietleitungen, sondern dem Markt für Teilnehmeranschlussleitungen zuzuordnen.

Würden nun die entbündelten Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen aus der Zugangsregulierung entlassen und nur noch Mietleitungen zur Kundenanbindung zur Verfügung stehen, so entstünde insbesondere im Geschäftskundensegment ein weiterer Wettbewerbsnachteil der alternativen Telekommunikationsanbieter gegenüber der DT AG, T-Com. Gehe man davon aus, dass die regulierten Teilnehmeranschlussleistungspreise den Kostenstrukturen der DT AG, T-Com entsprechen, so würde sich die DT AG, T-Com in ihrer Kostenkalkulation die Teilnehmeranschlussleitung zu genau diesem Preis zur Verfügung stellen. Den Wettbewerbern stünde ohne Zugangs- und Entgeltregulierung der Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen diese Möglichkeit nicht mehr zur Verfügung, so dass sie die Kundenanbindung mit der ... teureren Mietleitung herstellen müssten. Damit wären sie in der Kundenanbindung über Glasfaser gegenüber dem unregulierten marktbeherrschenden Unternehmen nicht mehr konkurrenzfähig.

Mit den Glasfaserkabeln erfolge keineswegs ausschließlich eine Anbindung spezieller kostenintensiver Endgeräte. Neben Datenverbindungen würden ebenso Sprachverbindungen realisiert, die sich prinzipiell ebenso über Kupferleitungen realisieren ließen. Wie bereits dargelegt, stünden Kupferleitungen jedoch oftmals faktisch nicht (mehr) zur Verfügung, so dass in der Praxis diese Alternative nicht immer in dem erforderlichen Umfang gegeben sei.

Die Art des Verwendungszwecks entspreche somit in einer Vielzahl von Fällen denen einer Kupferleitung. Wettbewerber seien daher darauf angewiesen, das in Bezug auf diese Endkunden vorhandene Angebot an Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen zu nutzen.

Nach den Arcor vorliegenden Erkenntnissen sei die DT AG, T-Com nicht alleiniger, aber doch deutlich dominierender Anbieter von entbündelter Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen. Einzelne Gewerbegebiete in ausgesuchten Städten würden auch von anderen Unternehmen entsprechend versorgt. Bezogen auf die Gesamtheit der Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitungen fiel dies jedoch nicht ins Gewicht, so dass die bundesweite Marktstruktur für die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen spreche.

Ebenso habe die Glasfaser-Variante der Teilnehmeranschlussleitung dieselbe Funktion wie eine Kupferdoppelader: Es handele sich jeweils um die Infrastruktur für die Nachrichtenübertragung zwischen dem Abschlusspunkt der Linientechnik beim Teilnehmer und dem netzseitigen Leitungsabschluss, der Schnittstelle zum Verbindungsnetz des Netzbetreibers.

Gemäß dem Entwurf der Reg TP gehe die EU-Kommission davon aus, dass entbündelte Glasfaserleitungen nur auf Übertragungstrecken und im Anschlussnetz für sehr spezielle Anwendungen wettbewerbsfähig seien. Für die vorliegende Marktabgrenzung seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ein Abweichen von der EU-Empfehlung geboten erscheinen ließen. Es liege jedoch offenkundig eine nationale Besonderheit vor, welche die EU-Kommission bei ihrer Veröffentlichung vom September 2000 nicht im Blick gehabt habe: Entbündelte Glasfaserleitungen seien in Deutschland auch im Anschlussnetz technisch wettbewerbsfähig und oftmals auch alternativlos. Eine Reduzierung von Zugangsverpflichtungen hinter den bestehenden Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag entspräche nicht dem Zweck des novellierten TKG. Die entbündelte Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung sei daher in den Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung einzubeziehen. Des Weiteren vertritt Arcor die Ansicht, dass die Berücksichtigung der entbündelten Glasfaser („dark fibre“) nicht gegen die Grundlagen der Marktdefinition und -analyse verstoße, welche die EU-Kommission in ihren Empfehlungen vom 11.02.2003 festgelegt habe. Die Glasfaser fiel nicht allein deswegen aus der Marktabgrenzung heraus, weil die EU den besagten Markt auf „metallic local loops“ beziehe. Aufgrund nationaler Besonderheiten könne von dieser Empfehlung mittels zusätzlicher Vorgaben abgewichen werden. Hierzu schreibe die EU-Kommission: 'Aufgrund unterschiedlicher Netztopologien und Technologien in der Gemeinschaft müssen die Regulierungsbehörden gelegentlich die exakten Grenzen zwischen bestimmten in der Empfehlung aufgeführten Märkten oder deren Bestandteilen festlegen und dabei die Grundsätze des Wettbewerbsrechts einhalten. Die nationalen Regulierungsbehörden können unter Einhaltung von Artikel 7 Rahmenrichtlinie Märkte festlegen, die von denen der Empfehlung abweichen.'

Bei der Berücksichtigung dieser Teilnehmeranschlussleitungs-Varianten in dem hier abzugrenzenden Markt handele es sich um geringfügige Modifikationen der EU-Empfehlung, die bei der Berücksichtigung nationaler Besonderheiten zulässig seien. Insbesondere werde die Empfehlung deshalb eingehalten, weil sämtliche dort genannte Produkte in die Marktabgrenzung der Reg TP einbezogen werden sollten. Darüber hinaus könnten auch Produkte in Märkte einbezogen werden, die nicht unmittelbar in der Empfehlung genannt seien. Bei Teilnehmeranschlussleitungs-Varianten, die bisher im Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag geregelt seien, jedoch nicht ausdrücklich in der Empfehlung aufgeführt würden, sei dies der Fall.

Vor diesem Hintergrund sei – so die Ansicht von Arcor - der Ausschluss der entbündelten Glasfaser nicht sachgerecht, denn dies würde bedeuten, dass im Rahmen des Marktanalyseverfahren Vorleistungen, zu denen das marktbeherrschende Unternehmen bisher Zugang gewähren müsse, aus der Zugangsregulierung entlassen würden und in Zukunft nicht mehr angeboten werden müssten. Sowohl das EU-Richtlinienpaket als auch das novellierte TKG gingen dem gegenüber jedoch eher von einer stärker gesicherten Zugangsregulierung von Vorleistungen aus, als von einer Reduzierung der Regulierungsdichte in diesem Bereich.

Die ökonomische Begründung für die Berücksichtigung sämtlicher Teilnehmeranschlussleitungs-Varianten finde sich in den Investitionen, die infrastrukturbasierte Unternehmen in das Anschlussnetz und den Zugang zum Kunden getätigt hätten. Entsprechend dem Zweck des TKG sowie den Zielen der Regulierung seien diese Investitionen in Infrastruktur im Vertrauen auf eine bestehende Investition in Anschlussnetze zu schützen. Gemäß § 1 TKG sei der Zweck des Gesetzes '...leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.' Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 sei es Ziel der Regulierung 'effiziente Infrastrukturen zu fördern und Investitionen zu unterstützen'. Hiermit nicht zu vereinbaren wäre, wenn die Marktanalyse zur Vorleistung Teilnehmeranschlussleitung das Ergebnis hätte, dass bereits getätigte Investitionen in das Anschlussnetz der Wettbewerber entwertet würden.

Auch mit den von den Leitlinien vorgesehenen Kriterien für die Definition des relevanten Marktes, nämlich die Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite und die Angebotsumstel-

lungsflexibilität, welche anhand des hypothetischen Monopolistentests festgestellt werde, komme man zu dem Ergebnis, dass zumindest in Deutschland die entbündelten Glasfaserleitungen dem Markt für Teilnehmeranschlussleitungen zuzurechnen seien. In Gebieten oder auch nur hinsichtlich einzelner Gebäude, zu denen keine parallele Kupferleitung reiche, diese stillgelegt oder in der Kapazität erschöpft sei, erfülle die Glasfaserleitung genau diese Funktion. Mangels Alternativen seien die Nachfrager nach Meinung von Arcor sicherlich bereit, auch einen um 5% bis 10% höheren Preis zu akzeptieren ohne auf ein anderes (da nicht vorhandenes) Produkt auszuweichen.

Die der EU-Kommission bisher vorgelegten Notifizierungen beschränkten sich - so Arcor - tatsächlich auf Kupferdoppeladern. In diesen Ländern (Finnland, Irland, Schweden, Großbritannien) würde jedoch auch bisher nicht der Zugang zur entbündelten Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung gewährt, so dass von dortigen Unternehmen keine Investitionen getätigt worden seien, die hätten entwertet werden können oder ein Rückschritt hinter die Zugangsregulierung vor der Einführung des neuen Gesetzes zu befürchten gewesen sei.

Sollte sich die Reg TP nicht im Stande sehen, den Zugang zur entbündelten Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung dem hier diskutierten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zuzuordnen, so ist nach Ansicht von Arcor ein eigener Markt für diese Anschlussvariante abzugrenzen. In diesem Markt sei dann die marktbeherrschende Stellung eines Anbieters festzustellen und Zugang zu dieser speziellen Vorleistung zu gewähren.

Mit der räumlichen Abgrenzung bewege sich die Reg TP im Rahmen zahlreicher zuvor durchgeführter Regulierungsverfahren, beispielsweise der Ablehnung des Feststellungsantrags, dass die DT AG, T-Com auf dem Regionalmarkt Berlin für Anschlüsse sowie nationale und internationale Verbindungen für Geschäftskunden nicht marktbeherrschend sei. Der Argumentation der Reg TP in diesem Verfahren und im vorliegenden Entwurf sei zuzustimmen.

II. Stellungnahme des BREKO-Verbandes

In seiner Stellungnahme vertritt der BREKO-Verband die Ansicht, dass der Zugang zum Teilnehmeranschluss für die Mitgliedsunternehmen des BREKO technisch und wirtschaftlich die Grundlage bilde, ihre Sprach- und Telekommunikationsdienste an die Endkunden über den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu vermarkten. Dieser Wettbewerb auf der Ortsnetz- und Anschlussebene bedinge auf der Vorleistungsebene den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. In einem Großteil der Fälle sei es ökonomisch nicht sinnvoll, das unter einem staatlichen Monopol aufgebaute bundesweite Ortsnetz der DT AG, T-Com zu duplizieren. Die Mitgliedsunternehmen des BREKO seien als Teilnehmernetzbetreiber in der Lage, den Endkunden eine umfassende Palette von eigenen Telefondienstleistungen anzubieten. Dass die DT AG, T-Com nach wie vor bei den Endkunden-Zugangsdiensten über eine monopolartige Stellung verfüge, liege an den bekannten und durch die DT AG, T-Com vorgegebenen Bedingungen der Inanspruchnahme der Teilnehmeranschlussleitung. Die Wettbewerber auf den Telekommunikationsmärkten benötigten den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zu fairen und diskriminierungsfreien Bedingungen.

Der BREKO-Verband stimmt dem unter Punkt „D. Vorbringen der Parteien unter II.“ genannten Argumenten für einen ungehinderten Wettbewerb daher keinesfalls zu.

1,35 Mio. entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen seien alles andere als ein Indiz für funktionierenden Wettbewerb. Der Anteil der Wettbewerber an der Gesamtzahl der Kanäle liege gerade mal bei knapp Dieser Markt sei durch Regulierung entstanden und bedürfe weiterhin umfangreicher Regulierungsinstrumente. Da die Teilnehmeranschlussleistungspreise einen wirtschaftlichen Ausbau in der Fläche nach wie vor nicht zulassen würden, könnten lediglich in einigen Ballungsräumen sichtbare Marktanteile erreicht werden. Ebenso

sei die stärkere Fokussierung auf ISDN-Anschlüsse bedingt durch die nach wie vor vorliegende Preis-Kosten-Schere bei analogen Anschlüssen.

Das Ergebnis, dass die DT AG, T-Com als marktbeherrschendes Unternehmen für den bundesweiten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung qualifiziert werde, begrüßt der BREKO-Verband und hält diese Entscheidung für absolut richtig. Auch die angewandten Kriterien, die im Ergebnis zur Feststellung dieser marktbeherrschenden Stellung geführt haben, werden für nachvollziehbar und überzeugend gehalten. Insbesondere der Bezug zum GWB bezüglich der einzelnen Kriterien zur Ermittlung einer objektiven und nachvollziehbaren Feststellung hält der BREKO-Verband für angemessen.

Allerdings seien aus Sicht des Verbandes drei wesentliche Kritikpunkte anzubringen und zum Teil in der Entscheidung noch zu berücksichtigen:

In Anbetracht der Tatsache, dass dieser Markt regulierungsinduziert entstanden sei, komme der Nachfrageseite eine enorme Bedeutung zu. Daher sei aus Sicht des BREKO-Verbandes eine Befragung eben dieser Nachfrageseite vor Erstellung einer Marktdefinition und Marktanalyse unabdingbar. Insbesondere zur Beurteilung der Auswirkungen auf Markteintrittsbarrieren, Expansionshemmnisse und Behinderungsstrategien sei die Befragung der Marktparteien und nicht des marktbeherrschenden Unternehmens entscheidend. Da die DT AG, T-Com als sogenanntes vertikal integriertes Unternehmen sowohl auf dem Markt für Vorleistungen als auch aufgrund langjähriger Endkundenbeziehungen nach wie vor über eine monopolartige Stellung verfüge, seien die Darstellungen der Wettbewerbsunternehmen zur umfassenden Beurteilung der Angebotsbedingungen des Angebotes zur Teilnehmeranschlussleitung ausschlaggebend. Sowohl die Marktanalyse als auch die sich daran anschließende Regulierung müsse den Bedarf der Wettbewerber entsprechend berücksichtigen und die vorhandene Angebots- und Nachfrageseite zu gleichen Teilen einbeziehen. Eine eingehende Untersuchung der Nachfrageseite im Anschluss an eine bereits zu groben Teilen verfestigte Beurteilung des Marktes werde sicherlich zu keiner umfassenden und objektiven Neubeurteilung der Marktanalyse und Marktdefinition führen.

Eine Differenzierung des sachlich relevanten Marktes anhand der eingesetzten Technologien würde die Teilnehmer technologieabhängig bestrafen, wenn einzelne Anschlusstechnologien der Regulierung unterworfen und damit dem Wettbewerb geöffnet, andere aber ausgenommen würden und damit auch dem Anschlussinhaber unmöglich machten, auf derselben Wertschöpfungsstufe am Wettbewerb in der Telekommunikation teilhaben zu können. Die Bedeutung der Diskussion um OPAL (und OPAL/ISIS, was der BREKO-Verband unter dem Begriff OPAL subsummiert) werde deutlich, wenn die leider nicht veröffentlichten Zahlen vergewärtigt würden:

Eine derartige „Bestrafung“ der Teilnehmer und Verbraucher beklage der BREKO-Verband bereits seit geraumer Zeit im Zusammenhang mit dem Ausbau von Anschlussbereichen oder Teilen davon mit OPAL. Bedingt dadurch, dass die Entgelte für einen auf der niedrigstmöglichen Entbündelungsebene vorgeleisteten Teilnehmeranschluss bei OPAL erheblich über den Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung Entgelten lägen, obwohl ein Wettbewerber dadurch keinen Mehrwert erziele, finde dort nahezu kein Wettbewerb statt. Der Vorteil der Bündelung durch OPAL liege offensichtlich beim Anschlussnetzbetreiber DT AG, T-Com und müsse sich auch in geringeren Entgelten als für die Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung niederschlagen, das Umgekehrte aber sei der Fall.

Die Empfehlungen der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors seien Empfehlungen, keine zwingenden Vorschriften. Es sei Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörde, diese Märkte genauer zu beschreiben, insbesondere auch bezüglich ihrer sachlichen und räumlichen Abgrenzung. Insofern stimme der BREKO-Verband der Beschreibung im vorliegenden Entwurf zu. Er gehe allerdings darüber hinaus: Wesentlich ginge es in der Sache darum, Teilnehmeranschlüsse in einer monopolar-

tigen Situation entbündelt anbieten zu müssen. Insofern müssten ggf. auch Fehler, die in der Empfehlung der Kommission zu den Märkten enthalten sein könnten, korrigiert werden, wie auch die Empfehlung der Kommission nicht statisch sei und regelmäßig überprüft und angepasst werden sollte.

Der BREKO-Verband teilt daher die Sicht zu den Ausführungen der sachlichen Marktabgrenzung, insbesondere auch zu OPAL und ISIS, nicht jedoch die Ausführungen zu den Glasfaseranschlüssen. Es sei nicht richtig, dass Glasfaseranschlüsse nur zusätzlich zu den Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung ausgebaut würden, sondern häufig auch die alleinige Anslusstechnik insbesondere größerer Unternehmensstandorte und Bürokomplexe darstellten. Anfragen der Wettbewerber nach entbündelter Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung würden in derartigen Fällen regelmäßig abgewiesen. Das Ausgrenzen der Glasfaserleitungen aus dem Markt für entbündelt bereitzustellende Teilnehmeranschlüsse forcieren, dass das den Teilnehmeranschlussmarkt beherrschende Unternehmen derartige Anschlüsse ausbaue und dort vor Wettbewerb geschützt sei. Und die Teilnehmer würden vom Wettbewerbsmarkt Telekommunikation ausgeschlossen. Das gehe nicht konform mit dem Grundprinzip einer technologieneutralen Regulierung.

Prinzipiell stelle sich für den BREKO-Verband die Frage, was mit den heute bereits entbündelt bereitgestellten Teilnehmeranschlussleitungen aus Glasfaser in Zukunft geschehe. Ein neuer Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag mit den Wettbewerbern würde geschlossen, der keine entbündelten Glasfasern mehr enthalte. Ein reguliertes Entgelt entfalle. Die Fasern würden entweder gekündigt oder zu einem erheblich höheren Entgelt bereitgestellt, so dass die davon betroffenen Endkunden-Verträge entweder angepasst oder gekündigt werden müssten. Ein Wettbewerb fände dann dort nicht mehr statt. Dies könne kein Szenario sein, dass im Sinne des TKG sei, nämlich den Wettbewerb zu fördern. Der BREKO-Verband fragt, wer den bei den Wettbewerbern und bei den Endkunden entstehenden wirtschaftlichen Schaden ersetze.

Dass alternative Anslusstechnologien wie WLL, Powerline und aufgerüstete Kabelnetze aus der Marktempfehlung der Kommission ausgenommen seien, habe damit zu tun, dass sie Techniken für alternative Anbieter von Teilnehmeranschlüssen seien, also unterstellt werde, dass sie nur parallel zu anderen Techniken bereitgestellt würden. Wenn sie denn aber das einzige Angebot für einen Teilnehmeranschluss eines marktbeherrschenden Unternehmens an einem Standort oder in einem Gebiet wären, müssten sie im Sinne einer technologieneutralen Regulierung und im Interesse der Teilnehmer und Verbraucher immer in den zu regulierenden Markt einbezogen werden. Nach Ansicht des BREKO-Verbandes ist insofern der Markt 11 der Empfehlung falsch definiert.

BREKO bewertet die angewandten Kriterien zur Prüfung der Marktbeherrschung als äußerst positiv, bemängelt allerdings fehlende Transparenz hinsichtlich der festgestellten Ergebnisse. Es fehlt aus Sicht von BREKO ein Mindestmaß an Informationen hinsichtlich Marktgröße, Marktanteilen und Beurteilung des tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs. Zu einer umfassenden Stellungnahme im Rahmen der nationalen Konsultation seien diese Mitteilungen absolut notwendig, insbesondere, wenn die Nachfrageseite im Vorfeld der Analyse unberücksichtigt geblieben sei. Eine Überprüfung und ein Nachvollziehen der Entscheidung sei somit unmöglich.

III. Stellungnahme der DT AG, T-Com

Die DT AG, T-Com vertritt in ihrer Stellungnahme, dass bei der Marktabgrenzung bzgl. alternativer Technologien, alternative Zugangstechnologien wie drahtlose Teilnehmeranschlüsse, aufgerüstete Kabelfernsehnetze und Powerline in potenzieller Substitutionsbeziehung zum „Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ im Rahmen der Marktabgrenzung dennoch beachtet werden sollten, auch wenn sie derzeit in der Praxis keine Rolle spielten. Alternative Pro-

dukte bzw. Technologien erzielten nicht erst Wettbewerbswirkungen wenn sie auf dem Markt eingeführt würden, sondern bereits aufgrund der theoretischen Möglichkeit, dass diese potenziell eingesetzt werden könnten. Um der in den EU-Leitlinien geforderten vorausschauenden, dynamischen Marktbetrachtung gerecht zu werden, müsste die Reg TP bei der Marktabgrenzung und der SMP-Bestimmung entsprechend auch potenzielle Konkurrenz berücksichtigen. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass die Reg TP nach §2 Abs. 2 Nr. 2 u.°3 TKG nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte und effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern solle und durch die Setzung der Preise für den „Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“ die ökonomische Attraktivität alternativer Infrastrukturen maßgeblich bestimme.

Hinsichtlich der Marktabgrenzung bzgl. gebündelter und hybrider Varianten würden im Entwurf der Reg TP die gebündelten Anschlussvarianten im Wege eines sog. Erst-Recht-Schlusses von der Marktabgrenzung erfasst. Damit sei scheinbar gemeint, dass die nachfragenden Carrier in erster Linie Anspruch auf einen entbündelten Zugang zu Kupferanschlussleitungen hätten und nur – „wenn ein entbündelter Zugang ausnahmsweise nicht möglich bzw. nicht sachlich gerechtfertigt sei“ – ersatzweise gebündelte Varianten angeboten werden müssten. Diese Argumentation gehe in zweierlei Hinsicht fehl. Zum einen werde im ersten Schritt der Analyse – der Marktabgrenzung – mit der Notwendigkeit von Zugangsverpflichtungen argumentiert, deren Angemessenheit erst im dritten Schritt, nach Abschluss der Marktmachtprüfung im zweiten Schritt, zu beurteilen wäre. D. h. der Einbezug von gebündelten Varianten in den Markt „wholesale unbundled access (including shared access) to metallic loops and subloops for the purpose of providing broadband and voice services“ erfolge mit der Begründung, dass die gebündelten Varianten als Zugangsverpflichtung gebraucht würden. Anstatt die Marktabgrenzung analytisch auf Basis des Bedarfsmarktkonzepts durchzuführen, werde sie an dieser Stelle unzulässigerweise am gewünschten Ergebnis ausgerichtet.

In diesem Zusammenhang legt die DT AG, T-Com dar, dass selbst bei Aufrechterhaltung des nach ihrem Verständnis nicht legitimen Erst-Recht-Schlusses zumindest die bisher von der Deutschen Telekom im Teilnehmeranschlussleistungs-Portfolio vermarkteten Produkte Carrier Customer Access - Basic mit Zwischenregenerator und Carrier Customer Access - Primary nicht zu Markt 11 gehörten. Immer wenn Carrier Customer Access - Basic mit Zwischenregenerator oder Carrier Customer Access - Primary auf einer Kupferanschlussleitung realisiert werden könne, stehe auch die Kupferanschlussleitung selbst als entbündelte Variante zur Verfügung – eine Mehrfachnutzung der Leitung wie im Falle Carrier Customer Access-Analog und Carrier Customer Access-Basic ohne Zwischenregenerator sei hier nicht möglich. Es bedürfe somit in keinem Fall der Produkte Carrier Customer Access - Basic mit Zwischenregenerator und Carrier Customer Access - Primary als Ersatzlösung für eine nicht verfügbare entbündelte Teilnehmeranschlussleitung. Die Reg TP schreibe dann auch entsprechend: 'Der gebündelte Zugang wird normalerweise, da er entweder nicht auftreten darf, nämlich wenn das nachfragende Unternehmen den entbündelten Zugang wünscht, oder aber der freien Disposition der Vertragsparteien unterliegt, nämlich wenn das nachfragende Unternehmen den derart gebündelten Zugang wünscht, von der vorliegenden Untersuchung nicht erfasst.' Selbst bei Aufrechterhaltung des aus Sicht der DT AG, T-Com nicht legitimen Erst-Recht-Schlusses unterlägen damit zumindest die Produkte Carrier Customer Access-Basic mit Zwischenregenerator und Carrier Customer Access-Primary in Zukunft der freien Disposition der Vertragsparteien.

Zum Zweiten ignoriere der Einbezug aller gebündelten Varianten die Tatsache, dass die gebündelten Varianten für den nach der Namensgebung durch die EU beabsichtigten Zweck, nämlich „for the purpose of providing broadband services“ nicht geeignet seien, da sie nur schmalbandige Sprachkanäle zur Verfügung stellten. Die Wesentlichkeit der Eignung als breitbandiges Vorprodukt bestätige sich auch darin, dass die EU-Kommission in ihrer Begründung zur Marktempfehlung den Markt 11 nicht unter dem Punkt 4.2.1 „Öffentliche Telefondienste für feste Standorte“ diskutiere, sondern als Wholesale-Produkt unter 4.2.2 „Zugang zu Daten und entsprechenden Diensten an festen Standorten“. Der Einbezug der ge-

bündelten Varianten unter Markt 11 stehe im Widerspruch zu der wie selbstverständlich vorgenommenen Trennung von Markt 12, der breitbandige gebündelte (= vorgeschaltete Übertragungstechnik) Varianten umfasse. Die Reg TP sehe keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Markt 12 für „wholesale broadband access“ einen gemeinsamen Markt mit Markt 11 bilden könne. Die Märkte 11 und 12 sind auch nach Auffassung der DT AG, T-Com getrennte Märkte, und zwar stelle Markt 11 in Form der entbündelten Zugänge zur Teilnehmeranschlussleitung und Line Sharing einen Vorleistungsmarkt für die gebündelten Leistungen in Markt 12 dar. Konsequenterweise gehörten dann aber auch die schmalbandigen gebündelten Varianten nicht zu Markt 11.

Diese Argumentation gelte in diesem Kontext insbesondere für die OPAL/ISIS Varianten, die auch schmalbandige gebündelte Varianten darstellten. Das in diesem Zusammenhang zusätzlich vorgetragene Argument der „homogenen Wettbewerbsbedingungen“ sei z. T. regulierungsinduziert und könne die oben dargestellten Inkonsistenzen nicht wettmachen.

Das von der Reg TP zur nationalen Konsultation veröffentlichte Ergebnis der sachlichen Marktabgrenzung ist nach Ansicht der DT AG, T-Com unter Berücksichtigung des oben Besagten folgendermaßen zu korrigieren:

- Entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler oder einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt;
- Line Sharing am Hauptverteiler (Anmerkung: Line Sharing werde nur am Hauptverteiler angeboten, siehe Reg TP-Beschluss BK 3-2-01/017, 2.) b).

Sollte die Reg TP – aus Sicht der DT AG, T-Com ungerechtfertigter Weise – dennoch an dem Einbezug der gebündelten Varianten festhalten, dürfe es ergänzend nur heißen:

- Gebündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kupferdoppelader am Hauptverteiler im Falle mehrfach genutzter Leitungen (Anmerkung: Es würden keine gebündelten Varianten an einem der Teilnehmeranschlusseinheit näher gelegenen Punkt angeboten, da die entsprechenden Teilnehmermultiplexsysteme ab dem Hauptverteilerstandort eingesetzt würden.);
- Gebündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung auf Basis von OPAL/ISIS am Netzknoten (Anmerkung: Zu OPAL/ISIS gebe es keinen entbündelten Zugang. Ein gebündelter Zugang an einem näher an der Teilnehmeranschlusseinheit gelegenen Punkt werde ebenfalls nicht angeboten.)

Auch zur Marktbeherrschungsprüfung äußert sich die DT AG, T-Com in ihrer Stellungnahme und zwar wie folgt:

Im Abschnitt Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen schreibe die Reg TP, dass „auch das Kriterium der Finanzkraft für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung“ spreche. Hierzu führt die DT AG, T-Com aus, dass zum einen wesentliche Konkurrenten der Deutschen Telekom ihrerseits zu multinationalen Unternehmen mit erheblichen Finanzressourcen gehörten, so dass die Bilanzkennzahlen der Deutschen Telekom deutlich zu relativieren seien. Die Ermittlung des ökonomischen Gewinns müsste über das gesamte Unternehmen erfolgen und dürfe sich nicht auf die rein nationale Situation bzw. auf die nationale Tochter beschränken. Die Konkurrenten der Deutschen Telekom könnten daher nicht anhand ihrer in Deutschland erzielten ökonomischen Gewinne beurteilt werden. Sie gehörten nämlich teilweise multinationalen Unternehmen an und profitierten somit potenziell von deren Finanzressourcen. Deswegen müssten auch die ökonomischen Gewinne dieser Gesamtunternehmen in die Beurteilung der Finanzkraft der Wettbewerber der Deutschen Telekom eingehen.

Zum Zweiten sei grundsätzlich festzuhalten, dass sich die Finanzkraft eines Unternehmens nicht anhand seiner Möglichkeiten des Zugangs zu nationalen und internationalen Kapitalmärkten beurteilen ließe. Denn der Zugang zu diesen Kapitalmärkten stehe jedem Unternehmen offen, solange sein Geschäftsmodell erfolgsversprechend erscheine. Insbesondere

für börsennotierte Unternehmen sei die Höhe der Verzinsung des eingesetzten Kapitals die entscheidende Maßgröße für den Unternehmenserfolg und die notwendige Akzeptanz auf den Kapitalmärkten. Die reine Größe und Finanzausstattung sei demnach kein Wettbewerbsvorteil per se.

Unter "Tatsächlicher und Potenzieller Wettbewerb" argumentiere die Reg TP, dass sich die Preise der Wettbewerber vielfach an denen der DT AG, T-Com orientierten, was die Fähigkeit der DT AG, T-Com widerspiegele, den Marktpreis zu kontrollieren. Dies werde als relevantes Indiz für beträchtliche Marktmacht der DT AG, T-Com vorgebracht. Diese Argumentation ist aus Sicht der DT AG, T-Com nicht stichhaltig, insbesondere wenn man berücksichtige, dass die Preise im hier relevanten Markt nicht im Rahmen von Vertragsverhandlungen gebildet, sondern im Rahmen von Entgeltregulierungsverfahren durch die Reg TP festgesetzt würden.

Ergänzend hat die DT AG, T-Com einzelne, aus ihrer Sicht erforderliche Textkorrekturen bei diversen Begrifflichkeiten und Definitionen vorgenommen.

IV. Stellungnahme der EWE TEL GmbH

Die EWE TEL GmbH (im Folgenden: EWE TEL) merkt in ihrer Stellungnahme an, dass die Reg TP die Marktumfrage lediglich an Anbieter des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung, nicht aber an Nachfrager gerichtet habe. Dieses Vorgehen sei vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen nachvollziehbar, werde jedoch dem Anspruch an eine möglichst umfassende Analyse des Marktes nicht gerecht. Im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung sei es, ebenso wie in anderen Märkten, für die Beurteilung, ob Markteintrittsbarrieren, Expansionshemmnisse oder Behinderung vorliegen, unerlässlich, auch die Nachfragerseite zu untersuchen. Dieses Defizit im Rahmen der Ermittlungen führe im Ergebnis zu einer nicht sachgerechten Festlegung des sachlich relevanten Marktes. Kompensiert werden könne dieser erhebliche Mangel bei der Durchführung der Marktanalyse allein durch eine Berücksichtigung der Nachfragerargumente im Rahmen der öffentlichen Anhörung und entsprechender Überarbeitung des Entscheidungsentwurfs.

Bezugnehmend auf das Vorbringen der Parteien führt EWE TEL weiter aus, dass angesichts der Beschränkung der Marktumfrage auf die Angebotsseite die Position des marktbeherrschenden Unternehmens hier zwangsläufig den größten Raum einnehme, so dass eine inhaltliche Kommentierung aus Sicht der EWE TEL geboten sei. Die Behauptung, es existierten keine Barrieren für Wettbewerber, um in den Markt für Telefonanschlüsse einzutreten, sei unrichtig.

Wie in zahlreichen Verfahren vor der Regulierungsbehörde vorgetragen, stellten insbesondere die hohen monatlichen und einmaligen Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte nach wie vor eine erhebliche Markteintrittsbarriere dar. Darüber hinaus bestehe ein hohes Missbrauchspotential des marktbeherrschenden Unternehmens im Rahmen der Leistungsbereitstellung, da den Wettbewerbern bislang keine Vertragsstrafen in Fällen der Nicht- oder Schlechtleistung zur Verfügung stünden. Die seit Anfang diesen Jahres gegenüber der Beschlusskammer 3 dokumentierten Qualitätsprobleme bei der Bereitstellung und Entstörung der Teilnehmeranschlussleitung belegten, dass eine Behinderung durch das marktbeherrschende Unternehmen existiere und dass diese geeignet sei, den Wettbewerb zu hemmen.

Auch die Feststellung, dass es in Deutschland 1,35 Mio. entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen gebe, die durch Wettbewerber angemietet würden, sei kein Zeichen für eine ungehinderte Entwicklung des Wettbewerbs. Vielmehr sei die Ursache dafür, dass es in Deutschland verglichen mit anderen europäischen Ländern eine relative große Anzahl entbündelter Teilnehmeranschlussleitungen gebe, regulatorischer Natur. Während man in anderen Ländern von Beginn der Liberalisierung an sämtliche Varianten der Kundenerschließung – über

Teilnehmeranschlussleitung, Resale oder Betreiber(vor)auswahl – realisiert habe, sei in Deutschland die Anmietung der letzten Meile lange Zeit die einzige Möglichkeit gewesen, als Wettbewerber im Anschlussbereich tätig zu werden. Inzwischen sei dieser Bereich über gebündeltes Resale, Call-by-Call und Preselection im Ortsnetz auch Unternehmen mit anderen Geschäftsmodellen zugänglich gemacht und die Attraktivität des Teilnehmernetzbetreiber-Modells damit für neu in den Markt eintretende Unternehmen deutlich vermindert worden. Hätte die Reg TP in Deutschland diese Formen des Wettbewerbs bereits 1997 ermöglicht, entspräche die Zahl der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen nach Einschätzung ... heute dem europäischen Durchschnitt. Die nachträgliche Änderung der Regulierung und die überhöhten Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte hätten hingegen bewirkt, dass in Deutschland nicht mehr entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen an Wettbewerber vermietet seien und sich die Wettbewerbsintensität zum Teil regional unterschiedlich entwickelt hätte.

Der Aussage, die Teilnehmeranschlussleitung würde lediglich in Ballungsgebieten, jedoch kaum oder gar nicht in ländlichen, d.h. kostenintensiven, Regionen nachgefragt, müsse EWE TEL entschieden entgegen treten.

Auch die Behauptung, der Fokus der Wettbewerber läge vor allem auf den „umsatzstarken Kunden, also primär auf Geschäftskunden und Privatkunden mit ISDN- und DSL-Anschluss“, entspreche nicht der Wirklichkeit. EWE TEL und andere Teilnehmernetzbetreiber böten auch analoge Anschlüsse an, obwohl diese aufgrund der hohen Teilnehmeranschlussleistungs-Kosten nicht profitabel seien. Wenn sich Wettbewerber in der Vergangenheit dazu entschieden hätten, vornehmlich „hochwertige“ Anschlüsse anzubieten, sei dies allein den problematischen Vorleistungskonditionen im Bereich Teilnehmeranschlussleistung zu verdanken.

Die Anmietung der von alternativen TNB verlegten Teilnehmeranschlussleitungen durch die DT AG, T-Com finde laut Aussage der EWE TEL bislang aufgrund geringer Nachfrage nur in Einzelfällen statt.

Die These, dass zu niedrige Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte Grund für den derzeit fehlenden Erfolg alternativer Zugangstechnologien seien, ist nach Ansicht von EWE TEL nicht haltbar. Zunächst sei festzustellen, dass der Nachbau des Netzes der DT AG, T-Com im Bereich der Teilnehmeranschlussleistung ökonomisch nicht sinnvoll wäre. Das „Bottleneck“ letzte Meile werde daher langfristig bestehen und der Regulierung bedürfen. Die derzeit genehmigten Entgelte könnten jedoch, ebenso wie die in der Vergangenheit genehmigten Entgelte, nicht als „niedrig“ bezeichnet werden. Im Verhältnis zum Endkundenpreis der DT AG, T-Com habe es über Jahre hinweg eine Preis-Kosten-Schere gegeben, die von der Reg TP geleugnet worden sei; erst nach einer Missbrauchsentscheidung der EU-Kommission habe die Reg TP Maßnahmen zur Beseitigung getroffen. Behoben sei die Problematik der Preis-Kosten-Schere nach Ansicht von EWE TEL noch nicht. EWE TEL hält sowohl die monatlichen als auch die einmaligen Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte für überhöht und sieht hierin den Grund dafür, dass der Infrastrukturwettbewerb im Anschlussbereich nicht bereits eine große Flächendeckung erreicht habe.

Dass alternative Technologien im Anschlussbereich in Deutschland nicht hinreichend entwickelt seien, habe im Gegensatz zu der Auffassung des marktbeherrschenden Unternehmens verschiedene Gründe und sei jedenfalls nicht auf die vermeintlich niedrigen Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte zurückzuführen. Das Breitbandkabel könne bislang nur vereinzelt als Zugangstechnologie für Telekommunikationsdienste genutzt werden, da es an einer umfangreichen Herstellung der Rückkanalfähigkeit fehle. WLL habe sich aufgrund der hohen Investitionskosten bei vergleichsweise geringem Erschließungsgrad als nicht wirtschaftlich herausgestellt und Powerline sei als „shared medium“ aus technischen Gründen keine geeignete Variante des Endkundenzugangs.

Bezüglich der sachlichen Marktabgrenzung begrüßt EWE TEL, dass auch der Zugang zu hybriden Teilnehmeranschlussleitungen auf Basis von OPAL und ISIS als Bestandteil des

sachlichen Marktes gewertet werde. Nicht sachgerecht ist nach Meinung von EWE TEL allerdings die Ausklammerung reiner Glasfaserleitungen. Im Sinne einer technologieneutralen Regulierung und vor dem Hintergrund, dass die letzte Meile langfristig ein reguliertes Vorprodukt bleiben werde, sei es geboten, auch die Realisierung des Anschlusses mittels Glasfaserleitungen in den vorliegend betrachteten Markt 12 einzubeziehen (*gemeint sein dürfte Markt 11*). Ansonsten würde der Anschlussmarkt zukünftig in den Fällen, in denen die DT AG, T-Com die Teilnehmeranschlussleitung mittels Glasfaser realisiere, dem Wettbewerb verschlossen bleiben. Die Reg TP besäße aufgrund der fehlenden Marktanalyse keine Handhabe, der DT AG, T-Com hier eine Zugangsverpflichtung aufzuerlegen. Da es im Rahmen der Empfehlung der EU-Kommission keinen anderen Markt gebe, der den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form von reinen Glasfasern erfasse, müsse dieser im Rahmen des Marktes 12 geregelt werden.

Die Festlegung der Bundesrepublik Deutschland als räumlich relevanter Markt ist nach Ansicht von EWE TEL richtig. Da somit bundesweit annähernd homogene Wettbewerbsbedingungen herrschten und die Marktbeherrschung der DT AG, T-Com nach wie vor im gesamten Bundesgebiet evident sei, bestünde hier kein Raum für eine räumlich differenzierte Betrachtung.

Hinsichtlich der Identifikation der Regulierungsbedürftigkeit hätte es EWE TEL begrüßt, wenn die Reg TP ihren Entwurf der Marktanalyse zeitgleich mit dem Maßnahmeentwurf veröffentlicht hätte. § 13 Abs. 1 Satz 3 TKG sehe diese Möglichkeit gleichrangig mit der zeitlich versetzten Durchführung vor: Im Zuge einer möglichst zeitnahen abschließenden Entscheidung und des damit verbundenen Rechtsschutzes wäre es daher nach Auffassung von EWE TEL zielführend gewesen, die Konsultation bezüglich der Marktanalyse mit dem Maßnahmeentwurf durchzuführen.

Den Feststellungen zur Marktbeherrschung und sonstigen wettbewerbsrelevanten Aspekten stimmt EWE TEL im Wesentlichen sowohl hinsichtlich der Abwägung als auch des Ergebnisses zu. Die pauschale Feststellung, dass Preiswettbewerb fehle, könne allerdings nicht geteilt werden. Tatsache sei aber, dass den alternativen Teilnehmernetzbetreibern aufgrund der inkonsistenten Entgelte auf vertikaler und horizontaler Ebene in wichtigen Bereichen kaum Preisgestaltungsspielraum verbleibe.

V. Stellungnahme der HanseNet Telekommunikation GmbH

In ihrer Vorbemerkung schreibt die HanseNet Telekommunikation GmbH (im Folgenden: HanseNet), dass für ... und ... die Vereinbarung, mit der der entbundelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung des Marktbeherrschers, der Deutschen Telekom gewährt werde, eine essentielle Voraussetzung für die geschäftliche Tätigkeit und das Engagement im deutschen Markt überhaupt darstelle.

Vor diesem Hintergrund begrüßt HanseNet den nunmehr vorliegenden Entwurf der Reg TP zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung. Einzelne Punkte seien verbesserungswürdig, stellten aber den Gesamtansatz nicht in Frage.

Im Hinblick auf eine generell in Deutschland – sowohl administrativ wie judiziell – zu beobachtende lange Dauer von Verfahren, hätte es HanseNet begrüßt, wenn die Reg TP von dem ihr in § 13 TKG eingeräumten Recht Gebrauch gemacht hätte, die vorliegende Konsultation mit dem Maßnahmeentwurf zu verknüpfen. Konsequenz der Separierung sei rechtliche Unsicherheit für Unternehmen und Investoren. In diesem Zusammenhang sei beispielhaft an die Entscheidung des OVG Münster in der Frage nicht reziproker Zusammenschaltungsentgelte zu erinnern, in der das Gericht ausdrücklich den Ausgang des Marktanalyseverfahrens als Voraussetzung für eine endgültige Entscheidung hervorhebe.

Im Zusammenhang mit der Beschreibung der relevanten Leistungen sei die Darstellung des teilnehmerseitigen Abschlusspunktes, an dem die Teilnehmeranschlussleitung beim Endkunden endet, unpräzise. So werde zum einen die „Teilnehmeranschlusseinheit“ sowie im gleichen Zusammenhang der „Endverzweiger“ beschrieben.

Zutreffend sei der teilnehmerseitige Abschlusspunkt einer Teilnehmeranschlussleitung die Teilnehmeranschlusseinheit. Der (beim Endnutzer zum Teil hausinterne) Endverzweiger sei ein Bestandteil innerhalb des Teilnehmeranschlussnetzes und befinde sich geografisch zwischen dem Verzweigerkabelnetz und dem Endkabelnetz.

Die Abbildung 1 - Darstellung eines „klassischen“ Teilnehmeranschlussnetzes – ist nach Auffassung von HanseNet unvollständig skizziert. So fehle die explizite Darstellung des Endkabelnetzes mit der Skizze der entsprechenden Funktionsgrenze. Das Verzweigerkabelnetz erstrecke sich nämlich nur zwischen dem Kabelverzweiger und dem Endverzweiger, während das Endkabelnetz sich zwischen dem Endverzweiger und der Teilnehmeranschlusseinheit erstrecke. Die Gesamtheit des Teilnehmeranschlussnetzes setze sich folglich aus dem Hauptkabelnetz, dem Verzweigerkabelnetz und dem Endkabelnetz zusammen, das netzseitig am Hauptverteiler und teilnehmerseitig an der Teilnehmeranschlusseinheit ende.

Der Begriff „Telekommunikationsabschlusseinrichtung“ solle durch den eindeutig definierten Begriff Teilnehmeranschlusseinheit ersetzt werden. Eine „Telekommunikationsabschlusseinrichtung“ könne ggf. auch ein Endverzweiger, d.h. die Abschlusseinrichtung des Liniennetzes, sein.

In Abbildung 2 - Darstellung von zwei „klassischen“ Teilnehmeranschlussleitungen – sei nicht klar dargestellt, dass die Teilnehmeranschlussleitung sich zwischen dem Hauptverteiler und der Teilnehmeranschlusseinheit erstrecke. Zur Verdeutlichung solle die Abbildung um die Bezeichnung für das Endkabelnetz ergänzt werden.

Im Zusammenhang mit „Line-Sharing“ würden die Dienste des verschiedenen Frequenzbereiche beispielhaft erwähnt. So werde beschrieben, dass der untere Frequenzbereich typischerweise für Sprachübertragung und der obere Frequenzbereich für Datenübertragung verwendet werde. Um daraus aber keine Eingrenzung der in den Frequenzbereichen zu nutzenden Dienste abzuleiten, solle explizit darauf hingewiesen werden, dass die „Mieter“ der jeweiligen Frequenzbänder in der Anwendung der hierauf implementierten Dienste frei seien. Es müsse mithin möglich sein, den oberen Frequenzbereich sowohl für Daten- als auch für Sprachdienste zu nutzen.

Die erwähnte Nutzung von gebündelten Zugängen sowie von OPAL/ISIS sei historisch begründet und stamme aus einer Zeit, zu der noch keine breitbandigen Dienste im größeren Umfang über die Teilnehmeranschlussleitung realisiert wurden. Technisch bedingt entsprächen gebündelte Zugänge nicht mehr dem Nachfragemarkt und seien daher veraltet. Sie hätten ihre Existenzberechtigung nur noch bei der ausschließlichen Nachfrage von schmalbandigen Diensten sowie bei der temporären Überbrückung von Kapazitätsengpässen.

Bezugnehmend auf ... Produktangebot ... seien die gebündelten Teilnehmeranschlussleitungen bzw. OPAL/ISIS keine Substitute für entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen, da hierüber keine breitbandigen DSL-Dienste angeboten werden könnten. In diesem Zusammenhang möchte HanseNet in dem Dokument zur Marktdefinition/-analyse festhalten, dass die gebündelte Teilnehmeranschlussleitung und OPAL-/ISIS nicht die technischen Anforderungen eines Breitbandzugangs für Endkunden erfüllen; deshalb solle die DT AG, T-Com in solchen Fällen verpflichtet werden, eine adäquate technische Lösung zur Verfügung zu stellen, wenn ein Netzbetreiber den Breitband Teilnehmeranschluss zum Endkunden bei der Deutschen Telekom nachfrage.

Ein weiterer Ausbau von gebündelten Zugängen durch die DT AG, T-Com werde bei HanseNet nur als Maßnahme zur bewussten Ausgrenzung des Wettbewerbs gesehen. Der Regulierungsbehörde sollte nach Meinung von HanseNet bekannt sein, dass die DT AG, T-Com derzeit bei einem ausreichenden Nachfragebedarf durch die Endnutzer, gebündelte Zugänge sowie OPAL/ISIS mit entbündelten Zugängen „überbaue“, d.h. bei gebündelten Zugängen würden die vorhandenen Kabelkapazitäten erweitert und bei OPAL/ISIS würden Kupferdoppeladern parallel zu den bereits existierenden Glasfaserstrecken realisiert, so dass ihr danach entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen für eigene Zwecke zur Verfügung stünden.

Sofern die DT AG, T-Com ihren Wettbewerbern keine entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen zur Verfügung stelle, weil es aus Sicht der DT AG, T-Com „technisch unsinnig und daher sachlich nicht gerechtfertigt“ sei, bestehe die Möglichkeit der Diskriminierung, indem sie entsprechende Nachfragen anderer Netzbetreiber nach breitbandigen, entbündelten Zugängen ablehne (z.B. wegen fehlender bzw. nicht vorhandener Kapazitäten), diese Daten sammle um nach Erreichen einer ausreichenden Nachfragemenge den ihnen bereits namentlich bekannten, interessierten Endnutzer dann ein Telekom-eigenes breitbandiges Zugangsangebot zu unterbreiten.

HanseNet weist darauf hin, dass die künftigen Planungen der DT AG, T-Com zum Netzausbau auf der Grundlage der DSL-Marktentwicklung erfolgten und die Teilnehmeranschlusnetze entsprechend konzipiert werden sollten.

Die in der Vergangenheit nicht erfolgte Beanstandung der auf Seite 7, Abs. 6 erwähnten Formulierung habe nicht zwangsläufig deren Einverständnis durch HanseNet zur Folge. Vor dem Hintergrund der künftigen Entwicklung im DSL-Markt sollte nach Ansicht von HanseNet das Recht der DT AG, T-Com auf das Angebot von gebündelten Zugängen nur in Ausnahmefällen begründet sein. Vielmehr gebe es in Folge des DSL-Wachstums in Deutschland keine Gründe, die gebündelten Zugänge zu Teilnehmeranschlussleitungen weiter auszubauen; außer dann, wenn die DT AG, T-Com hierdurch den Wettbewerb bewusst ausgrenzen wolle.

Das von der Reg TP beschriebene „erforderliche Mindestmaß an Übertragungstechnik“, dass zur „Individualisierung der einzelnen Teilnehmeranschlusseinheit“ eingesetzt werde, reiche aus, um die Teilnehmeranschlussleitung für das ... und ... von ... nachgefragte Angebot - nämlich den hochbitratigen Internetzugängen - unbrauchbar zu machen und stelle daher zumindest im Sinne der technischen Nutzung eine Einschränkung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung dar. Es handele sich nicht nur um ein „Minus“ bei der Art des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung, sondern vielmehr um einen Ausschluss der Nutzung. Solange die DT AG, T-Com diese Technologie nutze bzw. weiter ausbaue, grenze sie nicht nur den Wettbewerb, sondern auch die hiervon betroffenen Endnutzer von der Teilnahme an diesem Zukunftsmarkt aus. Die DT AG, T-Com solle in solchen Fällen verpflichtet werden, eine adäquate technische Lösung zur Verfügung zu stellen, wenn ein Netzbetreiber den breitbandigen Teilnehmeranschluss zum Endkunden bei der Deutschen Telekom AG, T-Com nachfrage.

In den weiteren Ausführungen hebt HanseNet hervor, dass die Partei zu II. vorgetragen habe, dass aufgrund der weitreichenden und tiefgreifenden Regulierung den Wettbewerbern seit dem 01.01.1998 der flächendeckende, vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zur Verfügung stehe und dass weitere Entbündelungsformen wie der „Gemeinsame Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“, der „Zugang zur Endleitung“ sowie der „Zugang zum Kabelverzweiger“ zur Verfügung stünden.

Es sei anzumerken, dass der entbündelte Zugang in Deutschland nicht flächendeckend zur Verfügung stehe, sondern zum Teil durch gebündelte Zugänge bzw. durch OPAL/ISIS ersetzt sei/werde, welche wiederum nur einen eingeschränkten Zugang ermöglichen. Darüber

hinaus böten der „gemeinsame Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung“, der „Zugang zur Endleitung“ sowie der „Zugang zum Kabelverzweiger“ mit den derzeit vorliegenden Vertragskonditionen keine alternativen Zugänge, mit denen wettbewerbsfähige Produkte gegenüber Endnutzern angeboten werden könnten.

Am Beispiel des „Zugangs zum Kabelverzweiger“ könne die von der Partei zu II. vorgetragene Behauptung, für die Wettbewerber bestünden keine Barrieren für den Eintritt in den Markt für Telefonanschlüsse, widerlegt werden. Aus ökonomischen Gesichtspunkten biete der Zugang zum Kabelverzweiger nämlich keinen Ersatz für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in Form der Kolokation im Hauptverteiler.

Für die Erschließung von Kabelverzweigern sei ein weiter verzweigtes Backbone-Netz erforderlich, welches entsprechend höhere Kosten nach sich ziehe.

Die DT AG, T-Com schließe in ihren Verträgen einen Neuaufbau bzw. eine Erweiterung von Telekom-Kabelverzweigern für den Abschluss von Kabelverzweiger-Zuführungskabel der Wettbewerber aus. Hierdurch seien die Mengen der erreichbaren Endkunden stark eingeschränkt; insbesondere dann, wenn mehrere Wettbewerber den Zugang zum gleichen Kabelverzweiger bei der DT AG, T-Com nachfragten. Infolge dessen könne für einen Wettbewerber an den Kabelverzweiger keine ausreichende Anzahl von Endnutzern erreicht werden, um zusätzliche finanzielle Aufwendungen der Kabelverzweiger-Erschließung abzudecken.

Eine Stromversorgung im Kabelverzweiger für die technischen Einrichtungen der Wettbewerber sei durch die DT AG, T-Com vertraglich ausgeschlossen. Die zusätzlichen finanziellen Aufwendungen für die Erstellung einer netzbetreibereigenen Stromversorgung zur Versorgung der technischen Einrichtungen der Wettbewerber führe zu einer weiteren Verschlechterung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beim Zugang zum Kabelverzweiger und stelle daher aus ökonomischen Gesichtspunkten keine Alternative dar.

VI. Stellungnahme der htp GmbH

Die htp GmbH (im Folgenden: htp) legt dar, sie habe, wie viele andere regionale Telekommunikationsunternehmen, bei der Marktöffnung auf den Aufbau eigener Netze gesetzt und so einen entscheidenden Beitrag zur qualitativ hochwertigen Versorgung der Kunden und zur Förderung eines langfristig funktionierenden Infrastrukturwettbewerbs geleistet. Nur aus diesem Grund gebe es regional echte Alternativen zu den Angeboten des Marktbeherrschers.

Bei allen zukünftigen Regulierungsmaßnahmen sei daher zu bedenken, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber mit dem Ausbau der eigenen Telekommunikationsinfrastruktur bereits erhebliche Investitionen getätigt hätten. Sollten diese Investitionen gefährdet werden, würde auch der im Ansatz erkennbare, regionale Wettbewerb in Frage gestellt.

Die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs im Teilnehmeranschlussleitungsbereich werde seit Jahren durch die Kosten-Preis-Schere im Ortsnetzbereich behindert. Es sei daher ein tragbares konsistentes Entgeltgefüge festzulegen, dass unter Investitionsschutz-Gesichtspunkten eine sinnvolle Abstufung bereits getätigter Investitionen garantiere. Vorleistungsentgelte sollten so gestaffelt werden, dass jeder Anbieter auf der Basis seines Geschäftsmodells Endkundenprodukte langfristig und gewinnbringend anbieten könne. Die Aufgabe der Reg TP sei es, eine marktorientierte und wettbewerbsfördernde Politik zu betreiben. Beim Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung sei daher für faire Rahmen- und Wettbewerbsbedingungen zu sorgen. Ein Anbieter wie htp, der ..., müsse dies in Form deutlich niedriger Entgelte für die gemietete Teilnehmeranschlussleitung anerkannt bekommen.

Das wesentliche Hemmnis für den Wettbewerb sieht htp in den monatlichen Vorleistungsentgelten sowie den Einmalentgelten für die Teilnehmeranschlussleitung und für das Line

Sharing. Dies mache sich derzeit insbesondere bei der ... bemerkbar. Eine Absenkung dieser Entgelte für die Teilnehmeranschlussleitung sowie für Line Sharing würde zu einer wesentlich effektiveren Wettbewerbsförderung führen als derzeit die diskutierten zusätzlichen Zugangsvorleistungen (z. B. Bitstromzugang). Htp sieht in naher Zukunft keine neue Technik, die die Teilnehmeranschlussleitung substituieren könnte.

Im Ergebnis müsse also der regulative Schwerpunkt in der Ausgestaltung der Vorleistungen der Teilnehmeranschlussleitung des Line Sharing liegen. Dabei müsse insbesondere das Konsistenzgebot beachten werden, d.h. ein ausreichender Abstand zwischen den verschiedenen Vorleistungs- und Endkundenpreisen bestehen, so dass die einzelnen Wertschöpfungsstufen (Endkundenleistung, Resale, Bitstream Access, Line Sharing oder Teilnehmeranschlussleitung) abgebildet werden und weder kostenunterdeckende noch überhöhte Vorleistungspreise den Markt verzerren können.

Eine positive Entwicklung des Wettbewerbs könne in diesem Zusammenhang nicht in einer zeitlich langwierigen, vorsichtigen Anpassungsstrategie der Reg TP, sondern nur in einer deutlichen Absenkung der Entgelte für die letzte Meile liegen.

Htp nimmt zum Vorbringen der wichtigsten Marktteilnehmer Stellung. Hierzu sei anzumerken, dass im Vorfeld nur die Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen befragt worden seien, nicht jedoch die Nachfrager. Htp geht davon aus, dass in der Endfassung auch das Vorbringen der Nachfrager im Rahmen der (öffentlichen) Anhörung dargelegt werde.

Bezüglich des Vorbringens, es bestünden keine Marktzutrittsschranken oder Expansionshemmnisse, ist htp der Meinung, dass auf einem Markt, der durch nicht zu leicht duplizierbare Infrastruktur gekennzeichnet sei, erhebliche Marktzutrittsschranken bestünden. Dieses sei bei dem fraglichen Markt der Fall.

Alternative Technologien würden in absehbarer Zukunft insgesamt keine alternative, geschweige denn eine bedeutende Rolle spielen. Das gelte auch für die Produktplanung von ... als alternativem Teilnehmernetzbetreiber.

Dem Vorbringen, ein Beweis für das Nichtbestehen von Markteintrittsschranken oder Expansionshemmnissen, sei die Tatsache, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber derzeit mittlerweile 1,35 Mio. entbündelte Teilnehmeranschlussleitungen anmieteten (demgegenüber nur 300.000 in der restlichen EU), wird entgegen gehalten, dass zwischen den Märkten in den Mitgliedstaaten teilweise erhebliche regionale Unterschiede bestünden. Zudem dürfe die genannte Zahl nicht über die Tatsache hinweg täuschen, dass der prozentuale Anteil an Teilnehmeranschlussleitungen, die von alternativen Teilnehmernetzbetreibern gestellt werden, derzeit noch marginal sei.

Zu der Aussage eines Marktteilnehmers, die alternativen Teilnehmernetzbetreiber positionierten sich überwiegend in den profitablen Ballungsgebieten und in manchen Gebieten habe der Marktanteil bereits 20 % erreicht, was die Intensität des Wettbewerbs deutlich mache, merkt htp an, dass die Möglichkeiten der alternativen Wettbewerber regional stark eingegrenzt seien und sich auf Gebiete beschränkten, in denen eine schon vorhandene alternative Infrastruktur genutzt werden könne. Die Expansion der verschiedenen alternativen Teilnehmernetzbetreiber sei daher auch für die Zukunft nicht unbegrenzt.

Zu der Behauptung eines Marktteilnehmers, in Neubaugebieten würden mittlerweile eigene Teilnehmeranschlussleitungen durch alternative Teilnehmernetzbetreiber verlegt, merkt htp an, dass die umfangreichen und immensen Investitionen, die zum Ausbau einer Teilnehmeranschlussleitung erforderlich seien, ... eine hohe Marktzutrittsbarriere darstellten.

Bezüglich der von einem Marktteilnehmer aufgestellten These, höhere Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte könnten dazu führen, dass Investitionen in alternative beziehungsweise

innovative Infrastruktur (namentlich genannt: Breitband, WLL oder Powerline) wirtschaftlich würden, vertritt htp die Ansicht, dass es sich nicht mit den vorgegebenen Ziel der Regulierung vereinbaren lasse, die Marktzutrittschancen für die alternativen Teilnehmernetzbetreiber durch hohe Kosten für die Teilnehmeranschlussleitung zu behindern, um Investitionen so auf alternative Infrastrukturen zu lenken. Im Ergebnis werde ein schon bestehender Wettbewerb gefährdet und erhebliche Investitionen in Frage gestellt.

Nach Auffassung von htp erfasst der sachlich relevante Markt eindeutig auch den gebündelten Zugang zu Teilnehmeranschlussleitungen.

Der uneingeschränkte Zugang zu den Endkunden müsse im Vordergrund stehen. Hierbei sei die technische Art der Realisierung (herkömmliche Teilnehmeranschlussleitung bzw. gebündelter Zugang) unerheblich; insbesondere da der Einsatz von OPAL/ISIS-Netzen als gleichwertiger Ersatz für bisherige Kupfernetze erfolgt sei.

Bundesweit müssten alle Kundenzugänge gleichwertig als Gesamtmarkt betrachtet werden. Dieses sei nicht nur aus Sicht der Anbieter notwendig, sondern es müsse auch der Endkunde jederzeit die Möglichkeit des Anbieterwechsel besitzen.

Der wesentlich höhere Preis des Teilnehmerzugangs bei OPAL/ISIS-Netzen im Vergleich zu Kupfernetzen stelle eine erhebliche Marktzutrittsschranke dar. Der Preisunterschied sei nicht nachvollziehbar. Schließlich vermarkte die DT AG, T-Com ihre Endkundenprodukte unabhängig von der Art des Teilnehmerzugangs zu identischen Preisen. Aus diesem Grund sollten auch die Vorleistungsprodukte in allen Netzvarianten gleichwertig bewertet werden.

Htp sieht den Markt eindeutig als regulierungsbedürftig nach § 10 Abs. 2 TKG an.

Bei der Frage, ob auf dem Markt Wettbewerb bestehe, sei zu bedenken, dass nach dem Grundsatzurteil der europäischen Kommission (v. 13 Feb. 1979, Hoffmann-La Roche ./ Kommission) ein gewisser Wettbewerb die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nicht auszuschließen vermöge.

Der Marktanteil der DT AG, T-Com sei zweifellos überragend. Sowohl in Hinblick auf den Marktanteil nach Absätzen und Umsätzen; als auch bezüglich der Finanzkraft, der Marktzutrittschancen, der vertikalen Integration und des als gering einzustufenden tatsächlichen und potenziellen Wettbewerbs hat htp keine ernsthaften Zweifel an der Marktbeherrschung der DT AG, T-Com auf der Vorleistungs- und Endkundenebene in diesem Bereich.

Daran könne auch die Tatsache nichts ändern, dass einzelne alternative Teilnehmernetzbetreiber bereits in regional begrenzten Gebieten (in der Regel Ballungsräume), einen Marktanteil von bis zu 20 % erreicht hätten. Ein wirksamer Wettbewerb bestehe auf dem Markt jedenfalls nicht.

Ferner handele es sich bei der Teilnehmeranschlussleitung um eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, die durch hohe Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sei, da nach Ansicht von htp aufgrund derzeitiger technologischer Entwicklung keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in absehbarer Zeit alternative Zugänge erheblich an Bedeutung gewinnen werden. Die schon erwähnten umfangreichen Investitionen, die zum Ausbau einer Teilnehmeranschlussleitung erforderlich seien, stellten zudem eine hohe Marktzutrittsbarriere dar. Der Anteil an Teilnehmeranschlussleitungen, der von alternativen Teilnehmernetzbetreibern gestellt werde, sei trotz feststellbarer Zunahme immer noch verschwindend gering, als dass man wirklich von funktionierendem Wettbewerb bzw. Erfolgen in diesem Bereich sprechen könne. Gerade, wenn man den gesamten Marktanteil der Wettbewerber in diesem Bereich ansehe, werde diese Sorge deutlich.

VII. Stellungnahme der NEFkom Telekommunikation GmbH & Co. KG

Hinsichtlich der Methodik, der durchgeführten Marktabgrenzung und der Transparenz verweist die NEFkom Telekommunikation GmbH & Co. KG (im Folgenden: NEFkom) auf das der Reg TP zugeleitete Schreiben des BREKO-Verbandes.

NEFkom begrüßt es ausdrücklich, dass die DT AG, T-Com als marktbeherrschend in diesem Markt angesehen wird.

Hinsichtlich der Darlegung der Gründe möchte NEFkom noch einmal die ihrer Ansicht nach mangelnde Transparenz hervorheben, insbesondere was die entsprechenden Daten betrifft. Ihres Erachtens sei es weder nachvollziehbar noch erforderlich, entsprechende Daten nicht im Entwurf darzulegen. Im Rahmen eines Konsultationsverfahrens sei es NEFkom in dieser Form unmöglich, genauere Stellungnahmen zu den einzelnen Punkten abzugeben.

NEFkom geht auf das Vorbringen eines Marktteilnehmers ein, dass der Grund für den mangelnden Wettbewerb im Anschlussbereich durch niedrige Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte begründet sei. Dem sei entgegenzuhalten, dass insbesondere derzeit keine niedrigen Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte von der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation genehmigt seien, sondern im Gegenteil sehr hohe Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte für die DT AG, T-Com zu Ungunsten der Wettbewerber festgesetzt worden seien. NEFkom verweist insofern auf das umfangreiche Vorbringen des Verbandes in den einzelnen Entgeltgenehmigungsverfahren in den letzten Jahren. Höhere Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte würden auch nicht zu mehr Investitionen von Wettbewerbern in alternative Infrastruktur führen, sondern dazu, dass keinerlei Infrastruktur-Investition mehr getätigt werde, da dies wirtschaftlich nicht sinnvoll sei. Höhere Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte würden dazu führen, dass langfristig der Ex-Monopolist DT AG, T-Com wieder zu einem tatsächlichen Monopolisten in diesem Bereich werden würde. Darüber hinaus sei festzustellen, dass es volkswirtschaftlich unsinnig wäre, ein Alternativnetz neben dem bestehenden Kupfer- bzw. Anschlussnetz der Deutschen Telekom aufzubauen. Außerdem vertritt NEFkom die These, dass die Ausbreitungen von Investition bzw. Infrastruktur in ländliche Gebiete insbesondere dadurch behindert werde, dass sich eigene Investitionen gegenüber dem immer noch hohen Teilnehmeranschlussleistungs-Preis aufgrund der derzeitigen Vorleistungspreise bei der DT AG, T-Com nicht rechnen.

VIII. Stellungnahme der QSC AG

Die QSC AG (im Folgenden: QSC) geht in ihrer Stellungnahme auf die sachliche Marktabgrenzung, den räumlich relevanten Markt, die Regulierungsbedürftigkeit und die Marktbeherrschung ein.

Bezüglich der sachlichen Marktabgrenzung unterstützt QSC die Erkenntnisse der Reg TP hinsichtlich der Einbeziehung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung (Kupfer) sowie des gebündelten Anschlusses (ISIS/OPAL). Die genannten Alternativen stellten keine ausreichenden Substitute dar.

Nach Auffassung von QSC sind jedoch die entbündelten Glasfasern im Anschlussbereich mit in den Markt einzubeziehen. Hinsichtlich der bislang von der Regulierungsbehörde in Entscheidungen vertretenen Ansicht, entbündelte Glasfasern im Anschlussbereich seien im Rahmen des Vertrages über den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anzubieten, habe sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert. Es seien keine Argumente ersichtlich, weshalb die bisher gegebene Verpflichtung einfach durch Nichtberücksichtigung des Marktteiles nunmehr entfallen solle.

Die entbündelte Glasfaser im Anschlussbereich sei ebenso wie die entbündelte Kupferdoppelader ein notwendiges Vorprodukt. Sie diene nur zur Versorgung anderer Kundenbedürfnisse (v.a. Bandbreite).

Der räumlich relevante Markt sei – unter den aktuellen Rahmenbedingungen – im Entwurf korrekt abgegrenzt worden. Das Gebiet der Bundesrepublik sei derzeit der räumlich relevante Markt.

Die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes sei ohne Zweifel gegeben. Der im Entwurf enthaltene Analyse sei daher wenig hinzuzufügen, sofern es die entbündelte Kupferdoppelader und die gebündelten Varianten betreffe.

Die Einbeziehung der entbündelten Glasfaser im Anschlussbereich werde durch die strukturell gegebene Regulierungsbedürftigkeit dieses Teilmarktes unterstützt. Die von der in den übrigen Marktbestandteilen marktbeherrschenden DT AG, T-Com zu Monopolzeiten geschaffene Infrastruktur schließe ebenfalls Glasfaseranschlussleitungen sowie die von diesen Leistungen genutzte Infrastruktur (Kabelschächte, Masten, Gebäude etc.) ein. Zudem bestünden beträchtliche Markteintrittsschranken bei einem bundesweitem Angebot. In einzelnen Städten seien in einigen Gebieten zwar alternative Infrastrukturen geschaffen worden, diese seien jedoch wie bei der Kupferdoppelader nur punktuell vorhanden. Des Weiteren träfen die hinsichtlich der Kupferdoppelader zu Recht genannten Argumente auch auf die entbündelte Glasfaser zu.

Die Feststellung der Marktbeherrschung ist nach Auffassung von QSC korrekt vorgenommen worden. Das gefundene Ergebnis wird durch QSC unterstützt und treffe im übrigen auch auf die entbündelte Glasfaser im Anschlussbereich zu. Auch hier sei die DT AG, T-Com als marktbeherrschend anzusehen.

Ohne eine Einbeziehung der entbündelten Glasfaser in die Marktdefinition und Marktanalyse würden sich mangels weitergeführter Auflagen für deren Nutzer mangels Alternativen massive Verschlechterungen ergeben. Dies betreffe v.a., aber nicht ausschließlich die Bereitstellungs- und Überlassungsentgelte.

IX. Stellungnahme des SIZ – Informatikzentrum der Sparkassen-Organisation GmbH

Grundsätzlich wird die dargestellte Vorgehensweise für die Identifizierung von Kommunikationsnetzen und -diensten, die für die Vorabregulierung in Betracht kommen, vom Informatikzentrum der Sparkassen-Organisation GmbH (Im Folgenden: SIZ) begrüßt.

Jedoch werde die Herausnahme von reiner Glasfaserleitung aus der Regulierung beträchtliche negative Auswirkungen auf den Wettbewerb in ländlichen und Stadtrandregionen haben. Nach seinem Kenntnisstand seien alternative Carrier auf die Anmietung entbündelter Glasfasern vom marktbeherrschenden Unternehmen angewiesen, um konkurrenzfähige Angebote aus einer Hand unterbreiten zu können. Eine flächendeckende Erschließung mit Glasfaserleitungen sei oftmals nicht wirtschaftlich.

Auf Grund der ständig steigenden Bandbreitenanforderungen werde davon ausgegangen, dass die Anbindung über Glasfaser für mittlere und größere Unternehmensstandorte deutlich zunehmen werde.

Eine Herausnahme der reinen Glasfasern aus der Regulierung würde den Wettbewerb einschränken und zu deutlich höheren Mehrkosten für Unternehmen, ..., führen.

Ferner bestehe die Gefahr, dass das marktbeherrschende Unternehmen den Ausbau von Glasfaserleitungen zu Lasten der Pflege von Kupferanschlussleitungen forciere, da es in diesem Marktsegment keinen Wettbewerb befürchten müsse.

X. Stellungnahme des Telecom e. V.

Nach Ansicht des Telecom e. V. profitieren geschäftliche Anwender von Telekommunikationslösungen für ihr Kerngeschäft nur dann vom Wettbewerb in der Telekommunikation, wenn sie an ihren Unternehmensstandorten in der Fläche bis zum Teilnehmeranschluss zwischen alternativen Angeboten unterschiedlicher Anbieter auswählen können. Dies sei in den meisten Fällen nicht gegeben. Alternative Angebote über Teilnehmeranschlüsse gebe es nur an ausgewählten Bürostandorten in wenigen Ballungsgebieten.

Der Ausbau eines alternativen Teilnehmeranschlussnetzes neben dem bereits bestehenden Netz der DT AG, T-Com sei lt. Vorbringen der Parteien unwirtschaftlich. Auch dem Telecom e. V. sei eingängig, dass sich der Ausbau von alternativen Anschlußnetzen vermutlich erst ab einer bestimmten Quote von Marktanteilen (Anzahl versorgter Gebäude) rechnen werde. Derartige Marktanteile im Festnetz habe offensichtlich heute noch kein Anbieter erreicht, denn sonst würde er vermutlich mit dem flächigen Ausbau eines alternativen Teilnehmeranschlussnetzes an regionalen Schwerpunkten beginnen. Auch stelle sich für den Telecom e. V. die Frage, ob ein derartiger Ausbau volkswirtschaftlich überhaupt Sinn machen würde.

Um in einem möglichst weiten Umfang am Wettbewerb in der Telekommunikation teilhaben zu können, müsse im Bereich der Netzinfrastruktur auf einer möglichst niedrigen Wertschöpfungsebene der Vorleistung durch das marktbeherrschende Unternehmen eingestiegen werden können. Dies sei in Ermangelung alternativer Anschlussressourcen in nahezu allen Fällen der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der DT AG, T-Com.

Nach Meinung des Telecom e. V. ist es also wichtig, wer die Standorte von Unternehmenszentrale und Filialen, Tochterunternehmen und Produktionsstätten überhaupt mit einem Anschluss zur elektronischen Kommunikation versorgt. Dies sei nahezu immer die DT AG, T-Com. Für diese Anschlüsse der DT AG, T-Com kämen verschiedene Technologien zum Einsatz. Im Sinne einer technologieneutralen Regulierung dürfe es aber keine Rolle spielen, über welche Technologie ein Anschluss erfolge. Dies liege nicht in der Entscheidungsgewalt des Teilnehmers, sondern in der des (marktmächtigen, monopolartigen) Anschlussbetreibers und seiner verschiedenen Netzausbauaktivitäten.

Insofern dürfe es bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes keine Rolle spielen, ob der Kundenanschluss über Kupferdoppelader, über OPAL-Technik oder nur über Glasfaser erfolgt. Auch dürfe es keine Rolle spielen, ob ggf. Überträger oder, z.B. auf Grund schlechter Leitungsqualität, Zwischenregeneratoren erforderlich seien. Die Rede sei von einem richtigerweise festgestellten bundeseinheitlichen Markt, für den es aufgrund spezifischer historischer Entwicklungen oder aufgrund netztopologischer Besonderheiten unterschiedliche technische Ansätze gebe, die die DT AG, T-Com nach technischen und ökonomischen Überlegungen veranlasst hätten, bestimmte Lösungen zu implementieren.

Eine Differenzierung des sachlich relevanten Marktes bezüglich der eingesetzten Anslussttechnologien würde die Teilnehmer ortsabhängig bestrafen, wenn einzelne Anslussttechnologien der Regulierung unterworfen und damit dem Wettbewerb geöffnet, andere aber ausgenommen würden. Eine solche Vorgehensweise würde es den TK-Anwendern in diesen Regionen unmöglich machen, vom Wettbewerb in der Telekommunikation zu profitieren. Die Bedeutung der Diskussion um OPAL (und OPAL/ ISIS, was der Telecom e. V. unter dem Begriff OPAL subsummiert) werde klarer, wenn man sich die nicht veröffentlichten Zahlen vergegenwärtige: Es seien ... in Deutschland betroffen.

Eine derartige „Bestrafung“ der Teilnehmer/Verbraucher beklage der Telecom e. V. im Zusammenhang mit dem Ausbau von Anschlussbereichen oder Teilen davon mit OPAL bereits seit geraumer Zeit. Bedingt dadurch, dass die Entgelte für einen auf der niedrigstmöglichen Entbündelungsebene vorgeleisteten Teilnehmeranschluss bei OPAL erheblich über den Kupfer-Teilnehmeranschlussleitungs-Entgelten lägen, obwohl ein Wettbewerber dadurch keinen Mehrwert erziele, finde dort nahezu kein Wettbewerb statt. Die Entwicklung verlaufe sogar anders herum: der alternative Anbieter ... habe ... Kunden im ... wieder gekündigt, weil deren Anschluss über OPAL bei einer derartigen Entgeltstruktur auch langfristig nicht wirtschaftlich zu betreiben sei. Es finde also eine Remonopolisierung statt. Der Vorteil der Bündelung durch OPAL liege offensichtlich beim Anschlussnetzbetreiber DT AG, T-Com und müsse sich auch in geringeren Entgelten als für die Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung niederschlagen; das Umgekehrte sei aber der Fall.

Die Empfehlungen der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, so der Telecom e. V., seien Empfehlungen, keine zwingenden Vorschriften. Es sei Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörde, diese Märkte genauer zu beschreiben, insbesondere auch bezüglich ihrer sachlichen und räumlichen Abgrenzung. Insofern werde der Beschreibung im vorliegenden Entwurf zugestimmt. Es werde allerdings darüber hinausgegangen: Wesentlich gehe es in der Sache darum, Teilnehmeranschlüsse in einer monopolartigen/marktbeherrschenden Situation entbündelt anbieten zu müssen. Insofern müssten ggf. auch Fehler, die in der Empfehlung der Kommission zu den Märkten enthalten sein könnten, korrigiert werden, wie auch die Empfehlung der Kommission, welche nicht statisch sei, regelmäßig überprüft und angepasst werden solle.

Der Telecom e. V. stimmt den Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung, insbesondere auch zu OPAL und ISIS zu, nicht jedoch den Ausführungen zu den Glasfaseranschlüssen. Es sei nicht richtig, dass Glasfaseranschlüsse nur zusätzlich zu den Kupfer-Teilnehmeranschlussleitungen ausgebaut würden, sondern häufig auch die alleinige Anschlusstechnik des marktbeherrschenden Anschlussbetreibers insbesondere für größere Unternehmensstandorte und Büroliegenschaften (z.B. NTPM mit U_{G2}-Schnittstelle seit 1990) darstelle. Anfragen der Wettbewerber nach entbündelter Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung würden daher in derartigen Fällen regelmäßig abgewiesen. Das Ausgrenzen der Glasfaserleitungen aus dem Markt für entbündelt bereitzustellende Teilnehmeranschlüsse forciere, dass das den Teilnehmeranschlussmarkt beherrschende Unternehmen derartige Anschlüsse ausbaue und dort dann vor Wettbewerb geschützt sei. Eine solche Entwicklung werde dadurch begünstigt, dass nur der marktbeherrschende Betreiber aus seiner Zeit als Inhaber des Netzmonopols über die notwendigen Infrastrukturen (Trassenrechte, Leerrohre, Schächte etc.) verfüge, um einen recht einfachen „Kabeltausch“ vornehmen zu können. Dadurch würden alternative Anbieter von Vorleistungsprodukten ausgegrenzt und die Teilnehmer von Wettbewerbsoptionen ausgeschlossen. Das gehe nicht konform mit dem Grundprinzip einer technologieneutralen Regulierung.

Prinzipiell stelle sich für den Telecom e. V. die Frage, was dann in Zukunft mit den heute bereits entbündelt bereitgestellten Teilnehmeranschlussleitungen aus Glasfaser geschehe. Es würde ein neuer Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag mit den Wettbewerbern drohen, der keine entbündelten Glasfasern mehr enthielte. Regulierte Entgelte würden für die bestehenden und für neu angestrebte Vereinbarungen entfallen. Die Fasern würden entweder gekündigt oder zu einem erheblich höheren Entgelt bereitgestellt werden, so dass die davon betroffenen Endkunden-Verträge entweder angepasst oder gekündigt werden müssten. Ein Wettbewerb werde dann dort nur noch zu verzerrten Bedingungen stattfinden und langfristig eher unterbunden. Dies könne kein Szenario sein, dass im Sinne des TKG sei, nämlich den Wettbewerb zu fördern (§ 2 (2) Nr. 1 und 2). Der Telecom e. V. fragt, wer dann zusätzlich den bei den Wettbewerbern und bei den Endkunden entstehenden wirtschaftlichen Schaden ersetzen werde.

Dass alternative Anslusstechologien wie WLL, Powerline und aufgerüstete Kabelnetze aus der Marktempfehlung der Kommission ausgenommen seien, beruhe darauf, dass sie sich beim heutigen Stand der Technik (Bandbreite, Qualität, Nutzungsmöglichkeiten, ...) für alternative Anschlüsse von bestimmten Teilnehmern eignen, also unterstellt werde, dass sie nur parallel zu anderen Anslusstechologien bereitgestellt würden. Wenn sie allerdings das einzige Angebot für einen Teilnehmeranschluss eines marktbeherrschenden Unternehmens an einem Standort oder in einem räumlich abgegrenzten Gebiet seien, müssten sie im Sinne einer technologieutralen Regulierung und im Interesse der Teilnehmer und Verbraucher immer in den zu regulierenden Markt einbezogen werden. Insofern ist Markt 11 der Empfehlung nach Ansicht des Telecom e. V. falsch definiert.

Der Telecom e. V. weist darauf hin, dass es, anders als in der Konkretisierung im Entwurf der Reg TP, prinzipiell nicht nur um Kupferadern gehen könne. Der Hinweis auf Metalladern habe den Hintergrund, dass historisch auch andere Metalle als Kupfer für die klassischen Teilnehmeranschlussnetze verwendet worden seien, so dem Vernehmen nach auch Aluminium in der ehemaligen DDR. Auch diese Drähte seien entbündelt bereitzustellen. Der Telecom e. V. stimmt der Reg TP darin zu, dass es in den allermeisten Fällen Kupfer sei, aber auch die wenigen Ausnahmen dürften nicht aus der Regulierung ausgeklammert werden. Es dürfe nicht nach Kabeltypen oder Übertragungstechnologien unterschieden werden.

Grundsätzlich müsse der Markt des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung technologieunabhängig beschrieben werden. Es gehe dabei ausschließlich um die Situation eines monopolartigen Angebotes. Aus Sicht der betroffenen Teilnehmer gehe es ausschließlich um die alternative Nutzung eines monopolartigen Angebots des Netzzugangs auf der Basis von Anschlussstandards, die über regulierte Vorprodukte wettbewerbsfördernd und zu erschwinglichen Preisen von alternativen Anbietern auch in der Fläche verwendet werden könnten.

Die heute noch existierenden Wettbewerbsbehinderungen müssten daher abgebaut, keinesfalls neue aufgebaut werden. Der Telecom e. V. sieht folgenden Handlungsbedarf:

- Die DT AG, T-Com nutze für Teilnehmeranschlussleitungen mit schlechter Qualität oder über größere Kabellängen Zwischenregeneratoren, um eine stabile und fehlerfreie Verbindung sicherstellen zu können. Der Wettbewerb müsse auch Zugriff auf diese Leistung bekommen, sonst könnten räumlich weiter entfernt vom Hauptverteiler liegende Kunden (insb. in ländlichen Regionen) nicht erreicht werden.
- Die DT AG, T-Com nutze bei Aderengpässen im Anschlussbereich Überträger, um mehrere Anschlüsse über eine Doppelader führen zu können. Diese „gebündelte“ Leistung gehöre gleichfalls in das Spektrum der Pflichtangebote im Teilnehmeranschlussmarkt.
- Die Entgelte für Teilnehmeranschlussleitungen über OPAL-Technik müssten denen der vergleichbaren Leistung über Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung entsprechen, für einen analogen oder ISDN-Anschluss also dem Entgelt für das untere Frequenzband einer im Line-Sharing bereitgestellten Kupfer-Teilnehmeranschlussleitung. Alles andere verzerre den Wettbewerb und begünstige eine Preis-Kosten-Schere, die hier z.Z. immer noch massiv bestehe.
- Glasfaserkabel seien Bestandteil der Teilnehmeranschlusstechologien aus dem ehemaligen Netzmonopol der DT AG, T-Com und nutzten dessen Infrastrukturen. Sie gehörten damit unzweifelhaft zu den entbündelt bereitzustellenden Leistungen.

Auf Basis des heutigen Standes müsse es zu einer nachhaltigen Weiterentwicklung des Wettbewerbes kommen. Dies könne nur geschehen, wenn man das erreichte Niveau wettbewerblicher Entwicklung belastbar ausbauen könne. In diesem Sinn dürfe es zu keiner Situation kommen, bei der die bestehenden entbündelten Teilnehmeranschlüsse über Glasfaser aus regulatorischer Veranlassung wieder abgebaut werden müssten. Dies wäre nach

Meinung des Telecom e. V. auch im Hinblick auf die noch ausstehende Diskussion um den Markt für Breitbandzugang für Großkunden (u.a. Bitstream Access) das falsche Signal.

XI. Stellungnahme des VATM

Nach Ansicht des VATM bildet die Teilnehmeranschlussleitung für alternative Telekommunikationsanbieter nach wie vor technisch und wirtschaftlich eine wesentliche Grundlage, um Sprach- und Internetdienstleistungen an die Endkunden zu vermarkten. Dieser Wettbewerb auf der Ortsnetz- und Anschlussebene werde auf der Vorleistungsebene durch den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung realisiert. Er stelle damit eine wesentliche Vorleistung sowohl für Sprachtelefondienstleistungen als auch für breitbandige Internetdienstleistungen wie DSL dar. Die DT AG, T-Com nehme bei einem aktuellen Anteil von über 90% bei den vermarkteten DSL-Anschlüssen sowie einem Anteil im Ortsnetz von weit über 80% (Quelle: VATM-Marktanalyse 2003) eine marktbeherrschende Stellung ein. Diese signifikante Marktmacht liege nicht zuletzt an den durch die DT AG, T-Com vorgegebenen Bedingungen bei der Inanspruchnahme der Teilnehmeranschlussleitung. Der VATM begrüßt im Grundsatz den vorliegenden Entwurf der Reg TP zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung vom 11.08.2004 (Amtsblatt Reg TP 16/2004, Mitteilung Nr. 245/2004, S. 874 ff.). Die Reg TP sei bei ihrer Untersuchung zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, den definierten Markt aufgrund der marktbeherrschenden Stellung der DT AG, T-Com weiterhin als regulierungsbedürftig einzustufen.

Ungeachtet dieses Ergebnisses seien einige Punkte des Entwurfs jedoch kritisch zu betrachten. Sie bedürften gerade in Anbetracht der umfangreichen Analyse durch die Reg TP und der grundsätzlichen Bedeutung der erstmaligen Marktdefinition und Marktabgrenzung auf der Grundlage des neuen TKG einer Kommentierung: Keine Berücksichtigung bei der Marktanalyse finde die Nachfragerseite. Der VATM kritisiert zunächst die Methodik der Sachverhaltsermittlungen der Reg TP, die im Vorfeld des Entwurfs angestellt wurden. Die im November 2003 vorgenommenen formellen Auskunftersuchen richteten sich ausschließlich an Anbieter von Teilnehmeranschlussleitungen. Zwar sei zutreffend, dass nur diese bei Feststellung ihrer marktbeherrschenden Stellung unmittelbar von dem vorliegenden Entwurf betroffen sein könnten. Auch sei dieses Vorgehen vor dem Hintergrund begrenzter Ressourcen auf Seiten der Reg TP nachvollziehbar, werde jedoch dem Anspruch an eine möglichst umfassende Analyse des Marktes nicht gerecht. Die Frage, wie der Markt abgegrenzt werde und ob es auf diesem Markt marktbeherrschende Unternehmen gebe, sei nämlich ebenso für Nachfrager der Teilnehmeranschlussleitung von Bedeutung. Gerade zur Beurteilung der Auswirkungen auf Markteintrittsbarrieren, Expansionshemmnisse und Behinderungsstrategien sei die Befragung aller Marktparteien - also insbesondere auch der Nachfragerseite - unerlässlich. Eine frühzeitige Berücksichtigung ihrer Belange hätte der Reg TP die Möglichkeit eröffnet, die Angaben zumindest hinsichtlich Plausibilität und Konsistenz zu überprüfen. In Ermangelung dessen komme den Stellungnahmen der nachfragenden Unternehmen im Rahmen der hiesigen Konsultation eine erhebliche Rolle zu.

Angesichts der Beschränkung der Marktumfrage auf die Angebotsseite, nähmen die Ausführungen der DT AG, T-Com zwangsläufig den größten Raum ein, so dass eine inhaltliche Kommentierung im Rahmen der vorliegenden Konsultation nach Meinung des VATM zwingend geboten ist: Die Behauptung der DT AG, T-Com es existierten keine Barrieren für Wettbewerber, um in den Markt für Telefonanschlüsse einzutreten, entbehre jeglicher Grundlage. Wie der VATM und seine Mitgliedsunternehmen in zahlreichen Verfahren vor der Reg^oTP vorgetragen hätten, stellten insbesondere die hohen monatlichen und einmaligen Teilnehmeranschlussleistungs-Entgelte sowie die noch höheren einmaligen Line-Sharing-Entgelte eine erhebliche Markteintrittsbarriere dar. Auch würden sich die möglichen Migrationkosten von Line-Sharing-Anschlüssen zu Teilnehmeranschlussleistungs-Anschlüssen als erhebliches Hindernis für Markteintritte erweisen. Die seit Anfang diesen Jahres gegenüber der Beschlusskammer 3 dokumentierten Qualitätsprobleme bei der Bereitstellung und Ent-

störung der Teilnehmeranschlussleitung belegten im übrigen, dass eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung durch die DT AG, T-Com in diesem Segment vorliege.

Einer kritischen Kommentierung bedürfe darüber hinaus die Feststellung der DT AG, T-Com die im europäischen Vergleich hohe Zahl von 1,35 Mio. nachgefragten entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen belege die ungehinderte Entwicklung des Wettbewerbs in Deutschland. Die Zahl sei vielmehr ein regulatorisch bedingtes Ergebnis, das zudem auf die begrenzten Alternativen der Kundenerschließung in Deutschland zurückzuführen sei. Hätte die Reg TP in Deutschland alternative Formen des Wettbewerbs bereits zu Frühzeiten der Liberalisierung ermöglicht, entspräche die Zahl der entbündelten Teilnehmeranschlussleitungen heute dem europäischen Durchschnitt. Die Zahl sei damit historisch bedingt und mangels alternativer Wettbewerbsformen insoweit kein Indiz für ungehinderte Wettbewerbsentwicklungen. Vor allem müsse die Zahl der heute geschalteten Teilnehmeranschlussleitungen in Relation zu dem frühen Einführungszeitraum der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung in Deutschland gesehen werden. Länder wie Frankreich und Italien, die weitaus später mit solchen Modellen gestartet seien, holten ihren Rückstand derzeit in einem ungeheuren Tempo auf. Es sei davon auszugehen, dass diese Länder Deutschland in Kürze überholen würden. Bedingt durch die hohen Einmalentgelte bestehe darüber hinaus auch im Bereich Line-Sharing ein erhebliches Defizit in Deutschland.

Der VATM teilt die Auffassung der Reg TP zur sachlichen Marktabgrenzung, dass mit der Definition des Marktes 11 der EU-Empfehlung Teilnehmeranschlussleitungen im „herkömmlichen Sinne“ verstanden werden und andere Anschlussarten wie WLL, Powerline und Kabelfernnetze hiervon nicht erfasst seien. Kritisch seien jedoch die Ausführungen der Reg TP zu den reinen, entbündelten Glasfaseranschlüssen („dark fiber“) zu betrachten, die die Reg TP von dem untersuchten Markt ausschließe. Der VATM teilt diese Auffassung ausdrücklich nicht. Zwar sei richtig, dass die EU-Empfehlung den besagten Markt auf „Drahtleitungen“ („metallic loops“) beziehe. Gleichwohl rechtfertige diese Vorgabe nicht den zwingenden Ausschluss der entbündelten Glasfaser aus der vorliegenden Marktabgrenzung, da die europäischen Vorgaben nationale Besonderheiten zuließen:

So eröffne die EU-Kommission den nationalen Regulierungsbehörden explizit die Möglichkeit, von der Märkteempfehlung abzuweichen, um die exakten Grenzen zwischen bestimmten in der Empfehlung aufgeführten Märkten aufgrund nationaler Besonderheiten in der Netztopologie und Technologie hinreichend zu berücksichtigen (vgl. Empfehlung der EU-Kommission vom 11.02.2003, Rn. 19). Nach Auffassung des VATM ist eine Einbeziehung der entbündelten Glasfaser aufgrund nationaler Besonderheiten regulatorisch zwingend erforderlich. Ihr Ausschluss würde nämlich dazu führen, dass im Rahmen der Marktanalyseverfahren solche Vorleistungen, zu denen die DT AG, T-Com bislang Zugang gewähren musste, in Zukunft nicht mehr anzubieten seien und die DT AG, T-Com in diesem Bereich aus der Zugangsregulierung entlassen werde. Im Ergebnis könnte damit die DT AG, T-Com derartige Anschlüsse ausbauen und wäre in diesem Marktsegment mangels Regulierung vor Wettbewerb geschützt. Ein Ausschluss der entbündelten Glasfaser aus dem analysierten Markt könne weder der Intention des EU-Richtlinienpakets noch der Systematik des novellierten TKG entsprechen, die beide von einer stärker gesicherten Zugangsregulierung wesentlicher Vorleistungen ausgingen. Dies gelte umso mehr, als gerade jetzt aufgrund des steigenden Bandbreitenbedarfs das in Rede stehende Vorprodukt verstärkt in den Mittelpunkt des Geschäftsinteresses der Unternehmen gerate. Neben der Gesetzessystematik spreche darüber hinaus auch das Gesetzesziel des TKG, Infrastruktur-Wettbewerb zu fördern, gegen einen Ausschluss der entbündelten Glasfaser.

Inhaltlich gehe die Reg TP in ihrem Entwurf insoweit fehl, wenn sie annehme, dass Glasfaseranschlüsse in den betroffenen Gebieten nur zusätzlich zu Kupfer-Teilnehmeranschlussleitungen ausgebaut würden. Glasfaseranschlüsse seien vielmehr häufig die alleinige Anslusstechnik. Insbesondere in neuen Gewerbegebieten seien oftmals nur Glasfaserkabel bis in die Gebäude verlegt worden. Parallele Teilnehmeranschlussleitungen auf Kupferbasis

bestünden also keineswegs durchgehend, wie dies im Entwurf der Reg TP nahe gelegt werde.

Ebenso bestehe die Möglichkeit, dass Kupferkabel physisch zwar vorhanden, jedoch im Rahmen einer breitbandigen Anbindung über Glasfaserkabel stillgelegt worden seien. In der Praxis seien diese Kupferkabel nicht anzumieten, so dass die Anbindung des Kunden zwangsläufig nur über die Glasfaser erfolgen könne. Eine weitere Variante, die den Zugang zur entbündelten Glasfaser notwendig mache, bestehe dann, wenn parallel Kupferkabel zwar vorhanden, aber in ihrer Kapazität bereits erschöpft seien, also ein 100%iger Beschaltungsgrad vorliege.

Der VATM teilt nicht die Annahme der Reg TP, dass mit diesen Glasfaserkabeln auch ausschließlich eine Anbindung spezieller kostenintensiver Endgeräte erfolge. Neben Datenverbindungen würden ebenso Sprachverbindungen realisiert, die sich prinzipiell ebenso über Kupferleitung realisieren ließen.

In Anbetracht dieser technischen Gegebenheiten erscheine ein Ausschluss der entbündelten Glasfaser aus dem untersuchten Markt nicht sachgerecht. Eine Einbeziehung in den vorliegend abzugrenzenden Markt sei insoweit unter dem dargestellten Gesichtspunkt, nationale Besonderheiten entsprechend zu berücksichtigen, europarechtlich zulässig.

Dies würde im Übrigen zu vertragsrechtlicher Konsistenz führen, da im gegenwärtigen Teilnehmeranschlussleitungs-Vertrag die in Rede stehende entbündelte Glasfaser berücksichtigt sei. Sollte sich die Reg TP nicht im Stande sehen, den Zugang zur entbündelten Glasfaser-Teilnehmeranschlussleitung dem hier diskutierten Markt für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung zuzuordnen, so sei alternativ – und europarechtlich zulässig – ein eigener Markt für diese Anschlussvariante abzugrenzen. In diesem Markt wäre jedenfalls auch die marktbeherrschende Stellung der DT AG, T-Com festzustellen und der Zugang zu dieser speziellen Vorleistung zu gewähren.

Hinsichtlich der Identifikation der Regulierungsbedürftigkeit hätte der VATM es grundsätzlich begrüßt, wenn die Reg TP ihren Entwurf der Marktanalyse zeitgleich mit dem Maßnahmenentwurf veröffentlicht hätte. § 13 Abs. 1 Satz 3 TKG sehe diese Möglichkeit gleichrangig mit der zeitlich versetzten Durchführung vor: Im Zuge einer möglichst zeitnahen abschließenden Entscheidung und des damit verbundenen Rechtsschutzes wäre es daher zielführend gewesen, die Konsultation bezüglich der Marktanalyse mit dem Maßnahmenentwurf durchzuführen.

P. Anhang 5: Übersicht der Ergebnisse der Auswertung

(Anhang 5 enthält Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse)