

Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung

Von Professor Dr. iur. Christian Koenig LL.M., Prof. Dr. rer. pol. Ingo Vogelsang und Kay E. Winkler LL.M.*

Die nachfolgende Untersuchung erstreckt sich auf den in der Empfehlung der Kommission genannten Markt für die Anrufzustellung (Terminierung) in jedes einzelne Mobilfunknetz (Markt Nr. 16 des Anhangs der Empfehlung). Eine Marktabgrenzung nach der Empfehlung würde bedeuten, dass jedes einzelne Mobilfunknetz einen eigenen Markt für Mobilfunkterminierungen begründet („Ein Netz, ein Markt“). Bei der Marktdefinition ist vorliegend zu hinterfragen, ob dieser Marktabgrenzung abschließend zu folgen ist oder ob auch eine weitere Marktabgrenzung denkbar sein könnte. Im Rahmen der Marktanalyse, also der Prüfung der Marktbeherrschung, ist zu untersuchen, ob auf den abgegrenzten Märkten beträchtliche Marktmacht vorliegt und welche Kriterien zur Bestimmung derselben heranzuziehen sind. Darüber hinaus wird erörtert, unter welchen rechtlichen und ökonomischen Voraussetzungen die Auferlegung bestimmter Vorabverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gefolgert werden kann.

Inhaltsübersicht

A. Marktdefinition	2
I. Marktabgrenzungsmechanismen im EG-Kartellrecht	2
1. Mobilfunkterminierungen als Vorleistungsprodukt	3
2. Nachfragesubstitution	4
3. Angebotssubstitution	6
4. Die räumlich relevanten Märkte	9
5. Zwischenergebnis zu den kartellrechtlichen Marktabgrenzungsmechanismen.....	12
II. Regulierungsökonomische Bewertung der Marktdefinition	12
1. Merkmale des Hypothetischen Monopolistentests	13
2. Terminierung als One-Way-Access (unilateraler Markt)	14
3. Terminierung als Two-Way-Access (bilateraler Markt)	19
III. Ergebnis.....	22
B. Marktanalyse	22
I. Marktbeherrschungskriterien nach dem EG-Kartellrecht	23
1. Marktstruktur	23
2. Unternehmensstruktur	28
3. Marktverhalten.....	29
II. Ökonomische Analyse der ermittelten Märkte.....	31
1. Unternehmensstruktur	31
2. Vorliegen ausgleichender Nachfragemacht und deren Effekt auf die Marktmacht.....	32
3. Preisverhalten der Mobilfunkterminierungsanbieter	39

4. Neueste Entwicklungen bei den Terminierungsentgelten	47
5. Gesamtwürdigung der Marktpositionen	48
III. Ergebnis.....	49
C. Identifikation der Regulierungsbedürftigkeit	49
I. Vorliegen anhaltender Zugangshindernisse	50
II. Längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb	50
III. Allgemeines Wettbewerbsrecht als geeignetes Mittel	51
1. Maßstab für das Ausreichen allgemeinen Kartellrechts	51
2. Bisherige Anwendung allgemeinen Kartellrechts	52
3. Bewertung.....	53
IV. Ergebnis.....	53
D. Regulierungsoptionen	53
I. Auswirkungen der Marktbeherrschung	53
1. Überhöhte Preise.....	54
2. Ausweitung der Marktmacht auf andere Märkte durch Hebelwirkungen	56
3. Zwischenergebnis	57
II. Angemessenheit und Auswirkungen der Regulierungsmaßnahmen	58
1. Prinzipien zur Auswahl von Regulierungsmaßnahmen.....	58
2. Ökonomische Effekte und Wirksamkeit der möglichen Maßnahmen.....	59
3. Ergebnis	67
E. Wesentliche Ergebnisse.....	68

A. Marktdefinition

Für eine Regulierung von Telekommunikationsmärkten setzt § 10 TKG zunächst die Definition der zu regulierenden Märkte voraus. Mit dieser Regelung wird Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie umgesetzt. Demnach legt die Regulierungsbehörde die sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte fest, die für eine Regulierung in Betracht kommen.

I. Marktabgrenzungsmechanismen im EG-Kartellrecht

Für den zu untersuchenden Mobilfunkterminierungssektor muss zunächst der für die Regulierung relevante Markt abgegrenzt werden. Bei der Marktdefinition im Telekommunikationssektor sind die für das EG-Wettbewerbsrecht entwickelten Marktabgrenzungskriterien grundsätzlich heranzuziehen.¹ Dabei ist die spezifische Betrachtungsweise der Telekommunikati-

* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Prof. Dr. Ingo Vogelsang ist Professor am Department of Economics der Boston University; Kay E. Winkler LL.M. (Hull) hat in seiner Eigen-

onsregulierung zu beachten. So kann die nach Art. 15 Rahmenrichtlinie bzw. § 10 TKG zu erfolgende Marktdefinition zu einem anderen Ergebnis gelangen als eine nach allgemeinem Kartellrecht vorgenommene, obwohl die gleichen Marktabgrenzungskriterien angewandt werden.²

Ähnlich wie die Fusionskontrolle³ geht auch die Telekommunikationsregulierung von einer Ex-ante-Betrachtung des Sektors aus. In einer dynamischen, vorausschauenden Analyse der Marktbedingungen sind die künftigen Entwicklungen des Sektors bei der Marktdefinition daher zu berücksichtigen.⁴

1. Mobilfunkterminierungen als Vorleistungsprodukt

Nach dem EG-Kartellrecht können zumindest die Märkte für eigenständig gehandelte Vorleistungsprodukte von denen der auf den Endnutzermärkten angebotenen Derivate unterschieden werden.⁵ Bei der Marktabgrenzung im Telekommunikationssektor hat daher eine erste grobe Einteilung in eine dieser Kategorien zu erfolgen.⁶

In Deutschland herrscht das so genannte Calling-Party-Pays-Prinzip, wonach der Anrufer die Entgelte für die gesamte Verbindung einschließlich der Terminierung zum Angerufenen übernehmen muss. Der Anrufer fragt daher bei seinem Netzbetreiber die gesamte Verbindung nach. Geht diese über die Grenzen des Netzes hinweg und wird in einem anderen Netz terminiert, so fragt der Netzbetreiber seinerseits die Terminierung bei dem Netzbetreiber des Angerufenen nach. Diese Terminierung wird als ein Bestandteil des Endkundenproduktes an den Anrufenden verkauft. Damit stellt die Terminierung eine Vorleistung für die Gesprächsverbindung als Endkundenprodukt dar.

schaft als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZEI mitgewirkt. Das Manuskript wurde zum 30.11.2004 abgeschlossen. Die vorliegende Veröffentlichung stellt eine erheblich gekürzte Fassung eines aktualisierten Gutachtens für die RegTP dar. Insbesondere wurden Erörterungen zum Genion-Produkt von O2 wegen dessen Sonderstellung ausgelassen.

¹ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 4; Art. 15 Abs. 3 Satz 1 Rahmenrichtlinie: „Im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts“.

² Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 25.

³ S. dazu Verordnung Nr. 139/2004 des Rates v. 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EU 2004, L-24, 1, gültig ab 1.5.2004; diese Verordnung ersetzt die bisherige FKVO Nr. 4064/89.

⁴ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 27, 35, 37.

⁵ EuGH, 6.3.1974 – Rs. 6 und 7-73, Slg. 1974, 223, Rdnr. 22 – Commercial Solvents.

⁶ Kommission, Mitteilung, ABl. EG 1998, C-265, 2, Rdnr. 45; vgl. Kommission, Empfehlung, ABl. EU 2003, L-114, 45, Anhang; *Immenga*, MMR 2000, 196; *Möschel*, MMR-Beilage 1/2002, 28 (33).

2. Nachfragesubstitution

Für die Feststellung, welche Produkte und Leistungen miteinander in Konkurrenz stehen, kann zunächst darauf abgestellt werden, inwieweit diese Produkte und Leistungen gegeneinander aus Sicht ihrer Nachfrager austauschbar (substituierbar) sind.⁷ Zur Ermittlung der Nachfragesubstitution wird regelmäßig das so genannte Bedarfsmarktkonzept ins Feld geführt.⁸ Dieses Konzept zielt im Wesentlichen darauf ab, diejenigen Güter zu ermitteln, die zur Befriedigung eines bestimmten Bedarfs dienen.

a) Die Funktion der Mobilfunkterminierungen

Die Austauschbarkeit von Produkten wird vor allem durch ihre Eigenschaften und dem ihnen zugeordneten Verwendungszweck aus der Sicht der Nachfrager bestimmt. Ausschlaggebendes Kriterium ist neben den äußeren Merkmalen die Verwendbarkeit der Produkte für den jeweiligen Kundenkreis.⁹ Mittels der Terminierung eines Gespräches in einem Mobilfunknetz wird die angewählte Verbindung zu einem bestimmten Teilnehmer hergestellt. Aus dieser Funktion ergibt sich, dass die Terminierung zu einem bestimmten Teilnehmer nicht mit der Terminierung zu einem anderen Teilnehmer austauschbar ist.¹⁰ Der das Gespräch initiiierende Endkunde will nur mit dem einen, bestimmten Gesprächspartner Kontakt aufnehmen. Eine Verbindung zu einem anderen Teilnehmer kommt daher aus seiner Sicht nicht in Frage.

Das gleiche gilt im Prinzip auch für den Netzbetreiber, der die Terminierung bei einem anderen Netzbetreiber nachfragt.¹¹ Er wird von seinem Kunden beauftragt, die Verbindung zu dem Kunden des anderen Netzbetreibers herzustellen, und zwar über den von dem Kunden vorgegebenen Weg. Da der Telefonkunde über die Wahl der Telefonnummer das Netz bestimmt, in das sein Gespräch terminiert werden soll, bleibt dem Nachfrager, also dem Netzbetreiber des Telefonkunden, keine andere Möglichkeit, als diese Terminierung bei dem anderen Netzbetreiber nachzufragen.¹² Aus der Sicht des nachfragenden Netzbetreibers ist daher eine konkrete Verbindung nicht mit einer anderen austauschbar. Hinzu kommt, dass die Vorleistung „Terminierung“ und der Endnutzerdienst „Telefongespräch“ in einer festen eins-zu-eins Relation zueinander stehen („fixed proportions“). Dadurch ergibt sich eine direkte Relation zwischen dieser Endnutzernachfrage und der Vorleistungsnachfrage. Die isolierte Betrachtung

⁷ *Dirksen*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum Kartellrecht, Band 1, Aufl. 2001, Art. 82, Rdnr. 20; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Band I, Aufl. 1997, Art. 86, Rdnr. 43.

⁸ Kritisch zur Tauglichkeit des Bedarfsmarktkonzepts *Säcker*, ZWeR 2004, 1 ff.

⁹ Vgl. Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts, ABl. EG 1997, C-372, 5, Rdnr. 36; EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 28 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

¹⁰ *Kommission*, Begründung der Empfehlung, 32.

¹¹ *Kommission*, Begründung der Empfehlung, 32.

¹² Vgl. Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Fn. 69.

der funktionellen Bedeutung der Mobilfunkterminierung für die Nachfrager führt zunächst zu einem Markt, der mit der jeweiligen Verbindung zu einem konkreten Teilnehmer identisch ist.¹³

b) Aspekte der Entgelte bei Mobilfunkterminierungen

Bei der Marktabgrenzung nimmt der für ein Produkt verlangte Preis in der Rechtsanwendung eine zentrale Rolle ein.¹⁴ Daher sind die Umstände, nach denen die Entgelte für Mobilfunkterminierungen festgelegt werden, von entscheidender Bedeutung.

Die soeben erörterte Funktion der Terminierung, die Verbindung zu einem bestimmten Anschluss herzustellen, ist für den nachfragenden Netzbetreiber wirtschaftlich gesehen nämlich nicht von Bedeutung. Denn der Netzbetreiber, in dessen Netz das Gespräch initiiert wird, fragt nicht jede einzelne Terminierung in der Weise nach, wie es der technischen Herstellung der Verbindung entspricht. Vielmehr wird im Rahmen von Großhandelsbeziehungen zwischen den Netzbetreibern die Gesamtheit der anfallenden Terminierungen als Mengenbündel nachgefragt und angeboten.¹⁵ Daher lassen sich aus der Sicht der Nachfrager alle Terminierungen zu einem Produkt zusammenfassen, für die eine einheitliche Handelsbeziehung besteht.

Die Einheitlichkeit der Handelsbeziehung richtet sich überwiegend nach dem für die gegenseitig zu erbringenden Leistungen angesetzten Preis. Da für alle Terminierungen von einem Netz in ein anderes Netz das gleiche Entgelt verlangt wird, liegt es nahe, alle diese Terminierungen aus der Sicht der Nachfrager zu einem Produkt zusammenzufassen („common pricing constraint“).¹⁶ Entscheidender Anknüpfungspunkt ist nach der Funktion der Terminierung das Zielnetz, in dem die Terminierung vorgenommen wird. Die nachfragenden Netzbetreiber sehen alle Terminierungen in das Zielnetz als einheitlichen Vorgang an.

c) Zwischenergebnis

Damit gelangt die Prüfung der Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite aufgrund der gebündelten Nachfrage von Terminierungen zunächst zu dem vorläufigen Ergebnis, dass für jedes Zielnetz von Mobilfunkterminierungen ein eigener Markt vorliegt. Der Marktbegriff ist danach weiter als bei einer isolierten Betrachtung der Funktion von Mobilfunkterminierungen.

¹³ Vgl. *Beese/Müller*, RTkom 2001, 83 (85).

¹⁴ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts, ABl. EG 1997, C-372, 5, Rdnr. 15; *Rösler*, NZG 2000, 761 (763); vgl. *Beckmann*, Die Abgrenzung des relevanten Marktes im GWB, 1968, S. 145.

¹⁵ Zu Bündelprodukten für Endkunden vgl. Kommission, Entscheidung v. 13.10.1999 – Sache IV/M.1439, ABl. EG 2001, L-40, 1, Rdnr. 86 f – *Telia/Telenor*.

3. Angebotssubstitution

Zur Marktabgrenzung kann ferner das Kriterium der Angebotssubstitution (auch Angebotsumstellungsflexibilität oder Angebotselastizität) herangezogen werden, die zu einer breiteren Marktabgrenzung, wie einem Gesamtmarkt für die Terminierungen in allen Mobilfunknetzen, führen könnte. Danach ist zu prüfen, welche Anpassungsreaktionen der Anbieterseite bei einer geringen, aber signifikanten, dauerhaften Preiserhöhung erfolgen.¹⁷ Inwieweit die Anbieter als Reaktion auf eine geringe Preiserhöhung kurzfristig ihre Produktion auf das betreffende Produkt bzw. ein nahes Substitut ohne spürbare Zusatzkosten oder Risiken umstellen können, ist demnach bei der Abgrenzung des relevanten Marktes zu berücksichtigen.¹⁸

a) Zugriff auf SIM-Karten

Theoretisch gesehen könnte ein Mobilfunknetzbetreiber ein Gespräch an jeden Gesprächsempfänger übermitteln, der sich im Empfangsbereich seines Netzes aufhält. Ein Mobilfunkbetreiber könnte, statt die Terminierung bei einem anderen Netzbetreiber nachzufragen, selbst die Terminierung im eigenen Netz durchführen. Gleichsam könnte jedes Mobilfunknetz auch für die von Festnetzbetreibern nachgefragte Terminierung ein Substitut darstellen. Damit wäre der Markt nicht auf jedes einzelne Netz beschränkt, sondern auf alle Mobilfunknetze, die die Terminierung durchführen können, auszuweiten.

Allerdings besteht bislang keine technische Möglichkeit für alternative Betreiber, ein Gespräch unabhängig vom jeweiligen Teilnehmernetzbetreiber zuzuführen oder zu terminieren. Die Terminierung von Gesprächen in Mobilfunknetze durch alternative Anbieter könnte unter Umständen dann erfolgen, wenn die auf der SIM-Karte gespeicherten Informationen für alternative Anbieter zugänglich wären. Dies ist jedoch zum jetzigen Zeitpunkt nicht der Fall.¹⁹ Sowohl im Festnetzbereich als auch im Mobilfunksektor kann die Anrufzustellung nur durch denjenigen Betreiber erfolgen, an dessen Netz der Teilnehmer angeschlossen ist.

b) Alternative Funknetztechnologien

Auch Betreiber anderer Funknetztechnologien könnten möglicherweise die Terminierung zu Mobilfunktelefonen vornehmen und damit einen Wettbewerbsdruck auf den Terminierungs-

¹⁶ Zur Bedeutung von common pricing constraints vgl. Kommission, Stellungnahme v. 17.12.2003 – Sachen FI/2003/0028 u. 29, Ziff. III (1).

¹⁷ *Kantzenbach/Krüger*, WuW 1990, 472 ff.; *Plum/Schwarz-Schilling*, Marktabgrenzung im Telekommunikations- und Postsektor, 2000, S. 27; *Krüger*, K&R-Beilage 1/2003, 9 (12).

¹⁸ Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts, ABl. EG 1997, C-372, 5, Rdnr. 20; Kommission, Mitteilung, ABl. EG 1998, C-265, 2, Rdnr. 41.

¹⁹ S. auch IRG, Significant Market Power Working Group, Working Paper on Market definition for mobile termination, S. 6.

sektor ausüben.²⁰ In Frage kommen Anbieter von Wireless Local Area Networks (WLAN) oder deren aufkommende Weiterentwicklung Wimax.²¹ Diese Netze haben jedoch nur einen begrenzten Empfangsbereich und werden von der derzeitig verbreiteten Mobiltelefon-technologie noch nicht unterstützt.²² Zudem müsste eine Vielzahl von WLAN-Betreibern, die bislang vor allem Internet-Zugänge anbieten, Zusammenschaltungen mit den Telefonnetzbetreibern herstellen.²³ Daher ist diese Alternativtechnologie bislang nicht in einem Maße entwickelt, eine Austauschbarkeit herbeiführen zu können.

c) Virtuelle Netzwerkanbieter (MVNO)

In Frage für alternative Angebote von Terminierungen könnten auch Mobile Virtual Network Operators (MVNO) kommen.²⁴ Solche virtuellen Mobilfunkbetreiber bieten Endkunden Mobilfunkleistungen an, ohne ein eigenes Frequenzspektrum zu benutzen, indem sie teilweise auf das Netz bestehender Mobilfunknetzbetreiber zurückgreifen. Theoretisch können MVNO zwar in Deutschland tätig werden, derzeit sind jedoch keine MVNO etabliert.²⁵ Darüber hinaus müsste ein MVNO technisch in der Lage sein, einen eingehenden Anruf selbst zu terminieren und dabei das Netz für die Terminierung auszuwählen. Es ist allerdings nicht abzusehen, ob die Mobilfunknetzbetreiber Zusammenschaltungsvereinbarungen abschließen, die eine solche Möglichkeit zulassen würden.²⁶

d) GSM-Gateways

Eine weitere Alternative zu Terminierungen könnte sich zumindest für F2M-Verbindungen durch den Einsatz so genannter GSM-Gateways ergeben. Es ist technisch vorstellbar, dass etwa ein Festnetzbetreiber unter einer Mehrwertdienstnummer eine Verbindung direkt in ein Mobilfunknetz herstellt, indem er das Festnetzgespräch über ein GSM-Gateway als netzinternes Gespräch des betroffenen Mobilfunknetzes erscheinen lässt. GSM-Gateways (oder auch SIM-Boxen) sind Geräte, die an die Festnetzleitung angeschlossen werden und quasi mehrere Mobilfunktelefone in sich vereinen. Sie können mit mehreren SIM-Karten des Mobilfunk-

²⁰ OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Annex A, Rdnr. 91.

²¹ Wimax steht für Worldwide Interoperability for Microwave Access und wurde ursprünglich für kostengünstige Telefonanschlüsse in entlegenen Regionen entwickelt; seine Zukunft wird in der Konkurrenz zum UMTS-System gesehen, s. *Hohensee*, Wirtschaftswoche Nr. 12/2004, 122.

²² Vgl. OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Annex A, Rdnr. 91 f.

²³ Mobilfunknetzbetreiber betreiben aber zunehmend selbst WLAN-Angebote, vgl. *Jüngling/Fleischmann/Hug*, MMR 2004, 375 (378).

²⁴ OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Annex A, Rdnr. 94 ff.

²⁵ *Jüngling/Fleischmann/Hug*, MMR 2004, 375 (378 f.).

²⁶ OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Annex A, Rdnr. 95 ff.; bei MVNO-Verträgen geht es vor allem darum, Minutenpakete für ausgehende Gespräche zu verkaufen, *Alexiadis u.a.*, Squire Sanders Executive Report, 2002, 24.

netzbetreibers bestückt werden. Bei einem ausgehenden Anruf wählen die GSM-Gateways automatisch eine augenblicklich freie SIM-Karte aus und simulieren mittels dieser einen Mobiltelefonanruf. Diese GSM-Gateways sind für Unternehmen gedacht, die unternehmensintern häufig ihre Mitarbeiter im Außendienst erreichen müssen und teure F2M-Verbindungen umgehen wollen.

In Frankreich erfreuen sich GSM-Gateways bislang für das kommerzielle Angebot von F2M-Verbindungen größter Beliebtheit. Unter der Bezeichnung „Hérisson“ (Igel) werden GSM-Gateways zurzeit sowohl von den Mobilfunknetzbetreibern als auch von dritten Anbietern eingesetzt, um Unternehmen eine günstige Alternative zur F2M-Verbindung anzubieten.²⁷ Dabei können die Kunden über die Igel auch in andere Mobilfunknetze telefonieren. Dies lohnt sich für Mobilfunknetzbetreiber, weil sie derzeit aufgrund von Bill-and-Keep-Abkommen die Terminierungen, die bei solchen Off-Net-Verbindungen notwendig sind, nicht bezahlen müssen. Somit können Igel-Kunden von günstigeren Tarifen für F2M-Gespräche profitieren. Weil Bill-and-Keep-Abkommen demnächst wegfallen sollen, erwartet ART, dass die Igel-Lösung künftig nicht mehr angeboten und keine größere Rolle mehr spielen wird.²⁸

In Deutschland war das kommerzielle Angebot von GSM-Gateways Gegenstand eines Zivilverfahrens.²⁹ Ein Unternehmen hatte die Zustellung von Anrufen aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz unter Einsatz von GSM-Gateways und den für Endkundengeräte ausgegebenen SIM-Karten gewerblich angeboten, allerdings ohne eine gesonderte Vereinbarung mit dem Mobilfunknetzbetreiber zu treffen. Der Mobilfunknetzbetreiber deaktivierte daraufhin die SIM-Karten und kündigte die zugehörigen Endkundenverträge. Das Kammergericht ist der Auffassung, dass die Verwendung der Endkunden-SIM-Karten für das gewerbliche Angebot einer F2M-Verbindung einen vertragswidrigen Gebrauch darstelle. Ein Anspruch aus § 33 i.V.m. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB lehnte es daher im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ab.

Folglich ist aus rechtlichen Gründen derzeit davon auszugehen, dass ein kommerzielles Angebot einer Verbindungsherstellung mittels GSM-Gateways in Deutschland nicht verwirklichtbar ist. Auch die Regulierungsbehörde hat in einer Mitteilung darauf hingewiesen, dass der Einsatz von GSM-Gateways zur Realisierung von Zusammenschaltungen mit Mobilfunknetzen eine „nicht widmungsgemäße Nutzung von Mobilfunkfrequenzen“ darstelle.³⁰ Es muss daher für die vorliegende Marktdefinition und Marktanalyse nicht erörtert werden, ob solche Verbindungen technisch gesehen adäquate Substitute zu herkömmlichen F2M-Verbindungen begründen können.

²⁷ ART, Analyse des Marchés pertinents (consultation publique), 2004, 29 ff.

²⁸ ART, Analyse des Marchés pertinents (consultation publique), 2004, 31.

²⁹ KG, 15.1.2004 – 2 U 28/03 Kart, MMR 2004, 243 – GSM-Gateways.

e) Zwischenergebnis

Mithin besteht aus der Sicht der Netzbetreiber derzeit keine Möglichkeit, ein Substitut für die Terminierung im Netz eines anderen Betreibers anzubieten. Folglich kann sich im Mobilfunkterminierungssektor keine Anpassung der nach dem Bedarfsmarktkonzept festgestellten Marktabgrenzung aufgrund eines Einbezugs der Angebotssubstitution ergeben.³¹

4. Die räumlich relevanten Märkte

Im Anschluss an die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist der geografische Markt abzugrenzen. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich relevante Markt ein Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.³²

Zur Definition des räumlich relevanten Marktes untersucht die Kommission die Wettbewerbsbedingungen auf dem sachlich relevanten Markt und definiert danach einen geografischen Bereich, in dem das sachlich abgegrenzte Produkt angeboten wird.³³ Dabei legt sie häufig den Gemeinsamen Markt als räumlich relevanten Markt zugrunde, ohne auf die produktbezogenen, angebotsbezogenen und nachfragebezogenen Marktgrenzen näher einzugehen.³⁴ Die Kriterien der Nachfrage- und Angebotssubstitution werden auch bei der geografischen Marktabgrenzung zugrundegelegt.³⁵ Gemäß den Leitlinien kommen für die Märkte der elektronischen Kommunikation nicht nur lokale, regionale und nationale, sondern auch länderübergreifende Märkte (z. B. paneuropäische, europaweite oder globale Märkte) in Betracht.³⁶

a) Verbrauchergewohnheiten und Nachfragerpräferenzen

Nach den Leitlinien sollen die nationalen Regulierungsbehörden bei der räumlichen Marktabgrenzung für den Kommunikationssektor vor allem die Präferenzen der Verbraucher untersu-

³⁰ RegTP, Mitteilung Nr. 204/2004, ABl. RegTP 13/2004, 649.

³¹ S. dazu Kommission, Entscheidung v. 10.7.2002 – Sache IV/M.2803, ABl. EG 2002, C-201, 19, Rdnr. 30 f. – Telia/Sonera.

³² EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 44 – United Brands Company u.a./Kommission.

³³ Kommission, Entscheidung v. 17.12.1986 – Sache IV/31.340, ABl. EG 1987, L-41, 31, Rdnr. 19 – Mitchell Cotts/Sofitra.

³⁴ S. dazu auch die zahlreichen Nachweise bei *Bunte*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), Art. 81, Rdnr. 113.

³⁵ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 57.

³⁶ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 60; *Immenga*, MMR 2000, 196 (197); vgl. *Mayen*, MMR 2001, 496 (499).

chen.³⁷ Die Gewohnheiten der Nachfrager werden auch im allgemeinen EG-Kartellrecht zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes herangezogen.³⁸ Insbesondere haben sprachliche Barrieren oder die Präferenz von Nachfragern für bestimmte nationale Marken oftmals die Beschränkung des räumlichen Marktes auf ein Staatsgebiet zur Folge.³⁹

Eine räumliche Marktabgrenzung aufgrund dieser Gesichtspunkte kann theoretisch auch für Telekommunikationsleistungen in Frage kommen. Allerdings müssten die Leistungen der Netzbetreiber dazu generell austauschbar sein. Eine Präferenz der Verbraucher kann nur gegenüber austauschbaren Produkten oder Leistungen entstehen. Aus Nachfragersicht sind die verschiedenen Terminierungsleistungen der Netzbetreiber jedoch nicht austauschbar. Für den Sektor der Mobilfunkterminierungen stellen die Nachfragergewohnheiten daher kein brauchbares Marktabgrenzungskriterium dar.

b) Rechts- und Lizenzgebiete

Ferner könnten die räumlich relevanten Märkte deshalb zumindest auf nationale Gebiete als äußerste Grenze beschränkt werden, weil zum einen für jeden Mitgliedstaat unterschiedliche Rechtsvorschriften für ein Tätigwerden der Mobilfunknetzbetreiber gelten und zum anderen deren Lizenzen sich auf den nationalen Raum beschränken. Die Kommission bewertet diese beiden Kriterien als wesentlich für die räumliche Marktabgrenzung im Bereich der elektronischen Kommunikation.⁴⁰

Bezüglich unterschiedlicher rechtlicher Voraussetzungen, als Mobilfunkbetreiber tätig zu werden, kann für die Mitgliedstaaten derzeit noch keine abschließende Bewertung getroffen werden. In den meisten Mitgliedstaaten ist der neue EG-Rechtsrahmen noch nicht umgesetzt, sodass aus einer Ex-ante-Sicht die künftige Rechtssituation im europäischen Raum nicht beurteilt werden kann, obwohl eine stärkere Rechtsangleichung aufgrund der Vorgaben des Rechtsrahmens erwartet werden kann. Mit den Grenzen des Geltungsbereichs des TKG kann jedenfalls nicht argumentiert werden.⁴¹ Die rechtlichen Gegebenheiten könnten für den zu betrachtenden Sektor nämlich auch in anderen Ländern identisch sein.⁴²

³⁷ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 58; vgl. Kommission, Entscheidung v. 19.6.2000 – Sache IV/JV.46, Rdnr. 27 – Blackstone/CDPQ/Kabel NRW.

³⁸ Kommission, Entscheidung v. 29.7.1987 – Sache IV/32.279, ABl. EG 1987, L-286, 36, Rdnr. 18 – BBI/Boosey & Hawkes.

³⁹ Kommission, Entscheidung v. 10.9.1991 – Sache IV/M.110, Rdnr. 11 – ABC/Generale des Eaux/Canal+/W.H. Smith TV.

⁴⁰ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 59 f.

⁴¹ So jedoch RegTP, Mitteilung Nr. 90/2001, Eckpunkte, ABl. RegTP Nr. 4/2001, 555 (559); MMR-Beilage 7/2002, 19 (24); Stögmüller, CR 2001, 507 (509); Wendland, in: Büchner u.a, Beck'scher TKG-Kommentar, Aufl. 2000, vor § 33, Rdnr. 45.

⁴² Im Ergebnis gegen eine auf den Geltungsbereich des Gesetzes beschränkte Marktabgrenzung auch *Bunte*, MMR-Beilage 1/2002, 1 (6).

Was die Lizenzen angeht, so bestehen nach dem neuen Rechtsrahmen grundsätzlich keine Genehmigungspflichten für die Erbringung von Telekommunikationsleistungen fort.⁴³ Hinsichtlich des Mobilfunks ist die staatliche Verteilung der knappen Frequenzen allerdings weiterhin Voraussetzung für die Marktaktivität. Die Frequenznutzungsrechte werden auch künftig durch die nationalen Regulierungsbehörden zugewiesen.⁴⁴ Folglich besteht aufgrund der nationalen Frequenzvergabe ein Indiz für eine maximal nationale Ausdehnung der räumlich relevanten Märkte.⁴⁵

c) Homogene Wettbewerbsbedingungen in Netzbereichen

Schließlich kommt die Ausdehnung des jeweiligen Mobilfunknetzes als Grundlage für eine räumliche Marktabgrenzung in Frage.⁴⁶ Damit orientiert sich das Marktgebiet an der Penetration des jeweiligen Netzes. Innerhalb der nationalen Netze gelten jeweils die gleichen Wettbewerbsbedingungen. Da alle vier deutschen Mobilfunknetzbetreiber im ganzen nationalen Gebiet tätig sind, hat der geografische Markt für jedes dieser Netze zumindest eine deutschlandweite Ausdehnung. In anderen Mitgliedstaaten existieren auch kleinere Märkte, die auf eine nur regionale Ausdehnung der Netze zurückzuführen sind. So hat beispielsweise ART für mehrere regionale Netzbetreiber in französischen Überseegebieten die Märkte auf ihre Territorien begrenzt.⁴⁷

Hinsichtlich der Netzbetreiber, die in mehreren Mitgliedstaaten tätig sind, könnte der Terminierungsmarkt jedoch räumlich auch weiter abzugrenzen sein (dies betrifft insbesondere Vodafone).⁴⁸ Es ist daher zu überlegen, inwiefern für diese Netze europaweit die Wettbewerbsbedingungen gleich bzw. hinreichend homogen sind.⁴⁹ Ausschlaggebend hierfür ist der Geltungsbereich der einzelnen Terminierungspreise.⁵⁰ Sie spiegeln wider, in welchem Maße die nachfragenden Netzbetreiber bei der Bestimmung ihrer Preise für die Verbindungen in das

⁴³ Art. 3 Abs.2 Genehmigungsrichtlinie.

⁴⁴ Art. 9 Rahmenrichtlinie.

⁴⁵ Vgl. zu Lizenzgebieten Kommission, Entscheidung v. 19.6.2000 – Sache IV/JV.46, Rdnr. 30 – Blackstone/CDPQ/ Kabel NRW.

⁴⁶ Kommission, Entscheidung v. 15.1.1998 – Sache IV/M.1025, Rdnr. 17 – Mannesmann/Olivetti/Infostrada.

⁴⁷ ART, Analyse des Marchés pertinents (consultation publique), 2004, S. 42.

⁴⁸ *Garzaniti*, Telecommunications, Broadcasting and the Internet, 2003, Rdnr. 5-017 f., beobachtet eine graduelle Erweiterung der räumlichen Märkte in der Kommissionspraxis.

⁴⁹ Zum Kriterium der Homogenität der Wettbewerbsbedingungen s. EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 44 – United Brands Company u.a./Kommission; EuGH, 9.11.1982 – Rs. 322/81 Slg. 1983, 3461, Rdnr. 26 – Michelin/Kommission; EuGH, 5.10.1988 – Rs. 247/86, Slg. 1988, 5987, Rdnr. 15 – Alsatel/Novasam; Kommission, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts, ABl. EG 1997, C-372, 5, Rdnr. 8.

⁵⁰ Zur Relevanz von Preisunterschieden s. Kommission, Entscheidung v. 17.7.1996 – Sache IV/35.337, ABl. EG 1996, L-239, 23, Rdnr. 12 ff. – ATLAS.

Zielnetz eingeschränkt sind.⁵¹ Für den Mobilfunkterminierungssektor werden durchweg die Tarife für internationale Verbindungen und diejenigen für nationale unterschieden. Die vereinbarten Entgelte differieren dabei erheblich.⁵² Ein- und ausgehende internationale Verbindungen werden dabei unter dem Gesichtspunkt des internationalen Roamings streng von den nationalen Netzverbindungen getrennt, unabhängig von der Frage, ob ein Netzbetreiber in mehreren Mitgliedstaaten tätig ist.⁵³ Folglich sind die räumlich relevanten Märkte zumindest aufgrund der bisherigen Überlegungen mit dem deutschen Gebiet gleichzusetzen.

5. Zwischenergebnis zu den kartellrechtlichen Marktabgrenzungsmechanismen

Nach den Marktabgrenzungsmechanismen des EG-Kartellrechts sind die sachlich und räumlich relevanten Märkte für den Mobilfunkterminierungssektor mit den jeweiligen Netzen der nationalen Mobilfunkbetreiber gleichzusetzen. In Deutschland bestünden demnach zunächst vier relevante Märkte, nämlich die nationalen Netze von T-Mobile, Vodafone, O2 sowie E-Plus. Dieses Ergebnis stimmt mit der Marktdefinition der Empfehlung überein. Es bleibt zu prüfen, ob aus regulierungsökonomischer Perspektive diese Marktabgrenzung tatsächlich insbesondere unter Zugrundelegung des Hypothetischen Monopolistentests aufrechterhalten werden kann.

II. Regulierungsökonomische Bewertung der Marktdefinition

In der bisherigen Abhandlung aus juristischer Sicht konnten bereits viele ökonomische Aspekte der Marktdefinition behandelt werden. In der nun folgenden ökonomischen Darstellung geht es darum, einige besonders wichtige Aspekte zu vertiefen und dabei auch Fragestellungen anzusprechen, die juristisch noch nicht geklärt sind, weil die Eigenarten der Mobilfunkterminierungsmärkte verhältnismäßig ungewöhnlich sind und auch die Bestimmungen des neuen EG-Rechtsrahmens rechtlich noch nicht vollständig ausgeleuchtet worden sind. In solch einem Fall liefert erst die ökonomische Analyse die Grundlage für eine Interpretation, die den Besonderheiten des zu untersuchenden Marktsektors entspricht.

⁵¹ Vgl. zu common pricing constraints Kommission, Stellungnahme v. 17.12.2003 – Sachen FI/2003/0028 u. 29., Ziff. III (1).

⁵² Zusammenschaltungsvereinbarungen sind ebenfalls für die räumliche Marktabgrenzung relevant, Kommission, Entscheidung v. 24.4.1995 – Sache IV/M.570, Rdnr. 35 – TBT/BT/Tele Danmark/Telenor.

⁵³ Vgl. Kommission, Entscheidung v. 13.10.1999 – Sache IV/M.1439, ABl. EG 2001, L-40, 1, Rdnr. 124 – Telia/Telenor; Kommission, Entscheidung v. 21.5.1999 – Sache IV/M.1430, Rdnr. 13-17 – Vodafone/Airtouch; Kommission, Entscheidung v. 21.5.1999 – Sache IV/JV.17, ABl. EG 2000, 4, Rdnr. 15 – Manesmann/Bell Atlantic/OPI.

1. Merkmale des Hypothetischen Monopolistentests

Der Ausgangspunkt für eine umfassende ökonomische Marktdefinition ist der Hypothetische Monopolistentest, der im Allgemeinen von Ökonomen aus drei Gründen präferiert wird. Zum Ersten ist der Test grundsätzlich falsifizierbar, indem er quantifizierbare Beobachtungen beschreibt, nach denen festgestellt werden kann, ob der Test erfüllt ist. Zum Zweiten gibt er Maßstäbe an, nach denen im Prinzip eine graduelle Erfüllung der anderen Tests bewertet werden kann. Damit erlaubt er beispielsweise Antworten auf die Frage, wie stark und wie verbreitet ein Bedarf sein muss, damit er eine Erweiterung der Marktdefinition rechtfertigt. Zum Dritten erlaubt er grundsätzlich eine Aggregation der Ergebnisse der anderen Einzeltests. Nachfragesubstitution, Angebotsverhalten usw. können alle unter dem Gesichtspunkt des Hypothetischen Monopolistentests betrachtet werden, nämlich unter der Fragestellung, ob in dem durch das jeweilige Verfahren bestimmten Markt ein hypothetischer Monopolist Marktmacht ausüben könnte.

Für die Erfüllung des Hypothetischen Monopolistentests muss der Gewinn ansteigen, wenn der Monopolist seinen Preis nicht nur vorübergehend um einen signifikanten Betrag gegenüber dem Wettbewerbspreis erhöht. Dabei wird meist von einer Anhebung um 5 % bzw. 10 % ausgegangen. Die danach erreichte Preis-Kosten-Marge (PKM) beträgt 0,05 (0,1). Die gewinnmaximierende PKM eines Monopolisten ist umgekehrt proportional zur Elastizität seiner Nachfrage und die Elastizität nimmt im Allgemeinen mit steigendem Preis zu. Die Aussage, der Hypothetische Monopolistentest sei erfüllt, ist damit annähernd gleichbedeutend mit der Aussage, die Elastizität übersteige bei dem erhöhten Preis den Wert $1:0,05 = 20$ (oder $1:0,1 = 10$) nicht. Ist die gefundene Elastizität größer als 20 (10), so ist der relevante Markt größer. Liegt die Elastizität unter 20 (10), so ist bereits eine maximale Marktgröße gefunden. Spielen in dem betreffenden Markt Fixkosten und Größenvorteile eine Rolle, so sind die für die Erfüllung des Hypothetischen Monopolistentests relevanten Elastizitäten niedriger, da dann der relevante Wettbewerbspreis bereits eine positive PKM aufweist.

Bei Bestimmung der Elastizität ist zu beachten, dass ein hypothetischer Markt zugrundegelegt wird, der nur in Ausnahmefällen mit einem Markt übereinstimmt, für den routinemäßig Elastizitäten berechnet werden. Insbesondere sind deshalb (a) Substitutionsbeziehungen mit verwandten bei der in Frage stehenden Marktdefinition ausgeschlossenen Produkten sowie (b) das Angebot von Unternehmen, die außerhalb des so definierten Marktes tätig sind, bei Berechnung der Nachfrageelastizität zu berücksichtigen.⁵⁴ Bei einem Mangel an quantitativen Daten muss auf die überkommenen Konstrukte des Bedarfsmarktkonzeptes, der Nachfrage-

⁵⁴ S. auch *Gual*, Market Definition in The Telecoms Industry, 2003, S. 10 f. Dies qualifiziert die Aussage, nach der für den Hypothetischen Monopolistentest nur die direkte Preiselastizität relevant ist.

substitution und der Angebotssubstitution, und zwar am besten in Kombination, zurückgegriffen werden.⁵⁵

2. Terminierung als One-Way-Access (unilateraler Markt)

Zunächst wird die Marktabgrenzung unter Zugrundelegung einseitiger Handelsbeziehungen geprüft (One-Way-Access). Später wird die Gegenseitigkeit der Beziehungen unter den terminierenden Netzbetreiber bei der Untersuchung berücksichtigt (bilaterale Austauschbeziehungen). Die folgende Betrachtung der unilateralen Beziehungen geht zunächst von den Nachfragereaktionen der Anrufer und den Nachfragereaktionen der Angerufenen aus. Abschließend wird der Effekt einer Kombination beider Nachfragereaktionen erörtert.

a) Nachfragereaktion der Anrufer

Die Nachfrage eines Netzbetreibers nach Mobilfunkterminierungen ist eine so genannte "abgeleitete" Nachfrage, da sie als Nachfrage nach einem Vorleistungsprodukt von der Nachfrage nach dem damit erstellten Endprodukt abgeleitet wird. Es geht also um eine Nachfragebestimmung auf zwei Stufen. Auf der ersten Stufe üben Endnutzer Nachfrage nach einem Endprodukt „Gespräch“ auf einen Netzbetreiber aus, der dieses Endprodukt bei netzüberschreitenden Gesprächen unter anderem mithilfe von Mobilfunkterminierungen in einem anderen Netz erstellt. Auf der zweiten Stufe wird folglich die Endnutzernachfrage nach „Gesprächen“ in eine Vorleistungsnachfrage „übersetzt“.

(i) Nachfrageelastizität auf der Endnutzerstufe

Im Falle von Mobilfunkterminierungen ist das relevante Endprodukt das Mobilfunkgespräch. Gespräche haben die Eigenschaft, dass sie zumindest zwei Beteiligte haben, und zwar den Anrufer und den Anrufempfänger. Die herkömmliche Telekommunikationsliteratur konzentriert sich dabei auf den Anrufer als die aktive Partei und (im Falle von CPP) auch den Zahler. Diese Sichtweise wird aber in jüngster Zeit einer Revision unterzogen, da ja die angerufene Partei die Anrufe jederzeit beenden kann und da auch eine andere Verteilung der Zahlung denkbar ist.⁵⁶ Dennoch spielt die Zahlereigenschaft eine überwältigende Rolle bei der Bestimmung der kaufkräftigen Nachfrage nach Mobilfunkgesprächen. Über die Nachfrage der Anrufer (insbesondere aus dem Festnetz) liegen quantitative Daten vor, kaum aber über die Nachfrage der Anrufempfänger.

⁵⁵ Vgl. Kommission, Leitlinien, ABI. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 41.

⁵⁶ Jeon/Laffont/Tirole, RAND Journal of Economics 35(1) 2004, 85 ff.; Hermalin/Katz, Network Interconnection with Two-Sided User Benefits, 2001.

Da ferner die Austauschbarkeit eines Anrufs durch einen Anruf in ein anderes Netz oder einen Anruf anderer Art kaum gegeben ist, liegt die Elastizität bei den Anrufern für jeden Anruf in ein Mobilfunknetz im Durchschnitt unter eins und damit wesentlich unterhalb der relevanten Grenzwerte für den Hypothetischen Monopolistentest. Das heißt, nach dieser Analyse wäre der Hypothetische Monopolistentest erfüllt, wenn nur die Endnachfrage im Markt für Anrufe in ein Mobilfunknetz für die Marktabgrenzung maßgeblich wäre. Damit wäre der relevante Markt nicht größer als der Umfang der Anrufe in ein Mobilfunknetz.

(ii) Übersetzung der Nachfrageelastizität auf Vorleistungsstufe

Fraglich ist, ob diese Elastizität beibehalten wird, wenn die Vorleistungsstufe in die Betrachtung einbezogen wird. Es kommt also auf die Übersetzung der Endnutzernachfrage in die Nachfrage des Netzbetreibers nach Terminierung an. Diese Übersetzung ist im Fall von Mobilfunkterminierungen relativ einfach, weil zwischen Terminierungen und Gesprächen gegenseitig eine Eins-zu-eins-Relation besteht und sich deshalb jede Preiserhöhung der Terminierung in eine gleich hohe Stückkostenerhöhung für Anrufe umsetzt. Es kommt nur noch darauf an, inwieweit der die Terminierung nachfragende Netzbetreiber diese Kostenerhöhung im Wettbewerb auf seine Nachfrager abwälzt. Bei voller Abwälzung der Kostenerhöhung auf die Endnutzer ist die abgeleitete Nachfrageelastizität proportional zur ursprünglichen Elastizität im Endnutzermarkt. Dabei ist der Proportionalitätsfaktor der Anteil des Terminierungsentgelts am Endnutzerpreis. Die relevante Elastizität der Terminierungsnachfrage ist folglich niedriger als die der Endnutzernachfrage. Dieser Effekt wird noch verstärkt, wenn keine vollständige Abwälzung der Terminierungsentgelte auf die Endnutzer vorgenommen wird. Bei diesen Aussagen wird wegen der empirisch gemessenen Nachfrageelastizität keine Kenntnis der Terminierungsentgelte seitens der Anrufer vorausgesetzt. Relevant sind nur die Effekte von Veränderungen der Anruferpreise unter realistischen Annahmen über deren Bekanntheit bei den Anrufern. Wird also durch statistische Schätzung festgestellt, dass die Endnutzernachfrage nach Gesprächen in ein Mobilfunknetz unelastisch ist (Nachfrageelastizität < 1), so kann dies daran liegen, dass tatsächlich der durchschnittliche Nachfrager bei voller Kenntnis einer Preiserhöhung mit einer geringen Mengeneinschränkung reagiert, oder aber daran, dass vielen Nachfragern die Preiserhöhung gar nicht bewusst ist, während die anderen empfindlich darauf reagieren.

(iii) Einfluss eines Anbieterwechsels auf Vorleistungsnachfrage

Die Anrufer können wegen der aufgrund einer Erhöhung der Terminierungsentgelte gestiegenen Nutzungspreise ihre Anrufsmenge gemäß ihrer Nachfrageelastizität verringern oder auf einen anderen Anbieter wechseln, der niedrigere Anrufentgelte verlangt (und nicht sonst schlechtere Bedingungen anbietet). Von diesen beiden Möglichkeiten hat nur die erste einen direkten Einfluss auf die Nachfrage nach Mobilfunkterminierung, da bei der zweiten die Nachfrage nach Terminierung in das betreffende Mobilfunknetz weiterbesteht und nur von

einem anderen zuführenden Netzbetreiber geltend gemacht wird. Wenn also ein Netzbetreiber A einen in das Netz von Mobilfunknetzbetreiber B gehenden Anruf an den konkurrierenden Netzbetreiber A' verliert, so bleibt diese Terminierungsnachfrage dennoch dem terminierenden Netzbetreiber B erhalten, solange der Anrufempfänger Kunde von B bleibt. Insofern braucht B dem Verhandlungsdruck von A wegen dessen Konkurrenz von A' nicht stattzugeben.⁵⁷

Relevant für die Nachfrage des terminierenden Mobilfunkanbieters sollte deshalb die Marktnachfrage nach eingehenden Gesprächen in sein Netz sein, da er einheitlich allen Mobilfunk- und Festnetzanbietern in ihrer Rolle als Terminierungsnachfrager gegenübersteht. Es gibt also keine Substitutionsmöglichkeit auf der Vorleistungsseite, was die Vorleistungsnachfrage unelastischer als die Endnutzernachfrage macht. Von einem Anbieterwechsel könnte nur insofern ein Einfluss auf die Terminierungsentgelte ausgehen, als dadurch die Anreize der Terminierungsnachfrager erhöht werden, Marktgegenmacht zu nutzen, um die Terminierungsentgelte zu senken.

Der Hypothetische Monopolistentest ist also angesichts der niedrigen Elastizität der Mobilfunkterminierungsnachfrage in jedes einzelne Mobilfunknetz leicht erfüllt, wenn man nur die Reaktionen der Anrufer auf eine isolierte Erhöhung der Terminierungsentgelte in ein Mobilfunknetz betrachtet.

b) Nachfragereaktion der Anrufempfänger

Nunmehr ist zu erörtern, wie im Vergleich die Reaktion der Anrufempfänger aussieht und inwieweit sie für die Marktabgrenzung relevant ist. Anrufer und Empfänger haben unterschiedliche Möglichkeiten und Anreize, auf erhöhte Anrufentgelte zu reagieren. Im Gegensatz zu den Anrufern, die soeben betrachtet wurden, ist es für die Anrufempfänger relativ wenig reizvoll und kaum realisierbar, den Umfang der eingehenden Gespräche zu senken.⁵⁸ Ihre Reaktion würde sich vielmehr darin zeigen, dass sie ihre Abonentennachfrage nach Mobilfunkanschlüssen senken oder zu einem Mobilfunknetzbetreiber mit niedrigeren Terminierungsentgelten (bei sonst gleichen Bedingungen) wechseln. Diese Substitution kann sehr viel wirkungsvoller sein als die der Anrufer.

Die fiktive Elastizität der Marktnachfrage der Gesprächsempfänger nach Mobilfunkabonnements bezüglich der Terminierungsentgelte liegt weit unter eins. Inwieweit nun die Reaktion

⁵⁷ Die einzige Ausnahme bestünde, wenn es A gelänge, B als Netzbetreiber des Anrufempfängers zu ersetzen. Damit würde die Terminierung in das Netz von B durch einen On-Net-Anruf von A ersetzt.

⁵⁸ Soweit die von Knieps festgestellte Substitutionsbeziehung zwischen ankommenden und ausgehenden Gesprächen gilt, kann daraus sogar eine Erhöhung der ausgehenden Gespräche des Anrufempfängers folgen, wenn die ankommenden Gespräche ausbleiben. Vgl. *Knieps*, Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt, Diskussionsbeiträge, 1999, S 11 ff.

der Anrufempfänger zu einer Erfüllung des Hypothetischen Monopolistentests für ein einzelnes Mobilfunknetz führt, hängt jedoch von der firmenspezifischen Nachfrageelastizität und damit von dem Zusammenspiel von Markt- und Wettbewerbselastizität ab. Bei wenig intensivem Wettbewerb wird eine niedrige Marktnachfrageelastizität in eine niedrige unternehmensspezifische Elastizität übersetzt, wobei eine Multiplikation der Markt- mit der unternehmensspezifischen Elastizität annähernd richtig ist. So führt beispielsweise eine Marktnachfrageelastizität von 1 und ein Marktanteil von 40 % zu einer firmenspezifischen Elastizität von $1 : 0,4 = 2,5$. Bei intensivem Wettbewerb kann aber die unternehmensspezifische Elastizität sehr stark ansteigen.

Im Mobilfunkmarkt ist jedoch kaum damit zu rechnen, dass sich die niedrige Markt- in eine hohe firmenspezifische Nachfrageelastizität verwandeln würde, da der Preis eingehender Gespräche nur einer von mehreren Wettbewerbsparametern ist und überdies mit den anderen Wettbewerbsparametern interagiert, sodass eine Senkung der Terminierungsentgelte mit einer Erhöhung anderer Preise, z. B. für das monatliche Abonnement, zumindest teilweise kompensiert wird. Dies gleicht auch teilweise den Umstand aus, dass ein Kundenverlust für Mobilfunknetzbetreiber schmerzlicher ist als nur der Verlust von Terminierungen. Gespräche innerhalb geschlossener Nutzergruppen, für die der Wechselanreiz am größten wäre, machen überdies nur einen Teil aller Gespräche aus. Folglich besteht eine Kombination der Marktreaktionen geschlossener Nutzergruppen und einzelner Anrufer.

Für eine Marktreaktion auf eine Veränderung der Terminierungsentgelte müssen die Anrufempfänger diese nicht kennen, sondern lediglich die Verringerung eingehender Gespräche registrieren. Im Gegensatz dazu setzt ein rationaler Anbieterwechsel zu einem Konkurrenten des terminierenden Netzbetreibers voraus, dass ein Anrufempfänger genügend informiert ist, um den Zusammenhang zwischen eingehenden Anrufen und Terminierungsentgelten herzustellen. Dies ist am ehesten für geschlossene Nutzergruppen zu erwarten und senkt im Allgemeinen die firmenspezifische Nachfrageelastizität.

In geschlossenen Nutzergruppen kann auch von der Reziprozität der Nutzerbeziehungen ein Druck auf das Angebot von Mobilfunkterminierungen ausgehen, indem die Gruppenmitglieder entweder gemeinsam ein Mobilfunkunternehmen mit niedrigen Terminierungsentgelten wählen oder sich verabreden, dass Gespräche vorwiegend in das Netz mit den niedrigeren Terminierungsentgelten gehen sollen. Letzteres kann z. B. dadurch geschehen, dass die Gespräche gegebenenfalls abgebrochen und dann in anderer Richtung fortgesetzt werden. All dies erfordert aber Unterschiede bei den Terminierungsentgelten, die ein Mindestmaß übersteigen. Außerdem besteht für den terminierenden Netzbetreiber die Möglichkeit durch On-Net-Off-Net-Preisdifferenzierung geschlossene Nutzergruppen an sich zu binden, ohne für andere die Terminierungsentgelte senken zu müssen.

Knieps sieht ankommende und ausgehende Gespräche als so enge Substitute füreinander an, dass sie demselben Endnutzermarkt angehören. Doch selbst daraus ist noch nicht zu schlie-

Ben, dass die angerufene Partei den Netzbetreiber wechselt, wenn der Preis für Anrufer wegen erhöhter Terminierungsentgelte gegenüber seinem Preis ansteigt. Vielmehr wird der Anrufempfänger dann eher verstärkt die Rolle des Anrufers übernehmen.⁵⁹

Noch klarer wird die mangelnde Nachfragereaktion der Anrufempfänger, wenn man bedenkt, dass die allgemeinen Wettbewerbsreaktionen unter Mobilfunknetzbetreibern bei Senkung eines Terminierungsentgeltes zur Erhöhung zumindest eines anderen Entgeltes des betreffenden Mobilfunknetzbetreibers führt. Ein Gedankenexperiment macht die nachgeordnete Rangordnung der Terminierungsentgelte für Anrufempfänger deutlich. Angenommen, ein potenzieller Abonnent hätte die Wahl zwischen zwei Mobilfunknetzbetreibern, wobei der eine ein niedrigeres Terminierungsentgelt verlangt, während der andere ein äquivalent niedrigeres On-Net-Entgelt (oder Off-Net-Entgelt, eine geringere Monatsgebühr, höhere Mobiltelefon-Subvention etc.) offeriert.⁶⁰ Es ist evident, dass weniger potenzielle Abonnenten das erste Unternehmen wählen würden.

Nach dieser Analyse der Nachfragereaktionen der Anrufempfänger wäre der Hypothetische Monopolistentest erfüllt, wenn nur die Endnachfrage im Markt für die Empfänger von Anrufen in ein Mobilfunknetz für die Marktabgrenzung maßgeblich wäre. Damit wäre wiederum der relevante Markt nicht größer als der Umfang der Anrufe in ein Mobilfunknetz.

c) Kombination der Effekte von Anrufern und Anrufempfängern

Selbst wenn die Nachfrageeinflüsse von Anrufer und Anrufempfänger jeweils getrennt den Hypothetischen Monopolistentest erfüllen, muss das insgesamt nicht gelten, weil die Einflüsse ja gemeinsam auftreten und sich addieren können. Der Mobilfunknetzbetreiber verliert nämlich sowohl durch direkte Verringerung der Anrufe aus dem anderen Netz als auch durch Verlust von Abonnenten an Gewinnmöglichkeiten aus einer Erhöhung der Terminierungsentgelte. Dabei kann es sowohl sein, dass wegen Überlappungen der Gesamteffekt geringer ist als die Summe, als auch, dass der Gesamteffekt größer ist, weil Netzexternalitäten verloren gehen. Überlappungen ergeben sich zum Beispiel dadurch, dass bei dem Wechsel eines Anrufempfängers im Netz des Mobilfunknetzbetreibers B auf einen anderen Mobilfunknetzbetreiber B' die bisherigen Anrufer dieses Anrufempfängers nicht nochmals für die Nachfragereaktion für Terminierungen in das Netz von B gezählt werden dürfen. Je geringer nun die Nachfragereaktionen von Anrufern und Anrufempfängern, umso geringer ist auch die Überlappung. Netzexternalitäten wurden wegen der simultanen Berücksichtigung von Anrufern und Anrufempfängern bereits weitgehend beachtet. Darüber hinaus gibt es z. B. noch Externa-

⁵⁹ Vgl. *Knieps* (Fn. 58), S. 11; vgl. auch die Diskussion um das Tarifarbitrageargument bei *Acton/Vogelsang*, *Journal of Industrial Economics* 40 (1992), 305 ff.

⁶⁰ Äquivalenz heißt hier, dass sich die Differenzen im Deckungsbeitrag gerade aufheben.

litäten, die davon ausgehen, dass Mobilfunknetzbetreiber wegen hoher Terminierungsentgelte aus Festnetzen in ihre Netze ihre monatlichen Grundgebühren senken oder Mobiltelefon-Subventionen erhöhen und damit Abonnenten anziehen können. Diese Effekte sind für einen einzelnen terminierenden Mobilfunknetzbetreiber gering.

Damit kann festgehalten werden, dass die Aggregation der beiden Nachfrageeffekte von Anrufern und Anrufempfängern zwar zu einer Summierung der Effekte führt, dass aber diese Summe immer noch zu gering ist, um die Marktabgrenzung gegenüber den Einzeleffekten zu verändern.

3. Terminierung als Two-Way-Access (bilateraler Markt)

Von Weizsäcker hat die provokative Behauptung aufgestellt, dass "Mobilfunkterminierung" nicht sinnvoll in eine Marktdefinition eingebettet werden könne, da die Leistung in einer bilateralen Beziehung stattfindet, in der die Anbieter der Terminierungsleistung jeweils gleichzeitig die Nachfrager der Terminierungsleistung ihres Abnehmers seien.⁶¹ Wenn dem tatsächlich so wäre, würde dies die Vorgaben der Empfehlung der Kommission in Frage stellen. *Von Weizsäcker's* Kritik an der Marktdefinition der Kommission ist durchaus ernst zu nehmen, auch wenn man ihrer Konsequenz nicht zu folgen bereit ist. Im Anschluss wird zunächst die Frage der Marktdefinition unter den folgenden impliziten Annahmen *von Weizsäcker's* untersucht:

- Es herrscht Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt für Endnutzer.
- Die bilaterale Beziehung zwischen Terminierern ist vollständig symmetrisch.
- Die Reaktionen der Terminierungsanbieter und -nachfrager sind jeweils gleich.
- Die Auswirkungen dieser Reaktionen auf alle Beteiligten sind ebenfalls gleich und heben sich gegenseitig auf.
- Die Höhe der Terminierungsentgelte hat keine Wirkung auf die Höhe der Endnutzerentgelte.

Im Ergebnis besteht nach diesen Annahmen eine völlige Indifferenz hinsichtlich der Höhe der Terminierungsentgelte. Wird nun die Terminierung in ein einzelnes Mobilfunknetz als zu untersuchender relevanter Markt betrachtet und die Frage gestellt, ob ein hypothetischer Monopolist B in diesem Markt seinen Preis profitabel um 5 % (10 %) über den Wettbewerbspreis hinaus anheben würde, so müssen nicht nur (wie im vorherigen Abschnitt 2) die in die Terminierungsnachfrage des Netzbetreibers A übersetzten Reaktionen der Endnutzer auf etwaige Endnutzerpreiserhöhungen berücksichtigt werden, sondern auch die Reaktion des anderen

⁶¹ *Von Weizsäcker*, MMR 2003, 170 ff.

Netzbetreibers A als wechselseitiger Anbieter von Terminierungen. Nach der oben angenommenen Symmetrie würde dieser ebenfalls sein Terminierungsentgelt für Terminierungen von B in das Netz von A um 5 % (10 %) erhöhen. Da sich dann die gegenseitigen Erhöhungen als Zahlungen saldieren, existiert nach *von Weizsäckers* Annahme keinerlei Auswirkung auf die Endnutzerpreise. Damit ist die ursprüngliche Erhöhung der Terminierungsentgelte von B nicht profitabel und der so definierte Markt besteht nicht. Es ist auch klar, dass eine Ausweitung der Marktdefinition auf die Terminierungstransaktionen aller Netzbetreiber zum selben Ergebnis führen würde, da ein Monopolist aller Terminierungen vertikal integriert wäre und damit die Terminierungen interne Transaktionen darstellen würden, die gewinnmaximierend zu Grenzkostenpreisen abgewickelt werden.

Von Weizsäckers Gedankenexperiment beruht auf extremen Annahmen, die so nicht realistisch sind. Nimmt man von diesen Annahmen Abstand, so könnte eine sinnvolle Marktdefinition trotz der notwendigen Berücksichtigung der bilateralen Beziehungen gelingen. Dazu ist zunächst nur eine der Annahmen *von Weizsäckers* zu ändern, nämlich die, dass die an den Terminierungstransaktionen beteiligten Unternehmen bei gleicher Höhe der bilateralen Terminierungsentgelte diese einfach saldieren und damit die Höhe keinen Einfluss auf die Endnutzerpreise hat. Vielmehr ist zu unterstellen, wie auch von der wachsenden Literatur zur bilateralen Terminierung ("Two-Way-Access"), dass Terminierungsentgelte zwar reziprok festgelegt werden, aber die Unternehmen die von ihnen gezahlten Terminierungsentgelte als Teil der Grenzkosten ausgehender Gespräche ansehen und die von ihnen eingenommenen Terminierungsentgelte als Grenzeinnahmen eingehender Gespräche.⁶² Wenn der hypothetische Monopolist B für Terminierungen in sein Netz den Preis um 5 % (10 %) über den Wettbewerbspreis anhebt und darauf die anderen Netzbetreiber mit einer gleichen Erhöhung der Terminierungsentgelte für Gespräche von B in ihre Netze reagieren, so hat dies Gewinnwirkungen, weil damit gleichzeitig die gewinnmaximierenden Endnutzerpreise für ausgehende Gespräche ansteigen. In diesem symmetrischen Bezug verschwindet der Saldo aus Einnahmen und Ausgaben bei Terminierungsleistungen weiterhin, aber die Nettoeinnahmen aus Endnutzerverkäufen ändern sich aufgrund der erhöhten Endnutzerpreise. Sie steigen an, bis das Gewinnmaximum eines perfekten Kartells erreicht ist. Bei hinreichend unelastischer Nachfrage im Endnutzermarkt wäre also der Hypothetische Monopolistentest in diesem Fall erfüllt.⁶³

⁶² S. dazu insbesondere die Zusammenfassungen der Literatur durch Laffont und Tirole, Armstrong sowie Vogelsang; *Laffont/Tirole*, Competition in Telecommunications, 2000; *Armstrong*, "The Theory of Access Pricing and Interconnection," in: Cave/Majumdar/Vogelsang, Handbook of Telecommunications Economics, 2002, S. 295 ff.; *Vogelsang*, Journal of Economic Literature XLI (September 2003), 830 ff.

⁶³ Dieses Resultat wurde zuerst von *Laffont, Rey und Tirole* sowie von *Armstrong* etabliert. *Von Weizsäcker* dazu in persönlicher Kommunikation: "Allerdings fällt das jetzt nicht mehr in das Kapitel 'Marktbeherrschung', sondern in das Kapitel 'Kollusion'." S. *Laffont/Rey/Tirole*, RAND Journal of Economics 29 (1998), 1 ff.; *Armstrong*, The Economic Journal 108 (1998), 545 ff.

Dieses Gedankenexperiment ist an die real bei der Mobilfunkterminierung vorliegenden Umstände anzupassen. Die Situation unterscheidet sich wesentlich bei reinen Mobilfunkterminierungen (M2M) von derjenigen bei Terminierungen vom Festnetz in Mobilfunknetze (F2M). Während bei M2M die Terminierungsentgelte gegenseitig ausgehandelt werden, sind die Terminierungsentgelte zumindest in das T-Com-Netz reguliert. Damit entfällt die symmetrische Gegenreaktion auf eine Entgelterhöhung des Mobilfunknetzes, und die im vorhergehenden Abschnitt 2 beschriebene Situation einseitig festgesetzter Mobilfunkterminierungsentgelte träte ein.⁶⁴ In diesem Fall könnte Terminierung aus dem T-Com-Netz in jedes einzelne Mobilfunknetz jeweils ein getrennter Markt sein, sofern M2M-Terminierungen den Annahmen von *Weizsäckers* genügen. Dieses Ergebnis und die daraus gegebenenfalls resultierende Marktmacht wären dann allerdings regulierungsbedingt. Freilich könnten von den unterschiedlichen Terminierungskosten und dem Umstand, dass Festnetz und Mobilfunknetz bislang nur bedingt im Wettbewerb zueinander stehen, ebenfalls Anreize zu nichtreziprokem Verhalten ausgehen, selbst wenn M2F-Terminierungen nicht reguliert sind.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sich aus dieser Argumentationskette zumindest keine erweiterte Marktdefinition der Mobilfunkterminierungen für F2M-Anrufe ergibt, solange die M2F-Terminierungsentgelte reguliert werden.

Bezüglich M2M-Terminierungen sind weder von *Weizsäckers* Annahmen, nach denen kein Markt bestimmbar ist, noch das oben gefundene Resultat des perfekten Kartells gültig. Vielmehr bestehen erhebliche Asymmetrien in den Marktanteilen der Mobilfunknetzbetreiber. Zudem nutzen die Mobilfunkanbieter neben dem Preis für Gespräche noch monatliche Gebühren, Kundenverträge und Mobiltelefon-Rabatte als Wettbewerbsparameter. Ferner existiert keine automatische Reziprozität in der Höhe der gegenseitigen Terminierungsentgelte. Außerdem besteht zwischen On-net- und Off-net-Anrufen eine Preisdifferenzierung. All dies führt zu Abweichungen von den oben beschriebenen Kartellreaktionen, die im Extremfall zum Wettbewerbsresultat führen könnten.⁶⁵ Das Wettbewerbsresultat stellt sich unter bestimmten Umständen ein (nur monatliche Grundgebühren und einheitliche Gesprächsentgelte, gleiche Marktanteile sowie reziproke Terminierungsentgelte), weil es sich für die Mobilfunknetzbetreiber lohnt, den Endnutzern die höchste Konsumentenrente bei der Nutzung zu bieten und dann um die Nutzer durch monatliche Grundgebühren (und Mobiltelefon-Subventionen) zu konkurrieren. Der Umfang, mit dem dieses Resultat gegenüber realistischen Abweichungen von den angenommenen Konditionen robust ist, ist nicht bekannt. Ob also im Fall bilateraler Terminierungsvereinbarungen eine Erhöhung der Terminierungsentgelte in das Netz von B um 5 % (10 %) über den Wettbewerbspreis für B im Fall von M2M gewinnerhö-

⁶⁴ So auch Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 39, 2003, Tz. 212.

⁶⁵ *Laffont/Rey/Tirole*, RAND Journal of Economics 29 (1998), 1-37.

hend möglich ist, ist durchaus fraglich. Die Monopolkommission neigt dazu, dies zu bejahen.⁶⁶ Dies beruht jedoch nur auf einer Interpretation der theoretischen Literatur, die durchaus ambivalent ist. Hinzu käme noch die Notwendigkeit empirischer Analysen, um festzustellen, welche theoretischen Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind und wie sich dann die quantitativen Parameter auswirken. Leider ist die theoretische Literatur nicht so ausgereift und es liegen auch keine quantitativen Daten vor, um dies zu leisten.

Die Einbeziehung bilateraler Beziehungen kann also zurzeit weder genutzt werden, um die von der Kommission vorgeschlagene Marktabgrenzung zu verwerfen, noch dazu, diese zu bestätigen. Als Ergebnis ist zunächst festzuhalten, dass der Einbezug einer gegenseitigen Berücksichtigung der M2M-Terminierungsentgelte durch zwei oder mehrere Mobilfunknetzbetreiber zu keiner eindeutigen Marktabgrenzung gelangt. Diese Unbestimmtheit kann hier nicht aufgelöst werden, da die den bisher erzielten theoretischen Resultaten zugrunde liegenden Annahmen der Komplexität der Realität nicht voll entsprechen und empirisch die Verhandlungssituationen nicht abgeschätzt werden können. Soweit jedoch die tatsächlichen Mobilfunkterminierungsentgelte als Gleichgewichtsergebnisse interpretiert werden können, spricht viel dafür, dass bilaterale Austauschbeziehungen keinen preissenkenden Einfluss haben und daher zu keiner neuen Marktdefinition führen.

III. Ergebnis

Sowohl nach den herkömmlichen Kriterien des allgemeinen Kartellrechts als auch aufgrund einer ökonomischen Würdigung der Marktabgrenzung besteht für jedes Netz ein eigener Terminierungsmarkt. Die Anwendung des Hypothetischen Monopolistentests bestätigt diese Marktabgrenzung, auch wenn die besondere, bilaterale Ausrichtung des Terminierungssektors in die Betrachtung einbezogen wird. Aufgrund der gemeinsamen Preissetzungsbeschränkung muss für die einheitlich angebotenen Terminierungsprodukte in ein Netz jeweils ein Markt angenommen werden.⁶⁷ Diese Marktdefinitionen gelten, solange keine technischen oder nachfragebedingten Veränderungen bessere Substitutionsmöglichkeiten für Mobilfunkterminierungen liefern und solange das CPP-System besteht.

B. Marktanalyse

Bei der nach § 11 TKG vorzunehmenden Marktanalyse ist zu untersuchen, ob auf den zuvor identifizierten regulierungsbedürftigen Märkten wirksamer Wettbewerb herrscht. Ein wirksa-

⁶⁶ Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 39, 2003, Tz. 212, basierend auf *Cherdrone*, Interconnection, Termination-Based Price Discrimination, and Network Competition in a Mature Telecommunications Market, 2001.

⁶⁷ Die Terminierungen zur O2-Homezone des Genion-Produkts bleiben vorliegend unberücksichtigt.

mer Wettbewerb besteht nicht, wenn zumindest ein Unternehmen auf dem zu untersuchenden Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt (Gleichsetzungsthese).⁶⁸ Die Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens bestimmt sich nach den Kriterien des EG-Kartellrechts. Ob diese Kriterien auf den zuvor identifizierten Märkten vorliegen, ist unter Heranziehung der Marktgegebenheiten ökonomisch zu analysieren.

I. Marktbeherrschungskriterien nach dem EG-Kartellrecht

Gemäß Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie hat ein Unternehmen beträchtliche Marktmacht, wenn es eine wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten. Diese Begriffsbestimmung ist mit der Definition von Marktmacht im EG-Kartellrecht identisch.⁶⁹ Das betroffene Unternehmen muss anders ausgedrückt in der Lage sein, die Bedingungen unter denen sich Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder zumindest nachhaltig zu beeinflussen, ohne dadurch finanzielle Risiken einzugehen.⁷⁰ Die Regulierungsbehörde hat die Marktbeherrschungskriterien im Rahmen ihrer Marktanalyse in Übereinstimmung mit der EG-Rechtspraxis anzuwenden.⁷¹

1. Marktstruktur

Ausgangspunkt für die Marktanalyse ist die Beurteilung der Marktstruktur, also die Wettbewerbssituation auf dem relevanten Markt.⁷² Dabei spielen insbesondere die Marktanteile der Unternehmen sowie das Bestehen von Marktzutrittsschranken bzw. von potenziellem Wettbewerb eine Rolle. Ferner kann sich die Nachfragemacht auf die Stellung des Anbieters auswirken (countervailing buyer power).

a) Marktanteile

Das zentrale Beurteilungskriterium der Rechtsanwendung für das Vorliegen von Marktmacht ist der Marktanteil.⁷³ Hohe Marktanteile sind daher ein starkes Indiz für eine marktbeherr-

⁶⁸ Erwägungsgrund 27 Rahmenrichtlinie.

⁶⁹ Stdg. Rspr., EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 63, 66 – United Brands Company u.a./Kommission; EuGH, 1.10.1998 – Rs. C-38/97, Slg. 1998, I-5955, Rdnr. 27 – Librandi; s. auch Kommission, Entscheidung v. 14.5.1997 – Sache IV/34.621, ABl. EG 1997, L-258, 1, Rdnr. 100 – *Irish Sugar*; Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 70 u. 78.

⁷⁰ EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 39 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

⁷¹ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 70.

⁷² *Dirksen*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), Art. 82, Rdnr. 38; in der ökonomischen Literatur wird die Wettbewerbssituation sowohl durch Marktstruktur als auch durch Marktverhalten bestimmt; s. etwa *Carlton/Perloff*, *Modern Industrial Organization*, 2000, S. 68.

⁷³ *Jung*, in: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, Band I, 2001, Art. 82, Rdnr. 78.

schende Stellung. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs begründen Marktanteile von über 50 % die widerlegbare Vermutung einer beherrschenden Stellung.⁷⁴ Anteile des größten Unternehmens von unter 25 % sprechen demgegenüber für einen intakten Wettbewerb.⁷⁵ Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils hängen dabei von den Merkmalen des relevanten Marktes ab. Im Bereich des Zusammenschaltungsmarktes kommen etwa die Einnahmen aus der Durchstellung zum Gesprächsteilnehmer als Berechnungsgrößen in Betracht.⁷⁶

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs können „besonders hohe Anteile – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern“.⁷⁷ In Konsequenz der Zuordnung des relevanten Marktes zu einem Mobilfunknetz hat jeder Mobilfunknetzbetreiber 100 % Marktanteil und ist somit Monopolist.⁷⁸ Nach gängiger Auffassung könnte bereits deshalb Marktmacht angenommen werden, weil durch einen Monopolisten die Wettbewerbsordnung besonders gefährdet würde, sodass dieser grundsätzlich den Markt beherrsche.⁷⁹

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch die Monopolstellung lediglich eine Vermutung für Marktbeherrschung darstellt, die aufgrund anderer Kriterien, insbesondere der Marktstruktur, widerlegt werden kann.⁸⁰ Dabei ragt das Fehlen von Marktzutrittsschranken und damit die Bedeutung des im folgenden Abschnitt behandelten potenziellen Wettbewerbs heraus. Daneben können gerade bei Telekommunikationsmärkten die für Netzwirtschaften typischen Verknüpfungen zwischen mehreren Marktebenen von Bedeutung sein.⁸¹ Auch in Entscheidungen der Kommission sind absolute Marktanteile alleine kein zwingender Faktor für Marktbeherrschung, sondern müssen durch eine Untersuchung der Unternehmensstruktur und

⁷⁴ EuGH, 3.7.1991 – Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 60 – AKZO; EuG, 7.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Rdnr. 70 – Irish Sugar/Kommission.

⁷⁵ Vgl. Erwg. 32 Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004, ABl. EU 2004, L-24, 1; Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 75; Kommission, Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, ABl. EU 2004, C-31, 5, Rdnr. 18.

⁷⁶ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 77.

⁷⁷ EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 41 – Hoffmann-La Roche/Kommission; EuGH, 3.7.1991 – Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 60 – AKZO.

⁷⁸ So auch OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Rdnr. 3.11 ff.

⁷⁹ *Dirksen*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), Art. 82, Rdnr. 39.

⁸⁰ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 75, 78; vgl. *Willis*, CTLR 2002, 170 (173).

⁸¹ Vgl. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie; Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 83 ff.

des Marktverhaltens ergänzt werden.⁸² Darüber hinaus wird grundsätzliche Kritik am Marktanteilskriterium geäußert.⁸³

Für die Bedeutung von Marktanteilen sind zudem die Besonderheiten der sektorspezifischen Marktanalyse zu beachten. Schon bei der in die Zukunft gerichteten strukturellen Fusionskontrolle haben Marktanteile im Gegensatz zur Ex-post-Verhaltenskontrolle⁸⁴ ein geringeres Gewicht für die Beurteilung der Marktbeherrschung.⁸⁵ Auch durch die Ex-ante-Perspektive der Marktanalyse nach dem neuen Rechtsrahmen muss der längerfristigen Möglichkeit eintretenden Wettbewerbs eine höhere Bedeutung zukommen. Deshalb ist insbesondere das Kriterium potenziellen Wettbewerbs neben den bestehenden Marktanteilen heranzuziehen.⁸⁶

b) Potenzieller Wettbewerb und Marktzutrittsschranken

Gerade für eine Ex-ante-Betrachtung des Marktes ist entscheidend, dass sich die momentanen Machtverhältnisse aufgrund eines möglichen Markteintritts von Wettbewerbern verändern können.⁸⁷ Potenzielle Wettbewerber könnten bei der Aussicht, Profite zu erwirtschaften, in den Markt eintreten. Diese Bedrohung durch potenziellen Wettbewerb beeinflusst das Verhalten der Unternehmen auf einem Markt und kann durch die Marktanteilsgrößen nicht erfasst werden.⁸⁸

Entscheidend für die Annahme potenziellen Wettbewerbs ist das Fehlen von erheblichen Marktzutrittsschranken. Bestehen Hindernisse für einen Markteintritt, so kann dadurch das Auftreten neuer Wettbewerber erheblich erschwert oder sogar gänzlich ausgeschlossen sein.⁸⁹ Damit stellen Marktzutrittsschranken ähnlich wichtige Faktoren für eine marktbeherrschende Stellung dar wie Marktanteile.⁹⁰

⁸² Kommission, Entscheidung v. 29.7.1987 – Sache IV/32.279, ABl. EG 1987, L-286, 36, Rdnr. 18 – BBI/Boosey & Hawkes; Kommission, Entscheidung v. 29.9.2003 – Sache IV/M.3225, Rdnr. 22 – Alcan/Pechiney II.

⁸³ *Knöpfle*, BB 1982, 1805 (1808); *Fisher*, in: Hawk, Fordham Corporate Law Institute, Annual Proceedings 2003, 2004, 157 (159 f., 162); vgl. *Gabelmann*, Netzzugang in der Telekommunikation, 2003, S. 73 f.

⁸⁴ Vgl. Kommission, Entscheidung v. 5.12.1988 – Sache IV/31.900, ABl. EG 1989, L-10, 50, Rdnr. 115 – BPB Industries; insgesamt bestätigt durch EuG, 1.4.1993 – Rs. T-65/89, Slg. 1993, II-389 – BPB; EuGH, 6.4.1995 – Rs. C-310/93 P, Slg. 1995, I-865 – BPB.

⁸⁵ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 7), Art. 86, Rdnr. 74.

⁸⁶ Vgl. Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 74 f.

⁸⁷ *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 73), Art. 82, Rdnr. 86.

⁸⁸ *Roth/Bellamy/Child*, European Community Law of Competition, 2001, Rdnr. 6-148, 9-046.

⁸⁹ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zu EUV/EGV, Band 2, 2003, Art. 82, Rdnr. 105.

⁹⁰ *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 73), Art. 82, Rdnr. 86; vgl. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 7), Art. 86, Rdnr. 77.

Marktzutrittsschranken können sich aus unterschiedlichen rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Marktfaktoren ergeben, die das Angebot konkurrenzfähiger Produkte erschweren oder gar unmöglich machen.

(i) *Rechtliche Marktzutrittsschranken*

Ein rechtliches Hindernis kann sich durch Lizenzerfordernisse ergeben. Im Mobilfunksektor kann aufgrund der Vergabe der knappen Frequenzen durch die Regulierungsbehörde zu einem Mobilfunknetz nur begrenzt Konkurrenz aufgebaut werden. Soweit eine Terminierung von Gesprächen auf das Telefon des Nutzers eines fremden Netzes technisch realisierbar wäre, dürfte dies nur von Frequenzinhabern vorgenommen werden. Daher ist der Kreis möglicher Wettbewerber von Terminierungsleistungen bereits rechtlich gesehen auf Frequenzinhaber beschränkt (zurzeit vier Mobilfunknetzbetreiber).

Da der Markt als Monopol definiert ist und es vier Lizenzinhaber gibt, die bei technischer Realisierbarkeit der Fremdterminierung potenziell gegenseitig in die Monopolmärkte eintreten könnten, könnte dies für Wettbewerb allerdings schon genügen. Außerdem kann in Zukunft Spektrumhandel nach § 62 TKG eingeführt werden, sodass dann mehr Marktzutritt möglich wird. Das bedeutet, dass alleine von der Spektrumverfügbarkeit her betrachtet keine absolute Marktzutrittsschranke besteht.

Tatsächlich realisierbare Terminierungsalternativen bestehen im Gegensatz dazu wegen der rechtlichen Hürden nicht. So ist aufgrund der Rechtspraxis das Angebot von Diensten ausgeschlossen, die eine netzübergreifende Terminierung umgehen könnten. Die technische und wirtschaftliche Alternative in Form von GSM-Gateways kann ohne das Einverständnis des betroffenen Netzbetreibers aus Rechtsgründen nicht angeboten werden. So wertete etwa das Kammergericht die kommerzielle Nutzung von SIM-Karten zur Zustellung von Telefongesprächen aus Festnetzen in das Mobilfunknetz als vertrags- und damit rechtswidrig.⁹¹

(ii) *Technische Marktzutrittsschranken*

Ein Markteintritt und damit potenzieller Wettbewerb kann ferner durch technische Marktzutrittsschranken ausgeschlossen sein. Dies gilt in besonderem Maße für den Mobilfunkterminierungssektor. *De facto* kann nur der jeweilige Netzbetreiber die Terminierungen in sein eigenes Netz vornehmen. Da nur er den Zugriff auf die SIM-Karten in den Mobiltelefonen seiner Kunden besitzt, ist das Angebot von Terminierungsleistungen durch andere Netzbetreiber technisch nicht machbar. Wie bereits bei der Marktabgrenzung im Zusammenhang mit der fehlenden Angebotssubstitution gezeigt, existieren keine technischen Alternativen zur Terminierung durch den jeweiligen Netzbetreiber.

⁹¹ KG, 15.1.2004 – 2 U 28/03 Kart, MMR 2004, 243 – GSM-Gateways.

Auch eine im Hinblick auf den vorausschauenden Ansatz der Ex-ante-Regulierung zu beachtende technische Weiterentwicklung, die in naher Zukunft Marktzutrittsschranken zu den Terminierungsmärkten abbauen könnte,⁹² ist nicht absehbar. Der Eintritt von Konkurrenten in den Terminierungsmarkt der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber ist daher technisch unmöglich.

(iii) Wirtschaftliche Marktzutrittsschranken

Schließlich können wirtschaftliche Gründe einem Konkurrenzangebot und damit potenziellem Wettbewerb entgegenstehen. Als Faktoren werden etwa hohe Anfangsinvestitionen⁹³, Markt-sättigung, Größenvorteile und vertikale Integration genannt.⁹⁴ Solche wirtschaftlichen Vorteile etablierter Anbieter können gerade in Netzwirtschaften dazu führen, dass sich das Angebot eines Konkurrenzproduktes nicht rechnet oder einem zu hohen wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt ist. Entsprechend nennen die Leitlinien Größen- und Verbundvorteile, ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz, die Bündelung von Produkten und technologische Vorteile der im Markt etablierten Unternehmen als Kriterien zur Bewertung potenziellen Wettbewerbs.⁹⁵ Für die Maßgeblichkeit dieser Faktoren muss allerdings die Aufnahme der Konkurrenz technisch und rechtlich möglich sein. Wie dargestellt fehlt es bereits daran, sodass es einer Untersuchung der wirtschaftlichen Realisierbarkeit von Terminierungsalternativen nicht bedarf.

(iv) Zwischenergebnis

Der Markteintritt neuer Wettbewerber in den Mobilfunkterminierungsmarkt eines Netzbetreibers ist technisch und rechtlich ausgeschlossen. Daher besteht kein Druck auf die Marktposition des jeweiligen Netzbetreibers hinsichtlich Terminierungen in sein Netz. Seine Marktmacht wird mithin aufgrund bestehender rechtlicher und technischer Marktzutrittsschranken nicht durch potenziellen Wettbewerb beeinflusst.

c) Ausgleichende Nachfragemacht (Countervailing-Buyer-Power)

Die Marktgegenseite ist auch unter anderen Gesichtspunkten in die Marktmachtprüfung einzubeziehen. So kann für eine Marktbeherrschung eine schwache und zersplitterte Nachfrage

⁹² Zur Bedeutung technischer Innovationskraft s. Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 80.

⁹³ Nach einhelliger Meinung unter Ökonomen sind hohe Anfangsinvestitionen *per se* allerdings keine Marktzutrittsschranken, sondern nur in Verbindung mit Versunkenheit.

⁹⁴ Roth/Bellamy/Child (Fn. 88), Rdnr. 9-048 ff.

⁹⁵ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 78 u. 79.

sprechen, während demgegenüber etwa eine besondere Sachkunde und Professionalität der Abnehmer ein Gegenwicht zu den Anbietern und deren Marktmacht darstellen kann.⁹⁶

Für die vorliegende Untersuchung ist das Phänomen der ausgleichenden Nachfragemacht (Countervailing-Buyer-Power) besonders relevant.⁹⁷ Auch einzelne oder mehrere Nachfrager können eine Marktmacht innehaben, die ihrerseits die Marktstellung des Anbieters schwächt.⁹⁸ Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Anbieter seinerseits von einer kleinen Gruppe bedeutender Nachfrager abhängig ist.⁹⁹ Diese Situation ist typisch für den Mobilfunkterminierungssektor. Jeder Mobilfunknetzbetreiber steht als monopolistischer Anbieter von Terminierungen einer kleinen Gruppe von nachfragenden Mobilfunknetzbetreibern einerseits sowie T-Com andererseits gegenüber, die jeweils bedeutende Marktanteile als Nachfrager haben. Darüber hinaus bietet ein Netzbetreiber nicht nur Terminierungen in sein Netz an, sondern fragt auch gleichzeitig bei seinen Nachfragern Terminierungsleistungen nach. Durch dieses Gegenseitigkeitsverhältnis von Anbieter und wenigen Nachfragern kann der Unabhängigkeit der Netzbetreiber von vornherein enge Grenzen gesetzt sein. Das Kriterium der ausgleichenden Nachfragemacht ist in der Rechtsanwendung anerkannt.¹⁰⁰ Es wird in der ökonomischen Analyse eine entscheidende Rolle spielen.

2. Unternehmensstruktur

Bei der Bewertung von Marktmacht sind neben den Marktgegebenheiten auch die Strukturen der jeweiligen Unternehmen ausschlaggebend. Die Überlegenheit eines marktmächtigen Unternehmens kann sich aus seinen unternehmensspezifischen Eigenschaften und Fähigkeiten ergeben.¹⁰¹ Die Analyse der Struktur des jeweiligen Unternehmens ist nach der Rechtsprechung insbesondere dann wichtig, wenn die Marktstrukturanalyse kein eindeutiges Ergebnis ermöglicht.¹⁰² Die unterschiedlichen Faktoren können im Rahmen der ökonomischen Marktanalyse also vor allem eine begleitende Funktion erfüllen.¹⁰³

⁹⁶ *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 7), Art. 86, Rdnr. 80.

⁹⁷ Kommission, Begründung zur Empfehlung, 34 f.

⁹⁸ Zur ausgleichenden Nachfragemacht vgl. *Vogel*, E.C.L.R. 1998, 4 ff.

⁹⁹ Vgl. EuG, 7.10.1999 – Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Rdnr. 97 f. – Irish Sugar/Kommission.

¹⁰⁰ EuGH, 15.12.1994 – Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641, Rdnr. 32 – Göttrup-Klim; EuG – Rs. T-68/89 u.a., Slg. 1992, II-1403, Rdnr. 366 – SIV/Kommission (Flachglas), S. auch Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 78.

¹⁰¹ *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 73), Art. 82, Rdnr. 87; *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 89), Art. 82, Rdnr. 107.

¹⁰² EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 48 f. – Hoffmann-La Roche/Kommission; EuGH, 9.11.1982 – Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 55 ff. – Michelin/Kommission.

¹⁰³ Vgl. *Dirksen*, in: Langen/Bunte (Fn. 7), Art. 82, Rdnr. 54.

3. Marktverhalten

Zur Ermittlung der Marktmacht wird zudem auf das in der Vergangenheit an den Tag gelegte Marktverhalten abgestellt. Gerichtshof und Kommission ziehen zur Überprüfung der Marktbeherrschung sämtliche Handlungen des betroffenen Unternehmens heran, einschließlich solcher, die einen Missbrauchstatbestand begründen können.¹⁰⁴ Durch die Verhaltensanalyse lassen sich die Resultate der Marktstrukturanalyse bestätigen oder widerlegen.¹⁰⁵

a) Preissetzungsverhalten

Ein besonderes Augenmerk bei der Verhaltensanalyse kommt den Preisen zu, die das betroffene Unternehmen für seine Produkte verlangt. Kann ein Unternehmen über einen längeren Zeitraum wesentlich höhere Preise als seine Konkurrenten durchsetzen, ohne dabei nennenswerte Umsatzeinbußen zu erleiden, so deutet dies nach Auffassung von Gerichtshof und Kommission deutlich auf eine marktbeherrschende Stellung hin.¹⁰⁶ Entscheidend ist, ob durch das Preissetzungsverhalten eine Preisbestimmungsmacht zum Ausdruck kommt, die es dem Unternehmen ermöglicht, Preise in einer Höhe festzusetzen, die deutlich über dem Niveau von Wettbewerbspreisen liegt.¹⁰⁷ Es lässt sich darauf abstellen, inwieweit das Unternehmen den Marktpreis bestimmen oder kontrollieren kann.¹⁰⁸

Preissenkungen sind hingegen differenziert zu bewerten.¹⁰⁹ Einerseits können niedrige Preise zur Verdrängung von Wettbewerbern oder zur Erschwerung des Markteintritts eingesetzt werden.¹¹⁰ Das Preissetzungsverhalten steht dann nicht unter dem Einfluss wirksamen Wettbewerbs, sondern ist Teil einer unabhängigen Marktstrategie und weist daher auf Marktmacht hin. Andererseits können Preissenkungen gerade auch die Reaktion auf einen Wettbewerbsdruck darstellen und daher die Vermutung einer Marktbeherrschung widerlegen.¹¹¹ Ähnlich

¹⁰⁴ EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 67 f. – United Brands Company u.a./Kommission; Kommission, Entscheidung v. 7.10.1981 – Sache IV/29.491, ABl. EG 1981, L-353, 33, Rdnr. 35 – Michelin.

¹⁰⁵ Dirksen, in: Langen/Bunte (Fn. 7), Art. 82, Rdnr. 56.

¹⁰⁶ EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 111, 120, 126 ff. – United Brands Company u.a./Kommission.

¹⁰⁷ Schröter, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 89), Art. 82, Rdnr. 115; vgl. zu Art. 65 EGKSV; EuGH, 18.5.1962 – Rs. 13/60, Slg. 1962, 179 ff. – Ruhrkohlenverkaufskontore I.

¹⁰⁸ Kommission, Entscheidung v. 9.12.1971 – Sache IV/26.811, ABl. EG 1972, L-7, 25, Rdnr. II. B. 3 – Continental Can; Kommission, Entscheidung v. 18.7.1988 – Sache IV/30.178, ABl. EG 1988, L-284, 41, Rdnr. 53 – Napier Brown/British Sugar.

¹⁰⁹ Jung, in: Grabitz/Hilf (Fn. 73), Art. 82, Rdnr. 99.

¹¹⁰ EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 111, 120 – United Brands Company u.a./Kommission; EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 74 ff. – Hoffmann-La Roche/Kommission; EuGH, 3.7.1991 – Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 56, 58, 61 – AKZO.

¹¹¹ EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 70 ff., 76, 78 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

kann ein Fehlen von Marktmacht nicht daraus entnommen werden, dass die Preise eines Unternehmens nicht besonders hoch sind.¹¹²

b) Verhaltenserfolge

Das Verhalten von Unternehmen kann bestimmte Marktergebnisse herbeiführen, von denen zum Teil Rückschlüsse auf eine marktbeherrschende Stellung gezogen werden. Der Gerichtshof lässt etwa als Indiz für den Fortbestand einer bereits identifizierten beherrschenden Stellung die Aufrechterhaltung von Marktanteilen zu. Allerdings lehnt er es ab, die Verfestigung von Marktanteilen über einen längeren Zeitraum hinweg an sich als Marktbeherrschungsindiz gelten zu lassen. Die Erhaltung von Marktanteilen könne ebenso gut die Folge eines Verhaltens im wirksamen Wettbewerb wie einer marktbeherrschenden Stellung sein.¹¹³

c) Bewertung der Verhaltensanalyse für die Ex-ante-Aufsicht

Der Einbezug der Verhaltensanalyse in die Marktmachtbewertung ist aus juristischer Sicht äußerst kritisch zu sehen. Wie eingangs im Zusammenhang mit der Marktabgrenzung bereits erwähnt, soll im Rahmen der Marktaufsicht zunächst das marktmächtige Unternehmen identifiziert und erst anschließend dessen Verhalten bewertet und gegebenenfalls reguliert werden. Das in Art. 82 EG untersagte Missbrauchsverhalten kann theoretisch auch von nicht marktbeherrschenden Unternehmen praktiziert werden, ohne dass marktregulierend eingegriffen werden soll. Teilweise wird argumentiert, der untersagte Preishöhenmissbrauch (Art. 82 Abs. 2 lit. a) EG) sowie die Absatzeinschränkung zum Schaden der Verbraucher (Art. 82 Abs. 2 lit. b) EG) könnten naturgemäß nur von Marktbeherrschern ausgeübt werden.¹¹⁴ Stimmt diese Ansicht, so wäre zumindest für diese Missbrauchstatbestände eine vorherige Feststellung von Marktbeherrschung überflüssig. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass Wettbewerbskräften unterliegende Unternehmen etwa überhöhte Preise durchsetzen oder die Produktion künstlich einschränken können. Dies hängt damit zusammen, dass Kaufentscheidungen nicht allein über das Kriterium Preis getroffen werden. Weiche Faktoren, wie etwa das Marken-Image, können Kunden zum Kauf überteuerter Waren bewegen. Auch gewinnen bestimmte Markenprodukte allein deshalb an Prestige, weil sie nur knapp verfügbar sind.

Mit dem Verhaltenstest muss also vorsichtig umgegangen werden. Insbesondere bei der Missbrauchsaufsicht besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses, indem zunächst ein nach Art. 82 EG untersagtes Verhalten festgestellt und sodann das handelnde Unternehmen als marktbeherrschend identifiziert wird. Dies kann letztlich darauf hinauslaufen, Unternehmen

¹¹² EuGH, 9.11.1982 – Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 59 – Michelin/Kommission.

¹¹³ EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 44 – Hoffmann-La Roche/Kommission; a.A. *Jung*, in: Grabitz/Hilf (Fn. 73), Art. 82, Rdnr. 100.

¹¹⁴ *Schröter*, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 89), Art. 82, Rdnr. 117.

zu regulieren, die sich zwar nicht unabhängig von Wettbewerbern, Zulieferern oder Abnehmern verhalten können, aber dennoch ein ähnliches Verhalten an den Tag legen wie Marktherrscher. Dementsprechend wendet die Rechtsprechung den Verhaltenstest auch lediglich als zusätzliches Kriterium an, mittels dessen die Ergebnisse des Marktstruktur- und Unternehmensstrukturtests überprüft werden.¹¹⁵

Das bisherige Verhalten eines Unternehmens im nicht-regulierten Bereich liefert für die sektorspezifische Ex-ante-Regulierung aber ein wichtiges Indiz darüber, ob das Unternehmen ein solches Verhalten in der Zukunft anwenden kann. Für die Marktanalyse kann der Beherrschungsgrad eines Unternehmens auch durch dessen Verhalten abgelesen werden. Je größer die Marktmacht, desto wahrscheinlicher sind missbräuchliche Marktaktivitäten, wie etwa ein Preishöhenmissbrauch oder die Gestaltung von Preiskostenscheren zulasten von Wettbewerbern. Als zusätzliches Kriterium eignet sich daher der Verhaltenstest für die Marktregulierung durchaus, um das Bestehen von Marktmacht zu überprüfen und deren Ausmaß zu bestimmen.

II. Ökonomische Analyse der ermittelten Märkte

Die soeben ermittelten Faktoren sind nunmehr anhand der für den deutschen Mobilfunkterminierungssektor vorliegenden Gegebenheiten auszufüllen. Bei der Bewertung der Marktmacht hat die Regulierungsbehörde einen weitgehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraum, der dem komplexen Charakter der wirtschaftlichen, sachlichen und rechtlichen Lage Rechnung trägt.¹¹⁶ Bei ihrer Marktanalyse muss die Regulierungsbehörde „eine vorausschauende Beurteilung des Marktes vornehmen, die auf tatsächlichen Marktbedingungen fußt.“¹¹⁷

1. Unternehmensstruktur

Wesentliches Bewertungskriterium der Marktmacht ist die Struktur, in die das betreffende Unternehmen eingebettet ist. Vor allem bestimmen der Umfang von Konzernverflechtungen und die Wirtschafts- und Finanzkraft die Marktmachtpotenziale der jeweiligen Unternehmen. Eine eindeutige Rangordnung der Wirtschafts- und Finanzkraft der vier relevanten Mobilfunknetzbetreiber kann nur schwer vorgenommen werden. Aus den Unternehmensbilanzen veröffentlichte Daten zeigen jedoch eine höhere Wirtschafts- und Finanzkraft von Vodafone und T-Mobile im Vergleich zu E-Plus und O2. Vodafone ist eindeutig das finanzstärkste der vier Unternehmen, hat allerdings eine etwas schwächere Marktstellung als T-Mobile im deut-

¹¹⁵ Jung, in: Grabitz/Hilf (Fn. 73), Art. 82, Rdnr. 97; vgl. EuGH, 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 69 – Hoffmann-La Roche/Kommission („ob diese Schlussfolgerungen nicht durch das Verhalten ... widerlegt werden“).

¹¹⁶ Kommission, Leitlinien, ABl. EG 2002, C-165, 6, Rdnr. 71.

¹¹⁷ Kommission, Entscheidung v. 20.2.2004 – Sachen FI/2003/0024 u. FI/2003/0027, K(2004) 527, Erwg. 12 – Notifizierung Ficora.

schen Mobilfunkmarkt und ist sehr viel schwächer im deutschen Festnetzbereich vertreten.¹¹⁸ Letzteres ausgleichend ist Vodafone in internationalen Mobilfunkmärkten am stärksten vertreten. Ähnliche Abwägungen gibt es zwischen O2 und E-Plus. Hier ist der mmO2-Konzern deutlich finanzstärker als der Royal KPN-Konzern. Dem steht aber eine stärkere Stellung von E-Plus im deutschen Mobilfunkbereich entgegen.

Nach überschlägiger Bewertung sind, gemessen an ihrer Wirtschafts- und Finanzkraft, die beiden großen Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile und Vodafone deutlich und in etwa gleichem Maße den beiden kleinen Mobilfunknetzbetreibern E-Plus und O2 überlegen.

2. Vorliegen ausgleichender Nachfragemacht und deren Effekt auf die Marktmacht

Das Marktmachtkriterium der ausgleichenden Nachfragemacht ist an dieser Stelle aus ökonomischer Sicht in den zu untersuchenden Märkten zu prüfen.

a) Reine Nachfragemacht

Die Ausübung von ausgleichender Marktgegenmacht ist davon abhängig, dass der Nachfrager glaubwürdig dem Anbieter Konsequenzen androhen kann, die überhöhte Mobilfunkterminierungsentgelte unprofitabel erscheinen lassen. Dazu gehören insbesondere eine empfindliche Rücknahme der abgenommenen Menge (i), ein Abbruch der Geschäftsbeziehung (ii), ein Abbruch der Verhandlungen unter Anrufung der Regulierungsbehörde oder der Gerichte zur Herstellung aus Sicht des Nachfragers wünschenswerter Vertragsbedingungen (iii), eine Aufkündigung oder Verschlechterung der Zusammenarbeit mit dem terminierenden Mobilfunknetzbetreiber in anderen Geschäftsbereichen (iv) sowie eine Interessenlage, die eine Androhung der Ausübung ausgleichender Nachfragemacht glaubwürdig erscheinen lässt (v).

(i) Empfindliche Mengenrücknahmen

Dem nachfragenden Netzbetreiber ist es kaum möglich, die Gespräche in ein Mobilfunknetz dadurch zu rationieren, dass er nicht alle Gespräche durchgehen lässt; denn solch ein Vorgehen würde die Qualität seines Angebots seinen eigenen Kunden gegenüber so sehr verschlechtern, dass er seine eigene Marktposition gefährdet. Der nachfragende Netzbetreiber kann realistischere das nachgefragte Terminierungsvolumen daher nur empfindlich zurücknehmen, indem er die Preise ausgehender Gespräche in das betreffende Mobilfunknetz über die Höhe der Terminierungsentgelte hinaus erhöht. Dadurch würde er freilich auch in seinem eigenen Endnutzermarkt seine Konkurrenzfähigkeit gefährden. Die im Vergleich zu

¹¹⁸ Über eine Beteiligung an Arcor (zu 73,65 %), die Vodafone jedoch zu verkaufen beabsichtigt, s. Berke, Wirtschaftswoche 25/2004, 66 f.

den Kosten (inklusive Terminierung) hochpreisigen Off-Net-Gespräche in Deutschland sind möglicherweise als solch eine Nachfragereaktion zu deuten.

(ii) Abbrechen der Geschäftsbeziehungen

Eine Drohung mit Abbrechen der Geschäftsbeziehung ist nur dann glaubwürdig, wenn der terminierende Mobilfunknetzbetreiber so klein ist, dass für den nachfragenden Netzbetreiber und dessen Kunden keine spürbare Beeinträchtigung ausgehender (und eingehender) Gespräche stattfinden würde. Dies gilt heute aber selbst für den kleinsten deutschen Mobilfunknetzbetreiber O2 nicht.¹¹⁹ Außerdem könnte zumindest T-Com wegen ihrer Universaldienstverpflichtung solch eine Drohung nicht glaubwürdig aussprechen.¹²⁰

(iii) Einschalten der Regulierungsbehörde

Ein Scheitern der Verhandlungen und das Einschalten der Regulierungsbehörde als Schiedsrichter ist eine realistische und glaubwürdige Möglichkeit einer Gegenmachtausübung, sofern der Regulierer die dafür benötigte Eingriffskompetenz hat.¹²¹ Dieser Punkt ist von OFTEL untersucht, in seiner Konsequenz aber verworfen worden.¹²² OFTEL erkennt diese Möglichkeit der nachfragenden Netzbetreiber zwar an, sieht das damit angedrohte Resultat jedoch als Regulierung an, sodass dies kein Ausdruck von Marktgegenmacht sei. Dieser Ansatz ist jedoch nicht zielführend. Sofern sich ein Unternehmen im Markt effizient verhält, ist es gleichgültig, ob dies geschieht, weil es von vornherein keine Marktmacht besitzt oder ob diese Marktmacht dadurch eingeschränkt wird, dass das Unternehmen im Falle der Machtausübung mit einem regulatorischen Eingriff rechnen muss, der den effizienten Zustand herstellen würde. Dies gilt in diesem Fall besonders, da ja die Bestimmungen des EG-Rechtsrahmens durch das Unternehmensverhalten nicht geändert werden und die Marktanalyse in regelmäßigen Abständen wiederholt wird.

Zudem kann auch nach neuer Rechtslage gemäß §§ 18, 25 TKG die Regulierungsbehörde bei gescheiterten Vertragsverhandlungen eingreifen, wenn keine Marktmacht besteht. Voraussetzung ist die Anordnung von Zusammenschaltungspflichten eines Netzbetreibers, der zwar keine Marktbeherrschung innehat aber den Zugang zu Endnutzern kontrolliert. Zumindest die Kontrolle des Zugangs für Endnutzer ist für Mobilfunknetzbetreiber gegeben, sodass sie auch ohne Zugrundelegung einer Marktbeherrschung mit einem Eingriff der Regulierungsbehörde rechnen müssen. Damit ist stets ein Drohpotenzial auf beiden Seiten gegeben.

¹¹⁹ Diese Abhandlung bezieht sich nur auf die vier bestehenden GSM Anbieter.

¹²⁰ So auch OFTEL bezüglich BT, Explanatory Statement and Notification, 2003, Rdnr. 3.36; Ähnlich ART unter Bezugnahme auf France Télécom, ART, Analyse des Marchés pertinents (consultation publique), 2004, 46.

¹²¹ Eine Anrufung der Gerichte wäre als kartellrechtliches Druckmittel ebenfalls denkbar.

¹²² OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Rdnr. 3.37 f.

Selbst wenn man die Regulierung nicht marktbeherrschender Netzbetreiber für die ausgleichende Nachfragemacht ausblendet, könnte sich das Drohpotenzial auf die Feststellung von Marktmacht beziehen. Der die Terminierung nachsuchende Netzbetreiber kann inzident damit drohen, dass im Falle des Scheiterns der Verhandlungen die überhöhten Terminierungsentgelte fortbestehen, die ihrerseits den Regulierer dazu veranlassen werden, SMP zu konstatieren. Wenn andererseits die bestehenden Terminierungsentgelte niedrig sind, kann der terminierende Netzbetreiber sie nicht erhöhen, ohne eine SMP Feststellung zu riskieren. Die Drohung mit dem Regulierer ist damit zwar nur mit zeitlicher Verzögerung durchzusetzen, aber nicht weniger glaubhaft.

Ausgleichende Nachfragemacht ist unter ähnlichen Aspekten im deutschen Mobilfunkterminierungssektor zutage getreten, in denen die DTAG als Festnetzbetreiber gegenüber Mobilfunkbetreibern Zusammenschaltungsabkommen zunächst scheitern ließ. Eine Anrufung der Regulierungsbehörde im Jahre 1999 durch die DTAG nach Vertragsverhandlungen mit E-Plus hat sicherlich zur erheblichen Senkung der E-Plus-Terminierungsentgelte beigetragen. Ferner hatte die DTAG im Jahre 1999 die Terminierungsentgeltverhandlungen mit VIAG Interkom (heute O2) an den von VIAG Interkom geforderten hohen Terminierungsentgelten ohne Zusammenschaltungsabkommen scheitern lassen und damit VIAG Interkom gezwungen, bei der Regulierungsbehörde einen Antrag auf Anordnung der Zusammenschaltung zu stellen. In beiden Fällen kam es zu einer gütlichen Einigung.¹²³

Zu deutlichen Senkungen der Terminierungsentgelte haben jüngst Verhandlungen der DTAG mit den vier Mobilfunknetzbetreibern geführt. Die Zusammenschaltungspartner einigten sich darauf, die Terminierungsentgelte für F2M-Gespräche in zwei Schritten jeweils im Dezember 2004 und 2005 um insgesamt 4 Cent pro Minute zu reduzieren.¹²⁴ Am Ende sollen die Entgelte zwischen 11 und 12,4 Cent pro Minute liegen, wobei die beiden kleineren Netzbetreiber E-Plus und O2 die höheren Entgelte verlangen.¹²⁵ Dieser Einigung waren laut Zeitungsberichten harte Verhandlungen vorausgegangen. Die Mobilfunknetzbetreiber hätten den niedrigeren Preisen zugestimmt, da sie ein regulatorisches Eingreifen befürchteten.¹²⁶ Eine solche Motivation würde die hier angesprochene Möglichkeit ausgleichender Nachfragemacht aufgrund einer Regulierungsdrohung bestätigen.

¹²³ Zusammenschaltungsverfahren BK 4c-99-065/Z27.12.99, *VIAG Interkom/Deutsche Telekom AG* und BK 4c-00-005/Z22.02.00, *Deutsche Telekom AG/E-Plus*, s. RegTP, Tätigkeitsbericht 2000/2001, 86.

¹²⁴ FAZ v. 30.6.2004, Telefonate vom Festnetz zum Handy werden preiswerter, 11.

¹²⁵ Handelsblatt v. 30.6.2004, Anrufe vom Festnetz zum Handy kosten künftig weniger.

¹²⁶ Handelsblatt v. 30.6.2004, Anrufe vom Festnetz zum Handy kosten künftig weniger; FAZ v. 30.6.2004, Telefonate vom Festnetz zum Handy werden preiswerter, 11.

(iv) Einbezug anderer Geschäftsbereiche

Die meisten Netzbetreiber sind Mehrproduktunternehmen, die sich nicht nur als Nachfrager und Anbieter von Terminierungen begegnen, sondern auch in anderen Geschäftsbereichen als Kunden oder Lieferanten gegenüberstehen („multimarket contacts“). Daraus ergeben sich potenzielle Hebelwirkungen von diesen anderen Bereichen auf die Terminierungsmärkte. Beispielsweise liefert die T-Com diverse Festnetz-Vorleistungen an alle Mobilfunknetzbetreiber. T-Com ist zwar in diesen Fällen reguliert, sodass sie nicht mit Preiserhöhungen oder Lieferverweigerung drohen könnte; aber die Qualität der Zusammenarbeit ist nie vollständig regulierbar. Es ist auch nicht notwendig, dass die T-Com explizit Konsequenzen in den anderen Geschäftsbereichen androht, sondern es genügt, wenn den terminierenden Mobilfunknetzbetreibern bewusst ist, dass solche Konsequenzen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit möglich sind. Da diese Zusammenhänge meist vertraulich sind, ist ihr Einfluss nur schwer einzuschätzen.

(v) Anreize zur Ausübung ausgleichender Nachfragemacht

Neben der Fähigkeit, ausgleichende Nachfragemacht auszuüben, geht es bei der Beurteilung derselben auch um die dazu bestehenden Anreize der nachfragenden Netzbetreiber. Diese Anreize hängen davon ab, wie sehr diese Netzbetreiber ihre Gewinne durch Zahlung niedrigerer Terminierungsentgelte erhöhen können. In diesem Abschnitt wird die Reziprozität der Terminierungsbeziehung außer Acht gelassen und die Anreize getrennt für F2M und M2M untersucht.

(1) Anreize der Festnetzbetreiber

In Bezug auf Festnetzbetreiber stellt sich die Anreizsituation für T-Com anders dar als für die anderen Unternehmen, weil sie wegen ihres hohen Marktanteils an allen F2M-Gesprächen und im Festnetzmarkt insgesamt als einziges Festnetzunternehmen direkt die Rückwirkungen ihrer Terminierungsentgeltverhandlungen mit Mobilfunknetzbetreibern auf die Festnetz-Mobilfunksubstitution zu spüren bekommt.¹²⁷ Der Umstand, dass diese Substitution ein neues und für Festnetzbetreiber überaus bedrohliches Phänomen ist, erklärt auch möglicherweise, warum die effektive Nachfragemacht in der Vergangenheit geringer war als sie in der Zukunft sein wird. In der Vergangenheit wurde Mobilfunk als komplementär zum Festnetz angesehen, da er zusätzliche Nutzung generierte. Es lohnte sich anfänglich sogar für dominierende Festnetzbetreiber, die Mobilfunkpenetration zu subventionieren.¹²⁸

¹²⁷ Das heißt nicht, dass die kleineren Festnetzbetreiber weniger Interesse an niedrigen Mobilfunkterminierungsentgelten haben.

¹²⁸ Zur Subventionierung der Mobilfunknetze durch Festnetzbetreiber s. *Ruhle*, CR 2004, 178 (184).

Aufgrund der Regulierung muss die T-Com bei Verhandlungen über Mobilfunkterminierungsentgelte damit rechnen, zur vollständigen Weitergabe der Verhandlungserfolge an die Endkunden gezwungen zu sein. Sie wird zwar einen gewissen Volumengewinn haben, aber der Gewinnzuwachs wird minimal sein. Nach bestehender Praxis wird eine Weitergabe auf der Basis prozentualer Kostenaufschläge vorgenommen. Außerdem erfolgt die Abrechnung von Kundengesprächen auf Minutenbasis, während die Abrechnung der Terminierungsentgelte sekundengenau ist. Aus diesen beiden Faktoren könnte eine groteske Bereitschaft zur Akzeptanz hoher Mobilfunkterminierungsentgelte entstehen. Solche negativen Anreize sind jedoch im Prinzip vom Regulierer kontrollierbar und können durch anreizkompatiblere Endnutzerregulierung ausgeschaltet werden. Die Abschaffung der kostenorientierten Ex-ante-Regulierung ist nur eine Möglichkeit, die Anreize zur Ausübung ausgleichender Nachfragemacht zu erhöhen. Zum Beispiel könnte ein Einprodukt-Price-Cap einen ähnlichen Anreizfekt bewirken.

T-Com könnte auch vom Wettbewerb mit anderen Festnetzbetreibern gezwungen werden, ihre Kosten und Endnutzerpreise zu senken. Dies würde sich darin zeigen, dass sie die regulatorischen Preisvorgaben nicht voll ausnutzt und würde mit positiven Verhandlungsanreizen einhergehen. Schließlich weiß T-Com, dass überhöhte Mobilfunkterminierungsentgelte auf dem Wege über den mobilfunkimmanenten Wettbewerb zu einer Preissenkung des Bündels der Mobilfunkangebote führt und damit die Festnetz-Mobilfunksubstitution sowohl bei der Nutzung als auch bei der Kundengewinnung beschleunigt.¹²⁹ Wesentlich dabei ist, dass T-Com sowohl der mit Abstand größte Festnetzbetreiber als auch der mit Abstand größte Nachfrager von Mobilfunkterminierungen ist.

Aus Sicht der T-Com verstärken hohe Mobilfunkterminierungsentgelte das Quersubventionierungspotential der Mobilfunknetzbetreiber und damit ihre Fähigkeit, diesen Markt-machthebel im Wettbewerb gegenüber den Festnetzen einzusetzen. Dies muss angesichts der relativ neuen, aber ansteigenden Festnetz-Mobilfunksubstitution ihren Anreiz zur Senkung der Mobilfunkterminierungsentgelte steigern, sofern übergeordnete konzernbedingte Quer-verbindungen zu T-Mobile keine Rolle spielen.

¹²⁹ Zur zunehmenden Festnetz-Mobilfunk-Substitution in den U.S.A. vgl. *Rodini, Ward, Woroch*, Telecommunications Policy 2003, 457 ff.

Der verstärkte Anreiz der T-Com, auf Terminierungsentgeltsenkungen hinzuwirken, zeigt sich auch in den bereits erwähnten neuesten Entgeltverhandlungen. Auf Betreiben der T-Com haben die vier Mobilfunknetzbetreiber beschlossen, ihre Terminierungsentgelte für F2M-Gespräche ab Dezember 2004 in zwei Schritten erheblich zu senken. Diese Senkung der Terminierungsentgelte kommt auch den alternativen Festnetzbetreibern zu gute. So hält es etwa MCI aufgrund der niedrigeren Terminierungsentgelte für attraktiv, sein Geschäft im deutschen Festnetzsektor auszubauen.¹³⁰

Die kleinen Festnetzbetreiber haben jeder einzeln gesehen keinen Einfluss auf die Festnetz- bzw. Mobilfunksubstitution sowie auf den Marktpreis für F2M-Gespräche. Allerdings ist ihr Anreiz zur Ausübung ausgleichender Nachfragemacht groß, da ihre Verhandlungserfolge ihnen unmittelbar zugute kommen. Dem steht allerdings eine geringe Fähigkeit zur Ausübung von Marktmacht gegenüber, insbesondere wenn die Mobilfunknetzbetreiber nicht zwischen Nachfragern im Preis differenzieren.

(2) Anreize der Mobilfunknetzbetreiber

Die Verhandlungsanreize von Mobilfunknetzbetreibern zur Senkung der von Ihnen für Off-Net-Gespräche zu zahlenden Terminierungen hängen insbesondere von ihrer jeweiligen Marktstellung im Mobilfunkmarkt ab. Die beiden großen Mobilfunkanbieter haben ähnlich wie die T-Com ein Interesse an der Festnetz- bzw. Mobilfunksubstitution, nur dass bei ihnen das Interesse umgekehrt ist, sodass sie aus dieser Sicht hohe Mobilfunkterminierungsentgelte präferieren. Das gilt freilich nur für F2M und damit nur, wenn die Mobilfunknetzbetreiber keine Preisdifferenzierung vornehmen. Ansonsten geht es bei den Verhandlungen um die Wettbewerbsposition. Eine Senkung der zu zahlenden Mobilfunkterminierungsentgelte verringert die eigenen Kosten und die Einnahmen eines Rivalen, stärkt also die eigene Marktstellung. Dabei ist die eigene Kostensenkung wegen der geringeren Bedeutung der On-Net-Anrufe bei kleinen Mobilfunknetzbetreibern größer als bei den großen. Da die Wirkungen auf die Einnahmen in einem umgekehrten Verhältnis stehen, sind die Nettoeffekte nur schwer abzusehen. Per saldo dürften aber die kleinen Mobilfunkanbieter als Nachfrager *relativ* mehr von niedrigeren zu zahlenden Terminierungsentgelten profitieren, während die großen Mobilfunknetzbetreiber *absolut* mehr profitieren. Die Auswirkungen auf die Verhandlungsanreize hängen also nicht eindeutig mit der Unternehmensgröße zusammen.

(3) Bewertung

Es kann daher festgehalten werden, dass ausgleichende Nachfragemacht im M2M-Bereich in gewissem Umfang durch Preiserhöhung der Off-Net-Gespräche möglich ist. Diese ausgleichende Nachfragemacht ist positiv mit dem eigenen Off-Net-Marktanteil korreliert. Ferner

¹³⁰ Handelsblatt v. 30.6.2004, Anrufe vom Festnetz zum Handy kosten künftig weniger.

lässt sich die Drohung mit Verhandlungsscheitern im F2M-Bereich unabhängig von der Marktposition des Nachfragers durchsetzen. Hier haben eventuell die kleinen Festnetzbetreiber wegen fehlender Universaldienstverpflichtungen sogar die Möglichkeit, mehr ausgleichende Nachfragemacht auszuüben als die T-Com.

Schließlich ist als gemeinsamer, die ausgleichende Nachfragemacht jedes einzelnen Nachfragers limitierender Faktor in Deutschland der Umstand anzusehen, dass bislang alle Mobilfunknetzbetreiber allen Nachfragern gegenüber dieselben (also aus dieser Sicht diskriminierungsfreien)¹³¹ Terminierungsentgelte berechnen. Dadurch kann sich bei Verhandlungen kein Nachfrager einen individuellen Vorteil verschaffen, der nicht auch anderen Nachfragern (und damit auch zum Teil den Konkurrenten) zugute kommt.

(vi) Zwischenergebnis

Von den fünf Prüfkriterien ausgleichender Nachfragemacht sind am ehesten die Drohung mit dem Abbruch der Verhandlungen, die Auswirkungen auf andere Geschäftsbereiche sowie das Interesse an Ausübung von Nachfragemacht gegeben, und zwar hier wiederum am ehesten für F2M-Verbindungen. Wegen ihrer Größe als Terminierungsnachfrager und wegen der wachsenden Festnetz-Mobilfunksubstitution sind dabei die Fähigkeit und das Interesse der T-Com als besonders groß einzuschätzen.

Aus empirischer Sicht ist ausgleichende Nachfragemacht nur unvollkommen an Variablen wie Marktanteil, Nachfragevolumen oder Finanzkraft messbar, sondern nur auf dem Wege über die ausgehandelten Terminierungsentgelte im Vergleich zu wettbewerblichen Entgelten. Dabei ist zu erwarten, dass sich die ausgleichende Nachfragemacht der anderen Netzbetreiber zu dem – wie gesehen – begrenzten Anpassungsverhalten der Endnutzer hinzuaddiert. Wenn also jeder einzelne Faktor alleine nicht hinreichend wäre, könnte es die Summe dennoch sein.

b) Bilaterale Verhandlungen

Bilaterale Verhandlungen wurden bereits anlässlich der Marktdefinition erörtert. Als Hauptergebnis sind aus der Bilateralität der Terminierungsbeziehung zwischen zwei Netzbetreibern keine systematisch entgeltensenkenden Einflüsse zu erwarten, weil das jeweilige Interesse der Verhandlungspartner sowohl auf der Einnahmen- als auch auf der Ausgabenseite der Terminierungsentgelte liegt.¹³² Je nachdem, ob das Interesse an Einnahmen oder Ausgaben bei dem verhandlungsstärkeren Partner überwiegt, können daher bilaterale Verhandlungen entweder zu Preiserhöhungen oder Preissenkungen führen. Unter Einbeziehung der Reziprozität sollte

¹³¹ Eine weitergehende Diskriminierungsfreiheit umfasst auch die internen Verrechnungspreise für die Terminierung von On-Net-M2M-Verbindungen.

¹³² S. dazu generell *Vogelsang*, *Journal of Economic Literature* XLI (September 2003), 830-862, insbesondere Kapitel 3.

ein Mobilfunkunternehmen mit einem bilateralen Terminierungsdefizit bei den Verhandlungen auf gegenseitig niedrigere Entgelte drängen, während das andere Unternehmen den umgekehrten Anreiz hat.¹³³ Wiederum ist der gegensätzliche Anzeizeffekt auf das Verhandlungsergebnis ungewiss. Dabei resultiert das Interesse an hohen Preisen insbesondere aus asymmetrischem Nutzungsverkehr, aus der Erhöhung der Kosten von Konkurrenten und aus einem kollusiven Interesse an höheren Endnutzerpreisen.¹³⁴ Umgekehrt ergibt sich ein Interesse an niedrigen Terminierungsentgelten aus der Vermeidung doppelter Marginalisierung und aus einer Marktausweitung. OFTEL erwartet von bilateralen Verhandlungen eine Verzögerung der Preisanpassung an Kostensenkungen („Stickiness“), da beide Parteien einer Änderung zustimmen müssen, aber unterschiedliche Interessen haben können.¹³⁵

Hinsichtlich der F2M-Terminierungen ergeben sich aus der Erweiterung auf bilaterale Verhandlungen keine gegenüber unilateralen Verhandlungen neuen Erkenntnisse, während bei M2M-Terminierungen bilaterale Verhandlungen zu Kollusion oder dem versuchten Ausschluss von Wettbewerbern führen können. Entsprechend wird durch bilaterale M2M-Verhandlungen die aus unilateralen Verhandlungen ableitbare Marktmacht entweder verstärkt (durch Kollusion oder Ausschluss anderer) oder geschwächt (durch eigenen Ausschluss). Dabei dürfte der Kollusionsaspekt unter gleich großen Mobilfunknetzbetreibern am ehesten Bedeutung haben und der Ausschlussaspekt in Bezug auf große gegenüber kleinen Mobilfunknetzbetreibern.

c) Ergebnis

Die im deutschen Mobilfunkterminierungssektor bestehenden bilateralen Beziehungen führen zur Existenz ausgleichender Nachfragemacht in allen relevanten Mobilfunkterminierungsmärkten. Weder bei F2M- noch bei M2M-Terminierungen liegt jedoch eine Nachfragemacht in einem Maße vor, das die Marktmacht des jeweiligen Terminierers aufheben würde. Die bestehenden reziproken Austauschbeziehungen im Terminierungssektor können folglich derzeit nicht herangezogen werden, um die Marktbeherrschung von Mobilfunknetzbetreibern auf ihren Terminierungsmärkten zu verneinen.

3. Preisverhalten der Mobilfunkterminierungsanbieter

Als weiteres Kriterium zur Bestimmung von Marktmacht kann das Verhalten der Unternehmen in der Vergangenheit herangezogen werden. Dabei ist vor allem die Preissetzung ein ausschlaggebender Faktor.

¹³³ S. OFTEL, Explanatory Statement and Notification 2003, Rdnr. 3.38.

¹³⁴ Vgl. *Lust*, IJCLP (7) 2002/2003, 23 ff., abrufbar unter www.ijclp.org.

¹³⁵ OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, Rdnr. 5.64 f.

a) Grundsätzliche Überlegungen

Marktmacht wird von Ökonomen üblicherweise als die Fähigkeit definiert, den Preis im Vergleich zu vollständigem Wettbewerb für einen längeren Zeitraum anzuheben, ohne aus dem Markt verdrängt zu werden. Als aus ökonomischer Sicht relativ bester langfristiger Maßstab für Marktmacht gilt die Preis-Kosten-Marge (PKM). Die PKM misst die tatsächliche Erhöhung des Preises gegenüber dem bei vollständigem Wettbewerb. Sie ist kein optimaler Maßstab, weil ein marktmächtiges Unternehmen nicht immer seine Marktmacht voll ausnutzt (z. B. bei Limit Pricing, angedrohter Preisregulierung oder Dumping). Außerdem ist sie nicht einfach messbar, da neben den Preisen die Kosten bekannt sein müssen. Sofern aber die tatsächlichen Preise langfristig erheblich oberhalb der wettbewerbsrelevanten Stückkosten liegen, ist die PKM das letztendlich ausschlaggebende Indiz für Marktmacht. Denn wenn Marktmacht bei der Preissetzung durchgängig ausgeübt wird, muss sie auch vorliegen.¹³⁶ Da der Umkehrschluss nicht gilt, erweist sich die Stärke der anderen Marktmachtkriterien am ehesten, wenn bei der Preissetzung Marktmacht nicht nachweisbar ist. Dann kann sie immer noch vorliegen, zeigt sich aber anders (z. B. in der Verdrängung anderer Wettbewerber).

b) Terminierungsentgelte im Verhältnis zu LRAIC und anteiligen Gemeinkosten

Als wettbewerbsrelevante Kosten werden von OFTEL die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten des jeweiligen Dienstes (Long-run Average Incremental Costs = LRAIC) angesehen. Diese stimmen mit dem Kostenmaßstab für regulierte Vorleistungen und mit den Preisen unter annähernd vollständigem Wettbewerb überein. Für den Wettbewerb unter Mehrproduktunternehmen ist aber maßgeblich, dass die LRAIC nur eine langfristige Preisuntergrenze angeben, während die wettbewerbliche Preisobergrenze durch die langfristigen Durchschnittskosten eines hypothetischen Einproduktunternehmens bestimmt wird, das nur Mobilfunkterminierungen anbietet (hypothetisch, weil Mobilfunkterminierung nie von einem Einproduktunternehmen angeboten wird). Diese Durchschnittskosten werden auch als Stand-Alone-Kosten (SAC) bezeichnet. OFTEL verwendet daher LRAIC plus einem proportionalen Gemeinkostenaufschlag als Maßstab. OFTEL (sowie die Competition Commission¹³⁷) hat die LRAIC (plus anteilige Gemeinkosten) der Mobilfunkterminierung über einen Zeitraum von etlichen Jahren berechnet. Das zurzeit gültige Kostenmodell gilt für 2002/03.

¹³⁶ *Knieps*, Diskussionsbeiträge des Instituts für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik Nr. 63 (1999), 37, meint, dass mit den ökonometrischen und spieltheoretischen Modellen der Ökonomen eine stabile Lokalisierung von Marktmacht nicht möglich sei. Die dabei angesprochenen ökonometrischen Modelle beziehen sich jedoch auf Märkte, in denen die Kosten der Leistungserstellung nicht bekannt sind. Selbst wenn man die Kostenmodelle im Telekommunikationsbereich anzweifelt, geben sie doch die Kosten annähernd richtig wieder. Die angesprochenen spieltheoretischen Modelle erlauben zwar eine Vielzahl von Folgerungen (nach dem sog. „Folk“-Theorem); sie würden aber nicht etwa dort Marktmacht finden, wo keine existiert.

¹³⁷ Competition Commission, Vodafone, O2, Orange and T-Mobile: Reports on references, 2003.

(i) *LRAIC*

Für Deutschland gibt es noch keine entsprechenden Kostenmodelle und auch weltweit nur noch zwei weitere Modelle aus dem U.S.-Bereich.¹³⁸ Das OFTEL Modell ist mithilfe von Umrechnungsfaktoren zur Grundlage der Kostenberechnung für andere Länder genommen worden. Dabei wurde nahe gelegt, dass die so erzielten Werte für Deutschland nur geringfügig von denen für Großbritannien abweichen.¹³⁹ Wenn man folglich an dem OFTEL-Modell oder den Umrechnungsfaktoren nichts Wesentliches auszusetzen hat, muss man wohl die Größenordnung der OFTEL-Kostenzahlen als richtig anerkennen.

Bislang kann angenommen werden, dass die Terminierungsvolumina insgesamt in Großbritannien und Deutschland 2003 in etwa übereingestimmt haben. Wenn man davon ausgehen darf, dass die Zahl der On-Net-Anrufe auch nicht sehr unterschiedlich war, bedeutet dies, dass sich die „Terminierungsdichten“ pro Einwohner in Großbritannien und Deutschland in etwa umgekehrt zu der Bevölkerungsrelation verhalten. Folglich beträgt die Dichte in Deutschland etwa 70 % der Großbritanniens. Dies schließt sowohl die höhere Nutzung als auch die höhere Mobilfunkpenetration Großbritanniens bereits ein.

Die beiden großen deutschen Netzbetreiber haben mit jeweils ungefähr 40 % Marktanteil in einem weniger dichten Markt vermutlich leicht niedrigere Kosten als die britischen Netzbetreiber mit je 20-25 % Marktanteil in einem dichteren Markt. Die beiden kleinen deutschen Netzbetreiber haben aber gegenüber der britischen Kostenrechnung sowohl Dichtenachteile als auch Unternehmensgrößennachteile. Diese Nachteile erhöhen die von OFTEL angegebene Kostenobergrenze von 8,5 Cent mit hoher Wahrscheinlichkeit um mehrere Cent. Sofern die so gefundenen Kosten als Wettbewerbspreise anzusehen sind, sind sie mit den in Deutschland zurzeit geltenden Terminierungsentgelten zu vergleichen.

Es gibt genügend geografische und im Mobilfunkmarkt liegende Unterschiede zwischen Deutschland und Großbritannien, um eine blinde Übertragung der von OFTEL gefundenen Kosten nicht ratsam erscheinen zu lassen. Für eine Anpassung des OFTEL-Modells wäre zunächst einmal die Berechnung historischer Vollkosten angebracht, um Kostenunterschiede gegenüber Großbritannien herauszuarbeiten. Im Zeitablauf wird aber auch ein eigenes deutsches Kostenmodell unumgänglich sein.

(ii) *Die deutschen Terminierungsentgelte*

Die Kosten der Mobilfunkterminierung sind in einem nächsten Schritt mit den Preisen zu vergleichen, um so zu PKM und einer Beurteilung der Wettbewerbseigenschaften der Preise zu

¹³⁸ ACCC, Mobile Service Review – Mobile Terminating Access Service, Draft Decision, 2004.

¹³⁹ S. *Bomse/Cave/Le Blanc/Neumann*, How mobile termination charges shape the dynamics of the telecom sector, Draft final report, 2003, 15.

kommen. Aus der Entwicklung der deutschen Mobilfunkterminierungsentgelte¹⁴⁰ lassen sich einige klare Aussagen ableiten. Zum Ersten waren die PKM bis zum Jahr 2000 erheblich höher als danach. Die PKM lagen im Jahr 1999 auf Basis der Kostendaten von OFTEL bei den großen deutschen Anbietern über 200 %. Zum Zweiten bestand bis 2000 ein erheblicher Unterschied zwischen den GSM-1800-Anbietern E-Plus und O2. Zum Dritten sind seit 2001 die Terminierungsentgelte der beiden großen Mobilfunkanbieter und die der kleinen Anbieter jeweils annähernd gleich, wobei die kleinen Anbieter signifikant höhere Terminierungsentgelte durchsetzen konnten als die großen Anbieter. Zum Vierten sind die Terminierungsentgelte von 2001 bis 2004 etwa gleich geblieben, während die Terminierungskosten gesunken sind. Dadurch hat eine Zeit lang eine Trendumkehr in den PKM stattgefunden, die heute auf der Basis der britischen Kostendaten bei etwa 100 % liegen. Die nunmehr für Dezember 2004 und 2005 beschlossenen Entgeltsenkungen setzen den Abwärtstrend wieder fort.

(iii) Gemeinkosten

Ausgehend von den britischen Kosten ergibt sich heute in Deutschland ein durchschnittlicher Aufschlag (PKM) von etwa 100 %. Unter der Annahme, dass die Kosten um 10 % jährlich sinken, würde bei den neu beschlossenen Entgelten in 2005 die PKM auf etwa 90 % und 2006 auf etwa 75 % fallen. Auch wenn diese Zahl immer noch als hoch gelten kann und damit auf das Bestehen von Marktmacht hindeutet, hängt letzteres auch noch von anderen Faktoren ab, und zwar insbesondere vom Vorliegen und von der Zurechnung der Gemeinkosten.

Wenn man lediglich die von OFTEL anerkannten administrativen Gemeinkosten in Höhe von 0,5 Cent pro Minute auf Deutschland überträgt, so führt dies zu keiner Änderung des bisherigen Ergebnisses, wonach die Terminierungsentgelte die relevanten Kosten erheblich überschreiten. Dies könnte sich aber ändern, wenn auch die kundenbezogenen Gemeinkosten als für Terminierungen relevant erachtet werden. Daraus könnten sich zurechenbare Gemeinkosten bis zu mehreren Cent ergeben.

Genauso wie oben die Frage gestellt wurde, inwieweit Anrufempfänger auf eine Erhöhung der Terminierungsentgelte mit einer veränderten Nachfrage reagieren, kann in legitimer Weise gefragt werden, inwieweit ein Mobilfunknetzbetreiber Werbeausgaben für Teilnehmer tätigt, um dadurch Terminierungserlöse zu erzielen. Die korrekte Frage hinsichtlich der Kundengewinnungskosten ist daher, welche Grenzerlöse mit einer Erhöhung der Kundengewinnungskosten zu erzielen sind. Das gewinnmaximierende Gleichgewicht für Kundengewinnungskosten ist erreicht, wenn die erwarteten Grenzerlöse den Grenzausgaben entsprechen. Unter diesem Gesichtspunkt sind sowohl die direkten Erlöse der Teilnehmeranschlüsse als auch die indirekten Erlöse der damit verbundenen Terminierungen Teil der relevanten Grenz-

¹⁴⁰ Dargestellt bei *Bomse, u.a.*, (Fn. 139), S. 38.

erlöse, sodass die Kundengewinnungskosten Gemeinkosten der direkten Nutzerdienste und des Terminierungsdienstes sind.

Selbst wenn man diese Kosten für Deutschland nicht ohne sorgfältig analysierte empirische Daten ermitteln kann, lohnt es sich dennoch, eine überschlägige Rechnung der tatsächlichen und volkswirtschaftlich gewünschten Kundengewinnungskosten auf der Basis der britischen Zahlen vorzunehmen. Dazu wird unterstellt, dass die Kundengewinnungskosten linear mit dem damit erzielbaren Deckungsbeitrag ansteigen.¹⁴¹ Ferner sei angenommen, dass Terminierungsumsätze 25 % der Gesamtumsätze von Mobilfunknetzbetreibern ausmachen, während die erzielbaren Deckungsbeiträge bislang minimal 25 % und maximal 50 % betragen. Schließlich wird von der britischen Competition Commission die Aussage übernommen, nach der die gesamten Kundengewinnungs- und Kundenerhaltungskosten in Großbritannien im Jahr 2001 6,2 Pence bzw. 9,3 Cent pro Minute betragen.¹⁴² Dann wären davon bei dem aktuellen Deckungsbeitrag von 25-50 % den Terminierungskosten 2,325 bis 4,65 Cent pro Minute zurechenbar. Diese Überschlagsrechnung zeigt, dass die „Gemeinkosten“-Zurechnung einen großen Einfluss auf die Einschätzung haben kann, ob Marktmacht vorliegt oder nicht (in dieser Überschlagsrechnung werden Gemeinkosten wohlgermerkt nicht in dem Sinne verstanden, dass die Kosten mit der Ausstoßmenge eines einzelnen Dienstes nicht variieren, sondern nur in dem Sinne, dass verschiedene Dienste dieselben Kostenelemente verwenden und dabei Skalenerträge und Verbundvorteile nutzen).

Als Fazit zu den kundenbezogenen Gemeinkosten sollten diese zu einem unterproportionalen, aber dennoch signifikanten Teil Berücksichtigung finden, da auch in einem wettbewerblichen Terminierungsmarkt Deckungsbeiträge erzielt werden, die eine Kundengewinnung und -pflege attraktiv machen.

(iv) Befund

In den Mobilfunkterminierungsmärkten bestehen hohe PKM, wodurch die Existenz von Marktmacht bestätigt wird, die bereits durch hohe Marktanteile indiziert ist und durch geringe Marktgegenmacht nicht aufgehoben wird. Aus der Analyse der LRAIC ist festzuhalten, dass die Preise der Terminierung in Bezug auf ihre Kosten erhöht sind. Es bestehen allerdings Unsicherheiten in Bezug auf die Übertragbarkeit der britischen LRAIC auf Deutschland. Zudem sollte eine Zurechnung der Kosten für die Kundengewinnung erfolgen. Es lässt sich daher zumindest vermuten, dass die in den deutschen Mobilfunkterminierungsmärkten ausgeübte Marktmacht erheblich geringer ist als von OFTEL für Großbritannien festgestellt.

¹⁴¹ Dies ist eine konservative Annahme, da die Gesamtkostenkurve der Kundengewinnung im Bereich des Gewinnmaximums konvex sein muss und Terminierungsdeckungsbeiträge als inkrementell angenommen werden.

¹⁴² Competition Commission, Vodafone, O2, Orange and T-Mobile: Reports on references, 2003, 172.

c) Ramsey-Preise

Fraglich ist, ob der unsichere Befund hinsichtlich der LRAIC mittels einer Analyse zu Ramsey-Preisen gesicherter bestätigt werden kann. Die oft inkonsistenten Wettbewerbseigenschaften von proportionalen Gemeinkostenaufschlägen sind ein Hauptgrund für eine Bevorzugung der Ermittlung von Deckungsbeiträgen, die vom Markt bestimmt werden. Solche Berechnungen würden den unternehmensspezifischen Nachfrageelastizitäten im Sinne der Ramsey-Preisregel folgen. Sofern die durchschnittlichen variablen zurechenbaren Kosten den Grenzkosten gleichkommen, sind die resultierenden Aufschläge auf die Grenzkosten umgekehrt proportional zu den unternehmensspezifischen Elastizitäten der Dienste.

Ein Problem bei Ramsey-Preisen ist, dass sie ursprünglich für ein gerade kostendeckendes Preisniveau und für einen Monopolisten gelten sollten. Sofern in einem Unternehmen Dienste mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität zusammenkommen, gehen die Wohlfahrtseigenschaften der Ramsey-Preisregel verloren, da dann zwischen den Marktnachfrageelastizitäten und den unternehmensspezifischen Elastizitäten keine Proportionalitätsbeziehung besteht. Ein legitimer Test der Wettbewerbseigenschaften von Mobilfunkterminierungsentgelten wäre deshalb eine Berechnung der Ramsey-Preise der wichtigsten Mobilfunkdienste, und zwar für monatliche Grundgebühren, ausgehende ON-Net- und Off-Net-Anrufe und Terminierungen auf Grundlage der Marktnachfrageelastizitäten bei Kostendeckung der anbietenden Mobilfunknetzbetreiber. Wenn die tatsächlichen Preise diesen Ramsey-Preisen entsprechen, so würde dies ein starkes Indiz dafür sein, dass die Terminierungsentgelte denselben Wettbewerbsbedingungen unterliegen wie die Entgelte anderer Mobilfunkmärkte. Dafür müsste die Regel der zu den relevanten Marktelastrizitäten umgekehrt proportionalen Preise und die durchschnittliche Kostendeckung der Preise gelten.

Heutige Terminierungsentgelte sind insbesondere hinsichtlich der relativ zu Terminierungsentgelten zu niedrigen On-Net-Preise und zu hohen Off-Net-Preise für Wenignutzer nicht als Ramsey-Preise zu rechtfertigen. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass die Terminierungsentgelte notwendigerweise höher sind als die relevanten Ramsey-Preise, sondern dass die Endnutzerentgelte selbst nicht dem Ramsey-Prinzip genügen. Im Wettbewerb zustande kommende Ramsey-Preise setzen durchgehend bestreitbare Märkte oder zumindest eine identische Wettbewerbssituation auf allen Märkten voraus. Die hier vorgenommene, zugegebenermaßen vorläufige und ungenaue Kalkulation legt vielmehr nahe, dass in den einzelnen Mobilfunkbereichen unterschiedliche Wettbewerbsintensität herrscht und damit eine Ramsey-Analyse zur Bestimmung der Marktmacht in den Terminierungsmärkten nicht zielführend ist.¹⁴³

¹⁴³ *Newbery* hat sich in jüngster Zeit für Ramsey-Aufschläge bei der Entgeltregulierung von Mobilfunkterminierungen stark gemacht.

d) Stand-alone-Kosten (SAC)

Es wird oft behauptet, dass bei Preisen, die zwischen den inkrementellen und den Stand-alone-Kosten liegen, keine Marktmacht ausgeübt wird.¹⁴⁴ Dies gilt jedoch nur, wenn das Unternehmen nicht insgesamt Erlöse erzielt, die die volkswirtschaftlichen Kosten übersteigen. Ein Unternehmen, das bei allen Diensten (fast) seine Stand-alone-Kosten deckt, kann sehr wohl Marktmacht ausüben, zum Beispiel wenn neue Wettbewerber vom Marktzutritt durch lange Bauzeiten für Netzanlagen oder durch andere Marktzutrittsschranken von dem Markt ferngehalten werden ("bottlenecks"). Die Stand-alone-Kosten können effektiv so hoch sein, dass das Unternehmen volle Monopolmacht ausübt. Wenn man also den Stand-alone-Kostentest für Mobilfunkterminierungen durchführen will, muss man zunächst feststellen, ob die Stand-alone-Kosten von Mobilfunkterminierungen durch die Einnahmen mehr als gedeckt werden. Ist das der Fall, so wird dadurch Marktmacht festgestellt (sofern dies nicht nur vorübergehend zutrifft). Anderenfalls ist festzustellen, ob auch bei den anderen Diensten (oder Kombinationen von Diensten) mehr als die Zusatzkosten Erlöse werden, sodass insgesamt ein Übergewinn vorliegt. Dann ist der Test im Ergebnis unschlussig.

Bei einer fiktiven Trennung von Vorleistungs- und Endnutzergeschäft ergeben sich durch SAC wenige Kostenerhöhungen gegenüber LRAIC. Denn dann würden Kundengewinnungs- und -erhaltungskosten nicht Teil der SAC sein. Dagegen würden sie in die SAC eingehen, wenn das hypothetische Einproduktunternehmen selbst die Kundenbeziehungen zu den Anrufempfängern herstellen und unterhalten muss. Dies würde nahe legen, dass von der vertikalen Integration Verbundnachteile in Form erhöhter Kundengewinnungskosten ausgehen. Das ist sehr unwahrscheinlich. Vielmehr fallen die Kundengewinnungskosten dann nur im Wettbewerb zwischen Diensteanbietern und nicht im Wettbewerb zwischen Netzbetreibern an. Aus Sicht des Netzbetreibers wenden die Diensteanbieter zu wenige Kundengewinnungskosten auf, da sie die durch Terminierung erzielbaren Deckungsbeiträge des Netzbetreibers nicht berücksichtigen. Insofern ist aus Sicht des Netzbetreibers die vertikale Separierung ineffizient und würde ihn veranlassen, zusätzliche Kundengewinnungskosten aufzuwenden. Dies geht wegen mangelnden Verbundes von Netzbetrieb und Endkundengeschäft mit dem Verlust von Verbundvorteilen einher. Deshalb müssen unter Einrechnung aller Aspekte die SAC oberhalb der oben diskutierten LRAIC plus anteilige Gemeinkosten liegen. Mangels konkreter deutscher Kostendaten können die SAC für Deutschland jedoch nicht weiter eingeeengt werden. Dies ist erst möglich, wenn LRAIC und Gemeinkosten für Deutschland hinreichend genau bestimmt sind.

¹⁴⁴ Sofern alle Preise eines Unternehmens zwischen LRAIC und SAC liegen, besteht auch keine Quersubventionierung. S. dazu *Baumol/Sidak*, *Toward Competition in Local Telephony*, 1994, 77 ff.

e) Internationale Terminierungsentgeltvergleiche

Eine weitere Bewertung der Marktmacht deutscher Mobilfunknetzbetreiber in ihren Terminierungsmärkten könnte sich aus einem internationalen Vergleich der Terminierungspreise ergeben. Ein einfacher Vergleich nach der von IRG erstellten Tabelle¹⁴⁵ zeigt, dass die deutschen Mobilfunkterminierungsentgelte von der Höhe her beginnend mit den niedrigsten im hinteren europäischen Mittelfeld liegen. Nach einer Untersuchung von Ovum repräsentierten die deutschen Mobilfunkterminierungsentgelte im September 2003 fast genau den Durchschnitt von 16 europäischen Ländern.¹⁴⁶ Da es sich dabei um eine Mischung aus regulierten und bis dato unregulierten nationalen Mobilfunkmärkten handelt, ist dies *per se* ein Indiz weder für noch gegen die Ausübung von Marktmacht in deutschen Mobilfunkterminierungsmärkten, zumal die meisten Regulierer in den Ländern mit höheren (und zum Teil auch mit niedrigeren) Mobilfunkterminierungsentgelten als Deutschland für ihr Land bereits das Bestehen von Marktmacht festgestellt haben (z. B. Irland und Frankreich), nur mit dem Unterschied, dass dort die Regulierung noch nicht greift.¹⁴⁷ Insofern kann man auch aus den in Deutschland geplanten Terminierungsentgeltsenkungen für Dezember 2004 und 2005 noch nicht den Schluss ziehen, dass sich die deutsche Position gegenüber den anderen europäischen Ländern erheblich verbessern wird. Vielmehr wird Deutschland auch danach im Mittelfeld liegen, wenn die bis dahin stattfindenden Entgeltsenkungen der anderen Länder berücksichtigt werden.

f) Ergebnis zur Preissetzung

Die Untersuchung der Preissetzung deutscher Mobilfunkunternehmen bei Terminierungen führt zu keinem eindeutigen Ergebnis. Einerseits gilt Folgendes: Auf der Basis der für Großbritannien von OFTEL berechneten Kostendaten wären auch die deutschen (wie die britischen) Mobilfunkterminierungsentgelte mit Aufschlägen von derzeit etwa 80 % (und Ende des Jahres etwa 60 %) auf die LRAIC plus die von OFTEL zugerechneten Gemeinkosten deutlich höher als Wettbewerbspreise. Das gilt auch für die SAC bei Einbeziehung der gesamten von OFTEL anerkannten netzbezogenen Gemeinkosten. Auch eine überschlägige Untersuchung, ob die Aufschläge im Rahmen einer Ramsey-Preisargumentation gerechtfertigt werden könnten, führte zu dem Ergebnis, dass die herrschenden Terminierungsentgelte gegenüber On-Net-Preisen zu hoch sind.

Andererseits gilt aber auch: Während all diese Umstände für die Ausnutzung von Marktmacht sprechen, ist ein blindes Vertrauen in OFTELS Kostendaten nicht gerechtfertigt. Die in

¹⁴⁵ "IRG Snapshot of Mobile Termination Rates (MTR)"; abrufbar unter <http://www.regtp.de/imperia/md/content/internatio/11.pdf> (Stand: 31.1.2004).

¹⁴⁶ Nach Tabelle in *ComReg*, Market Analysis – Wholesale voice call termination on individual mobile networks, 2003, 30.

Deutschland geringere Anrufdichte und die Kundengewinnungskosten sollten eine eigene deutsche Kostenanalyse zur Folge haben. Dies heißt nicht, dass die deutschen Kosten erheblich höher sein müssen als die von OFTEL gefundenen Kosten, und zwar insbesondere nicht für die beiden großen Mobilfunkanbieter in Deutschland. Die vorgebrachten Argumente sollten deshalb auch nicht zu einer Hinauszögerung der Marktmachtdeterminierung führen. Auch bei einer Erhöhung der gefundenen Kosten um mehrere Cent würden die heute herrschenden Mobilfunkterminierungsentgelte zu allen deutschen Mobilfunknetzbetreibern Marktmacht reflektieren. Insbesondere würden sie nicht die anderen für das Vorliegen von Marktmacht vorgebrachten Argumente entkräften. Die deutschen Kostenrechnungen könnten aber für die Regulierungsoptionen und für zukünftige Marktanalysen nach weiteren Entgeltanpassungen sehr relevant werden.

Die deutschen Kostenrechnungen könnten zudem zur Rechtfertigung der bestehenden Entgeltunterschiede zwischen den Netzen von T-Mobile und Vodafone einerseits sowie O2 und E-Plus andererseits dienen. Während die in der OFTEL-Review enthaltene Kostenrechnung nur 1,5 Cent pro Minute rechtfertigt, könnte sich diese Differenz aufgrund der unterschiedlichen Netzdichte auf 3-4 Cent erhöhen.

4. Neueste Entwicklungen bei den Terminierungsentgelten

Die Mobilfunknetzbetreiber haben sich nach monatelangen Verhandlungen jeweils mit der T-Com über eine Absenkung der F2M-Terminierungsentgelte in zwei Schritten im Dezember 2004 und im Dezember 2005 geeinigt. Die Terminierungsentgelte werden am Ende für T-Mobile und Vodafone 11 Cent pro Minute und für E-Plus und O2 12,4 Cent pro Minute betragen.¹⁴⁸ Diese Absenkung ist in die Bewertung der Marktmacht dieser Unternehmen einzubeziehen.

¹⁴⁷ Zur Heranziehung von Benchmarks vgl. RegTP, Beschluss v. 8.11.2004, BK 4c-04-048 – Vodafone/01051, S. 13 des amtl. Umdrucks.

¹⁴⁸ Vgl. Süddeutsche Zeitung v. 1.7.2004, „Schneller als die Regulierer“.

Die angekündigten Entgeltsenkungen haben einen zweifachen Effekt auf die Marktbeherrschung der Mobilfunknetzbetreiber. Zum einen zeigt sich aufgrund der deutlichen Verringerung der Entgelte die zunehmende Bereitschaft der T-Com, ihre in eingeschränktem Umfang aber durchaus vorhandene ausgleichende Nachfragemacht auszuüben. Zum anderen ist eine Tendenz erkennbar, wonach die Terminierungsentgelte sich langfristig auf ein mittleres Niveau im internationalen Vergleich hinbewegen. Dies zeigt, dass die Mobilfunknetzbetreiber im Terminierungssektor in gewissem Maße bereits von externen Faktoren, wie Wettbewerbskräften und regulatorischen Einflüssen, abhängig sind. Allerdings sind diese externen Faktoren noch nicht so ausgeprägt, dass keine Marktbeherrschung mehr zu konstatieren wäre. Die Marktbeherrschung kann jedoch gegenüber dem momentanen Ist-Zustand künftig als vermindert angesehen werden, da die freiwilligen Preissenkungen die in den vergangenen Jahren zu unterstellenden Rückgänge der anzurechnenden Netzkosten abbilden und damit die PKM verringern werden, ohne dass ein konkretes regulatorisches Eingreifen vorliegt. Wenn sich die Tendenz der Entgeltsenkung auch nach 2005 fortsetzt oder wenn bereits zwischenzeitlich eine weitere Annäherung an das Benchmarking zu verzeichnen wäre, könnte dies auf eine weitere Verminderung der Marktmacht bis zu deren Verschwinden hindeuten.

5. Gesamtwürdigung der Marktpositionen

Die Marktbeherrschungskriterien der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur und des Marktverhaltens sind in einer Gesamtbetrachtung zu bewerten. Für sich genommen sind die einzelnen Kriterien nicht unbedingt aussagekräftig.¹⁴⁹ Erst in einer Gesamtschau ergibt sich ein treffendes Bild über die Beherrschungssituation auf den zu untersuchenden Märkten.¹⁵⁰ Dabei ist insbesondere entscheidend, ob die einzelnen Marktbeherrschungskriterien in dieselbe Richtung zeigen oder ob sie teilweise entgegengerichtet sind. Im ersten Fall ergibt sich die Gesamtschau unmittelbar als Summe der Einzelergebnisse, während im zweiten Fall eine Abwägung der einzelnen Kriterien gegeneinander vorzunehmen ist. In den vorliegend untersuchten Mobilfunkterminierungsmärkten bestehen zwischen den einzelnen Kriterien keine Widersprüche.

Gleichwohl deuten die Verhaltenskriterien der Marktgegenmacht und des Preisverhaltens darauf hin, dass (a) die Marktmacht in Deutschland weniger gravierend ist als OFTEL für Großbritannien festgestellt hat und dass (b) zwischen den einzelnen Unternehmen von der Finanzkraft und ihrer Stellung in den Mobilfunkmärkten her Unterschiede bestehen könnten, wenngleich sich diese zur Zeit nicht in den Terminierungsentgelten niederschlagen.

¹⁴⁹ EuGH, 14.02.1978 – Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 63, 66 – United Brands Company u.a./Kommission.

¹⁵⁰ Vgl. *Immenga*, MMR 2000, 196 (200).

III. Ergebnis

Die vier Mobilfunknetzbetreiber T-Mobile, Vodafone, E-Plus und O2 können sich in ihren Terminierungsmärkten weitgehend unabhängig vom Wettbewerb, von ihren Nachfragern und letztlich von den Verbrauchern verhalten. Das Bestehen von Marktmacht ist durch Marktanteile von 100 % indiziert. Marktgegenmacht liegt nicht in einem Maße vor, das die Marktmacht aufheben könnte. Ferner bestätigt das Preissetzungsverhalten mit dem Resultat hoher PKM dieses Bild. Allerdings sind diesbezüglich bereits deutliche Tendenzen erkennbar, die mittelfristig das Maß der Marktmacht als geringer erscheinen lassen können. Im Ergebnis liegt in den deutschen Mobilfunkterminierungsmärkten derzeit Marktmacht vor und es existiert kein wirksamer Wettbewerb.¹⁵¹

C. Identifikation der Regulierungsbedürftigkeit

Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG kommen für eine Ex-ante-Regulierung nach dem TKG nur solche Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Diese drei Kriterien zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit gehen auf die Kommissions-Empfehlung zurück.¹⁵² Zugunsten eines übersichtlich strukturierten Prüfungsaufbaus erfolgt die Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit erst nach der Marktanalyse, obgleich sie nach § 10 TKG als Bestandteil der Marktdefinition erfolgen sollte.

Es ist jedoch umstritten, inwieweit eine Überprüfung dieser Kriterien durch die nationale Regulierungsbehörde nach dem EG-Rechtsrahmen zulässig ist.¹⁵³ Insbesondere von *Klotz* wird vertreten, dass nach Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie als Anforderung für eine Regulierung lediglich das Fehlen wirksamen Wettbewerbs festzustellen ist.¹⁵⁴ Eine eigenständige Prognoseentscheidung der nationalen Regulierungsbehörden über die Notwendigkeit einer Ex-ante-Regulierung sei folglich nicht vorgesehen.¹⁵⁵ Dem widerspricht jedoch die Kommissionspraxis. Die Kommission geht selbst von der Notwendigkeit der Prüfung der drei Faktoren durch

¹⁵¹ Das Produkt Genion bleibt vorliegend unberücksichtigt.

¹⁵² Kommission, Empfehlung, ABl. EU 2003, L-114, 45, Erwägungsgrund 9.

¹⁵³ Für eine Prüfung insb. des dritten Kriteriums sind *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340 (355); *Korehnke*, TKMR-Tagungsband 2004, 17 (18).

¹⁵⁴ *Klotz*, TKMR-Tagungsband 2004, 5 (8).

¹⁵⁵ S. auch *Elkettani*, K&R-Beilage 1/2004, 11 (12); vgl. *Krüger*, in: Kruse/Haucap, Mobilfunk zwischen Wettbewerb und Regulierung, 2004, 155 (167).

die nationalen Regulierungsbehörden aus.¹⁵⁶ Dies ergibt sich aus Stellungnahmen im Konsultationsverfahren nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie, in denen die Kommission teilweise zur Marktdefinition kritisch anmerkt, dass die drei Merkmale des „Drei-Kriterien-Tests“ nicht erfüllt seien.¹⁵⁷ Insbesondere für nicht in der Empfehlung aufgeführte Märkte sei die Analyse der drei Kriterien notwendig.¹⁵⁸

I. Vorliegen anhaltender Zugangshindernisse

Im Rahmen der Marktanalyse wurde ermittelt, dass die Mobilfunkterminierungsmärkte durch beträchtliche Zugangshindernisse gekennzeichnet sind. Die strukturell und rechtlich bedingten Zugangshindernisse müssen anhaltend sein oder, wie es der englische Wortlaut der Empfehlung („non-transitory entry barriers“)¹⁵⁹ anschaulicher formuliert, nicht lediglich vorübergehend.¹⁶⁰ Für die strukturell bedingten Zugangshindernisse kann die Beständigkeit der Zugangshindernisse bejaht werden, solange es keine technische Möglichkeit gibt, auf die SIM-Karten anderer Netzbetreiber zum Zwecke der Terminierung zuzugreifen und CPP fortbesteht. Eine technische Alternative zur Terminierung ist nicht in Sicht. Auch die Einführung des vollständigen RPP-Prinzip ist in Deutschland bislang nicht zu erkennen. Gleichfalls ist eine Abkehr der zivilrechtlichen Untersagung von Terminierungsangeboten mittels GSM-Gateways nicht anzunehmen. Daher gibt es zurzeit keinen Anlass, die Beständigkeit der Zugangshindernisse in den Mobilfunkterminierungsmärkten anzuzweifeln.

II. Längerfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb

Als zweites Kriterium für die Regulierungsbedürftigkeit ist zu fragen, ob nicht längerfristig gesehen eine Tendenz der zu untersuchenden Märkte zu wirksamem Wettbewerb festzustellen ist. Dieser dynamische Aspekt berücksichtigt, dass ein Markt trotz beträchtlicher Zugangshindernisse aufgrund struktureller Faktoren oder anderer Merkmale zu einem wirksamen Wettbewerb tendieren kann, wodurch die Notwendigkeit einer Vorabregulierung entfallen könnte.¹⁶¹ Ausschlaggebend könnten etwa technische Innovationen potenzieller Wettbewerber

¹⁵⁶ Vgl. Kommission, Entscheidung v. 20.2.2004 – Sachen FI/2003/0024 u. FI/2003/0027, K(2004) 527, Erw. 12 – Notifizierung Ficora, in der eine Entscheidung der Regulierungsbehörden darüber gefordert wird, ob das Fehlen wirksamen Wettbewerbs dauerhaft ist, was ja dem zweiten Kriterium entspricht.

¹⁵⁷ Kommission, Stellungnahme v. 2.3.2004, Sache IE/2004/0042, SG-Greffe (2004) D/200812, Tz. III (1).

¹⁵⁸ Kommission, Stellungnahme v. 23.9.2003, Sachen UK/2003/0004 u. UK/2003/0005, SG (2003) D/231934, Tz. III (3); s. Kommission, Empfehlung, ABl. EU 2003, L-114, 45, Erw. 19.

¹⁵⁹ Kommission, Empfehlung, Erw. 9.

¹⁶⁰ Huppertz, Die SMP-Konzeption, 2003, S. 204.

¹⁶¹ Kommission, Begründung der Empfehlung, S. 10.

sein, die derzeit noch nicht auf dem Markt präsent sind.¹⁶² Durch abzusehenden technischen Fortschritt kann bereits ausreichender Wettbewerbsdruck entstehen. Solche Innovationen, die eine Konkurrenz bei Mobilfunkterminierungen möglich machen, sind zurzeit allerdings nicht zu erkennen.

Andere dynamische Aspekte könnten sich dadurch abzeichnen, dass auf den Mobilfunkterminierungsmärkten eine Preisentwicklung stattfindet, die stetig sinkende Marktmacht reflektiert. Wenn sich künftig die Preis-Kosten-Margen bei den Terminierungen erheblich reduzieren und diese Entwicklung tendenziell weiter fortschreitet, könnte dies als Ausdruck zunehmenden wirksamen Wettbewerbs gewertet werden. In diesem Fall wäre etwa davon auszugehen, dass es eines sektorspezifischen Eingriffs in die gegenständlichen Märkte nicht bedarf. Eine solche Preisentwicklung ist derzeit jedoch nicht abzusehen.

III. Allgemeines Wettbewerbsrecht als geeignetes Mittel

Schließlich ist zu prüfen, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreicht, um das festgestellte Marktversagen zu überwinden. Wenn es die Umstände erlauben, sollen die Märkte mittels des weniger eingriffsintensiven Kartellrechts beaufsichtigt werden.¹⁶³ Für den deutschen Mobilfunkterminierungssektor ist dieser Aspekt besonders interessant, weil bislang von einer sektorspezifischen Regulierung abgesehen wurde. Wenn jetzt eine solche Regulierung eingeführt würde, so wird dies als Widerspruch zu dem erklärten Ziel gewertet, den Übergang auf eine allgemeine kartellrechtliche Aufsicht für alle Telekommunikationsmärkte voranzutreiben.¹⁶⁴

1. Maßstab für das Ausreichen allgemeinen Kartellrechts

Grundsätzlich ist das allgemeine Kartellrecht in der Lage, marktbeherrschende Unternehmen effektiv zu kontrollieren.¹⁶⁵ Die Feststellung, dass das Kartellrecht nicht geeignet ist, ein Marktversagen abzustellen, setzt also besondere Argumente voraus. Es genügt nicht, als Marktversagen eine marktbeherrschende Stellung anzuführen. Selbst ein Monopol kann durch allgemeines Kartellrecht in hinreichender Weise beaufsichtigt werden. Das Marktversagen muss also eine besondere Beschaffenheit aufweisen, welche die Instrumente des allgemeinen Kartellrechts als wirkungslos erscheinen lassen.

¹⁶² Kommission, Begründung der Empfehlung, S. 11.

¹⁶³ Kommission, Begründung der Empfehlung, S. 8.

¹⁶⁴ Vgl. *Groebel*, Telecommunications Policy 2003, 435 (448).

¹⁶⁵ Vgl. Kommission, Entscheidung v. 21.5.2003 – Sachen IV/37.451 u.a., ABl. EU 2003, L-263, 9 – Deutsche Telekom.

Für die Prognose des dritten Kriteriums ist von der bisherigen Anwendungsweise des Kartellrechts auszugehen. Wenn in der Vergangenheit das allgemeine Kartellrecht ausgereicht hat, das Marktversagen zu regulieren, kann auch davon ausgegangen werden, dass es künftig ebenfalls genügt. Umgekehrt muss eine Nichteignung des Kartellrechts vermutet werden, wenn eine Ex-post-Betrachtung der Kartellrechtspraxis zu dem Schluss führt, dass dem Marktversagen keine hinreichenden Kartellrechtsinstrumente entgegengesetzt wurden. Entscheidender Anknüpfungspunkt ist also die tatsächliche Anwendung des allgemeinen Kartellrechts bezüglich des festgestellten Marktversagens in der Vergangenheit.

2. Bisherige Anwendung allgemeinen Kartellrechts

Diese historische Betrachtungsweise ist im deutschen Mobilfunkterminierungssektor besonders ergiebig. Anders als in anderen Sektoren oder in anderen Mitgliedstaaten hat der Mobilfunkterminierungssektor in Deutschland bislang keine sektorspezifische Regulierung erfahren. Deshalb war in der Vergangenheit bereits das allgemeine Kartellrecht als Auffangregulierung anwendbar. Solange keine sektorspezifische Telekommunikationsregulierung angewandt wurde, war auch nach dem alten Rechtsrahmen (§ 2 Abs. 3 TKG 1996) die Anwendung des GWB bzw. des EG-Kartellrechts gegeben.¹⁶⁶

Als Ausdruck des Marktversagens kommen im Mobilfunkterminierungssektor hohe Preis-Kosten-Margen (PKM) in Betracht. Für die Geeignetheit allgemeinen Kartellrechts könnte der empirische Nachweis dienen, dass mit den Mitteln des allgemeinen Kartellrechts effektiv das Marktversagen reguliert wurde.¹⁶⁷ Ein solcher Nachweis kann weder für Deutschland noch für die Märkte anderer Mitgliedstaaten erbracht werden. Die Kommission hat zwar bereits im Jahr 1998 die Mobilfunkterminierungstarife in Italien und Deutschland untersucht.¹⁶⁸ Diese Untersuchungen wurden allerdings mit Rücksicht auf die Prüfungen der nationalen Regulierungsbehörden eingestellt.¹⁶⁹ Ähnlich verhält es sich mit einer Beschwerde von MCI Worldcom bei der Kommission gegen Netzbetreiber im Hinblick auf deren Terminierungsentgelte.¹⁷⁰ Auch die Praxis zum GWB zeichnet sich durch eine Nichtanwendung des Kartellrechts durch die zuständigen Behörden und Gerichte im Falle des Mobilfunkterminierungssektors aus.¹⁷¹

¹⁶⁶ Problematisch ist nur die gleichzeitige Anwendung, vgl. *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 41), § 2, Rdnr. 32 f.; vgl. zur Entgeltregulierung BGH, 10.2.2004 – KZR 6/02, 7 ff. des amtl. Umdrucks – Entgelte für Corporate Network Dienste; Kommission, Entscheidung v. 21.5.2003 – Sachen IV/37.451 u.a., ABl. EU 2003, L-263, 9, Rdnr. 53 ff. – Deutsche Telekom.

¹⁶⁷ Vgl. Kommission, Begründung der Empfehlung, 9; *Huppertz* (Fn. 160), S. 205, 206.

¹⁶⁸ *Garzaniti/Liberatore*, E.C.L.R 2004, 169 (171).

¹⁶⁹ Kommission, Pressemitteilung v. 4.5.1999, IP/99/298.

¹⁷⁰ Kommission, Pressemitteilung v. 27.3.2002, IP/02/483.

¹⁷¹ Vgl. etwa KG, 15.1.2004 – 2 U 28/03 Kart, MMR 2004, 243 (246) – GSM-Gateways.

3. Bewertung

Durch die bisherige Anwendungspraxis des allgemeinen Kartellrechts wird mithin nicht nachgewiesen, dass dieses sich des Mobilfunkterminierungssektors adäquat annehmen kann. Da hohe PKM in allen gegenständlichen Märkten über einen Zeitraum von mehreren Jahren zu verzeichnen waren, ohne dass kartellrechtliche Instrumentarien gegriffen hätten, kann *prima facie* nicht von einer Geeignetheit des allgemeinen Kartellrechts ausgegangen werden.

IV. Ergebnis

Für alle vier Mobilfunkterminierungsmärkte, für die das Fehlen wirksamen Wettbewerbs festgestellt wurde, besteht auch ein Regulierungsbedarf nach dem neuen Rechtsrahmen.

D. Regulierungsoptionen

Die in den vorangegangenen Abschnitten ermittelten marktbeherrschenden Unternehmen werden gemäß § 9 Abs. 2 TKG einer Ex-ante-Verpflichtung unterworfen.¹⁷² Die Regulierungsbehörde hat zu diesem Zweck aus dem Katalog der §§ 19 bis 24 TKG die geeigneten Regulierungsmaßnahmen auszuwählen.¹⁷³ Dabei kommt ihr ein Auswahlermessen zu,¹⁷⁴ wobei nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip die Maßnahmen zu wählen sind, die geeignete und erforderliche Mittel darstellen und im Hinblick auf die Regulierungsziele angemessen sind.¹⁷⁵

I. Auswirkungen der Marktbeherrschung

Bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente ist der Effekt der Marktbeherrschung insbesondere hinsichtlich der Interessenpositionen der Endnutzer zu prüfen.¹⁷⁶ Ein Eingriff in die Marktfreiheit kann nur insoweit verhältnismäßig sein, als dadurch die betroffenen Märkte mit positiven Wirkungen insbesondere mit Blick auf die Ziele und Vorgaben der Universaldienstrichtlinie reguliert werden. Daher ist zunächst die Auswirkung der Marktbeherrschung in den jeweiligen Märkten festzustellen, um daran die Auswahl der Regulierungsmaßnahmen ausrichten zu können.¹⁷⁷

¹⁷² Dies entspricht Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie.

¹⁷³ Dazu ausführlich *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, 2004, 127 ff.

¹⁷⁴ Die Auswahl der Vorabverpflichtungen unterliegt insbesondere nicht dem Veto-Recht der Kommission nach Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie, s. *Ruhle*, CR 2004, 178 (179).

¹⁷⁵ Vgl. *Huppertz* (Fn. 160), S. 239 ff, 303 ff.

¹⁷⁶ Vgl. § 21 Abs. 1 TKG; ERG, *Appropriate Remedies*, 2004, 57.

¹⁷⁷ Vgl. ERG, *Appropriate Remedies*, 2004, 27 ff., 39 ff.

1. Überhöhte Preise

Von überhöhten Mobilfunkterminierungsentgelten können wohlfahrtsreduzierende Effekte ausgehen. Dies bezieht sich auf Entgelte, soweit sie die relevanten Ramsey-Preise einschließlich etwaiger Netzexternalitäten übersteigen.¹⁷⁸ Solange ein Terminierungsentgelt unterhalb dieses Ramsey-Preises liegt, führt eine Preiserhöhung bis zu dem Ramsey-Preis zu einer Wohlfahrtserhöhung. Die folgende Argumentation bezieht sich folglich nicht auf positive Preis-Kosten-Margen (PKM), sondern nur auf den Betrag, um den die PKM die des Ramsey-Preises übersteigt. Soweit freilich die relevante PKM des Ramsey-Preises bereits groß ist, sind die verzerrenden Effekte weiterer Preiserhöhungen entsprechend größer.¹⁷⁹

a) Reduktion der allokativen und produktiven Effizienz

Aus Marktmacht resultierende überhöhte Terminierungsentgelte werden von den nachfragenden Netzbetreibern in der Form erhöhter Anrufentgelte auf die Endnutzer abgewälzt. Die nachfragenden Netzbetreiber erleiden daraus also nur geringe direkte Verluste, während der Hauptteil einer Erhöhung von den Endnutzern getragen wird. Neben der Kostenbelastung der Endnutzer entsteht ein Allokationsverlust daraus, dass diese Anrufer im Verhältnis zu optimalen Preisen zuwenig ausgehende Gespräche zu Mobilfunknetzbetreibern führen.¹⁸⁰ Dies gilt für F2M-Anrufe und für Off-Net-M2M-Anrufe. Im Substitutionswettbewerb zwischen M2M-Anrufen und F2M-Anrufen werden ferner von der Ressourcennutzung her günstigere F2M-Anrufe durch kostspieligere On-Net-M2M-Anrufe substituiert. Neben der allokativen wird also auch die produktive Effizienz verschlechtert.

Ferner werden relativ zu viele On-Net- gegenüber Off-Net-M2M-Anrufe getätigt. Dies zeigt sich zum Beispiel daran, dass On-Net-Anrufe häufiger sind als sie statistisch relativ zu Off-Net-Anrufen sein sollten.¹⁸¹ Die eigentlich interessante Frage ist freilich, ob diese Anrufverteilung empirisch die reinen Elastizitätseffekte aus den Preisunterschieden übersteigt. Dies könnte z. B. in Großbritannien für 2001 gelten, wenn dort der On-Net-Anteil mit 33,7 % der Gespräche mehr als doppelt so hoch ist wie der Off-Net-Anteil mit 14,6 %.¹⁸² Die Mobiltelefon-Subventionen verzerren überdies den Wettbewerb im Markt für Mobiltelefone, indem Mobiltelefone zu häufig ausgetauscht werden und die Verkäufe nicht der Mobiltelefon-

¹⁷⁸ Insb. OFTEL, EU Market Review, Rdnr. 5.19 ff., 5.33 geht von der Möglichkeit von Ramsey-Preisen aus, falls der Terminierungsmarkt nicht preisreguliert wird.

¹⁷⁹ S. z. B. die Abbildungen 7.1 und 7.2 in ACCC, Mobile Service Review – Mobile Terminating Access Service, Draft Decision, 2004, 125.

¹⁸⁰ Die Monopolkommission, Sondergutachten Nr. 39, 2003, Tz. 220, betrachtet diese Effekte unter dem Gesichtspunkt der Externalität, die davon ausgeht, dass ein Mobilfunkkunde einen Anbieter mit hohen Terminierungsentgelten wählt, für die seine Anrufer zahlen müssen.

¹⁸¹ S. Bomsel, u.a., (Fn. 139), S. 30.

¹⁸² Bomsel, u.a., (Fn. 139), S. 30, Tabelle 2.

Nachfrage entsprechen. All diese beschriebenen Mengeneffekte haben entsprechende verzerrende Effekte auf die Investitionen in den betroffenen Bereichen. Das bedeutet, dass Überinvestitionen in den Bereichen stattfinden, die von überhöhten Mobilfunkterminierungsentgelten begünstigt werden, während die benachteiligten Bereiche zu wenig Investitionen aufweisen.

b) Ineffiziente Quersubventionierung aus dem Festnetz

Im Wettbewerb unter Mobilfunknetzbetreibern führen die hohen Terminierungsentgelte zu einem zusätzlichen Wettbewerbsspielraum, der zur Preissenkung von On-Net-Anrufen und monatlichen Grundgebühren und zu Mobiltelefon-Subventionen genutzt wird, weil dies das Anrufvolumen in das betreffende Mobilfunknetz erhöht. Damit subventionieren die Festnetzkunden über F2M-Anrufe die Mobilfunknetzbetreiber und deren Kunden. *Bomsel u.a.* schätzen die Festnetz-Mobilfunktransfers in Deutschland für die Jahre 1998-2002 insgesamt auf etwa 6,5 Milliarden Euro.¹⁸³ Solche Quersubventionierung ist grundsätzlich ineffizient, es sei denn sie wird von einer Netzexternalität ausgeglichen. Die Netzexternalität kann darin bestehen, dass zusätzliche Mobilfunkabonnenten denjenigen nützen, die nun diese neuen Abonnenten aus anderen Mobilfunknetzen und aus dem Festnetz anrufen können und von diesen angerufen werden. Bei einer bereits vorhandenen hohen Penetration (von 77 % Ende 2003) in Deutschland sind solche Netzexternalitäten jedoch gering. Außerdem bestehen angesichts der Festnetz-Mobilfunksubstitution Externalitäten in der umgekehrten Richtung, sodass bei voller Substitution die im Mobilfunkbereich durch neue Kunden gewonnenen Externalitäten dem Festnetz durch Abwanderung verloren gehen. Zumindest darf mit einer erheblichen Verringerung des Nettoeffekts der Netzexternalität durch Verluste auf der Festnetzseite gerechnet werden.¹⁸⁴

c) Bewertung der negativen Wohlfahrtseffekte

Zusammenfassend besteht der Effekt überhöhter Mobilfunkterminierungsentgelte in erster Linie nicht in einer Erhöhung des Preisniveaus für Mobilfunkdienste und damit einer Gewinnerhöhung der Mobilfunknetzbetreiber, obwohl diese bei mangelndem Mobilfunkwettbewerb auch resultieren können, sondern in einer Verzerrung der Preise zu Lasten des Festnetzes und von Off-Net-Anrufen.

Fraglich ist, wie diese negativen Wohlfahrtseffekte zu quantifizieren sind. OFTEL hat eine Berechnung der durch Regulierung auf der Basis von LRAIC (plus anteilige von OFTEL be-

¹⁸³ *Bomsel, u.a.*, (Fn. 139), S. 49, ausgedrückt in Euro auf der Basis 2000. Die Zahlen basieren auf den Kostenberechnungen von OFTEL und der Competition Commission.

¹⁸⁴ S. *DeGraba*, Review of Network Economics 1(1), 2002, 61-65.

rechnete Gemeinkosten) gegenüber der Abwesenheit von Regulierung erzielbaren Wohlfahrtseffekte vorgenommen und dabei erzielbare Wohlfahrtsgewinne für das Jahr 2005/2006 in Höhe von 225 Mio. £ pro Quartal festgestellt.¹⁸⁵ Diese Berechnung ist sehr spekulativ, da sie (a) zukunftsgerichtet ist, (b) außer den regulierten Terminierungsentgelten auch noch die anderen Entgelte und Mengen projiziert und (c) als Alternative einen fiktiven unregulierten Zustand annimmt. Dieser fiktive Zustand ist besonders problematisch, da in Großbritannien zum Zeitpunkt der Berechnung sowohl Terminierungsentgelte als auch andere Mobilfunkentgelte von Vodafone und O2 reguliert waren. Eine Übertragung dieses Resultats auf Deutschland ist wegen der in Kapitel C angesprochenen geografischen und anderen Unterschiede wenig sinnvoll und aus Mangel an belastbaren Daten auch zurzeit nicht möglich.

d) Positive Aspekte überhöhter Preise

Von überhöhten Preisen gehen jedoch im Wettbewerb nicht nur negative Wirkungen aus. Vielmehr verschaffen die mit diesen Preisen einhergehenden Gewinnmöglichkeiten den Unternehmen und Außenstehenden auch Anreize, in dem betreffenden Bereich innovativ tätig zu werden. Es ließe sich argumentieren, dass hohe Terminierungsentgelte zur Entwicklung innovativer Tarife führen, die langfristig die Marktmacht im Terminierungsbereich unterlaufen. Dann wäre es besser, heute nicht zu regulieren, da die Regulierung solche Innovationen verhindern könnte und ohne solche Innovation womöglich auf ewig bestehen bliebe. Ob solche Innovationen im volkswirtschaftlichen Sinne produktiv sind, bedarf einer Untersuchung im Einzelfall; aber schon eine Innovation, die Regulierung in diesem Bereich überflüssig machen würde, hätte einen hohen volkswirtschaftlichen Wert. Auch wenn man also diesem Innovationspotential keinen numerischen Wert geben kann, muss man es wohl doch als Faktor den allokativen und produktiven Verlusten überhöhter Terminierungsentgelte entgegenhalten.

2. Ausweitung der Marktmacht auf andere Märkte durch Hebelwirkungen

Die Marktmacht in einem Mobilfunkterminierungsmarkt kann Hebelwirkungen auf den Wettbewerb in den Endkundenmärkten des Mobilfunk- und des Festnetzsektors zur Folge haben. Im Mobilfunksektor bestehen zwar reziproke Verhandlungen über gegenseitige Terminierungsentgelte; aber die Auswirkungen gleich hoher Entgelte auf die Marktpositionen der Wettbewerber sind je nach bereits erlangter Marktstellung im Endkundensegment unterschiedlich. Ein höheres Terminierungsentgelt belastet das Unternehmen mit einem geringeren Umfang ausgehender Gespräche in das andere Netz weniger als das Unternehmen mit der größeren Anzahl ausgehender Gespräche. Gesprächsüberschuss oder -defizit ist freilich nicht unbedingt von den relativen Unternehmensgrößen, sondern von den Kundentypen abhängig.

¹⁸⁵ OFTEL, Explanatory Statement and Notification, 2003, 306 ff.

Das größere Unternehmen kann aber relativ mehr Gespräche in der Form von On-Net-Anrufen abwickeln als das kleinere. Dadurch verbilligen sich die durchschnittlichen Gesprächskosten für seine Kunden. Dies kann trotz gegenseitig gleicher Terminierungsentgelte zu einer Preis-Kosten-Schere für die kleineren Rivalen führen.¹⁸⁶

Auch im Wettbewerb zwischen Mobilfunk- und Festnetzsektor um Gesprächsnutzung kann es durch hohe Mobilfunkterminierungsentgelte zu Preis-Kosten-Scheren kommen, indem ein Mobilfunknetzbetreiber M2F-Gespräche zu Preisen anbietet, die unter den effizienten Kosten von F2M-Gesprächen einschließlich der Mobilfunkterminierungsentgelte liegen.¹⁸⁷

Im Festnetz- und Mobilfunksektor können Hebelwirkungen auch davon ausgehen, dass Mobilfunkunternehmen im Konzernquerverbund mit Festnetzbetreibern stehen.¹⁸⁸ Die betreffenden Festnetzbetreiber wickeln dann die F2M-Gespräche ins verbundene Mobilfunknetz quasi als On-Net-Anrufe ab, selbst wenn offiziell die gleichen Terminierungsentgelte zu zahlen sind, die für andere Netzbetreiber gelten.¹⁸⁹ Wesentlich ist aber, dass die Zahlungsströme im selben Konzern verbleiben. Damit hat das Konzernunternehmen gegenüber reinen Festnetz- oder Mobilfunkanbietern Wettbewerbsvorteile, die zur Verdrängung genutzt werden können. Diese Vorteile wachsen mit den Marktanteilen in den Festnetz- und Mobilfunkmärkten. Entsprechend hätte die DTAG mit T-Com und T-Mobile hieraus größere Vorteile als Vodafone mit Arcor.

3. Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass von der Marktbeherrschung in Mobilfunkterminierungsmärkten erhebliche Allokationseffekte und wettbewerbsverzerrende Wirkungen ausgehen. Dem stehen möglicherweise innovationsfördernde Anreize zur Umgehung dieser Marktmacht entgegen.

¹⁸⁶ S. Laffont/Rey/Tirole, RAND Journal of Economics 29 (1998), 38-56. Für eine empirische Untersuchung s. Fu, Telecommunications Policy 28, 2004, 5-22.

¹⁸⁷ Von der Ressourcennutzung her haben reziproke M2F-Gespräche und F2M-Gespräche in etwa gleiche Kosten.

¹⁸⁸ Es soll hier nicht darauf eingegangen werden, inwieweit Hebelwirkungen zwischen den GSM- und UMTS-Bereichen dadurch bestehen könnten, dass ein GSM-Anbieter zur Vermeidung von Kannibalisierung weniger in UMTS-Netze investieren als reine UMTS-Anbieter.

¹⁸⁹ ACCC (Mobile Service Review – Mobile Terminating Access Service, Draft Decision, 2004, VIII) sieht in Australien insbesondere eine Gefahr der Bündelung von F2M- und M2M-Anrufen für Geschäftskunden, die reine Mobilfunknetzbetreiber nicht nachvollziehen können.

II. Angemessenheit und Auswirkungen der Regulierungsmaßnahmen

Anhand der festgestellten Effekte der Marktbeherrschung auf den Terminierungsmärkten werden im Folgenden die verhältnismäßigen Regulierungsmaßnahmen aus dem eingangs her-
ausgearbeiteten Katalog bestimmt.

1. Prinzipien zur Auswahl von Regulierungsmaßnahmen

Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie legt fest, dass die auferlegten Verpflichtungen „der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und (...) im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) angemessen und gerechtfertigt sein“ müssen. Es ist unter mehreren geeigneten Mitteln dasjenige auszuwählen, das den geringsten Eingriff verspricht (Ultima-ratio-Prinzip).¹⁹⁰ Gemäß der ERG stellt dieses Prinzip den zentralen Richtwert für Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden dar.¹⁹¹

a) Umsetzung des Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie im TKG

Der Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie findet sich in seinem Wortlaut nicht im TKG wieder. Daraus alleine lässt sich jedoch kein Umsetzungsdefizit ableiten. Denn die Vorabverpflichtungen des TKG sind weitgehend als Kann-Bestimmungen mit einem Auswahlermessen der Regulierungsbehörde ausgestaltet.¹⁹² Dieses Auswahlermessen muss bereits nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Prinzipien dadurch ausgefüllt werden, dass die Behörde das geeignete, erforderliche und angemessene Mittel im Hinblick auf die Ziele der Ermächtigungsgrundlage auswählt (Verhältnismäßigkeitsprinzip). Eine ausdrückliche Umsetzung des Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie im TKG bedurfte es daher insofern nicht.

b) Beziehung von Marktversagen und Regulierung

Die Auswahl der Regulierungsmaßnahmen hängt also von dem festgestellten Marktproblem ab und damit vom Umfang der Marktmacht, der sich wiederum bei den einzelnen Mobilfunknetzbetreibern unterscheiden kann. Die Alleinstellung von Anbietern in verschiedenen Märkten muss nicht immer gleich zu bewerten sein. Das Ausmaß der Marktmacht der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber unterscheidet sich, obwohl sie auf ihren Terminierungsmärkten jeweils einen hundertprozentigen Marktanteil besitzen. Die Marktmacht der beiden großen Netzbetreiber Vodafone und T-Mobile unterscheidet sich von der Marktmacht der beiden

¹⁹⁰ ERG, *Appropriate Remedies*, 2004, 58.

¹⁹¹ ERG, *Appropriate Remedies*, 2004, 59 ff.

¹⁹² In Bezug auf die Entgeltregulierung nach § 30 TKG kann die Führung des Ermessens für den Mobilfunkterminierungssektor europarechtskonform mit Blick auf Satz 2 Ziff. 3 ausgelegt werden. In allen anderen Fällen hat der Richtlinientext vor den nationalen Bestimmungen Vorrang, vgl. EuGH, 9.9.2003 – C-198/01, Slg. 2003, I-8055, Rdnr. 48 f. – CIF.

kleinen E-Plus und O2. Neben der auf den Umfang der Marktmacht abzustimmenden Eingriffsintensität ist auch die Art des Marktversagens für den Typ der Regulierungsmaßnahme von Bedeutung.¹⁹³ Für bestimmte Arten von Marktversagen sind bestimmte Vorabverpflichtungen besser geeignet als andere.

Bei der Relation zwischen der Art des Marktversagens und der Art der Regulierungsverpflichtung kommt es nicht nur auf eine Symptombekämpfung, sondern insbesondere auch auf eine Ursachenbekämpfung an. Eine effektive Regulierung, die auf die dauerhafte Beseitigung von Wettbewerbsschranken abzielt und sektorspezifische Markteingriffe langfristig überflüssig machen will, muss an der Beseitigung der Ursachen ansetzen.

2. Ökonomische Effekte und Wirksamkeit der möglichen Maßnahmen

In diesem Abschnitt wird untersucht, welche möglichen ökonomischen Auswirkungen von den zuvor als Regulierungsoptionen identifizierten Maßnahmen ausgehen können.

a) Transparenzverpflichtungen, § 20 TKG

Bei der Wahl von Regulierungsinstrumenten sind gegenüber Eingriffen, die nur die unerwünschten Auswirkungen korrigieren, immer solche Eingriffe zu bevorzugen, die bei der Ursache des vorliegenden Marktversagens ansetzen. Transparenzverpflichtungen setzen daran an, dass die Nachfrager einer Leistung nicht genügend informiert sind, um eine effiziente Kaufentscheidung zu treffen. Im Mobilfunkterminierungssektor liegt solch ein Informationsmangel vor.

Nur bezieht er sich in erster Linie nicht auf die Nachfrager von Terminierungen, sondern auf die Endnutzer. Man kann von verbesserter Endnutzerinformation allenfalls eine Schwächung der Marktmachtposition der Mobilfunknetzbetreiber bei Terminierungen erhoffen, aber keine Aufgabe derselben. Der Mangel von Transparenzverpflichtungen als Regulierungsinstrument ist jedoch weniger diese schwache Effektivität bei den Endnutzern, sondern vielmehr, dass die Transparenzverpflichtungen gar nicht hier, sondern bei den anderen Netzbetreibern ansetzen würden, da es sich um einen Vorleistungsmarkt handelt. Die anderen Mobilfunknetzbetreiber sind aber bereits über alle relevanten Marktgegebenheiten informiert. Allenfalls bei alternativen Festnetzbetreibern kann ein Standardangebot womöglich hinsichtlich der Terminierungspreise Transparenz sowie eine Vereinfachung und Beschleunigung von etwaigen Zusammenschaltungsverhandlungen bewirken.

¹⁹³ Vgl. *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340 (355).

Aus Sicht des Regulierers geht es deshalb bei Transparenzverpflichtungen in diesem Bereich darum, dass diese Informationen soweit öffentlich zugänglich gemacht werden, dass sie aus dem Bereich der Verhandlungen über Terminierungsentgelte an die Öffentlichkeit gelangen. Die Informationen über Terminierungspreise könnten etwa von der Regulierungsbehörde als Marktinformationen bereitgestellt werden.

b) Diskriminierungsverbot, § 19 TKG

Diskriminierungsverbote sind aus wettbewerbsökonomischer Sicht ein zweischneidiges Schwert. Mit ihnen kann einerseits Marktmacht eingeschränkt und insbesondere wettbewerbswidriges Verhalten gegenüber Konkurrenten verhindert werden. Andererseits kann ausgleichende Nachfragemacht oft nur ausgenutzt werden, wenn ein Nachfrager Sonderkonditionen erhält. Der erwünschte Effekt der Marktgegenmacht tritt dann erst durch Verbreitung der Vergünstigung im Zeitablauf ein. Bei Einführung eines Diskriminierungsverbotes ist also sicherzustellen, dass der zweite Effekt dadurch nicht verhindert wird.

Zudem können interne Verrechnungspreise durch Quersubventionen ausgeglichen werden. Ohne ein Verbot der Quersubventionierung ist das Verbot, externe gegenüber internen Preisen zu unterscheiden, ein schwaches Instrument. Denn der Terminierer kann sich selbst für Terminierungen erhöhte Preise berechnen und dennoch auf dem Endkundenmarkt konkurrenzfähig sein. Wenn er dort mangels Marktbeherrschung nicht reguliert wird, kann er die Terminierung seinem Endprodukt (buchhalterisch) verlustbringend zugrunde legen. Diese Verluste auf der Endkundenebene werden unternehmensintern mit den höheren Gewinnen auf der Vorleistungsebene ausgeglichen.

Die aufgrund solcher Quersubventionierungen entstehenden Preis-Kosten-Scheren sind nur dann verboten, wenn sie sich als Behinderungsmissbrauch auswirken (vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Dies wird aber dann nicht der Fall sein, wenn ein Wettbewerb auf der Endnutzerebene, wie im Mobilfunksektor, existiert. Es fehlt auch deshalb an einer Behinderungswirkung, da die anderen Mobilfunknetzbetreiber in gleicher Weise quersubventionieren können und damit konkurrenzfähig auf der Endnutzerebene anbieten können.

Preisdiskriminierung ist folglich leicht feststellbar und kontrollierbar, soweit es sich um Diskriminierung gegen einzelne Nachfragergruppen für Mobilfunkterminierungen handelt, also für M2M gegenüber F2M oder innerhalb von M2M von kleinen gegenüber großen Mobilfunknetzbetreibern. Im Gegensatz dazu hat das Diskriminierungsverbot zugunsten des eigenen Endnutzergeschäfts (für On-Net-Anrufe) ohne Endnutzermarktregulierung und ein damit einhergehendes Verbot von Preis-Kosten-Scheren praktisch keinen Effekt.

c) Getrennte Rechnungsführung, § 24 TKG

Zur Feststellung von Quersubventionen wird zumindest eine getrennte Buchführung benötigt, die es möglich macht, die subventionierenden und subventionierten Bereiche festzustellen.

Getrennte Buchführung ist aber kein Allheilmittel, da die Buchführung im Allgemeinen nicht auf die Messung ökonomischer Tatbestände ausgerichtet ist, sondern dem Gläubiger- und Aktionärsschutz dient. Dennoch kann getrennte Rechnungsführung zur Feststellung von Diskriminierungen zwischen internen und externen Leistungen sehr nützlich sein. Getrennte Rechnungsführung wird also vor allem im Zusammenhang mit einem Diskriminierungsverbot nach § 19 Abs. 2 TKG angeordnet werden.

Zu überlegen wäre allenfalls, ob quantitative oder qualitative Diskriminierungen nach § 19 Abs. 2 TKG untersagt werden sollen. Solche Diskriminierungen sind bislang im deutschen Mobilfunkterminierungssektor nicht erkennbar. Allerdings könnte die Anordnung von anderen Regulierungsmaßnahmen (wie etwa Ex-ante-Preisregulierung) Anreize zu solchen Diskriminierungsformen schaffen.

d) Zugangsverpflichtungen, § 21 TKG

Zugangsverpflichtungen sind wie das Diskriminierungsverbot kein unmittelbar einsichtiges Regulierungsinstrument für Mobilfunkterminierungen. Auch ohne solche Verpflichtungen sind Zugangsverweigerungen in Mobilfunkterminierungsmärkten nicht unbedingt ein betriebswirtschaftlich sinnvolles Instrument.¹⁹⁴ Bislang hat jeder in Deutschland präsente Mobilfunknetzbetreiber ein Interesse an der Zusammenschaltung mit allen anderen Mobilfunknetzbetreibern und der T-Com. Dies liegt insbesondere auch daran, dass es sich bei Terminierungen um zweiseitige Zugänge handelt, sodass der Terminierungsanbieter des einen Netzes zugleich Terminierungsnachfrager des anderen Netzes sein will. Eine Zugangsverpflichtung wird also vor allem präventiv sinnvoll sein, um eine Zusammenschaltung kleinerer oder neu auftretender Netzbetreiber zu gewährleisten. Die Zusammenschaltungsverpflichtung stellt gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern keinen erheblichen Regulierungseingriff dar, da diese auch als Nicht-Marktbeherrscher gemäß § 18 TKG eine Zusammenschaltungspflicht treffen könnte, weil sie den Zugang zu Endnutzern kontrollieren.¹⁹⁵

Gegenüber Marktbeherrschern ist eine Ex-ante-Zusammenschaltungspflicht jedoch nur durch entsprechende Anordnung nach § 21 TKG möglich. Im Ergebnis kommt es weniger auf die Existenz einer allgemeinen Zugangsverpflichtung, sondern auf deren konkreten Inhalt an.

Im Zusammenhang mit anderen Regulierungsinstrumenten können Zugangsverpflichtungen das Drohpotenzial der Anbieter verringern und damit die Anbieter kompromissbereiter machen. Allerdings kann ein Terminierungsanbieter immer durch extrem hohe Preisforderungen eine Zugangsverpflichtung unterlaufen. Zugangsverpflichtungen sind also ohne gleichzeitiges Diskriminierungsverbot (oder Preisregulierung) eine stumpfe Regulierungswaffe.

¹⁹⁴ Vgl. *Kirchner*, MMR-Beilage 8/2002, 1 (14).

¹⁹⁵ Vgl. *ERG*, *Appropriate Remedies*, 2004, 119.

e) Entgeltregulierung, §§ 30 ff. TKG

Mit der Entgeltregulierung sind Ökonomen und Regulierer bestens vertraut.¹⁹⁶ Unter den bislang diskutierten Regulierungsinstrumenten ist sie vermutlich die eingriffsstärkste, zumal sie normalerweise die anderen Instrumente zumindest implizit umfasst.

(i) *Ex-post-Entgeltregulierung*

Nach §§ 28, 38 Abs. 2 TKG besteht stets eine Ex-post-Entgeltregulierung für die Zugangsleistungen marktbeherrschender Unternehmen.¹⁹⁷ Eine Ex-post-Kontrolle der Terminierungsentgelte wäre zudem bei Anwendung des allgemeinen Kartellrechts nach §§ 19, 20 GWB und Art. 82 EG möglich.¹⁹⁸ Für eine Ex-post-Entgeltkontrolle kommen aus ökonomischer Sicht das Vergleichsmarktpinzip (Benchmarking) und die Baumol-Willig-Regel in Betracht.

(1) *Benchmarking*

Ungenauer als kostenbasierte Entgeltregulierung¹⁹⁹ aber auch weniger aufwendig und eingriffsintensiv ist internationales Benchmarking. Dabei werden für die Ex-post-Entgeltregulierung die in bestimmten anderen Mitgliedstaaten geltenden Terminierungsentgelte unter Durchschnittsbildung als Maßstab für die deutschen Terminierungsentgelte herangezogen. Dabei muss keine Eins-zu-eins-Übersetzung vorgenommen werden, sondern Anpassungen (z. B. nach Kaufkraftparitäten oder bestimmten Kostenfaktoren) können notwendig sein.²⁰⁰

Benchmarking ist grundsätzlich schnell und anreizkompatibel. Es setzt aber voraus, dass die Preise in anderen Ländern im Durchschnitt wettbewerbsgerecht gesetzt werden. Unter dieser

¹⁹⁶ Zu den wünschenswerten Eigenschaften konsistenter Entgeltregulierung für den Festnetzbereich s. *Nett/Neumann/Vogelsang*, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, Studie für die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Endbericht, 2004, abrufbar unter http://www.regtp.de/imperia/md/content/reg_tele/konsistenzgebot/wik-gutachten.pdf.

¹⁹⁷ Bei bestehender Ex-ante-Regulierung ist eine Ex-post-Kontrolle nach dem Verständnis einer perfekten Regulierung widersinnig. Allerdings kann trotz Ex-ante-Entgeltregulierung eine Missbrauchsaufsicht greifen, wenn dem Marktbeherrscher ein Gestaltungsspielraum bei der Preissetzung verbleibt, vgl. Kommission, Entscheidung v. 21.5.2003 – Sachen IV/C-1/37.451 u.a., ABl. EU 2003, L-263, 9, Rdnr. 54 – Deutsche Telekom; BGH, 10.2.2004, KZR 6/02, 7 ff. des amtl. Umdrucks – DTAG – AfCN.

¹⁹⁸ OFTEL, Explanatory Statement and Notification, Annex N, Rdnr. 2 f., setzt Ex-post-Regulierung mit Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts gleich. Die Gleichsetzung von Wettbewerbsrecht mit Ex-post-Eingriffen und sektorspezifischer Regulierung mit Ex-ante-Eingriffen ist weit verbreitet, s. z. B. *Sidak/Geradin*, European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications, in: *Cave/Majumdar/Vogelsang (Hrsg.)*, Handbook of Telecommunications Economics Volume 2, Amsterdam, North Holland, in Vorbereitung.

¹⁹⁹ Der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung steht für die Ex-post-Kontrolle nicht zur Verfügung. Allenfalls können die Kosten die Untergrenze eines Preises darstellen, um Behinderungsmisbrauch zu konstatieren; dies ist aber bei den Mobilfunkterminierungsentgelten nicht relevant.

²⁰⁰ Vgl. z.B. das modifizierte Benchmark der RegTP, Beschluss v. 8.11.2004, BK 4c-04-048 – Vodafone/01051, S. 15 des amtl. Umdrucks. In dem Beschluss wird jedoch nicht die Ex-post-Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen diskutiert.

Voraussetzung könnte Ex-post-Regulierung mit Benchmarking gut funktionieren und wäre weniger eingriffsintensiv als kostenbasierte Ex-ante-Entgeltregulierung. Benchmarking stünde zudem sofort zur Verfügung. Wenn eine größere Wirksamkeit als die Zusammenschaltungsverpflichtung angestrebt wird, könnte ohne höhere Eingriffsintensität auf die Benchmarkoption in der ersten Regulierungsstufe unter Ankündigung einer nachträglichen Entgeltkontrolle hingewiesen werden. Mittels Benchmarking kann erwartet werden, dass Terminierungsentgelte sich schnell dem Trend in der EU anpassen würden, ohne dass es einer Ex-ante-Regulierung bedürfte. Mit dem Trend ist aber nicht der Durchschnitt der Terminierungsentgelte gemeint; eine Orientierung müsste hinsichtlich eines Optimums gefunden werden.

Allerdings besteht die Schwierigkeit, dass die anderen Mitgliedstaaten bereits Ex-ante-Entgeltregulierung etabliert haben und somit eine Vergleichbarkeit nur annähernd gegeben ist. Dennoch lassen sich von einem Benchmark Tendenzen ablesen, da davon auszugehen ist, dass die Regulierungsbehörden anderer Nationen größtenteils kostenorientierte Entgelte zugrundegelegt haben, die der Vorgabe der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Auch wenn zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten Unterschiede bei den Netzkosten und bei den Marktgegebenheiten auftreten, so bietet ein Benchmark dennoch eine hinreichende Richtgröße für einen Eingriff in der ersten Phase.

(2) Baumol-Willig-Regel (Ex-post-Preis-Kosten-Scheren-Test)

Die ex post angewendete Baumol-Willig-Regel würde einem wirkungsvollen Diskriminierungsverbot zwischen internen und externen Terminierungen gleichkommen. Dabei würde als Ex-ante-Verpflichtung das Verbot der Diskriminierung zwischen externen und internen Leistungen nach § 19 TKG bestehen. Ex post würden die Entgelte dahingehend überprüft, ob sie eine Preis-Kosten-Schere etablieren. Damit könnte ein Netzbetreiber die Terminierungsentgelte beliebig hoch ansetzen, müsste aber auf dem abgeleiteten Endkundenmarkt Preise verlangen, die mindestens dem Terminierungsentgelt zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals (§ 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG) entsprechen.

Dies würde nicht unbedingt gleichzeitig die Terminierungsentgelte auf ein wettbewerbliches Niveau absenken, sondern lediglich Behinderungsmisbrauch korrigieren und zu einer Verringerung oder Aufhebung der On-Net-Off-Net-Preisdifferenzen führen. Diesen eher moderaten Vorzügen stehen als Nachteile relativ hohe Kosten und Ungenauigkeiten bei der Bestimmung der durch Verkauf von Terminierungen im Vergleich zu On-Net-Anrufen eingesparten Kosten gegenüber. Diese Kostenbestimmung ist mindestens so aufwendig und schwierig durchführbar wie die Bestimmung der Terminierungskosten.

Zudem bestehen gegen die Anwendung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests im Mobilfunkterminierungssektor grundsätzliche Bedenken. Das Verbot einer Preis-Kosten-Schere setzt nach der Vermutungsregel des § 28 Abs. 2 TKG voraus, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt erheblich eingeschränkt werden (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG). Es muss also durch die Preis-Kosten-Schere ein Behinderungsmisbrauch vorliegen.

Die Vermutung, dass durch eine Preis-Kosten-Schere ein Behinderungsmissbrauch verwirklicht wird, lässt sich widerlegen. Im Mobilfunksektor sind bereits jetzt die Endnutzertarife für On-Net-Anrufe in einigen Tarifpaketen zum Teil geringer oder zumindest nicht wesentlich höher als die Terminierungsentgelte. Würden die Terminierungsentgelte als interne Grundlage für die Errechnung der Endnutzertarife herangezogen, müsste selbst bei Berücksichtigung der monatlichen Grundgebühren davon ausgegangen werden, dass zumindest eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals aufgrund dieser Preisdifferenzen nicht möglich ist. Unter diesen, grob geschätzten Beobachtungen hätte jeder Mobilfunknetzbetreiber seit geraumer Zeit eine Preis-Kosten-Schere eingesetzt. Es kann allerdings nicht beobachtet werden, dass diese Preis-Kosten-Scheren eine Behinderung anderer Netzbetreiber zur Folge hatte. Dabei ist auch die Möglichkeit der jeweils anderen Mobilfunknetzbetreiber zu sehen, durch ihre Preisgestaltung ebenfalls Preis-Kosten-Scheren zu etablieren.

(ii) Zusätzliche Ex-ante-Entgeltregulierung

Ex-ante-Entgeltregulierung ist das von der ERG²⁰¹ bevorzugte Regulierungsinstrument für Mobilfunkterminierungsentgelte. Die Darlegungslast einer Ablehnung dieser Regulierungsform ist folglich höher als bei den anderen Regulierungsinstrumenten. Deshalb werden zunächst die möglichen praktischen Ausgestaltungen analysiert und im Anschluss daran eine Würdigung der Vor- und Nachteile vorgenommen.

(1) Benchmarking

Wie bereits bei der Ex-post-Entgeltregulierung dargelegt, ist Benchmarking relativ einfach und schnell handhabbar. Man begibt sich dabei aber in die Abhängigkeit der Regulierer anderer Mitgliedstaaten, deren Marktgegebenheiten sich erheblich von den deutschen unterscheiden können. Dies haben bereits die wiederholt getroffenen Vergleiche mit Großbritannien gezeigt, wo einige Mobilfunkunternehmen in der Vergangenheit bereits sowohl auf der Endnutzer- als auch auf der Terminierungsebene reguliert wurden und wo die Marktstellungen der Unternehmen sich anders darstellten als in Deutschland. Benchmarking müsste daher solchen Differenzen zumindest versuchsweise Rechnung tragen.

(2) Baumol-Willig-Regel (Ex-ante-Preis-Kosten-Scheren-Test)

Eine Anwendung der Baumol-Willig-Regel würde den regulierten Unternehmen unter der Ex-ante-Option die größte Preissetzungsfreiheit geben, da die Terminierungsentgelte danach von anderen Entgelten abhängen, die das Unternehmen selbst setzt. Rechtlich stellen sich die gleichen Schwierigkeiten der Anwendung eines Preis-Kosten-Scheren-Tests wie bei der Ex-post-Kontrolle. Gleichzeitig können lediglich die bereits bei der Ex-post-Entgeltregulierung ange-

²⁰¹ ERG, *Appropriate Remedies*, 2004, 119.

sprochenen positiven Effekte bewirkt werden, die mit relativ hohen Eingriffskosten verbunden sind. Diese Kosten sind im Fall der Ex-ante-Regulierung sogar noch höher, da die regulierten Unternehmen durch entsprechende Antizipation bei der eigenen Festlegung der Terminierungsentgelte die Ex-post-Regulierung immerhin vermeiden könnten. Die Ex-ante-Baumol-Willig-Regel ist im Vergleich zum Benchmarking ökonomisch weniger zielführend.

(3) Price Caps mit Ziel Kostenorientierung

Price Caps sind die bevorzugte Entgeltregulierungsmethode unter anderem in Großbritannien²⁰² und Frankreich²⁰³. Dabei werden sie von OFTEL zunächst einmal nur als Instrument angesehen, die Entgelte innerhalb von drei Jahren auf die Kosten zuzüglich eines Externalitätszuschlags von 0,40 Pence pro Minute zu senken. Wollte man die britischen kostenbasierten Zielentgelte einfach auf Deutschland übertragen, müsste hier wegen der höheren Ausgangsentgelte eine drastischere Anpassung vorgenommen werden. Die zu erwartende Schockwirkung wäre entsprechend größer. Hinzu kommt die oben analysierte Fragwürdigkeit der britischen Kostendaten. Die Regulierungsbehörde sollte deshalb für den Fall einer Entscheidung zugunsten der Price Caps eigene Kostendaten zur Feststellung der LRAIC plus anteilige Gemeinkosten für die nächste Marktanalyseperiode entwickeln und für die laufende Marktanalyseperiode eine Zwischenlösung anstreben, die einen weniger drastischen Anpassungspfad in Richtung auf diese Kostengröße erlaubt. Zum Beispiel könnten die britischen Zahlen als Zielpunkt für das Ende der nächsten Analyseperiode herangezogen werden. Wenn sich dann zwischenzeitlich herausstellt, dass die deutschen Kosten höher sind als die britischen, wären in den nächsten Analyseperioden die Anpassungen geringer als vorgesehen. Anderenfalls würde es bei den vorgesehenen Anpassungen bleiben.

(4) Festsetzung kostenorientierter Einzelentgelte

Die Einzelfestlegung kostenbasierter Preise ist, wie in oben dargelegt, zeitraubend und eingriffintensiv. Sie bietet sich daher nicht als direkter Eingriff an, wenn Ex-ante-Entgeltregulierung in Kürze angestrebt wird. Soll hingegen die Entgeltregulierung später und mit absehbarer Vorlaufzeit eingeführt werden, so ließen sich kostenbasierte Einzelentgelte durchaus realisieren.

²⁰² Dabei hat OFTEL grundsätzlich M2F- und M2M-Terminierungen getrennt reguliert, wobei (zurzeit) die Terminierungsentgelte aber gleich sind. OFTEL, Explanatory Statement and Notification, Rdnr. 6.20 ff. sieht zeitabhängige Entgelte (tagsüber, abends und an Wochenenden) vor, die im gewogenen Durchschnitt den regulierten Entgelten entsprechen müssen.

²⁰³ ART, Analyse des Marchés pertinents (consultation publique), 2004, 71 ff.

(5) Würdigung der Ex-ante-Entgeltregulierung

Der große Vorzug der Ex-ante-Entgeltregulierung besteht in den gesicherten Entgeltsenkungen von Beginn der Regulierung an. Dadurch werden die Allokations- und Wettbewerbsnachteile der Marktbeherrschung in den Mobilfunkterminierungsmärkten zügig abgebaut, wodurch sich erhebliche Wohlfahrtsgewinne einstellen können. Unter alleinigem Verlass auf die anderen Regulierungsinstrumente gibt man diese Sicherheit auf, obwohl sich mit bei jedem zusätzlichen Instrument steigender Wahrscheinlichkeit ebenfalls Entgeltsenkungen einstellen werden. Nur wird der Prozess mit annähernder Sicherheit langsamer und im Niveau weniger drastisch ablaufen.

Den von Ex-ante-Entgeltregulierung ausgehenden Vorteilen der potenziell direkten Korrektur von Preishöhen- und Behinderungsmissbrauch stehen erhebliche Nachteile gegenüber. Zu erwartende Anpassungsschocks und die Gefahr des Übermaßes der Regulierung legen in jedem Fall ein vorsichtiges Herantasten nahe. Hoher Eingriffsbedarf ist bei der Ex-ante-Entgeltregulierung in jedem Fall unvermeidbar. Schließlich ist Terminierung der einzige Bereich im Telekommunikationssektor, in dem sich die Wettbewerbsprobleme durch Marktzutritt und die Ausbreitung neuer Unternehmen nicht lösen, sodass nach ihrer Einführung die Gefahr permanenter Entgeltregulierung besteht. Die genannten Nachteile sind so gravierend, dass eine Ex-ante-Regulierung der Mobilfunkterminierungsentgelte erst zum Einsatz kommen sollte, nachdem sich die anderen Instrumente als ungeeignet erwiesen haben, wettbewerbliche Terminierungsentgelte zu implementieren.²⁰⁴

(iii) Zusammenfassung zur Preisregulierung

Zusammenfassend ist Ex-post-Entgeltregulierung weniger eingriffsintensiv als Ex-ante-Entgeltregulierung. Diesem Vorteil steht entgegen, dass gegebenenfalls Missbräuche nur mit zeitlicher Verzögerung abgestellt werden können.

f) Verpflichtung zum Standardangebot

Die Verpflichtung zu einem Standardangebot kann sowohl der Markttransparenz als auch der Nichtdiskriminierung dienen. Dabei hängt der Detaillierungsgrad eines solchen Angebots von dem Adressatenkreis ab. Die Zusammenschaltungsverträge können Geschäftsgeheimnisse enthalten, deren Kenntnis nur für den jeweiligen Vertragspartner bestimmt ist. Standardangebote können aber im Hinblick auf nicht diskriminierende Preise, die keine Geschäftsgeheimnisse darstellen können, die Transparenz erhöhen. Im Terminierungsbereich können etwa nach der hierarchischen Stellung der Zusammenschaltungspunkte innerhalb der Netztopologie

²⁰⁴ Der französische Regulierer ART hält demgegenüber ohne weitere empirische Prüfung die Eingriffe unterhalb der Preisregulierungsschwelle allein nicht für ausreichend für eine Absenkung der Terminierungsentgelte zu sorgen. S. ART, *Analyse des Marchés pertinents (consultation publique)*, 2004, 62.

unterschiedliche Terminierungsentgelte zum Tragen kommen.²⁰⁵ Standardangebote vereinfachen die Vertragsvorbereitung und -durchführung. In diesem Sinne kann auch die Verpflichtung zu einem Standardangebot im Zusammenhang mit einer Zusammenschaltungsverpflichtung als sinnvoll angesehen werden.

3. Ergebnis

Die Regulierung sollte vom Konzept her als eine Politik der stufenweisen Regulierung aufgefasst werden. Solange sich ein milderer Eingriff nicht als ungeeignet erwiesen hat, wird ihm Priorität gegenüber intensiveren Eingriffen eingeräumt.

Dieses Konzept folgt daraus, dass die Funktionsfähigkeit eines intensiveren Eingriffs keinen „Rückschritt“ zu einem milderem Eingriff nahe legt, der auch funktionsfähig oder sogar besser hätte sein können. Insbesondere werden durch intensivere Eingriffe innovative Marktentwicklungen ausgeblendet, von denen vorher nichts bekannt war.

Dabei steht die Regulierungsstufe der Ex-ante-Entgeltregulierung praktisch als letzte fest, da sie die intensivste Regulierungsform darstellt. Der Regulierungsbehörde würde dabei eine Entscheidung über die Form der Ex-ante-Entgeltregulierung verbleiben. Auch innerhalb dieser Stufe wird man zunächst zu internationalem Benchmarking neigen, sofern die Entgeltregulierung bald eingeführt werden sollte, während Price Caps aufgrund eigener deutscher Kostenberechnungen bei späterer Regulierung vorzuziehen wären, um so die Abhängigkeit von anderen nationalen Regulierungsbehörden und Gegebenheiten zu verringern. Da das bisherige Marktgleichgewicht in allen Mobilfunkmärkten von der Höhe der Terminierungsentgelte erheblich beeinflusst ist, sind dabei, insbesondere für die beiden kleineren Anbieter, hinreichende Anpassungs- und Übergangszeiten vorzusehen.²⁰⁶

Die erste Regulierungsstufe hingegen sollte keine Ex-ante-Entgeltregulierung enthalten. Die Untersuchung der Regulierungsinstrumente hat gezeigt, dass einige weniger geeignet erscheinen als andere. Eine Kombination von Transparenzverpflichtungen und Standardangebot erscheint als zielführende Verpflichtung, mit der die Regulierungsbehörde beginnen und die Wirkungen abwarten könnte. Fraglich ist jedoch, ob von ihr genügend Impulse für verstärkten Wettbewerb um Endnutzer ausgehen werden. Das Diskriminierungsverbot würde gegenüber der Transparenzverpflichtung nur spürbare Fortschritte bringen, sofern ein Verbot von Preis-Kosten-Scheren umfasst wird. Da letzteres ohne Preisregulierung nicht darstellbar ist, müsste in die erste Stufe gleich die Option der Zusammenschaltungsverpflichtung einbezogen werden. Diese bietet der Regulierungsbehörde bereits erhebliche Eingriffsmöglichkeiten unterhalb

²⁰⁵ S. etwa ART, *Analyse des Marchés pertinents (consultation publique)*, 2004, 67-69.

²⁰⁶ So im Tenor auch Monopolkommission, *Sondergutachten Nr. 39*, 2003, Tz. 222. Ähnlich auch *Bomsel, u.a.*, (Fn. 139), S. 65.

der Schwelle der Ex-ante-Preisregulierung. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Politik der stufenweisen Eingriffe kommuniziert wird und damit Erwartungen und Verpflichtungen generiert werden. Außerdem kann der Regulierer bei Anordnung dieser Stufe bereits auf die Verpflichtung zu nicht missbräuchlichen Entgelten und die gegebenenfalls durchzuführende Ex-post-Regulierung anhand von Benchmarks hinweisen.

Zusammenfassend sind maximal drei Eskalationsstufen zielführend. In jedem Fall sollte die Regulierung mit einer Maßnahme beginnen, die eine Transparenzverpflichtung (einschließlich Standardangebot), Nichtdiskriminierung (mit getrennter Rechnungsführung) sowie eine von der Regulierungsbehörde zu spezifizierende Zusammenschaltungsverpflichtung umfasst. Diese kombinierte Regulierungsmaßnahme sollte direkte Wirkungen zeigen und gleichzeitig Anreize der Unternehmen aufzeigen, selbst wettbewerbsgerechte Preise anzustreben. Bei Versagen dieser Regulierungsoption könnte dann entweder die mögliche Ex-post-Regulierung anhand von Benchmarks ausgeübt werden oder direkt auf die Option der Ex-ante-Entgeltregulierung übergegangen werden. Diese Option ist jedenfalls erst geboten, wenn die anderen Instrumente sich als nicht zielführend erwiesen haben. Hier geht es dann in erster Linie um Benchmarking oder Price Caps.

Um die Glaubwürdigkeit der Regulierungsstufen herzustellen, sollte die Regulierungsbehörde vorbereitende Maßnahmen in die Wege leiten, die bei Bedarf eine zügige Ausweitung der Regulierung ermöglichen. Dies ist wichtig, da ein Teil der Wirkung der Stufenpolitik in dem Drohpotenzial liegt, Anreize für wettbewerbliches Verhalten zu erzeugen. Zu den vorzubereitenden Maßnahmen gehört die Kostenmessung von Terminierungen, für die geeignete Kostenrechnungssysteme (mit Kostenseparierung) und Kostenmodelle erforderlich werden.

Eine unterschiedliche Behandlung der einzelnen Terminierungsmärkte kann angebracht sein. Differenzierungen sind bei einer eventuellen Entgeltregulierung nach Kostenunterschieden und nach der Marktstellung in den Mobilfunkendkundenmärkten vorzunehmen.

E. Wesentliche Ergebnisse

Die Marktdefinition im Bereich der Mobilfunkterminierung hat ergeben, dass jedes Mobilfunknetz einen eigenen Markt begründet. Die ökonomische Analyse unter Anwendung des Hypothetischen Monopolistentests konnte dieses Ergebnis nicht widerlegen. Damit gilt auch für Deutschland die in der Kommissions-Empfehlung vorgegebene Marktdefinition.

Die Marktanalyse kommt zu dem Schluss, dass jeder der vier untersuchten Mobilfunknetzbetreiber gegenwärtig über beträchtliche Marktmacht verfügt. Nachfragemacht besteht nicht in einem Umfang, der die Marktmacht ausgleichen könnte. Das bisherige Preissetzungsverhalten der Mobilfunknetzbetreiber bestätigt die Marktmacht, lässt aber gleichzeitig auch ihre beginnende Abnahme erkennen. Die vier Mobilfunkterminierungsmärkte sind regulierungsbedürftig.

Unter den geeigneten Regulierungsoptionen sollten an den Regulierungserfolgen ausgerichtete, zeitlich abgestufte Maßnahmen ausgewählt werden. Obwohl PKM existieren, sollte in den Mobilfunkterminierungsmärkten nicht mit einer Ex-ante-Preisregulierung begonnen werden. Die Gefahr eines unangemessenen Eingriffs und einer Konterkarierung des Regulierungserfolges wäre zu hoch.