

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

**Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum
öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten**

**(Markt Nr. 1 der Empfehlung
vom 17. Dezember 2007)**

geschwärzte Fassung

A.	Einleitung	1
B.	Beschreibung der relevanten Leistungen	2
I.	Die Märkte-Empfehlung der Kommission	2
II.	In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen	3
C.	Gang der Ermittlungen	7
D.	Vorbringen der Parteien	9
I.	Schmalbandanschlüsse	9
II.	Breitbandanschlüsse	10
III.	Systemlösungen	11
IV.	Größenvorteile	12
V.	Verbundvorteile	13
VI.	Diversifizierung von Produkten	13
VII.	Vertriebs- und Verkaufsnetz	14
VIII.	Potenzieller Wettbewerb	14
IX.	Behinderungsstrategien	15
X.	Technischer Fortschritt	16
XI.	Art und Umfang möglicher Wettbewerbsprobleme	17
E.	Nationale Konsultation	19
F.	Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Abs. 1 TKG	20
G.	Europäisches Konsolidierungsverfahren	21
H.	Marktabgrenzung	23
I.	Sachliche Marktabgrenzung	24
1.	Privat- und Geschäftskunden	25
2.	Unterteilung nach Schmalbandanschlussarten	26
3.	Schmalbandanschlüsse und Breitbandanschlüsse	30
4.	Getrennte Märkte für gebündelte Anschlüsse und Triple-Play-Angebote	42
a.	Behandlung der Paketangebote in der Empfehlung der Kommission	43
b.	Vorliegen von Paketangeboten	44
c.	Triple-Play-Angebote	45
d.	Produktbündel mit Schmalband- und DSL-Anschlüssen	46
5.	Festnetz- und Mobilfunkanschlüsse	47
6.	Sprachorientierte Systemlösungen	48
a.	Begriff „Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden“	48
b.	Innen- und Außenkommunikation	51
c.	Maßgeblichkeit der einzelnen Leistungen innerhalb des Vertrages	51
d.	Austauschbarkeit aus Nachfragersicht	52
e.	Austauschbarkeit aus Anbietersicht	53
f.	Wettbewerbsbedingungen	54
g.	Ergebnis	54
7.	Nennung der sachlich relevanten Märkte	55
II.	Räumlich relevanter Markt	56
I.	Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG	60
I.	Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken	62
II.	Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb	67
1.	Marktanteile	68
2.	Marktstruktur	68
III.	Dem Marktversagen kann nicht allein durch die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts begegnet werden	71
IV.	Ergebnis	75
J.	Prüfung der beträchtlichen Marktmacht	76
I.	Marktanteile	76
II.	Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur/vertikale Integration	79

III.	Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen.....	80
IV.	Marktzutrittsschranken.....	82
V.	Tatsächlicher und potenzieller Wettbewerb	82
VI.	Fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht	83
VII.	Produktdifferenzierung.....	84
VIII.	Weitere Kriterien.....	85
IX.	Gesamtschau und Ergebnis.....	85
K.	Nennung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht	86
L.	Anhang 1: Tabellarische Übersicht	87
M.	Anhang 2: Stellungnahmen der Unternehmen.....	88

A. Einleitung

Die vorliegende Untersuchung betrifft Ziffer 1 der Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (Empfehlung 2007/879/EG), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 344 vom 28. Dezember 2007, S. 65 (im Folgenden: Märkte-Empfehlung). Unter Ziffer 1 ist folgender Markt aufgeführt: Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten.

Auf Grundlage der die Artikel 14 bis 16 Rahmenrichtlinie¹ umsetzenden §§ 9 bis 11 des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) wurde in Bezug auf den hier in Rede stehenden Markt bereits ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach dem neuen europäischen Rechtsrahmen abgeschlossen. Der Prüfung lag zu diesem Zeitpunkt die Fassung 2003/311/EG der Märkteempfehlung der Kommission zugrunde, in der der Markt noch unter den Ziffern 1 und 2 aufgeführt war. Die Ergebnisse dieser Marktdefinition und Marktanalyse wurden durch die Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur gemäß § 132 Abs. 4 Satz 2 TKG festgelegt. Am 23.06.2006 erging dazu die entsprechende Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur (vgl. Amtsblatt Nr. 13/2006). Die Festlegung ist gemäß § 13 Abs. 3 TKG Bestandteil der Regulierungsverfügung und wurde daher gemeinsam mit dieser veröffentlicht.

Soweit nicht der in § 14 Abs. 1 TKG beschriebene Ausnahmefall einer Änderung der Marktgegebenheiten oder der Märkte-Empfehlung eintritt, verlangt § 14 Abs. 2 TKG alle zwei Jahre die Vorlage der Ergebnisse einer Überprüfung der Marktdefinition nach § 10 TKG und der Marktanalyse nach § 11 TKG durch die Bundesnetzagentur. Bei der vorliegenden Untersuchung handelt es sich um die Überprüfung der Marktdefinition und Marktanalyse von Markt Nr. 1 im Rahmen dieses Zweijahresturnus.

Nachfolgend werden

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

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

B. Beschreibung der relevanten Leistungen

Im Anhang zu der oben genannten Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors wird unter Ziffer 1 folgender Endkundenmarkt definiert: Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten².

I. Die Märkte-Empfehlung der Kommission

Im Working Document zum zweiten Entwurf einer überarbeiteten Märkte-Empfehlung vom 16. August 2007³ führt die Kommission aus, dass die bisher am weitesten verbreitete Technologie das traditionelle Telefonnetz über Kupferdoppeladern sei. Alternativen seien Telefonie über Kabelfernsehanschlüsse, Mobilfunknetze, die angepasst worden seien, um Dienste bereitzustellen, die äquivalent zu Festnetzdiensten oder auf einen begrenzten Radius um einen festen Standort beschränkt seien, sowie drahtlose Netze.

Es wird darauf hingewiesen, dass in der ursprünglichen Empfehlung eine Unterscheidung zwischen dem Zugang für Privat- und Geschäftskunden getroffen worden sei. Die Erfahrung mit den bisherigen Marktanalysen und Notifizierungen unter der Rahmenrichtlinie habe jedoch gezeigt, dass sich die Vertragsbedingungen in den meisten Mitgliedstaaten nicht signifikant und systematisch unterscheiden würden.⁴

Die Kommission führt ferner aus, dass der Telefondienst insgesamt⁵ häufig als Paket für Anschluss und Nutzung angeboten werde.⁶ Dem Endkunden könnten verschiedene Optionen und Pakete je nach seinen typischen Nutzungs- und Gesprächsmustern zur Verfügung stehen. Obwohl viele Endkunden für Anschluss und abgehende Anrufe vorzugsweise ein und dasselbe Unternehmen wählen würden, entschieden sich andere bei abgehenden Anrufen ganz oder teilweise für einen anderen Betreiber als den, der den Anschluss (und eingehende Anrufe) übernehme. Endverbraucher könnten über offenes oder geschlossenes Call-by-Call oder über Betreibervorauswahl relativ einfach zwischen alternativen Unternehmen wählen.

Ferner führt die Kommission aus, dass Breitbandanschlüsse ebenfalls Schmalbanddienste leisten könnten, dass aber im Allgemeinen die Verbraucher nicht auf einen Breitbanddienst umsteigen würden, um ausschließlich Zugang zu Sprachdiensten zu erhalten. Verbraucher wechselten hauptsächlich deshalb von Schmalband- zu Breitbandanschlüssen, um Zugang zu schnellen Internetdiensten zu erhalten. Eine solche Migration schein relativ unabhängig von den Preisunterschieden zwischen den beiden Produkten bzw. einer offensichtlich niedrigen Kreuzpreiselastizität zu sein. Bisher würden die meisten Verbraucher ihren Schmalbandanschluss beibehalten, wenn sie zu einem Breitbandanschluss wechseln würden. Dies zeige, dass die beiden Zugangsprodukte eher Komplemente als Substitute seien. Trotzdem sollten die nationalen Regulierungsbehörden die Gründe dafür und die Wahrscheinlichkeit einer verstärkten Substitution in einer vorausschauenden Weise untersuchen, insbesondere in Mitgliedstaaten, in denen DSL entbündelt erhältlich ist (so genanntes „Naked DSL“).

Im Working Document führt die Kommission weiterhin aus, dass die Erfahrung mit den bisherigen Marktuntersuchungen gezeigt habe, dass Voice-over-Broadband-Dienste (VoB) in der Europäischen Union immer stärker verfügbar würden. Die Austauschbarkeit zwischen VoB und der Schmalbandtelefonie hänge von einer Reihe von Faktoren ab, wie den Produktcharakteristika, der Nummerierung, der Dienstqualität, den Preisen, der Breitbandpenetration

² Nach dem englischen Text der o.g. Empfehlung: Access to the public telephone network at a fixed location for residential and non-residential customers.

³ Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note.

⁴ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 22.

⁵ Einschließlich der Verbindungsmärkte an festen Standorten.

⁶ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16 bzw. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 22.

etc. In Ländern mit signifikanter Breitbandpenetration könnten VoB-Dienste eine Wettbewerbsbeschränkung für Schmalbandtelefoniedienste darstellen, sofern es dem etablierten Betreiber nicht möglich ist, preislich zwischen Kunden, die nur einen Schmalbandanschluss haben, und Kunden, die auch einen Breitbandanschluss haben, zu diskriminieren. Dort, wo es Austauschbarkeit gibt, sollten VoB-Dienste als Teil der Endkundenverbindungsmärkte behandelt werden. Auf der Grundlage von Qualitätsunterschieden und Produktcharakteristika (z. B. ob konventionelle Telefongeräte verwandt werden können und/oder ob ein angeschlossener Computer angeschaltet sein muss, um Anrufe zu empfangen) scheinen nicht gemanagte VoB-Dienste derzeit ein weniger geeignetes Substitut zu sein als gemanagte VoB-Dienste. Diese Unterscheidung könnte mit der Zeit nicht mehr zutreffen, wenn sich die Qualität der nicht gemanagten VoB-Dienste verbessert und die technischen Charakteristika sich ändern.⁷

II. In der Bundesrepublik Deutschland angebotene Leistungen

Schmalbandanschlussprodukte

Unter dem Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ist der Teilnehmeranschluss für Endkunden zu verstehen. Von dieser Untersuchung erfasst werden die Arten analoger Anschluss, ISDN⁸-Basisanschluss und ISDN-PMX⁹-Anschluss.

- Ein Analog-Anschluss ist ein klassischer Telefonanschluss, der über einen Sprechkanal mit 3,1 kHz Bandbreite verfügt.
- Ein ISDN-Basisanschluss besteht aus zwei unabhängig von einander nutzbaren Sprechkanälen mit einer Bitrate von je 64 kbit/s¹⁰.
- Ein ISDN-PMX-Anschluss besteht aus 30 unabhängig von einander nutzbaren Sprechkanälen mit einer Bitrate von je 64 kbit/s¹¹. Ein ISDN-PMX-Anschluss ist für größere Telekommunikationsanlagen konzipiert. Er wird über Kupferdoppeladern direkt zum Übergabepunkt in den Räumen des Anschlussinhabers und dort auf die Telekommunikationsanlage geführt.

ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse werden von allen Anschlussanbietern angeboten. Analog-Anschlüsse werden hingegen von einem Teil der Anschlussanbieter nicht angeboten¹².

Die Anbieter (Teilnehmernetzbetreiber) bieten den Kunden zusammen mit dem Anschluss häufig auch mehrere einzelne Leistungen im Rahmen eines Gesamtpakets an. Dabei gibt es eine Vielzahl unterschiedlicher Leistungs- und Tarifmodelle. Die Nutzungsbedingungen sind in einem Rahmenvertrag geregelt. Häufig sehen diese Verträge Zusatzleistungen wie kostenlose Einzelabrechnung und Voice Box¹³ vor. Die Möglichkeit zu Call-by-Call und Preselection über andere Anbieter kann eingeschränkt sein.¹⁴

⁷ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 23.

⁸ Integrated Services Digital Network. Digitales Telekommunikationsnetz für die digitale Übertragung von Sprache und Daten sowie die Integration unterschiedlicher Dienste.

⁹ Primärmultiplex.

¹⁰ Sowie einem Steuerkanal für die Übertragung aller Signalisierungsinformationen.

¹¹ Sowie einem Steuerkanal für die Übertragung aller Signalisierungsinformationen.

¹² Teilweise wird aber eine geringe Zahl von Analoganschlüssen, die z.B. durch die Übernahme eines anderen Anbieters in den Bestand eines Telekommunikationsunternehmens gelangt sind, weitergeführt.

¹³ Netzinterner Anrufbeantworter.

¹⁴ Dies gilt allerdings nicht für Angebote der Deutschen Telekom AG, die gemäß der Regulierungsverfügung vom 23.06.2006 verpflichtet ist, ihren Teilnehmern bzw. Teilnehmern der mit ihr verbundenen Unternehmen den Zugang zu Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbieter von Telekommunikationsdiensten über Betreiber(vor)auswahl zu ermöglichen.

Im Rahmen dieser Paketangebote lässt sich ein Trend hin zu Angeboten mit DSL-Anschluss und Pauschaltarifen für die Nutzung des Internets sowie Verbindungen in nationale Festnetze bzw. das Festnetz der Deutschen Telekom AG beobachten. Weitere Telekommunikationsdienstleistungen wie z.B. Pauschaltarife für Auslandsverbindungen oder Verbindungen in Mobilfunknetze, aber auch andere Leistungen und Produkte wie DSL-Router, Sicherheitspakete für das Internet oder Fernseh- und Filmpakete können hinzugebucht werden.

Da VoIP-Dienste in der gesonderten Marktanalyse zu den Verbindungsmärkten im Rahmen der Marktdefinition zu den Inlandsverbindungen hinzugerechnet worden sind, ist im Rahmen der Untersuchung des hier vorliegenden sachlich relevanten Marktes zu prüfen, ob die für die Inanspruchnahme dieser Dienste erforderlichen Anschlüsse diesen Märkten zugerechnet werden können.

Breitbandanschlussprodukte

Breitbandanschlüsse verbinden die Endeinrichtung eines Teilnehmers physisch oder logisch mit einem Netzknoten im öffentlichen Telekommunikationsnetz. Die Datenübertragungsrate sollte sowohl up- als auch downstream¹⁵ größer als 128 kbit/s sein, um das Kriterium der Breitbandigkeit zu erfüllen.

Bei Breitbandanschlüssen kann es sich in erster Linie um xDSL-Anschlüsse, rückkanalfähige Anschlüsse über das HFC¹⁶-Netz (Kabelanschlüsse), Internetfestverbindungen, drahtlose Anschlüsse, Zwei-Wege-Satellitenanschlüsse sowie Powerline-Anschlüsse handeln.

Die Gesamtzahl aller Breitbandanschlüsse in Deutschland belief sich Ende 2007 auf rund 19,6 Millionen. Davon entfielen ca. 18,5 Millionen oder knapp 95 % der Breitbandanschlüsse auf die DSL-Technologie und ca. 985.000 auf Kabelanschlüsse¹⁷.

Zum Zwecke dieser Marktdefinition und Marktanalyse ist es erforderlich, zwischen Breitbandanschlüssen im technischen Sinn und den daraus resultierenden Endkundenprodukten, die im Folgenden Breitbandanschlussprodukte genannt werden, zu differenzieren. Maßgeblich für die vorliegende Untersuchung sind die tatsächlich angebotenen Endkundenprodukte, deren Leistungsmerkmale nicht immer durch die technische Konfiguration des Anschlusses erzeugt werden. So ist es insbesondere möglich, dass einzelne Leistungsmerkmale durch Eigenschaften des genutzten Transportnetzes realisiert werden. Dies betrifft vor allem Qualitätsmerkmale, deren Ausprägung überwiegend durch das genutzte Netz bestimmt wird.¹⁸ Da der Endkunde in der Regel nicht zwischen Anschluss und Netz unterscheiden kann und in den meisten Fällen auch nicht weiß, welche Leistungsparameter auf dem Anschluss und welche auf dem genutzten Netz basieren, erfolgen die hier enthaltenen Leistungsbeschreibungen produktbezogen aus der Perspektive des Endnutzers.

¹⁵ Upstream bezeichnet die Datenübertragung vom Endkunden zum Server, downstream die umgekehrte Richtung vom Server zum Endkunden.

¹⁶ HFC: Hybrid Fiber Coax, Technologie zur Verteilung von Fernsehsignalen und anderen Signalen großer Bandbreite; im Regionalbereich werden zur Verteilung Glasfaserstrecken (Fiber) verwendet, an den Endpunkten werden die optischen Signale in elektrische gewandelt und über Koaxialkabel (Coax) in die angeschlossenen Haushalte geführt.

¹⁷ Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2007, S. 73.

¹⁸ Dabei kann es sich um Qualitätsparameter wie z.B. Latenz (Laufzeit, die ein Datenpaket vom Sender zum Empfänger benötigt), Jitter (Laufzeit Schwankungen), Paketverlustrate oder niedrigere Überbuchungsfaktoren (der Überbuchungsfaktor gibt an, wie viele Nutzer sich eine Hauptleitung teilen) handeln.

Naked-DSL

DSL-Anschlüsse werden in Deutschland häufig gebündelt mit einem schmalbandigen Telefonanschluss angeboten, d.h. es ist vertragliche Voraussetzung für die Nutzung eines DSL-Anschlusses, dass der Kunde auch einen schmalbandigen Anschluss des Anbieters nutzt, der die Teilnehmeranschlussleitung bereitstellt. Der Grund für diese Bündelung ist historisch zu sehen: DSL-Anschlüsse wurden ursprünglich überwiegend als Ergänzung des herkömmlichen Festnetzanschlusses vermarktet. Dabei wird das Frequenzspektrum der Telefonleitung mittels Splitter in zwei Bereiche getrennt. Für den schmalbandigen Telefonanschluss wird dabei unverändert der untere Frequenzbereich der Anschlussleitung genutzt, während die aufmodulierte digitale Datenübertragung ausschließlich die vormals ungenutzten oberen Frequenzbereiche in Anspruch nimmt.

Die vertragliche Kopplung entfällt bei den so genannten Naked-DSL-Anschlüssen. Der Nutzer eines solchen Anschlusses benötigt keinen schmalbandigen Telefonanschluss. Der Naked-DSL-Anschluss tritt also nicht ergänzend neben den schmalbandigen Anschluss, sondern ersetzt ihn üblicherweise. Naked-DSL-Anschlüsse werden auch entbündelte DSL-Anschlüsse, All-IP-Anschlüsse oder Komplettanschlüsse genannt. Insbesondere in der Vermarktung der Anschlussprodukte, die einen Telefondienst umfassen, ist derzeit der Begriff Komplettanschluss vorherrschend. Aus diesem Grund wird für diese Anschlussprodukte in dieser Untersuchung in der Regel der Begriff Komplettanschluss verwendet.

Naked-DSL-Anschlüsse werden in Deutschland seit dem zweiten Halbjahr 2007 angeboten. Bei Naked-DSL entfällt die Notwendigkeit der Leitungsaufteilung mittels Splitter. Der untere Frequenzbereich wird entweder für DSL mitgenutzt, so etwa bei den traditionell vornehmlich an Firmenkunden vermarkteten SDSL¹⁹-Varianten, bei denen das gesamte Frequenzspektrum der Kupferdoppelader Verwendung findet. Im anderen Fall, wenn wie bei den üblicherweise an Privatkunden vermarkteten DSL-Angeboten ADSL²⁰-Technik eingesetzt wird, bleibt der untere Frequenzbereich ungenutzt.

Bestandteil eines Naked-DSL-Anschlussprodukts ist immer ein Internetzugangsdienst. Die überwiegende Anzahl der heute angebotenen Produkte umfasst zusätzlich auch einen Telefondienst. Bei Naked-DSL-Anschlüssen kann somit zwischen zwei Varianten unterschieden werden: Neben den mit einer Telefonie-Funktionalität angebotenen Komplettanschlüssen gibt es auch Anschlüsse, die lediglich mit einem Internetzugangsdienst gebündelt werden und über keine unmittelbare Telefonie-Funktion verfügen und häufig als Ergänzung zu einem vorhandenen Mobilfunkanschluss genutzt werden.

Komplettanschlüsse werden derzeit beispielsweise von folgenden Unternehmen angeboten:

- Arcor AG & Co. KG
- Communication Services TELE2 GmbH (TELE2 Komplett)
- Deutsche Telekom AG (congstar: congstar komplett; DT AG: Call & Surf Basic IP, Call & Surf Comfort IP, Call & Surf Comfort Plus IP; T-Systems: Business Access IP)
- freenet AG (freenetKomplett, STRATO DSL3+)
- HanseNet Telekommunikation GmbH (Alice)
- O₂ (Germany) GmbH & Co. OHG (O₂ DSL)
- QSC AG
- United Internet AG (1&1 Internet AG: 1&1 Doppel-FLAT).

Die Bundesnetzagentur schätzt, dass es derzeit (Mitte 2008) in Deutschland etwa 500.000 bis 1.000.000 Komplettanschlüsse gibt. Mit weiterhin wachsenden Zahlen ist insbesondere nach der Einführung entsprechender Massenmarktprodukte durch die DT AG zu rechnen.

¹⁹ Symmetric Digital Subscriber Line.

²⁰ Asymmetric Digital Subscriber Line.

Die DT AG hat im August 2008 durch ihre Tochtergesellschaft congstar GmbH Komplettanschlussangebote eingeführt. Darüber hinaus bietet sie unter der Marke T-Home seit Mitte Januar 2009 unter den Produktbezeichnungen Call & Surf Basic IP, Call & Surf Comfort IP und Call & Surf Comfort Plus IP weitere Komplettanschlüsse an.

Mittlerweile verfügt die Bundesnetzagentur über erste Zahlen, die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs noch nicht vorlagen. Aus der für den Jahresbericht 2008 vorgenommenen Datenerhebung ergibt sich für Ende 2008 eine Zahl von etwa 2,2 Millionen Komplettanschlüssen in Deutschland.

Systemlösungen

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

Ferner können auch Zusatzleistungen bezogen werden. Diese sind in den Verträgen deutlich von den Basisleistungen getrennt ausgewiesen. Es handelt sich dabei z.B. um die Leistungsmerkmale Anklopfen, Anrufübergabe, Anrufübernahme, Anrufweiterschaltung, anschlussbezogene Verkehrsbeschränkungen, Dreierverbindung, Verbindung halten, Makeln, Filterlisten, Kurzwahl, Rückruf bei Besetzt/Nichtmelden, Rufnummernunterscheidung, Sammelanschlüsse, Verbindung ohne Wahl etc.

Des Weiteren handelt es sich bei diesen Angeboten nicht um globale Lösungen, die internationale Carrier multinationalen Großabnehmern anbieten, sondern um Angebote, die ausschließlich oder vorwiegend auf Abnehmer in Deutschland abgestellt sind.

C. Gang der Ermittlungen

Eine neue Märkte-Empfehlung ist am 28.12.2007 im EG-Amtsblatt veröffentlicht worden und am Tag danach in Kraft getreten. Damit wird die bislang gültige Empfehlung ersetzt.

Zum Zeitpunkt des am 15.10.2007 versandten Auskunftersuchens war die neue Märkteempfehlung zwar noch nicht in Kraft getreten. Es hat aber vieles darauf hingedeutet, dass die für die bisherigen Endkundenmärkte Nr. 1 bis Nr. 6 vorgesehenen Änderungen auch tatsächlich in die endgültige Fassung einer neuen Märkte-Empfehlung übernommen würden. Danach führte das Working Document zum zweiten Entwurf einer überarbeiteten Märkteempfehlung im Anhang noch einen Endkundenmarkt unter der Nummer 1 auf (ehemals Nr. 1 und Nr. 2): Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten²¹. Da somit abzusehen war, dass die Märkte – abgesehen von der Verschmelzung zu einem Markt – unverändert von der Kommission übernommen würden, hatte für den Anschlussmarkt in jedem Fall eine Überprüfung zu erfolgen.

Zur Aufklärung des Sachverhaltes wurde mit Schreiben vom 15.10.2007 an 64 Unternehmen ein formelles Auskunftersuchen gemäß § 127 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 TKG mit Frist bis zum 09.11.2007 gesandt. Die Auswahl der adressierten Unternehmen erfolgte folgendermaßen:

Erfasst wurden diejenigen Unternehmen, die im Rahmen der Abfrage für den Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich der Telekommunikation mindestens 95 % des Anschlussmarktes darstellen. Dabei wurden auch solche Unternehmen erfasst, die zu einer Unternehmensgruppe gehören, selbst wenn das Einzelunternehmen nicht zu den o.g. Unternehmen gehört. Darüber hinaus wurden alle Teilnehmernetzbetreiber aufgenommen, die für das gemeinsame Auskunftersuchen für die Märkte Verbindungen in inländische Fest- und Mobilfunknetze an festen Standorten²² ausgewählt worden sind, unabhängig von deren Marktanteil. Ferner wurden die wichtigsten Kabelfernsehtnetzbetreiber ergänzt.

Der Inhalt des Fragebogens lässt sich wie folgt beschreiben:

Der allgemeine Teil des Fragebogens bezieht sich auf das Leistungsangebot, die Finanzkraft sowie die gesellschaftlichen Verbundenheiten.

Fragebogen A bezieht sich im Bereich der Marktabgrenzung auf das Angebot von Schmalbandanschlüssen, eine etwaige Differenzierung des Angebotes in geografischer Hinsicht, die Austauschbarkeit aus Nachfragersicht, die Angebotsumstellungsflexibilität, die Wettbewerbsbedingungen, die Produktvarianten und Preise mit Stand vom 31.12. 2005, 31.12.2006 und 30.06.2007 sowie ggf. abgeschlossene Gesamtverträge mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mindestens 100.000 Euro (netto).

Im Bereich der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht werden die Außenumsatzerlöse und –mengen sowie die Innenumsatzerlöse und –mengen für die Jahre 2005, 2006 und 1. Halbjahr 2007 erfasst, getrennt nach Anschlussarten sowie ggf. getrennt für Gesamtverträge mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von bis zu bzw. mehr als 1.000.000 Euro (netto). Die weiteren Fragen betreffen den Zugang zu den Beschaffungsmärkten, Größen- und Verbundvorteile, die Diversifizierung von Produkten, das Vertriebs- und Verkaufnetz, den potenziellen Wettbewerb, mögliche Behinderungsstrategien sowie den technischen Fortschritt.

Ferner wird nach Art und Umfang möglicher Wettbewerbsprobleme gefragt.

²¹ Nach dem englischen Text des oben genannten Entwurfs: Access to the public telephone network at a fixed location for residential and non-residential customers.

²² Nicht mehr in der Märkte-Empfehlung 2007 enthalten.

Die Beantwortung der Fragen hinsichtlich der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht, zum potenziellen Wettbewerb, möglichen Behinderungsstrategien, dem technischen Fortschritt sowie zu möglichen Wettbewerbsproblemen ist dabei den Unternehmen anheim gestellt worden.

Fragebogen B betrifft nur den Markt für öffentliche Inlandsverbindungen und ist somit in der vorliegenden Marktanalyse nicht relevant.

Ein Unternehmen ist zwischenzeitlich insolvent, zwei weitere üben derzeit keine Geschäftstätigkeit aus bzw. sind keine Anbieter auf den betreffenden Märkten. Vier Unternehmen sind mit anderen Unternehmen verschmolzen und daher nicht mehr eigenständig am Markt. Alle verbleibenden 57 Unternehmen haben das Auskunftersuchen beantwortet. Davon sind 21 Unternehmen keine Teilnehmernetzbetreiber und haben daher den Fragebogen zu den Telefonanschlüssen nicht beantwortet.

Aus verschiedenen Gründen wie etwa missverständlichen oder lückenhaften Angaben waren vielfach Nachfragen und Fristverlängerungen erforderlich, wobei die letzte gewährte Fristverlängerung am 21.12.2007 endete. Die Nacherhebung fehlender Daten sowie die Klärung ungenauer oder unklarer Angaben mit den jeweiligen Unternehmen hat sich bis Ende Januar 2008 erstreckt. Die Fragen, die bis zuletzt unbeantwortet blieben, wurden durch Schätzungen dieser Daten vervollständigt, soweit dies erforderlich, möglich und zulässig war.

Eine Zusammenfassung des Ergebnisses der Ermittlungen ist Anhang 1 zu entnehmen.

D. Vorbringen der Parteien

Nachfolgend werden die Stellungnahmen der Unternehmen aus dem Auskunftsersuchen zu den verschiedenen Themen zusammengefasst. Wegen des erheblichen Umfangs ist es nicht möglich, die Stellungnahme jedes Unternehmens zu jedem Thema wiederzugeben. Die Tatsache, dass die DT AG namentlich genannt wird, beruht darauf, dass sie auf diesem Markt derzeit über beträchtliche Marktmacht verfügt und ihr Verpflichtungen auferlegt worden sind. Im Übrigen erfolgt eine Auswertung der Stellungnahmen der Wettbewerbsunternehmen, die die Fragen beantwortet haben. Da eine Reihe von Unternehmen zu verschiedenen Themen keine Erkenntnisse hatten, handelt es sich bei Angaben über die Anzahl der Unternehmen immer nur um diejenigen Netzbetreiber, die jeweils zu einer Frage substanziiert vorgetragen haben.

I. Schmalbandanschlüsse

Die DT AG ist der Auffassung, dass es aus Nachfragersicht keine hinreichende Austauschbarkeit zwischen ISDN-PMX-Anschlüssen einerseits und analogen und ISDN-Basisanschlüssen andererseits gebe. ISDN-PMX-Anschlüsse dienen dem Anschluss von Nebenstellenanlagen für mittlere und große Unternehmen. Das Nachfrageverhalten weiche damit deutlich von jenem bei Einzelanschlüssen ab.

Bei den Wettbewerbern geht eine Mehrheit davon aus, dass die einzelnen Anschlussarten aus Sicht der Verbraucher untereinander austauschbar seien, da alle Arten es ermöglichen, die Hauptleistung „Aufbau einer Verbindung“ zu ermöglichen. Der Bedarf der Endkunden sei regelmäßig darauf gerichtet, Zugang zum öffentlichen Telefondienst zu erhalten. Über welche Anschlussart dies geschehe, sei zweitrangig. Selbst Geschäftskunden verwendeten nicht ausschließlich ISDN-PMX-Anschlüsse, sondern ebenso Analog- und ISDN-Basisanschlüsse.

Allerdings hält eine Reihe von Unternehmen die Austauschbarkeit für eingeschränkt. Dabei wird sowohl die Auffassung vertreten, dass es keine Austauschbarkeit zwischen analogen Anschlüssen und ISDN-Anschlüssen gebe, als auch die Auffassung, dass die Austauschbarkeit nicht zwischen analogen und ISDN-Basisanschlüssen auf der einen und ISDN-PMX-Anschlüssen auf der anderen Seite bestehe. Dies wird in beiden Fällen vor allem mit den unterschiedlichen Funktionalitäten begründet, die es bei den ISDN-Anschlüssen gebe und die für die Nachfrager – neben dem Aufbau der Verbindung – eine wichtige Rolle spielen.

Die DT AG gibt an, dass sie alle Arten von Anschlüssen anbiete. Allerdings gehe sie nicht davon aus, dass eine 5-10%ige Erhöhung der Preise einen Anbieter von ISDN-PMX-Anschlüssen zur Ausweitung seines Angebots veranlassen würde, da solche Anbieter ihr Anschlussnetz auf gewerbliche Gebiete fokussierten. Umgekehrt sei für Anbieter von analogen und ISDN-Basisanschlüssen die Aufrüstung zu einem ISDN-PMX-Anschluss mit erheblichen Aufwendungen verbunden.

Aus Anbietersicht wird überwiegend eine Austauschbarkeit aller schmalbandigen Anschlüsse gesehen. Diese Wettbewerber bieten entweder alle Anschlussarten an oder könnten diese anbieten. Einige Wettbewerber haben jedoch ausgeführt, dass nicht der hypothetische Monopolistentest das Maß sei, sondern dass sie Analoganschlüsse wegen der Höhe der Entgelte für den TAL-Zugang derzeit nicht anböten.

Die DT AG geht davon aus, dass die Wettbewerbsbedingungen bereits aufgrund der sehr unterschiedlichen Marktanteile der beiden Anschlussarten (analoge und ISDN-Basisanschlüsse versus ISDN-PMX-Anschlüsse) nicht homogen seien. Der Marktanteil der Wettbewerber für ISDN-PMX-Anschlüsse sei etwa doppelt so hoch wie der Marktanteil für Einzelanschlüsse. Hier werde ein spezielles Segment an Nachfragern von spezialisierten Anbietern bedient.

Die Mehrzahl der Wettbewerber geht davon aus, dass die Wettbewerbsbedingungen für die schmalbandigen Anschlüsse untereinander homogen sind. Der Endkundenpreis basiere z.B. immer auf dem Preis für einen Analog- bzw. ISDN-Anschluss.

Ein Teil der Wettbewerber sieht allerdings unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen für analoge Anschlüsse auf der einen und ISDN-Anschlüsse auf der anderen Seite. Bei analogen Anschlüssen gebe es eine geringere Zahl an Wettbewerbern und dadurch auch eine geringere Wettbewerbsintensität. Dies sei vor allem auf die Vorleistungsbedingungen zurückzuführen. Bei den derzeitigen Kosten für den TAL-Zugang sowie den Kollokationskosten ließen sich analoge Anschlüsse nicht rentabel anbieten.

II. Breitbandanschlüsse

Nach Auffassung der DT AG besteht aus Nachfragersicht keine hinreichende Austauschbarkeit zwischen Schmal- und Breitbandanschlüssen. Zwar werde über Breitbandanschlüsse zunehmend auch Sprachtelefonie angeboten. Doch dabei handele es sich vor dem Übergang zu NGN jedoch nicht um einen vollwertigen Ersatz, weshalb diese Angebote i.d.R. in Kombination mit einem PSTN-Anschluss erfolgten. Daher seien über Breitband angebotene Sprachtelefondienste zumindest mittelfristig noch überwiegend als komplementär anzusehen. Auch würden Inhaber von PSTN-Anschlüssen DSL-Anschlüsse nicht als austauschbar ansehen, da diese ausschließlich von Internetnutzern genutzt würden. Diese Aussagen gälten im Übrigen auch für sog. Stand-Alone-DSL-Anschlüsse, deren Verbreitung in Deutschland noch in den Anfängen stecke.

Eine Austauschbarkeit von Schmal- und Breitbandanschlüssen aus Nachfragersicht wird derzeit nur von drei Wettbewerbern gesehen. Die Nachfrage nach Breitbandanschlüssen richte sich in den meisten Fällen nach der Verfügbarkeit und dem Preis. Sofern ein preislich attraktives Breitbandangebot verfügbar sei, würde der Endkunde dies meist gegenüber dem Schmalbandprodukt bevorzugen. Daher verringere sich die Nachfrage nach ausschließlich schmalbandigen Anschlüssen im Umfang der Verfügbarkeit breitbandiger Anschlüsse. Lediglich höhere Anforderungen von Geschäftskunden seien teilweise über breitbandige Anschlussprodukte (noch) nicht abbildbar.

Die übrigen Wettbewerber gehen davon aus, dass die Breitbandanschlüsse auch im Beurteilungszeitraum dieser Marktanalyse von den Nachfragern nicht als austauschbar, sondern als komplementär zu den Schmalbandanschlüssen angesehen werden. So würden die meisten Nachfrager neben einem DSL-Anschluss auch gleichzeitig einen Schmalbandanschluss vorhalten. Auch würden Schmalbandanschlüsse vorwiegend für Telefonie genutzt, während Internetnutzer eher zu DSL-Anschlüssen wechseln würden. Der nicht unerhebliche Teil der Endkunden, die ihren Anschluss ausschließlich für Telefonie nutzten, würde auch weiterhin keine breitbandigen Anschlüsse wünschen.

Schließlich gebe es weiterhin Akzeptanzprobleme für Sprachtelefonie über Breitbandanschlüsse. Die Endkunden befürchteten – unabhängig von den tatsächlichen technischen Gegebenheiten – Qualitätsprobleme im Bereich der Telefonverbindungen über Breitbandanschlüsse.

Nach Auffassung der DT AG unterscheiden sich die Wettbewerbsbedingungen für schmal- und breitbandige Anschlüsse stark. Gemäß der CoCom-Breitbandstatistik habe der Marktanteil der DT AG Ende 2006 bei 48 % gelegen, während sie laut Prognose der Bundesnetzagentur im letzten Jahresbericht 83 % der schmalbandigen Telefonkanäle gehalten habe. Des Weiteren seien die Märkte für Schmalbandanschlüsse schrumpfend, während sich die Breitbandanschlüsse noch in einer stark wachsenden Marktphase befänden.

Bei den Wettbewerbsbedingungen gehen nur zwei Anbieter davon aus, dass diese für schmal- und breitbandige Anschlüsse homogen seien. Die überwiegende Mehrzahl hält die Wettbewerbsbedingungen für inhomogen. So werde der Breitbandmarkt vor allem durch den Wettbewerb um Neukunden geprägt, während der Schmalbandmarkt hauptsächlich durch den Wettbewerb um Bestandskunden geprägt werde.

III. Systemlösungen

Die DT AG geht davon aus, dass es sich bei Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden im Sinne der derzeit gültigen Marktdefinition auch um Abnehmer handeln könne, die mit sog. geschlossenen Benutzergruppen vergleichbar seien. Diese zeichneten sich dadurch aus, dass sie – obschon ihr eine Mehrzahl rechtlich selbständiger juristischer oder natürlicher Personen angehörten – rechtlich wie ein einzelner Teilnehmer zu behandeln seien. Auf die konkrete zivilrechtliche Ausgestaltung des Vertrages komme es hierbei nicht an.

Ferner geht die DT AG davon aus, dass es keine Austauschbarkeit aus Nachfragersicht von solchen Gesamtverträgen mit AGB-Produkten gebe. Dies scheitere bereits an den zusätzlichen Leistungen, die darin enthalten seien und kundenindividuell zusammengestellt würden. Herkömmliche AGB-Produkte wiesen nicht die Besonderheiten und Leistungsbreite auf, die für die hier betrachteten Abnehmer aus dem Geschäftskundenbereich von besonderem Wert seien und deretwegen er sich nur für eine Systemlösungen entscheiden würde. Zwar würden diese Geschäftskunden durchaus im Rahmen solcher Verträge auch z.T. ergänzend auf AGB-Produkte zurückgreifen. Jedoch würde kein Privatkunde solche Individualleistungen nachfragen.

Die Mehrzahl der Wettbewerber geht davon aus, dass Systemlösungen aus Sicht der Nachfrager mit den üblichen Produkten auf AGB-Basis austauschbar seien. So wurde z.B. ausgeführt, dass Endkunden, die eine Bündelung nachfragten, keinen speziellen Bedarf an Telekommunikationsleistungen hätten, der von denen anderer Endkunden abweiche. Hinsichtlich des etablierten Unternehmens sei darauf hinzuweisen, dass der Wechsel eines Unternehmens von einem Business-Call-Vertrag in eine von diesem angebotene sog. „sprachorientierte Systemlösung“ regelmäßig nicht zu einer Änderung der vorhandenen Telefonanschlüsse führe und diesem Wechsel kein anderer Bedarf zugrunde liege.

Der Wechsel sei im Wesentlichen preislich motiviert, denn außer günstigeren Preisen hätten die Kunden keine weiteren oder speziellen Bedürfnisse, die sie zum Abschluss von sog. „sprachorientierten Systemlösungen“ bewegen würden. Der Abschluss solcher Verträge führe regelmäßig nicht zur Änderung der vorhandenen Telefonanschlüsse oder einem Wechsel des Verwendungszwecks dieser Anschlüsse. Auch seien nicht mögliche Beratungsleistungen in diesen Verträgen die Hauptleistung, sondern die Telekommunikationsdienstleistungen. Auf diese müsse daher abgestellt werden.

Einige Anbieter sehen aus Nachfragersicht keine Austauschbarkeit, sofern es sich tatsächlich um kundenindividuelle Lösungen handele, bei denen eine eigene Projektierung erfolgt und die sich nicht (auch nicht teilweise) mit AGB- oder Standardprodukten abbilden ließen. Bei solchen Produkten sei allerdings davon auszugehen, dass diese preislich höher liegen müssten als standardisierte AGB-Produkte.

Die DT AG ist der Auffassung, dass eine Austauschbarkeit aus Anbietersicht nicht gegeben sei. Die z.T. äußerst komplexen, kundenindividuellen Lösungen erforderten ein Höchstmaß an Kompetenz, Infrastruktur und Vorhaltung der notwendigen Prozesse. Ein Unternehmen, das ausschließlich AGB-Produkte anbiete, sei nicht ohne weiteres in der Lage, solche Lösungen anzubieten. So gebe es nach eigenen Erkenntnissen in Deutschland nur ca. **[BuG]** Anbieter solcher sprachorientierten Individualösungen. Andererseits könnten aber Unter-

nehmen, welche kundenindividuelle Lösungen anbieten, auch durchaus AGB-Produkte anbieten.

Eine Reihe von Wettbewerbern geht von der Austauschbarkeit aus. Grundsätzlich sei es für jedes Unternehmen möglich, die Leistungen entsprechend zu bündeln. Letztlich gehe es nur um eine besondere Form von Rabatten für Großkunden. Die Produkte ließen sich auch von AGB-Produkten nachbilden. Häufig würden die unterschiedlichen Leistungen nach Art eines Baukastensystems für die Anforderungen und Bedürfnisse des Großkunden zusammengestellt. Daher sei es auch irrelevant, ob es sich um einen großen oder die Zusammenfassung mehrerer kleiner Verträge handele. Bei den sog. „sprachorientierten Systemlösungen“ der DT AG handele es sich um umetikettierte Standardprodukte, mit denen eine Regulierung verhindert werden solle.

Allerdings haben auch einige regionale Wettbewerber angegeben, dass sie bundesweite Systemlösungen aus Anbietersicht nicht für austauschbar hielten. Insbesondere hätten sie – anders als die DT AG – nicht die Möglichkeit, diese mit anderen Leistungen quersubventionieren bzw. Mischkalkulationen für Großkunden durchzuführen, die im gesamten Bundesgebiet vertreten seien.

Die DT AG ist der Auffassung, dass der Markt für sprachorientierte Systemlösungen seit Jahren aufgrund seiner Wettbewerbsintensität und Anteilsverteilung nicht regulierungsbedürftig sei. Nach eigenen Erkenntnissen liege der Marktanteil der T-Systems für sprachorientierte Systemlösungen bereits ab einem Umsatzvolumen von 100.000 Euro im Jahr unter der Vermutungsschwelle von **[BuG]**%.

Bei den Wettbewerbern gibt es ein geteiltes Bild. Während die Hälfte von homogenen Wettbewerbsbedingungen ausgeht, sieht die andere Hälfte weniger Transparenz und eine geringere Wettbewerbsintensität bei den Systemlösungen für besonders große Endkunden.

Dabei wurde ausgeführt, dass es sich bei den sog. Systemlösungen im Wesentlichen um eine Kombination aus auch in AGB-Verträgen angebotenen Leistungen handele, die kundenindividuell zusammengestellt würden. Diese individuelle Zusammenstellung führe aber im Ergebnis nicht zu einem eigenständigen Produkt im Sinne einer Individuallösung.

Unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen wurden vor allem von solchen – teilweise regionalen – Wettbewerbern gesehen, die für solche Leistungen in hohem Maße auf Vorleistungen anderer Unternehmen angewiesen seien. Dies sei ein Nachteil gegenüber der DT AG, die diese Vorleistungen im Unternehmen hätte und nicht zukaufen müsse. Daher seien die Wettbewerbsbedingungen für die DT AG erheblich besser.

Die Mehrzahl der Unternehmen sieht keine unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen ab einer bestimmten Umsatzgröße. Grundsätzlich bauten die Verträge auf Standardleistungen auf. Bei größeren Vertragsvolumina komme es wie in jeder Branche zu Mengenrabatten, die sich in speziellen Preisen, aber auch in Zusatzleistungen äußern könnten. Daraus ergäben sich aber keine unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen. Auch sei es grundsätzlich denkbar, dass der Grad an Individualisierung eines Vertrages mit dessen Gesamtvolumen zunehme. Daraus sei nicht automatisch zu folgern, dass die Wettbewerbsbedingungen von der Gesamtgröße der einzelnen Verträge abhingen. Sofern man eine Größe benennen würde, wäre dafür allenfalls eine Grenze ab mind. 3 Mio. Euro sachdienlich.

IV. Größenvorteile

Mit dem regulierten Zugang zur Kupferdoppelader werden nach Auffassung der DT AG sog. economies of scale and scope diskriminierungsfrei an Wettbewerber weitergegeben, so dass diese unabhängig von ihrer Abnahmemenge von einem einheitlichen Stückpreis profitieren

könnten. Die notwendigen Beschaltungseinheiten könnten weitgehend bedarfsgerecht dimensioniert werden, wobei die DT AG angesichts ihrer stetigen Anschlussverluste mangels Wiederverkaufbarkeit vorzeitige Abschreibungsaufwendungen habe, was auch für das dahinterliegende Aggregationsnetz gelte. Auch die Vertriebs-, Marketing- und Billingprozesse seien so mit steigenden Stückkosten konfrontiert.

Die Mehrzahl der Wettbewerber sieht Größenvorteile vor allem in den Bereichen Kollokation, kaufmännische Leistungen, dem Netzwerkmanagement sowie firmeninternen Funktionen. Allerdings seien ein Teil der Kosten, z.B. im Bereich der Kollokation, sprungfix. Seien die Kapazitäten ausgelastet, müsse neu investiert werden.

Gerade von kleineren Teilnehmernetzbetreibern wurde angeführt, dass sich aufgrund ihrer geringen Größe für sie nur sehr bedingt Größenvorteile ergäben. Keine Größenvorteile wurden bei dem Bezug von Vorleistungen wie dem Zugang zur TAL gesehen. Hier seien die Kosten linear.

V. Verbundvorteile

Die DT AG führt aus, dass sie ein Vollsortimentanbieter sei. Synergieeffekte beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen seien für alle infrastrukturbasierten Anbieter unabhängig von der Größe des Unternehmens und der Infrastruktur selbstverständlich. Dies zeige sich auch darin, dass nahezu alle Netzbetreiber mehr als einen Telekommunikationsdienst anböten.

Eine Reihe von Wettbewerbern hat angegeben, dass es für sie Verbundvorteile hauptsächlich im Bereich der innerbetrieblichen Leistungen gebe (z.B. Kundenbetreuung, Nutzung eigener Netzinfrastruktur für das Angebot von Endkundenleistungen), diese aber nicht quantifizierbar seien.

VI. Diversifizierung von Produkten

Die DT AG gibt an, dass sie sämtliche Tarifmodelle anbietet. Auch dies sei eine selbstverständliche Erscheinung für alle infrastrukturbasierten Anbieter und Ausdruck eines intensiven Wettbewerbs, der eine gezieltere Ansprache der heterogenen Kundengruppen notwendig mache. Es handele sich damit um ein markt- und kein unternehmensspezifisches Problem. Die DT AG sei vielfach bei der Einführung von Tarifen ein Marktführer. Das Anbieterfeld sei mittlerweile so unübersichtlich, dass der Wettbewerb nicht von einem oder mehreren Unternehmen durch Tarifinnovationen gesteuert werden könne, sondern polypolistisch geprägt sei.

Die Mehrzahl der Wettbewerber ist der Auffassung, dass Diversifizierung wichtig sei, um unterschiedlichen Kunden für ihr jeweiliges Telefonieverhalten spezielle Angebote machen zu können. Dabei nähmen Paketangebote, bei denen neben einem Schmalbandanschluss auch ein Breitbandanschluss sowie Flatrates für die Internetnutzung und Verbindungen in das nationale Festnetz enthalten sei, eine besonders wichtige Rolle ein. Kunden würden solche Produkte wegen der Einfachheit des Angebots, der höheren Preistransparenz und der Kostenkontrolle bevorzugen. Dies habe auch zu einem intensiveren Wettbewerb geführt. In Zukunft könnten nur noch über Pauschaltarife neue Kundensegmente erschlossen werden.

Paketangebote und Pauschaltarife könnten auch einen Anreiz schaffen, dass der Endkunde seinen Bedarf vollständig bei einem Anbieter decke. Dies könnte unabhängig vom Marktanteil des Unternehmens zu einer Marktabschottung sowohl auf dem betroffenen Markt als auch auf Drittmärkten (Breitbandanschlüsse, Telefonverbindungen) führen.

Es wurde auch von einer größeren Zahl von Anbietern angeführt, dass die Pauschaltarife die Preistransparenz im Endkundenmarkt erhöht und damit den Preiswettbewerb signifikant verschärft hätten.

VII. Vertriebs- und Verkaufnetz

Die DT AG führt aus, dass jeder Marktteilnehmer ein bestimmtes Verkaufnetz habe, z.B. eigene Vertriebsstellen, indirekte Vertriebspartner, Internetauftritte oder Call-Center. Keine dieser Varianten sei jedoch Voraussetzung für die Etablierung am Markt. Ein hoch entwickeltes Vertriebsnetz sei nicht Grundlage aller existierenden Geschäftsmodelle. Gleiches gelte für den Bekanntheitsgrad der Marke, dessen Relevanz für die verschiedenen Geschäftsmodelle ebenfalls unterschiedlich zu gewichten sei.

Alle Wettbewerber sind der Auffassung, dass ein Vertriebs- und Verkaufnetz sowie verstärktes Marketing wichtig seien. Dies ergebe sich vor allem vor dem Hintergrund eines gesättigten Marktes. Im Hinblick auf Anschlussleistungen seien hoch entwickelte Vertriebs- und Verkaufnetze ein extrem wichtiges Merkmal sowohl für die Neukundengewinnung als auch für die Bestandskundenerhaltung. Nur die direkte Kundenansprache könne den Markterfolg sichern. Die DT AG besitze hier mit ihrem stark ausgebauten Netz an T-Com Shops mit geschultem Fachpersonal einen deutlichen Vorteil gegenüber der Nutzung einer externen Händlerstruktur.

Im Bereich der Geschäftskunden sei es häufig von entscheidender Bedeutung, einen persönlichen Ansprechpartner im Vertrieb ebenso wie in der After-Sales-Betreuung zu haben. Die mit dem Aufbau und der Weiterentwicklung eines solchen Vertriebs- und Beratungsnetzes verbundenen Kosten erschwerten die erfolgreiche Partizipation im Wettbewerb um Geschäftskunden.

Die Marke und die Markenbindung sind als wichtig eingeschätzt worden. So ließe sich durch die Markenbindung die Bedeutung des Preises als Wettbewerbselement bei den überaus homogenen Produkten reduzieren. Nur diejenigen Wettbewerber, die ihre Marke bekannt gemacht und eine vertiefte Markenbindung erreicht hätten, könnten derzeit bei den Anschlüssen wie auch den Bündelprodukten mit Anschluss Wettbewerbsanteile gewinnen. Auch schaffe eine Marke Vertrauen in den jeweiligen Anbieter. Dies sei insbesondere bei den Anschlüssen eine wichtige Voraussetzung zum Vertrieb dieser Produkte, da die Wettbewerber der DT AG hierbei Befürchtungen von Endkunden überwinden müssten, dass sich bei der Bereitstellung eines neuen Anschlusses durch den Wettbewerber oder bei einem Anschlusswechsel auf einen Wettbewerber technische Schwierigkeiten ergeben könnten.

Es ist auch darauf hingewiesen worden, dass die DT AG gerade bei der Erstellung technischer Lösungen immer noch in der subjektiven Beurteilung von Kunden der öffentlichen Hand und Großkunden davon profitiere, dass sie ihren Stammsitz in Deutschland habe und traditionell über eine national starke Marke verfüge.

Für regionale Anbieter mit hohen getätigten Investitionen sei die Qualität der Leistungen gleichwertig mit dem Bekanntheitsgrad, da das Vertriebsgebiet sehr begrenzt sei. Positive Imagefaktoren (preisgünstig, service- und qualitätsorientiert) und deren weit reichende öffentliche Bekanntmachung seien entscheidende Erfolgsfaktoren, insbesondere in einer Branche mit erklärungsbedürftigen Produkten und zunehmend fragwürdigen Akquisitionsmethoden (z.B. unseriöse Telefon- und Haustürangebote).

VIII. Potenzieller Wettbewerb

Die DT AG führt aus, dass mit dem regulierten Zugang zur Kupferdoppelader eine stetig wachsende Vorleistung für Telefonanschlüsse vorliege. Mit den ca. (konsolidiert) 60 Nach-

fragern der TAL sei bereits eine große Zahl von Unternehmen in den Markt eingetreten. Die Zahl der Kollokationen je Anschlussbereich erreiche einen Wert von bis zu 10 Wettbewerbern. Daher sei das Angebot von Anschlüssen über den Zugang zur TAL ein starker Wettbewerbsmarkt, der sowohl den Zutritt weiterer Wettbewerber als auch die Expansion bereits eingetretener Anbieter erlaube.

Die Mehrzahl der Wettbewerber hält es für unwahrscheinlich, dass es in nächster Zeit Markteintritte geben werde. Dies zeige sich auch daran, dass in den letzten Jahren in Deutschland im Anschlussbereich keine wesentlichen neuen Wettbewerber aufgetreten seien. Vielmehr seien seit einiger Zeit Konsolidierungen in diesem Bereich festzustellen. Für einen Markteintritt wären hohe (Anfangs-)Investitionen notwendig, z.B. für den Aufbau eines Teilnehmernetzes und die Entbündelung der TAL, aber auch im Bereich des Marketings. Ob solche Investitionen für ein Unternehmen, das neu in den Markt eintreten wolle, allerdings angesichts der wirtschaftlichen Lage verbunden mit den geringen Margen und den grundsätzlich bestehenden Überkapazitäten anderer Anbieter ökonomisch sinnvoll darstellbar seien, sei zweifelhaft. Es gebe Probleme bei der Relation zwischen den Vorleistungs- und Marketingkosten einerseits und den Umsätzen andererseits.

Auch gebe es ein großes Risiko wegen der derzeitigen Entwicklung von NGA. Es sei nicht bekannt, welche Hauptverteiler von der DT AG zu welchem Zeitpunkt außer Betrieb genommen würden. Damit würden aber die Investitionen der Wettbewerber zur Entbündelung dieser Hauptverteiler wertlos und zu versunkenen Kosten. Dies stelle deshalb ein bedeutendes Expansionshemmnis dar.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf verwiesen worden, dass durch § 150 TKG bis zum 30.06.2008 keine Verpflichtung der DT AG zum Anschlussresale möglich sei. Daher bliebe den Anbietern bis dahin eine kostengünstigere Lösung zum Ausbau verwehrt.

IX. Behinderungsstrategien

Die DT AG beobachte Fälle von „Coldcalling“ bei ihren Anschlusskunden. Derartige Praktiken würden auch von den Verbraucherschutzzentralen verfolgt. Einige Carrier ahndeten Fehlverhalten ihrer Vertriebspartner bei der Neukundengewinnung nur sehr unzureichend oder fühlten sich für das Verhalten der gegenüber den Endkunden agierenden Reseller nicht zuständig.

Bei den Wettbewerbern wurde vor allem genannt, dass die DT AG ihre neuen Paketangebote mit einer Laufzeit von 24 Monaten gestalten würde. Eine solche Bindung der Bestandskunden der DT AG sei zu lang, weil sie in dieser Zeit dem Wettbewerb entzogen seien.

[BuG]. Auch hat ein Wettbewerber ausgeführt, dass die DT AG **[BuG]**

Einige Wettbewerber sehen eine Preis-Kosten-Schere für Analoganschlüsse. Die DT AG biete Anschlüsse an, die unter den Preisen für die jeweiligen Vorleistungen lägen.

Mehrere Wettbewerber haben zudem angegeben, dass Umstellungen, die Bereitstellung von Vorleistungen (z.B. TAL) und Entstörungen zu lange dauern würden, die DT AG auch häufiger Aufträge „vergessen“ oder „verlieren“ würde. Auch würden technische Arbeiten mangelhaft erbracht, Kollokationsräume nur unzureichend gewartet und Leistungen in erheblichem Umfang fehlerhaft abgerechnet. So werde letztlich ein Qualitätsproblem des Wettbewerbs suggeriert, dessen Ursprung jedoch in der mangelhaften Organisation und Ausstattung der carrierbezogenen Abteilungen der DT AG liege. Auf der anderen Seite würden die Serviceeinheiten für die eigenen Kunden durch die DT AG aufgestockt, um zusätzliche Dienstleistungen wie Installationsarbeiten am Samstag anbieten zu können.

Auch komme es zu Abwerbungsversuchen durch die DT AG während der Umstellung von Endkunden im Rahmen von Portierungen oder Preselectierungen. Die vertikale Integration der DT AG ermögliche einen Informationsaustausch zwischen Vorleistungsbereichen und Endkundenvertrieb.

Es wurde ausgeführt, die DT AG würde durch Tarife, die weder den Anforderungen des TKG noch denen des GWB genügten, es den Wettbewerbern unmöglich machen, Bestandskunden zu halten bzw. neue Kunden zu gewinnen. Ein aktuelles Beispiel sei das Geschäftskundenprodukt T-VPN. Aus mehreren Ausschreibungen seien sowohl die Nutzungsstruktur von Geschäftskunden und kommunalen Kunden als auch das erfolgreiche DT AG T-VPN-Angebot bekannt. Der T-VPN Pauschalpreis liege dabei unter den reinen Terminierungskosten, die einem alternativen Wettbewerber beim zugrunde liegenden Nutzungsverhalten des Endkunden entstehen würde. Zudem würde die DT AG verstärkt sog. MVPNs²³ anbieten, bei denen auch Mobilfunkdienste in das Angebot einbezogen würden. Dabei bestehe die Gefahr der Quersubventionierung und der Anwendung von Preisdumpingstrategien.

X. Technischer Fortschritt

Die DT AG führt aus, dass der Übergang zu NGA Networks für sich alleine kein ausreichender Grund wäre, schmal- und breitbandige Anschlüsse einem gemeinsamen Markt zuzuordnen. Auch in der NGA-Welt wären reine Telefonanschlüsse verfügbar, die über IP-Technik emuliert würden und auf der Endkundenseite die gewohnte Telefonschnittstelle enthielten. Soweit Kunden zusätzlich noch einen Breitbandanschluss nachfragten, werde bereits heute Schmal- und Breitband im Router des Endkunden zusammengeführt, so dass er sowohl seine Telefone als auch seinen PC an diesem Gerät anschließe. Mit der Migration der PSTN-Telefonie auf gemanagtes Voice over NGN bleibe dies für den Kunden unverändert. Insofern sei der technische Fortschritt aus Kundensicht nicht relevant, sondern eine Frage der technischen Realisierung der Anbieter. Der Verlust von Anschlusskunden an Mobilfunkanbieter werde zwar zunehmen, aber Mobilfunkangebote blieben im Wesentlichen komplementär zu Festnetzangeboten, die zunehmend über ein gemeinsames Kernnetz miteinander verknüpft werden könnten.

Ein Teil der Wettbewerber ist der Ansicht, dass sich der technische Fortschritt im Bereich der (schmalbandigen) Sprachanschlüsse nicht auswirken werde. Die Technik sei ausgereizt. Langfristig sei damit zu rechnen, dass der Markt für schmal- und breitbandige Anschlüsse zusammenwachsen werde. Mittelfristig sei damit aber nicht zu rechnen.

Es wurde ebenfalls von mehreren Wettbewerbern vorgebracht, dass der technische Fortschritt derzeit das Risiko des Markteintritts erhöhe und das Investitionsvolumen reduziere, da der Fortbestand der TAL-Kollokation am Hauptverteiler und des Interconnectionregimes aufgrund von NGN unsicher seien. Es sei nicht bekannt, wie lange die DT AG noch Hauptverteiler betreibe und wie lange der Wettbewerberzugang zu diesen möglich sei.

Auch wurde angeführt, dass es Ziel eines All-IP-Netzes sei, Kosten in Anlagen und Betrieb einzusparen. Bis zur vollständigen Umstellung der Netze auf NGN müssten jedoch zunächst zwei weniger effiziente Netze parallel betrieben werden, nämlich das alte ISDN-Netz, welches immer weniger effizient werde, und das neue All-IP-Netz, welches noch nicht effizient sei.

Aus diesen Gründen erwarten die Wettbewerber durch den technischen Fortschritt kurz- und mittelfristig keine positiven Auswirkungen für den Wettbewerb.

²³ Mobile Virtual Private Networks.

XI. Art und Umfang möglicher Wettbewerbsprobleme

Die DT AG geht davon aus, dass der vorliegende Markt in Deutschland nicht mehr regulierungsbedürftig ist, weil die von der EU-Kommission angeführten Begründungen in Deutschland aus den folgenden Gründen nicht mehr zutreffen würden:

1. Telefonanschlüsse stellten einen schrumpfenden Markt dar und würden zunehmend durch Kabeltelefonie, Mobilfunk und VoIP zurückgedrängt. Die Vorleistungsregulierung beschränke sich nicht auf die TAL. Auch die Auflage von Bitstromverpflichtungen sowie der Betreiber (vor)auswahl und dem entsprechenden Angebot von Interconnection-Verbindungsleistungen würden die DT AG in ihrer Handlungsfreiheit einschränken.

2. Die EU-Kommission argumentiere, dass der TAL-Zugang hohe und dauerhafte Markteintrittsbarrieren im Endkundenmarkt für Telefonanschlüsse nicht aufheben könne, da die Verwendung des TAL-Zugangs Zeit und beträchtliche Investitionen benötige, von denen ein Großteil versunkene Kosten seien. Außerdem würden Wettbewerber grundsätzlich keinen TAL-Zugang nehmen, um darauf nur einen Telefonanschluss zu realisieren, sondern die TAL werde für Breitbandangebote genutzt. In Deutschland würden aber TAL-basierte Wettbewerber ihren Kunden auf jeden Fall Telefondienste anbieten sowie optional auch Breitbanddienste und nicht umgekehrt. Somit sei die TAL gerade auch für Schmalbandanschlüsse die relevante Vorleistung. Die bestehenden TAL-Kollokationen der Wettbewerber böten derzeit eine Abdeckung von **[BuG]**% der Bevölkerung an. Unter Beachtung unternehmensrechtlicher Verbundenheiten gebe es derzeit ca. 60 TAL-Nachfrager.

3. Das Angebot von Breitbandanschlüssen über Kabel sei im 1. Halbjahr 2007 auf 810.000 Anschlüsse gestiegen, wobei davon auszugehen sei, dass der überwiegende Teil auch für Telefonie genutzt werde. Zusammen mit den TAL-Zugängen sei eine hohe kontinuierliche Marktanteilsverschiebung gegeben, die zur Feststellung einer Tendenz zu wirksamen Wettbewerb hinreichend sei.

4. Bezogen auf die Endkundenmärkte für Telefonverbindungen halte die EU-Kommission das allgemeine Wettbewerbsrecht für ausreichend. Sie bleibe aber die Aussage schuldig, warum dies nicht ebenso für den Endkundenmarkt für Telefonanschlüsse gelte. Angesichts der fortgesetzten Berücksichtigung des Preisabstands zwischen Vorleistungs- und Endkundenebene bei der Genehmigung von TAL-Entgelten sei die DT AG bereits durch die Vorleistungsregulierung an der Einführung von Verdrängungspreisen ausreichend gehindert, so dass eine sektorspezifische Eingriffsbefugnis nicht berechtigt sei.

Daher müsse nach Auffassung der DT AG die Bundesnetzagentur der letztlich auch EU-weit unvermeidlichen Aufhebung der Doppelregulierung auf Wholesale- und Retailebene vorgreifen.

Als wichtigste Wettbewerbsprobleme werden von den Wettbewerbern missbräuchliche Preissetzung, die Vertragslaufzeiten von Paketangeboten der DT AG sowie die Übertragung der beträchtlichen Marktmacht auf weitere Märkte gesehen. Solche Wettbewerbsprobleme wären ohne Regulierung intensiver.

Bei der Preissetzung werden insbesondere Dumpingstrategien der DT AG angeführt, die diese zur Verdrängung von Wettbewerbern teils heute schon nutze. Dazu gehörten Preis-Kosten-Scheren im Bereich der analogen Anschlüsse, da die Entgelte für den TAL-Zugang derzeit zu hoch lägen, aber auch Dumpingpreise bei Paketangeboten bzw. bei den T-VPN-Verträgen. Ferner würde die DT AG durch Business Flat Angebote auch bei Geschäftskunden durch entsprechende Pauschaltarife und damit verbundene Dumpingstrategien die Wettbewerber systematisch behindern, da diese nicht über ein entsprechendes Vorleistungsprodukt verfügten und die Leistung daher nicht nachbildbar sei.

Solche Preisstrategien würden – ebenso wie die Umstellung der Bestandskunden der DT AG auf Verträge mit einer 24monatigen Laufzeit – von der DT AG dazu verwendet, ihre Marktmacht auf benachbarten Endkundenmärkten zu festigen bzw. auch in solche Bereiche auszuweiten, in denen es derzeit wirksamen Wettbewerb gebe. Ohne Regulierung sei daher auch eine Re-Monopolisierung benachbarter Endkundenmärkte zu befürchten.

Bereits der Verzicht auf die Ex-ante-Regulierung im Bereich der Endkundenmärkte habe gezeigt, dass das marktbeherrschende Unternehmen die vergrößerten Freiheitsgrade der Entgeltgestaltung dafür nutze, beginnend in wettbewerbsintensiveren Bereichen und gestützt auf die Erträge aus nicht wettbewerbsfähigen Bereichen (z.B. die noch erheblichen Einnahmen aus analogen Anschlüssen) wettbewerbsverdrängende Niedrigpreisstrategien zu verfolgen.

E. Nationale Konsultation

Zum Zweck der Durchführung einer nationalen Konsultation im Sinne des § 12 Absatz 1 TKG hat die Bundesnetzagentur am 27.08.2008 einen Entwurf zur Marktdefinition und -analyse im Bereich des Marktes für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten im Amtsblatt Nr. 16 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Mitteilung Nr. 436/08 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht. Damit wurde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme innerhalb eines Monats gegeben. Insgesamt sind 10 Stellungnahmen eingegangen.

Gemäß § 12 Absatz 1 Satz 2 TKG sind sodann am 22.10.2008 die Ergebnisse des Anhörungsverfahrens im Amtsblatt Nr. 20 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen als Mitteilung Nr. 609/2008 und auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur veröffentlicht worden.

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

In Anhang 2 werden die Stellungnahmen der interessierten Parteien wie veröffentlicht wiedergegeben.

F. Einvernehmen des Bundeskartellamtes gemäß § 123 Abs. 1 TKG

Mit Schreiben vom 26.02.2009 wurde das Bundeskartellamt um die Herstellung des Einvernehmens nach § 123 Absatz 1 TKG gebeten. Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat mit Schreiben vom 11.03.2009 das Einvernehmen zu der für den Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt Nr. 1) vorgenommenen Marktabgrenzung und zu den getroffenen Feststellungen der der Regulierungsbedürftigkeit und der beträchtlichen Marktmacht erteilt. Es wird darauf hingewiesen, dass dieses Einvernehmen die Beschlussabteilung nicht bei der Prüfung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht binde (§ 1 GWB/Art. 81 EG, § 19 GWB/Art. 82 EG).

G. Europäisches Konsolidierungsverfahren

Am 18. März 2009 wurde das europäische Konsolidierungsverfahren im Sinne von § 12 Absatz 2 Nr. 1 TKG eingeleitet. In dessen Rahmen hat zwar keine der nationalen Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wohl aber die Europäische Kommission am 17. April 2009 Stellung genommen.²⁴

Die Kommission hat wie folgt Stellung genommen:

„Einbeziehung von Komplettanschlüssen in den Endkundenzugangsmarkt

Wie in der Empfehlung festgelegt, umfasst der Endkundenmarkt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten die Bereitstellung eines Anschlusses oder Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz, der abgehende und eingehende Telefonanrufe und zugehörige Dienste ermöglicht. In der Begründung der Empfehlung wird weiter klargestellt, dass der Zugang und die damit verbundenen öffentlichen Telefondienste je nach Unternehmen und eingesetzter Technik mit unterschiedlichen Mitteln bereitgestellt werden können. Obwohl Breitbandanschlüsse auch die Bereitstellung von Telefondiensten ermöglichen, wird ein Kunde in der Regel nicht von einem Schmalbandanschluss zu einem Breitbandanschluss wechseln, wenn er nur den Zugang zum Sprachtelefondienst wünscht. Verbraucher wechseln von einem Schmalbandanschluss zu einem Breitbandanschluss hauptsächlich deshalb, weil sie schnellere Internetdienste wünschen. Bislang haben viele Kunden beim Wechsel zu einem Breitbandanschluss ihren Schmalbandanschluss behalten, weil sie beide Zugangsprodukte als Ergänzung und nicht als Substitut betrachten. Dennoch sollte die NRB vorausschauend prüfen, ob vor allem in Mitgliedstaaten, in denen entbündelte DSL-Angebote („nackte DSL-Anschlüsse“) verfügbar sind, eine zunehmende Substitution wahrscheinlich ist. Im Ergebnis dieser Entwicklung muss dann geprüft werden, ob solche Dienste dem gleichen Zugangsmarkt zuzuordnen sind oder nicht.

Die Kommission nimmt zur Kenntnis, dass entbündelte DSL-Anschlüsse seit Mitte 2007 in Deutschland angeboten werden und dass die Bundesnetzagentur eine Reihe von Kriterien herangezogen hat, um die zunehmende Ablösung herkömmlicher Schmalbandanschlüsse durch Komplettanschlüsse (d.h. DSL- oder Breitbandkabelanschlüsse, die mit dem Telefondienst gebündelt werden und nicht gleichzeitig an einen Schmalbandanschluss gekoppelt sind) zu beurteilen. Die Bundesnetzagentur hat insbesondere belegt, dass die Tarife für Schmalband- und Komplettanschlüsse in einem vergleichbaren Preisbereich liegen, so dass davon auszugehen ist, dass ein Verbraucher von einem Schmalbandanschluss auf einen Komplettanschluss ausweichen würde, wenn ein hypothetischer Monopolist den Preis des Schmalbandanschlussprodukts um einen geringfügigen, aber nicht unwesentlichen Betrag (z.B. um 10 %) anheben würde²⁵. Ferner hat die Bundesnetzagentur nachgewiesen, dass Schmalband- und Komplettanschlüsse funktionell austauschbar sind. In dieser Hinsicht verweist sie u.a. darauf, dass beide Anschlussarten stets mit einer Ortsnetzzufnummer angeboten werden, was normalerweise ein wichtiges Kriterium für die Endnutzer ist. Aufgrund dieser Analyse kommt die Bundesnetzagentur zu dem Schluss, dass für den Wechsel von Schmalband- zu Komplettanschlüssen zum Zwecke der Sprachtelefonie keine hohen Hürden bestehen. Die Kommission nimmt außerdem zur Kenntnis, dass die gestiegene Zahl der Komplettanschlüsse in der Vorausschau eine dynamische Entwicklung erkennen lässt. Auf Grundlage dieser Untersuchungsergebnisse bestreitet die Kommission folglich nicht die Schlussfolgerungen der BNetzA, dass Komplettanschlüsse dem gleichen Endkundenmarkt zuzuordnen sind.

²⁴ DE/2009/0897 vom 17.04.2009.

²⁵ Zum Preisvergleich siehe Fußnote 11.

Wenngleich derzeit verfügbare Vorleistungsprodukte bereits in dem Maße, wie sie als Ersatz für Schmalbandanschlüsse zu betrachten sind, die Bereitstellung von Komplettanschlüssen ermöglichen, nimmt die Kommission die Schlussfolgerung der Bundesnetzagentur zur Kenntnis, dass der Einfluss der Komplett-Breitbandanschlüsse auf den Wettbewerb gegenwärtig noch nicht ausreicht, um einen dauerhaften Wettbewerb auf dem Telefon-Endkundenmarkt zu bewirken. Ohne diese Erkenntnis der Bundesnetzagentur zu bestreiten, möchte die Kommission diese auffordern, den Markt genau zu beobachten und dabei dem Marktsegment der Komplettanschlüsse besondere Beachtung zu schenken. Eine wirksame Regulierung auf der Vorleistungsebene kann sich längerfristig auf die Wettbewerbsbedingungen auf dem Endkundenzugangsmarkt auswirken, und zwar insbesondere im Hinblick auf die zu erwartende Steigerung des Anteils der Komplettanschlüsse an der Gesamtzahl der Telefonanschlüsse.

Notifizierung der Regulierungsmaßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt

Nach Ansicht der Kommission trägt der Ansatz Deutschlands, die vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen zu einem späteren Zeitpunkt mitzuteilen, nicht dazu bei, festgestellte Wettbewerbsprobleme rasch zu lösen. Gemäß Artikel 16 der Rahmenrichtlinie sind die Festsetzung, Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen ein fester Bestandteil des Marktanalyseverfahrens. Damit die von der Regulierungsbehörde auferlegten Verpflichtungen an die Ergebnisse der vorliegenden Marktanalyse angepasst werden können und die Rechtssicherheit verbessert wird, fordert die Kommission die Bundesnetzagentur daher auf, ihr die entsprechenden Regulierungsmaßnahmen bzw. die Aufhebung bestehender Verpflichtungen zügig mitzuteilen.“

H. Marktabgrenzung

Die Bundesnetzagentur hat unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien²⁶ die sachlich und räumlich relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts abzugrenzen, § 10 Abs. 1 TKG, der Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie (RRL)²⁷. Als eine Empfehlung im Sinne von Art. 249 Abs. 5 EG besitzt die Märkte-Empfehlung zwar keine originäre Rechtsverbindlichkeit. Doch entspricht es schon generell der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, dass Empfehlungen der Kommission einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch nationale Behörden und Gerichte unterliegen, wenn sie Aufschluss über die Auslegung zur Durchführung von Gemeinschaftsrecht erlassender innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche gemeinschaftliche Vorschriften ergänzen sollen.²⁸ Dies gilt erst recht, wenn in Umsetzung von Art. 15 Abs. 3 RRL das nationale Recht in § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG ausdrücklich die „weitestgehende“ Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung vorsieht.²⁹

Nach summarischer Prüfung der EU-Kommission kommen die in der Märkteempfehlung aufgeführten Märkte in der Regel für eine Regulierung in Betracht und begründen eine Art „Anfangsverdacht“ für ein regulatorisches Einschreiten.³⁰ Nunmehr hat auch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür begründet, dass diese Märkte ebenso in Deutschland potentiell (d.h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) regulierungsbedürftig seien.³¹

Die weitestgehende Berücksichtigung erfordert daher, dass Ausgangspunkt und wichtigster Maßstab der Marktabgrenzung zunächst die Märkteempfehlung ist, weil ihr eine Vermutungswirkung für die Regulierungsbedürftigkeit der darin enthaltenen Märkte zukommt. Liegen jedoch ausnahmsweise etwaige vom europäischen Standard abweichende spezifische nationale Besonderheiten vor, kann dies ein Abweichen von der Märkteempfehlung rechtfertigen.³²

In Bezug auf die Festlegung des sachlich und räumlich relevanten Marktes steht der Bundesnetzagentur gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG ein Beurteilungsspielraum zu.³³ Dies trägt u.a. dem Umstand Rechnung, dass den im Rahmen von §§ 10 f. TKG zu treffenden Entscheidungen in hohem Maße wertende Elemente anhaften.³⁴ Auch die Kommission ist der Auffassung, dass den nationalen Regulierungsbehörden bei der Ausübung ihrer (sämtlichen) Befugnisse gemäß Art. 15 und 16 RRL „aufgrund der komplizierten ineinandergreifenden Faktoren (wirtschaftlicher, sachlicher und rechtlicher Art), die bei der Definition relevanter Märkte und bei der Ermittlung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gewürdigt werden müssen“, ein weit reichender „Ermessensspielraum“³⁵ zuzubilligen sei.³⁶

²⁶ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Leitlinien), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, Nr. C 165/6.

²⁷ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 2002, Nr. L 108/33.

²⁸ EuGH, Urteil vom 13.12.1989 – Rs. C-322/88, Grimaldi – Slg 1989, 4407 Rn. 18.

²⁹ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13.

³⁰ Elkettani, K & R Beilage 1/2004, S. 11,13.

³¹ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13.

³² Leitlinien, Fußnote 18; zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Märkteempfehlung und Abweichung aufgrund nationaler Besonderheiten, VG Köln, 1 K 2924/05, S. 16.; BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 14.

³³ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 7 f.

³⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 11.

³⁵ Dabei handelt es sich nach deutscher Rechtsterminologie um einen Beurteilungsspielraum, vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 10.

³⁶ Leitlinien, Rn. 22 und Rn. 71.

Nachfolgend wird überprüft, ob der Märkteempfehlung gefolgt wird, oder ob es aufgrund nationaler Besonderheiten unumgänglich erscheint, von der Märkteempfehlung abzuweichen.

Vorab wird nochmals darauf hingewiesen, dass es sich vorliegend nicht um eine erstmalige Prüfung des in Rede stehenden Marktes handelt, sondern dass hier eine Überprüfung der Ergebnisse einer bereits für diesen Markt vorliegenden Marktdefinition und Marktanalyse nach § 14 TKG durchgeführt wird. Dies zeigt sich nachfolgend darin, dass teilweise Passagen der vorhergehenden Marktdefinition und –analyse beibehalten bzw. auf diese verwiesen werden, soweit sich die den dortigen Ergebnissen zugrunde liegenden Gesichtspunkte und Marktgegebenheiten (Austauschbarkeit der Leistungen aus Anbieter-/Nachfragersicht, Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen, technologische Innovationen, Geschäftsmodelle der Wettbewerber etc.) seit der letzten Untersuchung nicht maßgeblich geändert haben.

I. Sachliche Marktabgrenzung

Nachfolgend wird überprüft, ob der vorliegende Markt der Märkte-Empfehlung der Kommission entspricht oder ob es nationale Besonderheiten gibt, von der Märkte-Empfehlung abzuweichen.

Die DT AG legt in ihrer Stellungnahme ihre Auffassung dar, dass alle Faktoren der Substitutionsanalyse (Austauschbarkeit aus Nachfragersicht, Angebotsumstellungsflexibilität und homogene Wettbewerbsbedingungen) vorliegen müssten, um Produkte einem gemeinsamen Markt zuzuordnen. Dies sieht sie durch die Leitlinien der Kommission bestätigt, da diese klarstellten, dass „Produkte, die nur in geringem Maße oder relativ austauschbar sind, [...] nicht demselben Markt an[gehören]“³⁷.

Im Rahmen der Marktabgrenzung ist zu ermitteln, welchen Wettbewerbskräften sich die betroffenen Unternehmen überhaupt zu stellen haben. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes konzentriert sich deshalb darauf, diejenigen Güter zu identifizieren, die sich in einer aktuellen oder beachtenswerten potenziellen Konkurrenzsituation mit den den Ausgangspunkt des Verfahrens bildenden Gütern befinden. Ob und inwieweit das Angebot bestimmter Produkte vergleichbaren Wettbewerbsbedingungen unterliegt, ist in einer Gesamtschau verschiedener Kriterien zu ermitteln. Die beiden wichtigsten sind die Nachfrage- und Angebots-substitution. Sind die Produkte aus Nachfragersicht und/oder Anbietersicht austauschbar, erübrigen sich in der Regel Ausführungen zu weiteren Kriterien. Eine Prüfung sonstiger Merkmale ist gleichwohl angezeigt, wenn das danach vorliegende Ergebnis die vorherrschenden Wettbewerbsbedingungen nicht angemessen abbilden kann. In einem solchen Fall ist unter Beachtung weiterer Kriterien abzuwägen, ob eine Einengung oder Ausweitung der Marktabgrenzung die Wettbewerbsbedingungen getreuer widerspiegelt.³⁸

Das Bedarfsmarktkonzept birgt die Gefahr einer zu engen Marktabgrenzung, bei der nicht alle relevanten Wettbewerbsverhältnisse erfasst werden, denen die beteiligten Unternehmen ausgesetzt sind.³⁹ So sind funktionell nicht austauschbare Produkte in die Marktabgrenzung einzubeziehen, wenn sie für ihren Hersteller die Grundlage bieten, kurzfristig und mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand sein Sortiment umzustellen und ein Konkurrenzprodukt anzubieten.⁴⁰ Weitere strukturelle wie nicht-strukturelle (verhaltensbezogene) Kriterien, die ergänzend berücksichtigt werden können, sind, z.B. die Art der Wettbewerbsbedingungen auf

³⁷ Leitlinien, Rn. 44.

³⁸ Vgl. Geers, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Hrsg.), TKG, § 10 Rn. 18f.

³⁹ Vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 24.

⁴⁰ Vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 24.

dem Markt, Marktveränderungen (Innovationsdynamik und –tempo) und eine Marktabstotung durch Marktzutrittsschranken.⁴¹

Die Kommission geht in ihren Leitlinien auch ausführlich die Angebotsumstellungsflexibilität ein.⁴² Dabei sieht sie diese als ein Mittel, das für eine „saubere Abgrenzung des Produktmarktes“ erforderlich sein kann.⁴³ Dass die Kommission nicht davon ausgeht, dass alle der o.g. Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen, geht im Übrigen bereits daraus hervor, dass sie schon in der Märkteempfehlung 2003 für die Inlandsverbindungen ausgeführt hat, dass trotz fehlender Austauschbarkeit aus Nachfragersicht in Bezug auf Verbindungen in Festnetze und Verbindungen in Mobilfunknetze der Markt dann breiter abzugrenzen sei, wenn Substitution auf der Angebotsseite vorliege.⁴⁴ In der Märkteempfehlung 2007 hat sie ausgeführt, dass die In- und Auslandsverbindungsmärkte auf der Basis der Angebotssubstitution jeweils Verbindungen in Festnetze wie auch Verbindungen in Mobilfunknetze umfassen.⁴⁵

Daher ist das Bedarfsmarktkonzept bzw. die funktionelle Austauschbarkeit nicht das einzige Kriterium, auf das abgestellt werden kann, sofern dies zu einer zu engen Marktabgrenzung führen würde. Auch ist es – anders als z.B. beim 3-Kriterien-Test – nicht erforderlich, dass alle Kriterien kumulativ vorliegen müssen. Vielmehr ist eine wertende Gesamtschau aller relevanten Kriterien des jeweiligen Einzelfalls erforderlich.

1. Privat- und Geschäftskunden

In der früheren Märkte-Empfehlung war eine Trennung von Privat- und Geschäftskunden festgelegt. Allerdings führt die Kommission im Working Document aus, dass die Erfahrungen der Marktanalysen und Notifizierungen gezeigt hätten, dass die Vertragsbedingungen bei den Anschlüssen in den meisten Mitgliedstaaten nicht signifikant und systematisch zwischen Privat- und Geschäftskunden unterscheiden würden. Betreiber würden nicht generell verschiedene Nachfragerkategorien unterscheiden und normalerweise nicht registrieren, ob ein bestimmter Zugangsdienst für einen Privat- oder Geschäftskunden bereitgestellt würde, so dass die Datenerhebung für beide Kundengruppen sich in der Praxis oft als schwierig herausgestellt hätte. Da ähnliche Produkte (insbesondere PSTN-Anschlüsse) oft sowohl von Privat- als auch von Geschäftskunden genutzt würden, könnten Anbieter von Geschäftskunden ihr Angebot auch Privatkunden anbieten, sollten die Preise für Privatkunden steigen, und umgekehrt. Daher schlägt die Kommission vor, nicht weiter zwischen Privat- und Geschäftskunden zu unterscheiden.

In ihrer Festlegung vom 09. Januar 2006 hat die Bundesnetzagentur keine Trennung in Privat- und Geschäftskundenmärkte vorgenommen. Dies beruhte darauf, dass viele Anbieter keine Trennung vorgenommen oder aber sehr ähnliche Produkte für Privat- und Geschäftskunden angeboten haben, die – trotz ihrer jeweiligen Bezeichnung – durchaus auch der jeweils anderen Kundengruppe offen gestanden haben. Auch gab es keine einheitlichen Kriterien zur Unterscheidung von Privat- und Geschäftskunden bei den Anbietern.⁴⁶

Die Überprüfung – insbesondere anhand der Preislisten und Produktbeschreibungen der Anbieter – hat gezeigt, dass sich an dieser Einschätzung nichts geändert hat. Nach wie vor gibt es keine einheitlichen Kriterien, nach denen Anbieter zwischen Privat- und Geschäftskunden trennen, sofern sie überhaupt unterschiedliche Tarife anbieten. Auch unterscheiden

⁴¹ Vgl. Baron, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 2, FKVO Nr. 139/2004, Art. 2 Rn. 19.

⁴² Leitlinien, Rn. 38 ff.

⁴³ Leitlinien, Rn. 51.

⁴⁴ Märkteempfehlung 2003, S. 17.

⁴⁵ Märkteempfehlung 2007, S. 23.

⁴⁶ Vgl. Festlegung der Bundesnetzagentur für die Märkte Nr. 1-6.

sich die einzelnen Angebote für Privat- und Geschäftskunden von ihrer Struktur und ihren Preisen nicht wesentlich voneinander.

Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass Privat- oder Geschäftskunden ausschließlich eine bestimmte Anschlussart verwenden. Zwar mögen Privatkunden eher selten über ISDN-PMX-Anschlüsse verfügen. Aber viele Privatkunden haben aufgrund der frühen Digitalisierung des ISDN-Netzes und der relativ günstigen Preise einen ISDN-Basisanschluss. Da einige Wettbewerber keine Analoganschlüsse mehr vermarkten, sondern lediglich Bestandskunden in diesem Bereich verwalten, ist davon auszugehen, dass die Anzahl der Privatkunden mit ISDN-Basisanschlüssen noch weiter steigen wird. Geschäftskunden hingegen nutzen alle Arten von Anschlüssen, darunter auch Analoganschlüsse. Dies gilt im Übrigen nicht nur für kleine Geschäftskunden, denn selbst Gesamtverträge mit einem hohen Jahresumsatz umfassen regelmäßig alle Anschlussarten, also auch Analoganschlüsse, die z.B. in Filialen vor Ort eingesetzt werden.

Die DT AG weist in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass sie nach wie vor die Notwendigkeit sieht, zwischen Privat- und Geschäftskunden zu unterscheiden. Schließlich lasse auch die EU-Kommission in ihrem Konsultationsdokument die Möglichkeit offen, den Empfehlungsumfang des Marktes 1 nach Privat- und Geschäftskunden zu segmentieren.

Zum einen hat die DT AG weder in Rahmen des Auskunftersuchens zu den Endkundenmärkten noch in ihrer Stellungnahme zu den Verbindungsmärkten die Ansicht vertreten, dass zwischen Privat- und Geschäftskundenmärkten unterschieden werden müsse. Zum anderen hat die DT AG keine neuen Tatsachen vorgebracht, die eine Abgrenzung unterschiedlicher Märkte rechtfertigen würden: Insbesondere hat sie nicht aufzeigen können, dass es tatsächlich unterschiedliche Vertragsbedingungen und Nachfragemuster für diese Gruppen gibt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 29. Oktober 2008 die erstinstanzliche Entscheidung des VG Köln dahingehend bestätigt, dass die Nichtabgrenzung von Märkten für unterschiedliche Nutzergruppen gerechtfertigt sei. Die zwischen den Beteiligten umstrittene Abweichung⁴⁷ sei hinreichend begründet.⁴⁸ Da es keine neuen Tatsachen gibt, die die Abgrenzung von Privat- und Geschäftskunden rechtfertigen würden, und darüber hinaus die EU-Kommission in ihrer neuen Märkte-Empfehlung selber nicht mehr davon ausgeht, dass Gründe für eine Trennung in Privat- und Geschäftskundenmärkte vorliegen, ist die Entscheidung der Bundesnetzagentur folgerichtig.

Darüber hinaus, wie im Rahmen der ersten Marktanalyse zu den Anschlüssen gezeigt, hält selbst die DT AG ihr eigenes Konzept nicht stringent ein und bietet z.B. auch sog. Privatkundentarife auf ihren Internetseiten für Geschäftskunden an. Außerdem hat sie z.B. für ihre Neukundenstatistik knapp 40.000 DSL-Anschlüsse von T-Systems-Geschäftskunden als Neukunden bei der T-Home aufgeführt, da die T-Systems-Geschäftskunden normale Nutzer von DSL-Privatanschlüssen seien.⁴⁹ Dies belegt im Übrigen noch einmal das erhebliche Potenzial, durch die „richtige Aufteilung“ von Privat- und Geschäftskunden eine mögliche Regulierung zu umgehen.

Daher bleibt es bei der Einschätzung der Bundesnetzagentur, keine getrennten Märkte für Privat- und Geschäftskunden abzugrenzen.

2. Unterteilung nach Schmalbandanschlussarten

Die Kommission hat in ihrem Working Document ausgeführt, dass die nationalen Regulierungsbehörden auf der Grundlage nationaler Besonderheiten und in Übereinstimmung mit

⁴⁷ Von der damals gültigen Märkteempfehlung 2003.

⁴⁸ BVerwG 6 C 38 07, Urteil vom 29. Oktober 2008, Rn. 23 ff.

⁴⁹ Bericht: Telekom trickst bei DSL-Kundenstatistik. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/121019>.

den Prinzipien des Wettbewerbsrechts eine weitere Segmentierung des Marktes durchführen können, sofern dies angemessen ist. So könnten z.B. unterschiedliche sachlich relevante Märkte für die verschiedenen Zugangsarten wie analoger Anschluss, ISDN-Basisanschluss und ISDN-PMX-Anschluss abgegrenzt werden, sofern festgestellt wird, dass keine oder nur eine sehr eingeschränkte Austauschbarkeit aus Nachfragersicht und Anbietersicht zwischen diesen Produkten besteht.⁵⁰

In ihrer ersten Festlegung hat die Bundesnetzagentur den Anschlussmarkt nicht nach verschiedenen Anschlussarten segmentiert. Zwar konnte aus Nachfragersicht keine eindeutige Feststellung hinsichtlich der Substituierbarkeit aller Arten von Schmalbandanschlüssen getroffen werden. Es bestand jedoch eine hohe Austauschbarkeit aus Anbietersicht.

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

ISDN-Basisanschlüsse sind in der Bundesrepublik Deutschland flächendeckend verfügbar.⁵¹ ISDN-Basisanschlüsse und analoge Anschlüsse könnten zu einem Markt gehören, auch wenn sie sich in Einzelheiten wie Qualität und Preis voneinander unterscheiden, sofern sie dem gleichen Verwendungszweck dienen. Der Bedarf des Kunden ist darauf gerichtet, Zugang zum öffentlichen Telefonnetz zu erhalten. Über welche Anschlussart dies geschieht, erscheint zunächst demgegenüber aus Endkundensicht zweitrangig.

Aus Nachfragersicht besteht bereits derzeit eine hohe Austauschbarkeit zwischen Analog- und ISDN-Basisanschlüssen. Dies ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass eine Reihe von Wettbewerbern ISDN-Basisanschlüsse (auch im Paket mit einem DSL-Anschluss und/oder Pauschaltarifen) zu einem Preis anbieten, der dem Preis für Analoganschlüsse vergleichbar ist oder nur wenig darüber liegt. Teilweise wird in den Angeboten der Wettbewerber auch gar nicht mehr angegeben, ob es sich bei dem Anschluss um einen Analog- oder einen ISDN-Anschluss handelt (z.B. bei Arcor). Auch die DT AG weist nicht mehr auf Analog- und ISDN-Anschluss hin, sondern wirbt lediglich mit einem Standard- und einem Universalprodukt (letzteres umfasst zwei Leitungen und drei Rufnummern).

Untersucht man die Tarife der am Markt angebotenen Produkte, ist feststellbar, dass sich Analog- und ISDN-Basisanschlüsse preislich in einem vergleichbaren Rahmen bewegen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass durch die zunehmende Bündelung mit Verbindungen, Internetnutzung sowie DSL-Anschluss und weiteren Leistungen ein Vergleich nur eingeschränkt möglich ist, weil der „reine“ Anschlusspreis häufig nicht mehr zu ermitteln ist.

So liegt der Analoganschluss der DT AG (Call Start Standard) bei 16,95 Euro/Monat, der ISDN-Basisanschluss (Call Standard Universal) bei 24,95 Euro/Monat. Die Preise der Teilnehmernetzbetreiber liegen in diesem Rahmen, wobei häufig im Anschlusspreis sowohl der DSL-Anschluss als auch eine Flatrate für die Internetnutzung enthalten ist. Bei Verträgen mit größerem Umsatz liegen die Preise teilweise darunter. Eine Reihe von Teilnehmernetzbetreibern bietet nur eine Anschlussart an. Sofern sowohl Analog- als auch ISDN-Basisanschlüsse angeboten werden, beträgt der Unterschied zwischen 2 und 5 Euro/Monat.

Für die Mehrzahl der Endkunden ist es daher weder vom Verwendungszweck noch preislich ersichtlich bzw. nicht mehr von Bedeutung, ob es sich um einen Analog- oder ISDN-Basisanschluss handelt.

ISDN-PMX-Anschlüsse sind ausschließlich für größere Telekommunikationsanlagen gedacht und werden somit nicht von Endkunden nachgefragt, die lediglich einen oder wenige Anschlüsse benötigen. Allerdings besteht auch hier kein anderer Verwendungszweck. Auch

⁵⁰ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 22f.

⁵¹ Vgl. dazu auch Festlegung der Bundesnetzagentur für die Märkte Nr. 1-6.

ISDN-PMX-Anschlüsse haben die Funktion, den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz herzustellen. Sie haben gegenüber den ISDN-Basisanschlüssen lediglich die Besonderheit, dass sie 30 Kanäle haben. Sie könnten ohne weiteres durch 15 ISDN-Basisanschlüsse ersetzt werden.

Führt man einen Preisvergleich durch, so zeigt sich, dass der Preis für ISDN-PMX-Anschlüsse bei der Mehrzahl der Anbieter das 10-15fache eines ISDN-Basisanschlusses beträgt. Ein ISDN-PMX-Anschluss kostet somit in etwa die Summe der Basisanschlüsse, die diesen ersetzen könnten. Daher ist auch keine unterschiedliche Preisstrategie festzustellen.

Somit kann aus Nachfragersicht nicht abschließend festgestellt werden, ob alle Anschlussarten untereinander austauschbar sind. Zumindest ist aber eine Austauschbarkeit zwischen Analog- und ISDN-Basisanschlüssen festzustellen.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass ISDN-PMX-Anschlüsse aus Nachfragersicht nicht austauschbar seien. Eine Substitution von Analog- bzw. ISDN-Basisanschlüssen finde nicht statt, da ansonsten ein Leistungsumfang mit bezogen werden müsse, der von Einzelnachfragern nicht verlangt werde. Der massive Preisunterschied zwischen einem ISDN-PMX-Anschluss und einem ISDN-Basisanschluss bzw. Analoganschluss verhindere dies.

Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Analyse bereits festgestellt, dass eine Austauschbarkeit von ISDN-PMX-Anschlüssen nicht unbedingt gegeben ist. Allerdings ist dies für sich allein genommen noch kein Grund, einen eigenen Markt für diese Anschlüsse zu definieren.

So hat z.B. die Kommission in ihrer Märkte-Empfehlung 2003 keinen getrennten Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse vorgesehen. Auch in der Märkte-Empfehlung 2007 ist dies nicht der Fall. Trotz der Zusammenlegung von Privat- und Geschäftskundenmärkten sieht die Kommission keine Notwendigkeit, einen eigenen Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse zu definieren, sofern es eine Austauschbarkeit aus Nachfrager- oder Anbietersicht gibt. Lediglich für den Fall, dass es keine oder nur eine sehr geringe Austauschbarkeit aus Nachfrager- und Anbietersicht gibt, sieht die Kommission die Möglichkeit, den Markt weiter zu segmentieren und z.B. eigene Produktmärkte für verschiedene Zugangsarten wie Analog-, ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse zu definieren.⁵²

Daher hat die Bundesnetzagentur im Weiteren auch die Austauschbarkeit aus Anbietersicht sowie die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen überprüft.⁵³

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Lediglich fünf der befragten Teilnehmernetzbetreiber bieten keine Analoganschlüsse an bzw. haben diese Anschlüsse nur noch im Bestand. Grund sind dafür nach Aussagen der Wettbewerber vor allem die geringen Margen, die auf diesem Markt erzielt werden können. Alle befragten Teilnehmernetzbetreiber bieten sowohl ISDN-Basisanschlüsse als auch ISDN-PMX-Anschlüsse an. Daher ist von einer sehr hohen Austauschbarkeit aus Anbietersicht auszugehen. Die Kommission empfiehlt in solchen Fällen, den Markt eher weiter abzugrenzen.

Die DT AG trägt in ihrer Stellungnahme vor, dass eine Angebotsumstellungsflexibilität für ISDN-PMX-Anschlüsse aufgrund der bestehenden Wechselkosten allenfalls eingeschränkt vorhanden sei. Von den übrigen Parteien hat sich keine zur Angebotsumstellungsflexibilität von ISDN-PMX-Anschlüssen geäußert. Auch hat das Auskunftersuchen gezeigt, dass alle Teilnehmernetzbetreiber sowohl ISDN-Basisanschlüsse als auch ISDN-PMX-Anschlüsse anbieten, so dass es offensichtlich keine tatsächlichen Probleme von Anbieterseite gibt.

⁵² Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 23.

⁵³ Vgl. dazu auch ausführlich H.I.

Wettbewerbsbedingungen

Es lassen sich keine unterschiedlichen Preisstrategien feststellen, sofern man davon ausgeht, dass ISDN-PMX-Anschlüsse durch die entsprechende Zahl von Basisanschlüssen ersetzt werden könnten.

Bei den Marktanteilen zeigt sich, dass diejenigen der DT AG im Bereich der ISDN-PMX-Anschlüsse etwas geringer sind als im Bereich der Analoganschlüsse. Aber auch bei einer dynamischen Betrachtung der einzelnen Bereiche ist nicht davon auszugehen, dass die DT AG innerhalb des Beurteilungszeitraums in einem Bereich nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügen würde. Die Unterschiede zwischen – möglichen – Teilmärkten sind demnach nicht so signifikant, dass man von unterschiedlichen Märkten ausgehen müsste.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass ISDN-PMX-Anschlüsse eine Bündelung, d.h. ein „Cluster von zu einer Einheit zusammengeführten Endkunden“ anspreche. Dieses lasse auf eine Heterogenität der Wettbewerbsverhältnisse im Vergleich zu anderen Endkunden schließen.

Dazu ist anzumerken, dass auch andere Produkte durchaus eine „Bündelung von Anschlüssen und Endkunden“ ermöglichen. Dies gilt ebenfalls für Verträge, in denen es mehrere Anschlüsse gibt, ohne dass diese notwendigerweise ISDN-PMX-Anschlüsse sein müssen. Zudem ist es z.B. im Produkt BusinessCall 701 sogar möglich, mehrere Anschlüsse (jeglicher Art) und Standorte innerhalb von Unternehmen miteinander zu verbinden. Selbst ein einfacher ISDN-Basisanschluss würde ausreichen, um (z.B. in einer WG) zwei Anschlüsse zweier völlig unterschiedlicher Endkunden zu ermöglichen. Legte man solche Maßstäbe an, bei denen identische Wettbewerbsverhältnisse gefordert würden, würde dies letztlich bedeuten, dass jeder unterschiedliche Tarif und jede unterschiedliche Bündelung einen getrennten Submarkt bilden würde. Dies würde zu einer Zersplitterung des Marktes und damit auch zu einer Verfälschung der Wettbewerbsverhältnisse führen und ist daher nicht sachgerecht.⁵⁴

Ferner führt die DT AG aus, dass die unterschiedlichen Marktanteile der DT AG bei Analog/ISDN-Anschlüssen einerseits und ISDN-PMX-Anschlüssen andererseits ebenfalls darauf hindeuten würden, dass sich die Marktverhältnisse unterscheiden und die Wettbewerbsintensität bei ISDN-PMX-Anschlüssen noch bedeutend höher einzuschätzen sei.

Wie bereits ausgeführt, hat die Analyse gezeigt, dass die Marktanteile der DT AG im Bereich der ISDN-PMX-Anschlüsse etwas geringer sind als bei den übrigen Anschlüssen. Allerdings sind diese Unterschiede nicht so gravierend, dass sie derart signifikante Wettbewerbsverhältnisse implizieren, die zwangsläufig zu unterschiedlichen Teilmärkten führen müssten.

Insbesondere würde daraus nicht folgen, dass die DT AG auf einem Teilmarkt für ISDN-PMX-Anschlüsse nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügen würde. Betrachtet man einen Teilmarkt ausschließlich für ISDN-PMX-Anschlüsse, so würde die DT AG auch auf diesem Markt eine Position einnehmen, die es ihr erlauben würde, sich unabhängig von Wettbewerbern und Kunden zu verhalten. Dies zeigt sich bereits in den Marktanteilen: So hatte die DT AG zum 1. Halbjahr 2007 nach Umsätzen und Absätzen einen Marktanteil von jeweils mehr als **[BuG]**%. Keiner der Wettbewerber hat einen Marktanteil von mehr als **[BuG]**% erreichen können. Der Marktanteil der DT AG beträgt somit mind. das **[BuG]**fache des größten Wettbewerbers, der Marktanteilsabstand mehr als **[BuG]** Prozentpunkte. Dies zeigt bereits, dass keiner der Wettbewerber in der Lage wäre, die DT AG in ihrem Verhalten einzuschränken. Auch liegen keine anderen Kriterien vor, die trotz des immer noch überragenden Markt-

⁵⁴ vgl. dazu auch Kapitel H.I., H.I.4.b. und H.I.5.c.

anteils der DT AG die Bewertung nahe legen würde, dass diese nicht mehr über beträchtliche Marktmacht auf einem Teilmarkt für ISDN-PMX-Anschlüsse verfügen würde.

Auch wenn in Bezug auf die ISDN-PMX-Anschlüsse nur eine sehr eingeschränkte Austauschbarkeit aus Nachfragersicht besteht, ist doch festzuhalten, dass es eine vollständige Austauschbarkeit aus Anbietersicht gibt. Alle Anbieter bieten ihren Endkunden sowohl ISDN-Basisanschlüsse als auch ISDN-PMX-Anschlüsse an. Die Kommission empfiehlt in solchen Fällen – sowohl allgemein wie auch im Besonderen in Bezug auf die Anschlussmärkte – den Markt weiter abzugrenzen. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Wettbewerbsbedingungen für einen gesonderten Markt für ISDN-PMX-Anschlüsse sich leicht von denen des übrigen Marktes unterscheiden würden. Insbesondere hätte die DT AG auch auf einem solchen Markt weiterhin beträchtliche Marktmacht.

Daher bleibt die Bundesnetzagentur bei ihrer Einschätzung, den Markt nicht nach Schmalbandanschlussarten zu unterscheiden.

3. Schmalbandanschlüsse und Breitbandanschlüsse

Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

An dieser Stelle ist zu prüfen, inwieweit Verbraucher bereit sind, Schmalbandanschlüsse durch Breitbandanschlussprodukte zu ersetzen (Breitbandanschlussprodukte umfassen in der folgenden Prüfung auch breitbandige Kabelanschlüsse, ohne dass hier jeweils ausdrücklich differenziert wird). In der Ausgangsanalyse kam diese Untersuchung zu dem Ergebnis, dass eine Austauschbarkeit dieser Produkte zum damaligen Zeitpunkt nicht gegeben war.

Ausgangsanalyse

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die beiden Anschlussarten nicht exakt demselben Endzweck dienen. Schmalbandige Anschlüsse würden in der Regel im Paket mit einem Telefondienst vermarktet und seien somit dienstespezifisch. DSL-Anschlüsse hingegen ermöglichen insbesondere keinen unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Telefondiensten, sondern lediglich die optionale Nutzung unterschiedlicher Breitbanddienste (z.B. Internetzugang oder VoIP-Dienst) und seien somit in der Regel diensteneutral. Die gemeinsame Vermarktung von DSL-Anschlüssen mit VoIP-Diensten sei bislang noch nicht so weit verbreitet wie die von traditionellen Telefonanschlüssen mit Telefondiensten. Aus Nachfragersicht könne ein DSL-Anschluss daher nur in Verbindung mit der Nutzung eines VoIP-Dienstes ein Substitut für einen Analog-/ISDN-Anschluss darstellen. Ein DSL-Anschluss könne daher nicht unmittelbar, sondern nur über die Nutzung eines VoIP-Dienstes einen Zugang zu öffentlichen Telefondiensten gewährleisten.

Breitbandanschlüsse würden darüber hinaus fast ausschließlich gemeinsam mit schmalbandigen Anschlüssen angeboten. Daraus folge, dass die meisten Kunden nicht in der Lage seien, einen Schmalbandanschluss tatsächlich durch einen Breitbandanschluss zu ersetzen. Sie seien lediglich in der Lage, den Schmalbandanschluss durch einen Breitbandanschluss zu ergänzen.

Situation heute

Betrachtet man diese Ausführungen aus heutiger Sicht, scheint eine Differenzierung erforderlich. Die Ausführungen gelten für Breitbandanschlussprodukte ganz allgemein auch heute noch. Ob dies auch für die mittlerweile angebotenen Naked-DSL-Anschlüsse gilt, ist jedoch

näher zu untersuchen. Aus diesem Grund kommt nachfolgend insbesondere der Austauschbarkeit von schmalbandigen Anschlüssen und Naked-DSL-Anschlüssen eine besondere Bedeutung zu.

Verhältnis zwischen Schmalbandanschlüssen und Breitbandanschlüssen

Verbraucher sind dann bereit, ein bestimmtes Produkt durch ein anderes zu ersetzen, wenn beide Produkte für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden. Entsprechend steht die Bestimmung des Endzwecks der Produkte am Beginn der Definition eines sachlich relevanten Marktes⁵⁵.

Ausgangspunkt dieser Bestimmung sind die traditionell diesem Markt angehörenden Schmalbandanschlüsse, die den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten im Sinne der Märkte-Empfehlung ermöglichen. Ein öffentliches Telefonnetz ist gemäß Art. 2 lit. b) Universaldienstrichtlinie ein elektronisches Kommunikationsnetz, das zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher Telefondienste genutzt wird und die Übertragung gesprochener Sprache zwischen Netzabschlusspunkten sowie andere Arten der Kommunikation wie Telefax- und Datenübertragung ermöglicht. Die in § 3 Nr. 16 TKG enthaltene Legaldefinition fügt ergänzend den funktionalen Internetzugang als weiteren Dienst an, ist jedoch ansonsten inhaltlich identisch mit der Definition der Universaldienstrichtlinie. Die Begründung zur Märkte-Empfehlung präzisiert den Begriff insofern, als sie einen Schwerpunkt auf Sprachdienste legt und von „access (...) to the public telephone network for the purpose of making and/or receiving telephone calls and related services“ spricht⁵⁶. Die Beschreibungen des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz entsprechen ziemlich präzise den Funktionalitäten schmalbandiger Telefonanschlüsse. Der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten lässt sich somit und im Einklang mit der Märkte-Empfehlung als Endzweck der den Markt bildenden Produkte bezeichnen.

Inwieweit breitbandige Anschlüsse diesen Zweck ebenfalls erfüllen, bedarf einer differenzierten Betrachtung. Die Europäische Kommission konstatiert in der Begründung zur Märkte-Empfehlung, dass ein Breitbandanschluss diesen Zweck grundsätzlich ebenfalls erfüllen kann. In diesem Zusammenhang ist auch die im Rahmen des „Review“ vorgeschlagene Streichung der Begriffsbestimmung des öffentlichen Telefonnetzes zu sehen, weil der Begriff angesichts der technischen Entwicklungen der Telekommunikationsnetze als überholt angesehen werden kann und langfristig von einem Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen auszugehen ist. Nach den Ausführungen der Kommission führe die Aufrüstung der Telekommunikationsnetze dazu, dass Sprachverkehr zunehmend mit anderem Verkehr gemischt werde und Anschlussprodukte sich weiterentwickelten. Diese Entwicklung mache es erforderlich, eine Entscheidung zu treffen, ob die entsprechenden Produkte einen einheitlichen Markt bilden oder nicht. Dabei komme es entscheidend darauf an, inwieweit Produkte in der Lage seien, sich ausreichend beschränkend auf die Möglichkeit, Preise anzuheben, auszuwirken⁵⁷.

Breitbandanschlussprodukte, die nicht unmittelbar mit einem Telefondienst gebündelt angeboten werden, erfüllen den soeben festgestellten Endzweck nicht. Solche Anschlüsse können nicht unmittelbar, sondern nur über die Nutzung eines zusätzlichen VoIP-Dienstes einen Zugang zum öffentlichen Telefonnetz gewährleisten. Diese Breitbandanschlussprodukte ermöglichen dem Nutzer die Inanspruchnahme unterschiedlicher breitbandiger Dienste. Der Anschluss selbst ist jedoch – wie in der Ausgangsanalyse festgestellt – diensteneutral. Erst durch die konkrete Nutzung zusätzlicher Dienste erlangt der Nutzer etwa einen Zugang zu Telefondiensten oder einen Internetzugang.

⁵⁵ Leitlinien, Ziffer 44.

⁵⁶ Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 21.

⁵⁷ Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 21.

Breitbandanschlussprodukte, die nicht unmittelbar mit einem Telefondienst gebündelt angeboten werden, können daher keinen gemeinsamen Markt mit schmalbandigen Anschlüssen bilden.

Breitbandanschlussprodukte können somit allenfalls dann einen gemeinsamen Markt mit schmalbandigen Anschlüssen bilden, wenn sie über eine Telefonie-Funktionalität verfügen, weil sie nur dann den festgestellten Endzweck erfüllen können.

Breitbandanschlussprodukte, die über eine Telefonie-Funktionalität verfügen, gibt es ebenfalls in unterschiedlichen Varianten. Es gibt einerseits DSL-Anschlüsse, die im Bündel mit einem Telefondienst sowie einem Internetzugangsdienst angeboten werden, gleichzeitig aber einen schmalbandigen Anschluss desselben oder eines anderen Anbieters voraussetzen. Für diese Anschlüsse gilt die Feststellung der Ausgangsanalyse, dass sie einen Schmalbandanschluss nur ergänzen, nicht aber vollständig ersetzen können. Diese Feststellung wird von der Europäischen Kommission geteilt. In der Begründung zur Märkte-Empfehlung führt sie aus, dass viele Kunden Breitbandanschlüsse bislang zusätzlich zu ihrem Schmalbandanschluss nutzen. Der Breitbandanschluss sei also eher eine Ergänzung als ein Ersatz des Schmalbandanschlusses⁵⁸.

Nimmt man also auch diejenigen Breitbandanschlüsse aus der Betrachtung, die zwar unmittelbar über eine Telefonie-Funktionalität verfügen, den Nutzer aber nicht in die Lage versetzen, seinen schmalbandigen Telefonanschluss aufzugeben, beschränkt sich die Prüfung der Austauschbarkeit auf Breitbandanschlussprodukte, die kumulativ zwei Bedingungen erfüllen:

- 1. Der Anschluss ist mit einem Telefondienst gebündelt.**
- 2. Der Anschluss ist nicht an einen Schmalbandanschluss gekoppelt.**

Somit geraten insbesondere Naked-DSL-Anschlüsse mit Telefonie-Funktionalität, so genannte Komplettanschlüsse, in den Blickpunkt der weiteren Betrachtung. Diese Anschlüsse haben im Gesamtgefüge der schmal- und breitbandigen Anschlüsse eine Sonderstellung, weil sie weder zu den schmalbandigen Anschlüssen zu zählen sind, die in erster Linie für Telefondienste genutzt werden, noch zu den herkömmlichen breitbandigen Anschlüssen, die in erster Linie für den Internetzugang genutzt werden. Komplettanschlüsse ermöglichen dem Verbraucher unmittelbar die Nutzung beider Dienste und ermöglichen durch die Entbündelung vom Schmalbandanschluss erstmals einen vollständigen Ersatz der schmalbandigen Anschlüsse.

Hinsichtlich des Nutzungszwecks der jeweiligen Anschlüsse gibt es bei Komplettanschlüssen auch einen entscheidenden Unterschied zu sonstigen Breitbandanschlussprodukten. Durch die vorhandene Telefonie-Möglichkeit sind sie nicht mehr völlig dienstneutral wie der herkömmliche Breitbandanschluss, sondern werden teilweise dienstspezifisch. Dem steht auch nicht entgegen, dass neben der Telefonie-Funktionalität auch ein Internetzugang unmittelbar ermöglicht wird. Auch Telefonanschlüsse ermöglichen Datendienste. Insofern liefert dieses Abgrenzungskriterium für Komplettanschlüsse kein klares Ergebnis. Komplettanschlüsse nähern sich durch die Telefonie-Funktionalität allerdings dem Ausgangspunkt der Märkte-Empfehlung in Form des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an.

Diese Annäherung gewinnt ein stärkeres Gewicht durch den Verzicht auf einen schmalbandigen Telefonanschluss. Das in den Anfangsjahren übliche Nebeneinander von Telefon- und DSL-Anschluss auch von unterschiedlichen Anbietern wird somit erstmals von einem Ersetzen durch das Angebot eines Unternehmens abgelöst. Waren die Anschlüsse bislang komplementär, hat ein Komplettanschluss eine Ersetzungsfunktion und erfüllt somit eine wesentliche Voraussetzung für die Annahme einer Austauschbarkeit.

⁵⁸ Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 22.

Dabei ist auch die langfristige Entwicklung der Telekommunikationsmärkte zu berücksichtigen. Telekommunikationsnetze durchlaufen derzeit weltweit einen Modernisierungsprozess, in dem leitungsvermittelnde Netze sukzessive durch paketvermittelnde Netze ersetzt werden. Dies führt dazu, dass schmalbandige Anschlüsse an diese Telekommunikationsnetze langfristig durch breitbandige Anschlüsse mit Telefondienst ersetzt werden. Dieser Prozess wird von längeren Übergangszeiten geprägt. Dabei kommt den Komplettanschlüssen eine große Bedeutung zu, weil sie erstmals vom Nebeneinander der Schmalband- und Breitbandanschlüsse abweichen und tatsächlich Schmalbandanschlüsse ersetzen. Sie entsprechen dem „Telefonanschluss“ der Zukunft, wie er heute absehbar ist.

[BuG] Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass während der Laufzeit dieser Marktanalyse bis 2011 entsprechende Endkundenprodukte seitens der DT AG auch für den Massenmarkt angeboten werden. Dies wird belegt durch die Einführung eines Komplettanschlussangebotes von congstar im August 2008⁵⁹ sowie weitere Angebote von T-Home im Januar 2009.

Insofern ist langfristig von einem Zusammenwachsen schmal- und breitbandiger Anschlussmärkte auszugehen, wobei präziser ausgedrückt der Markt für Breitbandanschlussprodukte mit Telefoniefunktionalität den Markt für Schmalbandanschlüsse ersetzen wird, weil breitbandige Technologien schmalbandige ersetzen werden.

Nachfolgend wird daher geprüft, ob ein erster Schritt dieser Entwicklung am Markt bereits vollzogen wurde bzw. davon auszugehen ist, dass er im Beurteilungszeitraum vollzogen wird. Die Frage der Austauschbarkeit wird dabei auf Komplettanschlüsse beschränkt, die die genannten zwei Kriterien erfüllen, weil nur diese Anschlüsse demselben Zweck dienen wie die Ausgangsprodukte der schmalbandigen Anschlüsse.

Austauschbarkeit von Schmalbandanschlüssen und Komplettanschlüssen

Für die Frage der Austauschbarkeit ist zunächst die Zahl der **potenziellen Kunden** zu berücksichtigen. Eine Austauschbarkeit aus Verbrauchersicht erfordert für eine signifikante Anzahl potenzieller Kunden die Möglichkeit, einen Schmalbandanschluss durch einen Komplettanschluss zu ersetzen. Da – abgesehen von einem SDSL-basierten Produkt für Geschäftskunden – Komplettanschlüsse zunächst nur von Wettbewerbern der DT AG angeboten wurden und in der Regel auf der Basis des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss realisiert werden, sind zunächst diejenigen Kunden als potenzielle Kunden zu betrachten, die an von Wettbewerbern erschlossenen Hauptverteilern angeschlossen sind. Dies sind derzeit etwa 70 % aller Anschlusskunden. Selbst wenn diese Zahl niedriger ausfallen sollte, weil nicht alle Wettbewerber Komplettanschlüsse anbieten, dürfte insgesamt eine hohe Zahl potenzieller Kunden schon heute grundsätzlich in der Lage sein, Schmalbandanschlüsse durch Komplettanschlüsse der Wettbewerber zu ersetzen. Dies gilt erst recht, seitdem auch die DT AG sowohl über congstar als auch über T-Home Komplettanschlüsse anbietet und wenn sie – wie angekündigt – ihre Anschlusskunden sukzessive auf All-IP-Produkte migriert. Dem stehen auch **keine erheblichen Wechselkosten** entgegen⁶⁰. Vorhandene Telefon-Endgeräte können in der Regel weiterverwendet werden. Lediglich der Breitbandanschluss erfordert einen Splitter und einen DSL-Router, der häufig vom Anbieter gestellt bzw. vergünstigt abgegeben wird. Die gegebenenfalls entstehenden Wechselkosten sind also nicht Telefondienst-spezifisch, sondern generell für den Wechsel vom Schmalband- zum Breitbandanschluss erforderlich. Die derzeitige stark wachsende Ausbreitung der Breitband-

⁵⁹ Im Rahmen des Konsultationsverfahrens wurde in einigen Stellungnahmen kritisiert, dass der Konsultationsentwurf den Komplettanschluss des Unternehmens congstar unberücksichtigt lasse. Hierzu ist anzumerken, dass eine Berücksichtigung des genannten Produkts aus zeitlichen Gründen nicht möglich war. Das congstar-Produkt wird seit dem 19.08.2008 angeboten; Redaktionsschluss für die Veröffentlichung des Konsultationsentwurfs war der 20.08.2008.

⁶⁰ Leitlinien Ziffer 50.

anschlussprodukte spricht jedenfalls dafür, dass Kunden eventuelle Mehrkosten in Kauf nehmen.

Die **Vermarktung** der in Deutschland angebotenen Komplettanschlüsse zeigt, dass sich der damit verbundene Verzicht auf einen schmalbandigen Telefonanschluss aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Leistungsbeschreibungen, häufig aber auch aus den Werbemaßnahmen unmittelbar ergibt. Gerade der Verzicht auf den schmalbandigen Telefonanschluss wird in den Angeboten regelmäßig ausdrücklich hervorgehoben. Dies wird auch durch die Bezeichnung Komplettanschluss zum Ausdruck gebracht. Darüber hinaus ist im Rahmen der Vermarktung der Anschlüsse festzustellen, dass die Bündelung der verschiedenen Telekommunikationsdienstleistungen Telefonie und Internet im Vordergrund steht. So wird häufig unmittelbar mit einem einheitlichen Preis für das gesamte Paket geworben. Dies gilt ohne Einschränkungen sowohl für Produkte, die auf schmalbandigen Anschlüssen basieren, als auch für Produkte, die auf breitbandigen Anschlüssen basieren. Darüber hinaus gibt es Anbieter von Komplettanschlüssen (z.B. HanseNet), die ihren über DSL realisierten Telefondienst als ISDN-Anschluss vermarkten⁶¹. Dies zeigt, dass Naked-DSL-Anschlüsse mit Telefonie-Funktionalität ganz bewusst und gezielt als Ersatz herkömmlicher schmalbandiger Anschlüsse angeboten werden und die Endkunden teilweise nicht einmal wissen, auf Basis welcher Technologie ihr Telefondienst eigentlich realisiert wird. Die Tatsache, dass sich derartige Produkte am Markt etablieren lassen, ist ein Indiz dafür, dass die verwendete Technologie für die Kunden ein eher nachrangiges Kriterium zu sein scheint.

Die angesprochene **Produktbündelung** (insbesondere aus Telefonie und Internet) sorgt jedoch auch für eine zunehmend schwieriger werdende Bewertung der Produkte im Rahmen der Marktabgrenzung. Die einzelnen Produktbestandteile lassen sich mitunter nur noch schwierig isoliert betrachten. Die isolierte Betrachtung ist jedoch erforderlich, um die verschiedenen am Markt angebotenen Produkte vergleichen zu können. Insofern sind die vorstehenden Darlegungen zur Vermarktung der Produkte unter dem Vorbehalt der nicht immer gewährleisteten Vergleichbarkeit. Dennoch ergeben sich daraus nach Auffassung der Bundesnetzagentur Anhaltspunkte, die für eine Austauschbarkeit der Produkte sprechen.

Im Rahmen der Prüfung der Austauschbarkeit ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass auch in **funktionaler Hinsicht** von einer Austauschbarkeit von Schmalbandanschlüssen und Komplettanschlüssen auszugehen ist. Dem steht auch nicht entgegen, dass ein Komplettanschluss infolge seiner Breitbandigkeit über zusätzliche Funktionalitäten verfügt. Denn die Frage der funktionalen Austauschbarkeit fokussiert sich hier auf den bereits festgestellten Endzweck des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz. Auch hier wird deutlich, dass Komplettanschlüsse eindeutig auf die Ersetzung eines Schmalbandanschlusses abzielen. So werden beide Anschlussarten durchgehend mit Ortsnetzziffernummern angeboten. Hierbei handelt es sich um ein für Endkunden in der Regel wichtiges Kriterium, mit dem eine Substitution deutlich begünstigt wird. Auch die bereits angesprochene ISDN-Emulation über NGN zeigt, dass Komplettanschlüsse die Funktionalitäten bieten sollen, die der Endkunde von traditionellen Anschlüssen gewohnt ist.

Dem steht auch nicht entgegen, dass im Rahmen der Datenerhebung Anbieter eine Austauschbarkeit nur dann bejahen, wenn es sich um Voice-over-NGN (VoNGN) handelt, nicht aber wenn es sich um Voice-over-Internet (VoI) handelt. Die Bundesnetzagentur kann sich dieser Betrachtung nicht anschließen. Erstens bezieht sich die hier vorgenommene Differenzierung in erster Linie auf die konkreten Verbindungen und nicht auf den Anschluss. Innerhalb des Anschlussnetzes kann eine Priorisierung oder eine Bandbreitenreservierung sowohl bei VoNGN als auch bei VoI erfolgen. Hierzu sind die heute am Markt gängigen Endgeräte in der Lage. Der wesentliche Unterschied zwischen VoNGN und VoI betrifft den Verkehr im Transportnetz und ist somit verbindungsspezifisch. Aber selbst wenn man auch dies vergleichend betrachtet, geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass eine hinreichend sichere

⁶¹ So genannte ISDN-Emulation über NGN.

Abgrenzung zwischen VoNGN und Vol auf der Basis von Qualitätskriterien derzeit nicht möglich ist. (vgl. hierzu Abschnitt H.2 Verbindungsmärkte sowie Eckpunkt 3 der Eckpunkte der Zusammenschaltung IP-basierter Netze⁶²).

Untersucht man die **Tarife** der am Markt angebotenen Produkte, ist feststellbar, dass sich Schmalbandanschlüsse und Komplettanschlüsse preislich in einem vergleichbaren Rahmen bewegen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass durch die Bündelung mit Verbindungen und weiteren Diensten ein Vergleich nur eingeschränkt möglich ist, weil der „reine“ Anschlusspreis häufig nicht mehr zu ermitteln ist. Insofern gelten die im Zusammenhang mit der Vermarktung der Produkte angeführten Erwägungen zu einer nicht immer gewährleisteten Vergleichbarkeit der Produkte auch hier. Aber auch hier lassen sich Anhaltspunkte herausfiltern, die für die Frage der Austauschbarkeit mit entscheidend sind.

Ein Analoganschluss bei der DT AG kostet ohne Zusatzdienste 16,95 €, der entsprechende ISDN-Anschluss 24,95 €. ⁶³ Ein Komplettanschluss von 1&1, einem der größten Anbieter dieser Produkte, kostet – je nach Bandbreite – 24,99 €, 29,99 € oder 34,99 €. In den Tarifen von 1&1 sind jeweils Flatrates für die Internetnutzung und für Inlandstelefonverbindungen enthalten. Bezieht man zusätzlich auch Double-Play-Angebote der DT AG mit in den Vergleich ein, so ergeben sich Tarife von 39,95 € für den Tarif Call & Surf Comfort Standard bzw. 43,95 € für Call & Surf Comfort ISDN. Auch diese Tarife umfassen Flatrates für die Internetnutzung und für Inlandstelefonverbindungen (im Festnetz der DT AG). In diesen Rahmen der genannten Tarife ließen sich zahlreiche weitere Tarife der DT AG und zahlreicher Wettbewerber hinzufügen. Sie würden das Bild bestätigen. Tarife für einen „durchschnittlichen“ Anschluss mit Internetflatrate und Flatrate für Inlandsverbindungen ohne weitere Zusatzdienste bewegen sich aktuell in einem Rahmen zwischen 25 € und 40 €, unabhängig davon, welche Technologie verwendet wird. Komplettanschlüsse fügen sich nahtlos in diesen Rahmen ein. Aus preislicher Sicht ist eine Austauschbarkeit somit gegeben.

Aus diesen Gründen bestehen zwischen Schmalband- und Breitbandanschlüssen **Kreuzpreiselastizitäten**. So ist – gerade bei dem derzeit vorherrschenden Preiswettbewerb – davon auszugehen, dass sich Kunden stärker Komplettanschlüssen zuwenden würden, wenn der Preis für schmalbandige Anschlüsse stiege. So kann angenommen werden, dass ein Nachfrager eines Schmalbandanschlusses auf einen Komplettanschluss ausweicht, sollte ein hypothetischer Monopolist⁶⁴ den Preis des Schmalbandanschlussprodukts um einen kleinen aber signifikanten Betrag erhöhen, z.B. um 10 %. Somit kann das von der Europäischen Kommission in ihren Ausführungen zur Austauschbarkeit von Schmal- und Breitbandanschlüssen hervorgehobene Kriterium, inwieweit Produkte in der Lage seien, sich ausreichend beschränkend auf die Möglichkeit, Preise anzuheben, auswirken⁶⁵ als gegeben betrachtet werden.

Zwischenergebnis

Die Austauschbarkeit von Schmalbandanschlüssen und Komplettanschlüssen wird von der Bundesnetzagentur bejaht. Die vorstehenden Ausführungen legen den Schluss nahe, dass dieses Ergebnis die Gegebenheiten der Telekommunikationsmärkte am ehesten abbildet. Dabei ist nicht zu verkennen, dass bei Komplettanschlüssen eine Austauschbarkeit sowohl

⁶² Bundesnetzagentur, Eckpunkte der Zusammenschaltung IP-basierter Netze, Amtsblatt 4/2008, S. 305ff.

⁶³ Stand: 16.06.2008.

⁶⁴ Der Hypothetische Monopolistentest hilft mit folgendem Gedankenexperiment bei der Bestimmung der Marktgrenzen: Es wird geprüft, ob ein hypothetischer Monopolist fürchten muss, dass bei einer kleinen signifikanten Preiserhöhung so viele Kunden zu einem anderen Produkt abwandern, dass der negative Mengeneffekt die Preiserhöhung überkompensiert. Tritt dieser Mengeneffekt ein, ist das Produkt, zu dem die Kunden wechseln, in den Markt einzubeziehen.

⁶⁵ Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 21.

mit schmalbandigen als auch mit breitbandigen Anschlüssen begründbar ist. Dennoch dürfte hier kein Fall einer so genannten Kettensubstitution vorliegen.

Eine Kettensubstitution liegt vor, wenn ein Produkt B ein Nachfragesubstitut für die Produkte A und C ist, A und C selbst jedoch keine direkten Nachfragesubstitute darstellen⁶⁶. Die Produkte A und B wären dabei austauschbar; ebenso die Produkte B und C. Zwischen A und C läge hingegen keine unmittelbare Austauschbarkeit vor.

Diese theoretisch mögliche Annahme, Produkt A wäre vorliegend ein Schmalbandanschluss, Produkt B ein Komplettanschluss, Produkt C ein herkömmlicher DSL-Anschluss, steht jedoch im Widerspruch zur Märkte-Empfehlung und der dort niedergelegten Zweckbestimmung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten. Denn Produkt C, der herkömmliche DSL-Anschluss ermöglicht – wie bereits festgestellt – keinen unmittelbaren Zugang zu öffentlichen Telefonnetzen, sondern erfüllt in erster Linie andere Funktionen. Breitbandanschlussprodukte, die die beiden oben genannten Kriterien nicht erfüllen, haben eine andere Zweckbestimmung und können daher auch nicht im Wege einer Kettensubstitution in den sachlich relevanten Markt einbezogen werden. Darüber hinaus stehen Komplettanschlüsse auch weniger in einer Kette zwischen schmalbandigen und herkömmlichen breitbandigen Anschlüssen, sondern eher an der Spitze einer Pyramide, weil ein Komplettanschluss als Summe aus Produkt A und Produkt C die Eigenschaften der anderen beiden Varianten vereint. Aus diesem Grund kann vorliegend nicht von einer Kettensubstitution ausgegangen werden. Diese Vorgehensweise steht in Einklang mit den Ausführungen der Europäischen Kommission in den Leitlinien, wonach die Existenz von Substitutionsketten wegen der Gefahr einer zu großen Ausdehnung des relevanten Marktes hinreichend nachgewiesen werden sollte⁶⁷.

Vor diesem Hintergrund geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass sowohl Schmalbandanschlüsse als auch Komplettanschlüsse einen Zugang zum öffentlichen Telefonnetz gewähren und aus Nachfragersicht austauschbar sind.

Die Austauschbarkeit von Schmalbandanschlüssen und Breitbandanschlüssen aus Nachfragersicht ist somit im Ergebnis jedenfalls für solche Breitbandanschlüsse gegeben, die mit einem Telefondienst gebündelt sind und nicht gleichzeitig an einen Schmalbandanschluss gekoppelt sind (Komplettanschlüsse). Dies gilt auch für breitbandige Kabelanschlüsse, die diese Voraussetzungen erfüllen.

Austauschbarkeit aus Anbietersicht

Eine Angebotsumstellungsflexibilität zwischen schmalbandigen Anschlüssen und Komplettanschlüssen ist zu bejahen. Mittlerweile bieten alle Anbieter von schmalbandigen Anschlüssen auch breitbandige Anschlüsse an. Die meisten Anbieter bieten DSL-Anschlüsse an, die mit einem schmalbandigen Anschluss gebündelt sind. Einige Anbieter bieten zusätzlich Komplettanschlüsse an. Ein Wechsel von „herkömmlichen“ DSL-Anschlüssen zu Komplettanschlüssen ist dabei als unproblematisch zu betrachten. Hierfür sprechen die im Rahmen der Verbindungsmärkte festgestellten relativ geringen Markteintrittshürden für VoIP-Dienste, die für das Angebot von Komplettanschlüssen erforderlich sind. Selbst wenn man dabei berücksichtigt, dass es unterschiedliche Realisierungsformen von VoIP gibt, die unterschiedlich hohe Anforderungen an die erforderlichen Implementierungsmaßnahmen stellen, ist davon auszugehen, dass eine Umstellung auf das Angebot von Komplettanschlüssen vergleichsweise einfach möglich ist.

⁶⁶ Leitlinien, Ziffer 62.

⁶⁷ Leitlinien, Ziffer 62.

Somit spricht einiges dafür, dass ein Anbieter von Schmalbandanschlüssen auf das Angebot von Komplettanschlüssen ausweicht, sollte der Preis für Komplettanschlüsse um einen kleinen aber signifikanten Betrag steigen.

In diesem Zusammenhang ist auch die allgemeine Entwicklung der Telekommunikationsnetze, und hier speziell der Anschlussnetze, zu sehen. Die Anbieter können dadurch leistungsstarke Anschlüsse mit hohen Bandbreiten anbieten, die den Endkunden die Möglichkeit bieten, neben dem Telefondienst weitere breitbandige Dienste zu nutzen. Diese Entwicklung der Anschlussnetze begünstigt die Angebotsumstellungsflexibilität der Anbieter in hohem Maße.

Homogenität der Wettbewerbsbedingungen

Die Wettbewerbsbedingungen sind für beide Anschlussarten als homogen zu bewerten. Hierfür sprechen insbesondere die bereits dargestellten einheitlichen Vermarktungsmechanismen und die vergleichbaren Tarife der jeweiligen Produkte. Somit sind sich die Angebots- und Nachfragemerkmale beider Anschlussarten sehr ähnlich.

Abschließende Bewertung

Telekommunikationsnetze unterliegen derzeit einem langfristig angelegten Wandel, der auf Seiten des Endkunden insbesondere durch leistungsstarke Anschlüsse mit hohen Bandbreiten und der Möglichkeit, neben dem Telefondienst weitere Dienste zu nutzen, zum Ausdruck gebracht wird. Dieser Wandel wirkt sich auf die Struktur des hier relevanten Anschlussmarktes aus. Die lange Zeit vorherrschenden schmalbandigen PSTN-basierten Anschlüsse werden in einem mehrere Jahre dauernden Prozess durch leistungsfähigere Breitbandanschlüsse ersetzt. Dieser Prozess ist einerseits fließend und erschwert dadurch die erforderliche Marktabgrenzung, die sich festlegen muss, ob bestimmte Produkte einem Markt angehören oder nicht. Andererseits vollzieht sich der Migrationsprozess in mehreren Stufen. Als erste Stufe lässt sich die Parallelvermarktung von schmal- und breitbandigen Anschlüssen bezeichnen. In dieser Phase hatten die Kunden entweder nur einen schmalbandigen Anschluss oder nutzten beide Anschlüsse nebeneinander. Die Märkte ließen sich klar in einen Markt für Schmalbandanschlüsse und einen Markt für Breitbandanschlussprodukte trennen. Mittlerweile hat die zweite Phase begonnen. Am Markt werden breitbandige Produkte angeboten, die nicht neben den Schmalbandanschluss treten, sondern diesen vollständig ersetzen können. Im Rahmen der dritten und letzten Phase werden Breitbandanschlüsse mit Telefoniefunktion Schmalbandanschlüsse nahezu vollständig verdrängen.

Für die Marktabgrenzung folgt daraus, dass die beiden ursprünglich nebeneinander stehenden Anschlussmärkte zusammenwachsen werden und davon auszugehen ist, dass am Ende dieser Entwicklung ein Markt für Breitbandanschlüsse stehen wird, der abstrakt als Markt für den Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen bezeichnet werden könnte. Innerhalb der Übergangsphase gibt es bei der Marktabgrenzung jedoch verschiedene Möglichkeiten der Zuordnung von bestimmten Produkten zu den relevanten Märkten.

Die Bundesnetzagentur hält unter Berücksichtigung der vorstehenden Überlegungen eine Austauschbarkeit von schmalbandigen Anschlüssen und Komplettanschlüssen sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht für gegeben und ordnet Komplettanschlüsse daher dem Markt Nr. 1 zu. Sonstige Breitbandanschlussprodukte ohne Bündelung mit einem Telefondienst und/oder gekoppelt mit einem Schmalbandanschluss bilden auch weiterhin einen eigenständigen Markt.

Für die von der Bundesnetzagentur angenommene Austauschbarkeit spricht neben den bereits erörterten Aspekten Preis/Funktionalität/Vermarktung insbesondere die Prognose über die weitere Marktentwicklung. Für den hier relevanten Beurteilungszeitraum 2009 und 2010 ist davon auszugehen, dass Komplettanschlüsse erheblich an Bedeutung gewinnen und weiterhin Schmalbandanschlüsse verdrängen werden. Dies gilt erst recht und spätestens dann, wenn die DT AG ein entsprechendes Produkt für den Massenmarkt anbietet. Aber auch seitens der Wettbewerber sind hier weitere Impulse zu erwarten. Das mittlerweile eingeführte Vorleistungsprodukt IP-Bitstrom-Zugang (Standalone) ist geeignet, alternativen Anbietern das Angebot weiterer Komplettanschlussprodukte zu erleichtern.

Der sachlich relevante Markt umfasst daher Analog-, ISDN-Basis- und ISDN-PMX-Anschlüsse sowie Komplettanschlüsse (DSL-Anschlüsse oder breitbandige Kabelanschlüsse, die mit einem Telefondienst gebündelt sind und nicht gleichzeitig an einen Schmalbandanschluss gekoppelt sind). Im Hinblick auf die vorstehenden Erwägungen hat die Bundesnetzagentur insbesondere Stellungnahmen zur beabsichtigten Entscheidung, Komplettanschlüsse in den Markt einzubeziehen, erwartet.

Die DT AG hat im Rahmen des Konsultationsverfahrens vorgetragen, dass eine Austauschbarkeit zwischen PSTN- und Komplettanschlüssen für den anstehenden Marktanalysezyklus noch nicht festgestellt werden könne. Hierfür trägt sie folgende Gründe vor:

- Die Abgrenzung der Bundesnetzagentur widerspreche der offensichtlichen Meinung der Marktteilnehmer, die eine solche Austauschbarkeit nicht oder nur eingeschränkt sähen.
- Eine Austauschbarkeit aus Nachfragersicht bestehe nicht. Mit einem Komplettanschluss werde die bei PSTN-Anschlüssen bestehende enge Verbindung von Netzanschluss und Dienst aufgetrennt. Ein Kunde könne am Komplettanschluss ohne weitere technische Maßnahmen verschiedene Dienste nachfragen. Dies sei bei PSTN-Anschlüssen nicht der Fall. Zudem seien Komplettanschlüsse in einigen Anschlussbereichen aus technischen Gründen gar nicht verfügbar. Ein Komplettanschluss sei diensteneutral und könne daher keinen Anschluss an das öffentliche Telefonnetz in seiner bisherigen Definition darstellen.
- Beide Anschlussarten unterschieden sich in technischer Hinsicht. So bestehe im Falle des Komplettanschlusses die Notwendigkeit eines kunden- und netzseitigen Splitters sowie einer höherwertigeren Technikausstattung beim Endkunden (Router). Dies schränke die Angebotsumstellungsflexibilität ein.
- Die Wettbewerbsbedingungen zwischen den beiden Anschlusstypen unterschieden sich dadurch, dass Wettbewerber für die Realisierung von All-IP-Anschlüssen zwischen verschiedenen Vorleistungen auf unterschiedlichen Wertschöpfungsebenen wählen könnten (TAL, IP-BSA). Daher sei der Markteintritt in den Markt für Komplettanschlüsse nochmals deutlich leichter als der in den Markt für Festnetzanschlüsse. Eine Homogenität der Wettbewerbsbedingungen sei daher nicht gegeben.
- Der von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegte Verwendungszweck „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz“. Für Endkunden sei dies jedoch kein Verwendungszweck per se, sondern stelle lediglich die Voraussetzung für verschiedene nachgelagerte Nutzungsmöglichkeiten bzw. -zwecke dar. Zwischen diesen Zwecken sei schließlich zu unterscheiden. Die Bundesnetzagentur verwende auch den Begriff des „Endzwecks“. Der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz könne kein Endzweck sein, wenn darüber mehrere unterschiedliche Bedarfe adressiert werden.

- Auch wenn sich in Zukunft die Perspektive abzeichne, dass Komplettanschlüsse und Schmalbandanschlüsse sich aus der Sicht der Nachfrager annähern, könne bislang noch nicht von einer Austauschbarkeit ausgegangen werden. Die von der Bundesnetzagentur angenommene Zahl der Komplettanschlüsse entspreche nur 1,3 – 2,5 % aller Anschlüsse. Innerhalb der nächsten zwei Jahre sei nicht zu erwarten, dass Komplettanschlüsse einen signifikanten Anteil des Gesamtmarktes ausmachen werden oder gar ausmachen können.

Die Bundesnetzagentur nimmt hierzu wie folgt Stellung:

Die von der DT AG in Bezug genommene Aussage, dass sich zahlreiche Marktteilnehmer gegen eine Austauschbarkeit von schmalbandigen und breitbandigen Anschlüssen ausgesprochen hätten, ergab sich aus den Ergebnissen der für diese Analyse durchgeführten Datenerhebung und bezieht sich auf Breitbandanschlüsse insgesamt und nicht auf die hier relevanten Komplettanschlüsse. Die von der Bundesnetzagentur vorgenommene Abgrenzung widerspricht somit nicht der offensichtlichen Meinung einer Mehrheit der Marktteilnehmer. Bezogen auf sonstige Breitbandanschlüsse entspricht dies im Übrigen auch der Auffassung der Bundesnetzagentur. Letztlich ist jedoch festzustellen, dass auf der Basis der Ergebnisse des mittlerweile durchgeführten Konsultationsverfahrens feststeht, dass die meisten Wettbewerber der DT AG die Einbeziehung von Komplettanschlüssen begrüßen und damit die Frage der Austauschbarkeit bejahen. Einige Marktteilnehmer gehen darüber noch hinaus und fordern auch eine Einbeziehung sonstiger Breitbandanschlüsse. Dies widerlegt die Aussage der DT AG.

Die Aussagen der DT AG zur Austauschbarkeit aus Nachfragersicht führen zu keiner neuen Einschätzung der Bundesnetzagentur. Bereits die Märkte-Empfehlung trennt traditionell die Anschlüsse von den Diensten. Wenn die DT AG in diesem Zusammenhang von einer Auftrennung der bestehenden engen Verbindung von Anschluss und Dienst spricht, geht dies über die tatsächlichen Gegebenheiten hinaus. Denn die in Markt 1 traditionell enthaltenen Anschlüsse erhalten lediglich durch ihre Zweckbestimmung einen Dienstbezug, während der Dienst selbst einen eigenständigen Markt bildet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es schon immer, wenn auch in geringerem Umfang, möglich war, unterschiedliche Dienste über denselben Anschluss zu nutzen. Neben der Faxübertragung ist hier insbesondere der Internetzugang zu nennen, der in der Hochphase der schmalbandigen Internetnutzung (2001 bis 2004) in Deutschland bis zu 30 % der über schmalbandige Anschlüsse hergestellten Verbindungsminuten ausmachte. Darüber hinaus ist ein Komplettanschluss nicht wie von der DT AG dargestellt diensteneutral. Dies gilt nur für sonstige Breitbandanschlüsse. Komplettanschlüsse werden in dieser Marktdefinition ausdrücklich als „mit einem Telefondienst gebündelt“ definiert. Somit erfüllt der Komplettanschluss den Zweck des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz.

Die von der DT AG genannten technischen Unterschiede der zu verwendenden Endgeräte und erforderlichen Einrichtungen stehen einer Austauschbarkeit nicht entgegen. Hierfür sind die genannten Unterschiede zu gering. Auch Analoganschlüsse und ISDN-Anschlüsse erfordern seit Jahren unterschiedliche Endgeräte. Dies stand der Austauschbarkeit dieser Anschlussvarianten nie entgegen. Darüber hinaus ist die Aussage der DT AG hinsichtlich der erforderlichen Splitter unzutreffend. So besteht im Falle des Komplettanschlusses gerade nicht die Notwendigkeit eines kundenseitigen Splitters. Splitter, also Frequenzweichen, sind nur erforderlich, wenn über eine Teilnehmeranschlussleitung sowohl ein schmalbandiger als auch ein breitbandiger Anschluss betrieben wird.

Der Vortrag der DT AG zu den Wettbewerbsbedingungen wird nicht geteilt. Zwar ist es richtig, dass sich Komplettanschlüsse und PSTN-Anschlüsse hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Vorleistungsprodukte unterscheiden. Dabei darf jedoch nicht unberücksichtigt bleiben, dass der entbundene Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung das Angebot beider Anschlussvarianten erlaubt. Entsprechend gibt es mehrere Anbieter, die sowohl PSTN-An-

schlüsse als auch Komplettanschlüsse anbieten (z. B. Arcor, HanseNet). Der VATM trug im Rahmen des Konsultationsverfahrens vor, die Substitution sei angebotsseitig bei einigen Mitgliedsunternehmen durch die Umstellung von herkömmlichen Telefonanschlüssen auf NGN-Anschlüsse bzw. Standalone-DSL-Anschlüsse faktisch bereits erfolgt. Hier von unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen zu sprechen, ist daher kaum nachvollziehbar.

Daran ändert auch das mittlerweile von der DT AG angebotene Vorleistungsprodukt IP-BSA nichts. Hierzu liegen bislang noch keine verlässlichen Einschätzungen vor. Darüber hinaus führen auch auf anderen Endkundenmärkten unterschiedliche Vorleistungsprodukte und die damit zwangsläufig einhergehenden unterschiedlichen Wertschöpfungsebenen nicht zur Abgrenzung unterschiedlicher Märkte. So enthalten die Verbindungsmärkte (ehemalige Märkte 3 bis 6) selbstverständlich Verbindungen von Anschlussanbietern und Verbindungen, die mittels Betreiberwahl oder Betreiberwahl aufgebaut wurden. Es besteht kein Zweifel daran, dass die jeweiligen Verbindungen denselben Märkten zugerechnet werden.

Ein Verweis auf die Verbindungsmärkte kann auch das Argument der DT AG entkräften, dass sich der Verwendungszweck der Anschlüsse unterscheidet. Denn die Konzeption der Märkte-Empfehlung geht – wie bereits oben ausgeführt – von einer Trennung von Anschluss und darauf aufsetzenden Diensten aus. Dennoch werden die Anschlüsse durch den in der Märkte-Empfehlung genannten Zweck definiert. Hieran hat sich die Marktabgrenzung zu orientieren und solche Anschlüsse gemeinsamen Märkten zuzuordnen, die diesen Zweck erfüllen. Dies schließt nicht aus, dass die relevanten Produkte oder Dienstleistungen weitere Zwecke erfüllen können. Dies war – wie ebenfalls bereits ausgeführt – auch bei PSTN-Anschlüssen schon immer der Fall. Auch wenn hier mittlerweile eine Verlagerung des Schwerpunkts zu beobachten ist, muss im Rahmen einer Marktabgrenzung eine Grenzlinie gefunden werden. Die Bundesnetzagentur hat hierzu bereits im ursprünglichen Entwurf ausgeführt, dass sich die Endkundenmärkte derzeit in einem fließenden Entwicklungsprozess befinden und dadurch im Rahmen einer Marktabgrenzung mehrere Möglichkeiten vertretbar begründet werden könnten. Dennoch vertritt die Bundesnetzagentur die Auffassung und sieht sich hierin durch das Konsultationsverfahren bestätigt, dass durch die Zweckbestimmung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz eine Berücksichtigung der Komplettanschlüsse zum jetzigen Zeitpunkt als geboten erscheint, weil diese Anschlüsse diesem Zweck dienen und von Kunden genutzt werden, um zuvor genutzte schmalbandige Anschlüsse dauerhaft zu ersetzen.

Schließlich können auch die vermeintlich geringen Anteile der Komplettanschlüsse an der Gesamtzahl der Anschlüsse einer Austauschbarkeit nicht entgegengehalten werden. Ein geringer Anteil stellt kein grundsätzliches Ausschlusskriterium dar. Dies gilt insbesondere dann, wenn der niedrige Anteil zeitlich am Beginn einer längeren Entwicklung steht. So ist davon auszugehen, dass der Anteil der Komplettanschlüsse an der Gesamtanzahl der Anschlüsse an festen Standorten im Betrachtungszeitraum deutlich steigen wird.

Abgesehen davon wird dieses Argument der DT AG bereits durch die nunmehr vorliegenden Zahlen widerlegt. Die Ende des Jahres 2008 existierenden 2,2 Millionen Komplettanschlüsse stellen bereits deutlich mehr als 5 % des Gesamtmarktes dar und wurden darüber hinaus in einer relativ kurzen Zeitspanne von nur eineinhalb Jahren erreicht. Von einer bedeutenden Relevanz der Komplettanschlüsse im Betrachtungszeitraum kann somit eindeutig ausgegangen werden. Diese Annahme wird noch gestützt durch die Tatsache, dass nunmehr auch die DT AG ihre Call & Surf-Tarife durch Komplettanschluss-Varianten ergänzt hat.

Das Unternehmen BT hat im Rahmen des Konsultationsverfahrens ebenfalls Zweifel an der Austauschbarkeit von Schmalband- und Breitbandanschlüssen geäußert. Die Zweifel basieren jedoch nicht auf grundsätzlichen Erwägungen, sondern auf der Auffassung, dass die Frage der Austauschbarkeit zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht abschließend beantwortet werden könne. BT stützt dies unter anderem darauf, dass so genannte Standalone-Breitbandanschlüsse in Deutschland erst seit dem Juli 2008 verfügbar seien und somit aus Nach-

fragersicht noch nicht wirklich in die Auswahlentscheidung einbezogen werden könnten. Hierzu ist anzumerken, dass sich diese Aussage lediglich auf das entsprechende Bitstromzugangszugangsprodukt beziehen kann. Auf der Basis des entbündelten Zugangs zur TAL werden Komplettanschlüsse bereits seit 2007 realisiert und können daher auch als Grundlage einer Prognoseentscheidung dienen. Insofern bleibt die Bundesnetzagentur bei ihrer Auffassung, dass trotz der gegenwärtigen Übergangssituation eine Festlegung möglich ist, nach der Komplettanschlüsse dem hier relevanten Markt zugeordnet werden können.

Davon abgesehen wurde im Rahmen des Konsultationsverfahrens in den meisten Stellungnahmen die Aufnahme der Komplettanschlüsse begrüßt und die Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ausdrücklich bestätigt (01051 Telecom, Arcor, BREKO, Callax, TELE2, VATM, Versatel).

Einige Kommentatoren gehen hierüber noch hinaus und fordern die Aufnahme weiterer Breitbandanschlussprodukte bzw. alternativ zumindest deren separate Untersuchung. Unabhängig von den jeweils vorgeschlagenen Handlungsoptionen stehen dabei jeweils Aspekte der Bündelung im Mittelpunkt der Ausführungen.

So wird etwa von Versatel argumentiert, dass Breitbandanschlüsse, die nicht mit einem breitbandbasierten Telefondienst gekoppelt oder lediglich an einen Schmalbandanschluss gekoppelt seien, ebenfalls dem Markt 1 zugeordnet werden sollten, weil aus Nachfragersicht bei einem Produktwechsel nicht nur der Schmalbandanschluss, sondern der Preis und die Gestaltung des gesamten Produktbündels einschließlich des Breitbandanschlusses ausschlaggebend sei. Die Bundesnetzagentur habe hierbei zu gewährleisten, dass das gesamte Produktbündel der Regulierung unterfalle. Zumindest müsse die Bundesnetzagentur gewährleisten, dass sie nach § 28 Abs. 2 Nr. 3 TKG zu einem regulatorischen Einschreiten gegen ein missbräuchliches Bündelprodukt ermächtigt sei.

Hierzu ist anzumerken, dass eine gegebenenfalls festzustellende Regulierungsbedürftigkeit kein Kriterium der Austauschbarkeit sein kann und sich somit nicht auf die Ergebnisse der Marktabgrenzung auswirken kann. Darüber hinaus erscheint die Argumentation zur Austauschbarkeit aus Endkundensicht verkürzt. Zwar ist es richtig, dass bei den derzeit marktbestimmenden Bündelprodukten und deren Vermarktung der Gesamtpreis ein ganz wesentliches Kriterium der Kundenentscheidung ist. Dennoch dürfen dabei insbesondere Fragen der funktionellen Austauschbarkeit nicht ausgeblendet werden. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass Breitbandanschlussprodukte, die nicht mit einem Telefondienst gebündelt sind, gerade keinen unmittelbaren Zugang zum öffentlichen Telefonnetz im Sinne des Marktes 1 ermöglichen und somit auch nicht diesem Markt zugerechnet werden können.

Darüber hinaus dürfte den von anderen Kommentatoren (Arcor, TELE2, VATM) vorgebrachten grundsätzlichen Befürchtungen hinsichtlich Bündelprodukten bereits dadurch begegnet werden können, dass die Anwendung des § 28 Abs. 1 Nr. 2 TKG im Falle der sachlich ungerechtfertigten Bündelung nicht voraussetzt, dass alle Bestandteile eines Bündelprodukts der Regulierung unterliegen. Gerade die in einigen Stellungnahmen angesprochenen Bündelprodukte aus Schmalband- und Breitbandanschlüssen können von der Bundesnetzagentur auf den Vorwurf der sachlich ungerechtfertigten Bündelung überprüft werden. Anknüpfungspunkt möglicher regulatorischer Entscheidungen wäre dann jeweils das der Regulierung unterfallende Produkt, also etwa der Schmalbandanschluss.

Zusammenfassend ist somit im Hinblick auf die im Rahmen des Konsultationsverfahrens gewonnenen Erkenntnisse festzustellen, dass die Bundesnetzagentur keine Anhaltspunkte für ein Abweichen von ihrer bereits im Entwurf enthaltenen Position sieht. Komplettanschlüsse (DSL-Anschlüsse oder breitbandige Kabelanschlüsse, die mit einem Telefondienst gebündelt sind und nicht gleichzeitig an einen Schmalbandanschluss gekoppelt sind) sind Bestandteil des Marktes 1. Die überwiegende Anzahl der Stellungnahmen hat diese Vorgehensweise ausdrücklich begrüßt. Soweit daran Zwei-

fel (BT) oder Kritik (DT AG) vorgetragen wurden, kann dies aus den dargelegten Gründen nicht überzeugen.

4. Getrennte Märkte für gebündelte Anschlüsse und Triple-Play-Angebote

Die DT AG ist der Auffassung, dass die Bündelung mit anderen Leistungen berücksichtigt werden müsse. Sprachtelefonanschlüsse gebündelt mit einem DSL-Anschluss einerseits und ungebündelte Sprachtelefonanschlüsse andererseits seien getrennten Märkten zuzuordnen. Triple-Play-Angebote seien wiederum als eigener Markt zu betrachten.

Zunächst gebe es keine Austauschbarkeit aus Nachfragersicht. Ein Kunde, der lediglich telefonieren wolle, frage keine Bündel mit DSL-Anschlüssen nach. Dies habe auch die Befragung der Anbieter im Rahmen der Marktanalyse ergeben: „Der nicht unerhebliche Teil der Endkunden, die ihren Anschluss ausschließlich für Telefonie nutzten, würde auch weiterhin keine breitbandigen Anschlüsse wünschen.“ (S. 10). Ein großer Teil der Anbieter ginge davon aus, dass Schmalbandanschlüsse gegenüber Komplettanschlüssen und PSTN-/DSL-Anschlussbündeln abzugrenzen sei. Die Bundesnetzagentur sollte diesem Ergebnis ihrer Marktuntersuchung auf Basis der Marktbefragung folgen, da die gegenteilige Auffassung nicht belegt werden könne.

Komplettanschlüsse hatten zum Zeitpunkt der Markterhebung noch keine (nennenswerte) Rolle gespielt. Daher ist in der Abfrage auch nicht nach Komplettanschlüssen, sondern nur nach der Austauschbarkeit mit Breitbandanschlüssen allgemein gefragt worden. Angesichts der Stellungnahmen der interessierten Parteien muss davon ausgegangen werden, dass die Unternehmen im Rahmen der Marktabfrage unter Breitbandanschlüssen lediglich reine DSL-Anschlüsse gefasst haben, die im Übrigen auch nicht in den vorliegenden Markt aufgenommen worden sind. Daraus kann nicht geschlossen werden, dass die Anbieter Komplettanschlüsse nicht als austauschbar mit den Schmalbandanschlüssen sehen.

Darüber hinaus haben – wie bereits ausgeführt – im Rahmen des Konsultationsverfahrens alle interessierten Parteien mit Ausnahme der DT AG und BT die Aufnahme der Komplettanschlüsse in den sachlich relevanten Markt begrüßt. Ein nicht unerheblicher Teil hat zudem auch die Aufnahme der breitbandigen Anschlussarten gefordert. Sofern die Bundesnetzagentur wie von der DT AG gefordert die Ergebnisse der Marktuntersuchung in vollem Umfang berücksichtigt, würde dies nicht einen getrennten Markt für Komplettanschlüsse, sondern könnte im Gegenteil sogar eine Einbeziehung von Breitbandanschlüssen in den vorliegenden Markt bedeuten.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass die Bundesnetzagentur in der Analyse der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht anerkenne, dass bei der Vermarktung der Komplettanschlüsse eine „Bündelung von verschiedenen Telekommunikationsdienstleistungen“ erfolge und es daher immer schwieriger werde, die einzelnen Produktbestandteile isoliert zu betrachten. Die Notwendigkeit der isolierten Betrachtung ist nach Auffassung der DT AG aber nur der erste Analyseschritt. Sobald die Produkte erfasst seien, müsste die Bundesnetzagentur die Bündelung der einzelnen Produkte betrachten und prüfen, ob sich durch diese Bündelung unterschiedliche, nicht austauschbare Nachfragecluster ergeben. Da z.B. ein Großteil der Nutzer von „reinen“ PSTN-Anschlüssen keine breitbandigen Internetdienste nachfrage, sollten Produktbündel von DSL- mit Schmalbandanschlüssen einen eigenen Markt darstellen. Die bereits im Vorherigen festgestellte Bündelung der Verwendungszwecke Sprachtelefonie und (Breitband-)Internet sowie IP TV sei eben nicht mit dem Bedarf von reinen Schmalbandnachfragern gleichzusetzen. Außerdem führe die Bundesnetzagentur selbst aus, dass ein „reiner Anschlusspreis häufig nicht mehr zu ermitteln“ sei. Sie solle daher die Ausgestaltung des Produktangebots in ihre Analyse einbeziehen und die Nachfragestrukturen, die sich daraus ergeben, voneinander abgrenzen.

Wie die Bundesnetzagentur bereits in ihrer ersten Marktanalyse zu den Märkten 1 bis 6 im Rahmen der sog. Systemlösungen, aber auch mit Blick auf sonstige Optionstarife/Paketangebote ausgeführt hat, hat die Bündelung von Anschluss- und Verbindungsleistungen (ggf. mit weiteren Leistungen) zunächst keinen Einfluss auf den Verwendungszweck oder auch die Wettbewerbsbedingungen auf dem vorliegenden Markt.⁶⁸ Dies wird im Folgenden dargelegt.

a. **Behandlung der Paketangebote in der Empfehlung der Kommission**

Die Kommission hat zur Empfehlung 2003 zu den Märkten 1-6 ausgeführt, dass dem Endkunden verschiedene Optionen und Pakete je nach seinen typischen Nutzungs- und Gesprächsmustern zur Verfügung stehen könnten. Obwohl viele Endkunden für Anschluss und abgehende Anrufe vorzugsweise ein und dasselbe Unternehmen wählen würden, entscheiden sich andere bei abgehenden Anrufen ganz oder teilweise für einen anderen Betreiber als den, der den Anschluss (und eingehende Anrufe) übernehme.⁶⁹

Hinsichtlich der Empfehlung 2007 hat die Kommission ausgeführt, dass Telefondienste für gewöhnlich als Gesamtpakete für Zugang und Nutzung bereitgestellt würden. Den Endkunden könnten je nach deren typischen Nutzungsmustern oder Gesprächsmustern verschiedene Optionen und Pakete zur Verfügung stehen. Obwohl viele Endnutzer es offenbar bevorzugten, sowohl den Zugang als auch die abgehenden Gespräche vom selben Unternehmen zu beziehen, würden viele andere (Endnutzer) für einige oder alle abgehenden Gespräche andere Unternehmen als das auswählen, das den Zugang (und den Eingang von Anrufen) bereitstellt.⁷⁰

Zudem hat sich die Kommission im Explanatory Note auch mit der Bündelung von Leistungen befasst. Unter einer Bündelung sei eine Situation zu verstehen, in der ein Paket von zwei oder mehr Leistungen angeboten werde. Fälle, in denen nur das Bündel und nicht die einzelnen Komponenten erhältlich seien, würden hier als reine Bündelung bezeichnet. Fälle, in denen sowohl das Bündel als auch die Komponenten auf dem Markt erhältlich seien, würden als gemischte Bündel bezeichnet, wenn das Bündel mit einem Preisabschlag gegenüber der Summe der Einzelpreise der Komponenten verkauft würde.⁷¹

Auf der Nachfragerseite würden die Verbraucher möglicherweise Bündel bevorzugen, wenn es signifikante Transaktionskosten gebe. In diesem Fall könnten es die Verbraucher vorziehen, die Dienste als Bündel und von einem einzigen Anbieter zu beziehen. In einem solchen Fall könnte das Bündel der sachlich relevante Markt werden. Auch wenn einige Bündel seit langem etabliert seien (Sprache und SMS im Mobilfunk), wären andere noch in einer frühen Entwicklungsstufe wie Bündel aus Fernsehen und Internet. Sofern es angesichts einer kleinen aber signifikanten dauerhaften Preiserhöhung Anzeichen gebe, dass eine ausreichende Anzahl der Kunden das Bündel „auseinanderpflücken“ und die einzelnen Leistungsbestandteile des Bündels getrennt erwerben würde, könne daraus geschlossen werden, dass die einzelnen Leistungsbestandteile jeweils für sich genommen und nicht das Bündel den sachlich relevanten Markt darstellen würden.⁷²

Trotzdem hat die Kommission auch in ihrer Märkteempfehlung 2007 keine getrennten Märkte für Standardtarife einerseits und Options- und Pakettarife – wie auch immer geartet – andererseits festgelegt. Dies zeigt, dass die Kommission auch in der aktuellen Situation insgesamt keinen generell anderen Verwendungszweck und auch keine anderen Wettbewerbsbe-

⁶⁸ Vgl. Festlegung der Bundesnetzagentur für die Märkte Nr. 1-6, Kapitel H.I.4.d, H.I.4.e und H.I.4.g.

⁶⁹ Vgl. Explanatory Memorandum, S. 16.

⁷⁰ Vgl. Explanatory Note, S. 23.

⁷¹ Vgl. Explanatory Note, S. 15.

⁷² Vgl. Explanatory Note, S. 16.

dingungen für Bündel annimmt, sofern nicht die o.g. besonderen Umstände auf nationaler Ebene vorliegen.

b. Vorliegen von Paketangeboten

Zunächst einmal wird der Verwendungszweck der Anschlüsse, nämlich die Möglichkeit, Anrufe zu tätigen und entgegenzunehmen, nicht durch die Bündelung verändert. Durch die Bündelung werden dem Kunden lediglich weitere Leistungen innerhalb eines Vertrages bereitgestellt. Somit besteht eine Substituierbarkeit von Anschlussleistungen, die ohne die verpflichtende Abnahme weiterer Leistungen (z.B. DSL, Fernsehen oder Verbindungspauschalen) bereitgestellt werden, und solchen Anschlussleistungen, die im Rahmen von Bündeltarifen (z.B. mit DSL, Fernsehen oder Verbindungspauschalen) angeboten werden.

Dem steht auch nicht prinzipiell entgegen, dass dann in Bündeln Leistungen angeboten werden, die verschiedenen Märkten angehören. Dies ist auch bisher in Paketangeboten aller Wettbewerber der Fall gewesen (z.B. Schmalbandanschluss und Inlandsverbindungen) und im Übrigen weder in der nationalen Konsultation zu den Märkten 1-6 noch im anschließenden Gerichtsverfahren von einer interessierten Partei angegriffen worden.

Auch im Wettbewerbsrecht ist es grundsätzlich möglich, dass Unternehmen gebündelte Leistungen anbieten, die zugleich auf mehreren sachlich relevanten Märkten wirksam werden können. Wichtigstes Beispiel dafür sind Tageszeitungen, bei denen von vornherein zwischen Leser- und Anzeigemärkten zu trennen ist.⁷³ Zudem hätte es sonst ein potenziell marktbeherrschendes Unternehmen in der Hand, sich durch geringfügige Zugabe telefondienstfremder oder telekommunikationsfremder Produkte und Leistungen (z.B. eines Endgeräts oder von IT-Leistungen) der Regulierung zu entziehen.⁷⁴

Würde man der Auffassung der DT AG folgen und (nahezu) identische homogene Wettbewerbsbedingungen fordern, so müssten für jeden einzelnen Optionstarif eigene Submärkte gebildet werden, da jeder Kunde seinen Tarif anhand seines individuellen Nutzungsverhaltens aussucht, der mit Paketen, die andere Leistungen und/oder Tarife enthalten, nicht mehr substituierbar wäre. Das Vorliegen von identischen Preisen, Bündelungen oder Wettbewerbsbedingungen würde schlussendlich dazu führen, dass jeder Optionstarif einen eigenen Markt bilden würde. Eine derartige Marktabgrenzung wäre indes zu eng. Grund dafür ist nicht zuletzt, dass die Annahme zahlreicher kleiner Märkte die Gefahr beinhaltet, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen⁷⁵.

Auch handelt es sich bei den angebotenen Bündeln nicht um reine Bündel, bei denen die einzelnen Komponenten auf dem Markt nicht mehr angeboten werden, sondern um gemischte Bündel, deren Komponenten von den Endkunden auch getrennt erworben werden können.

Daher reicht die bloße Existenz von Paketangeboten nicht zur Abgrenzung eines eigenen Marktes aus. Notwendig ist vielmehr, dass eine hinreichende Anzahl von Endkunden tatsächlich solche Paketangebote dem Bezug der einzelnen Komponenten vorziehen, und zwar auch dann noch, wenn sich die Preise für diese Paketangebote gegenüber dem Gesamtpreis der einzelnen Elemente leicht erhöhen würde.

Daher ist nachfolgend zu untersuchen, ob Tatsachen vorliegen, die für die Abgrenzung der von der DT AG angeführten Submärkte für Paketangebote sprechen könnten.

⁷³ Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 59.

⁷⁴ Vgl. dazu auch Anhang 4, IV.

⁷⁵ Vgl. KG, 07.11.1985 „Pillsbury – Sonnen-Bassermann“ WuWE OLG 3759, 3759 f.

c. Triple-Play-Angebote

Bei Triple-Play-Angeboten ist neben Schmal- und Breitbanddiensten auch der Empfang von Fernsehsendungen über IP (IPTV) im Bündel enthalten. Daraus ergibt sich für den Kunden aber kein anderer Verwendungszweck: Der Schmalbandanschluss ermöglicht nach wie vor den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz. Durch das Angebot weiterer Dienste über den im Vertrag gekoppelten Breitbandanschluss wird der Verwendungszweck des Schmalbandanschlusses nicht verändert. Der Kunde erhält lediglich die Möglichkeit zusätzlicher Dienste über den Breitbandanschluss, darunter auch die Möglichkeit des Fernsehempfangs.

Daher würde ein getrennter Markt für Triple-Play-Angebote nicht aus einem anderen Verwendungszweck entstehen, sondern könnte lediglich dann erforderlich sein, sofern die Kunden – wie von der Kommission aufgeführt – das Angebot als untrennbares Bündel ansehen würden. Dies ist aber bislang nicht der Fall.

Ein Endkunde wird sich nur dann für ein Triple-Play-Angebot entscheiden, wenn der Bezug ihm günstigere (preisliche) Konditionen bietet als der Bezug der einzelnen Komponenten. Da es sich hierbei um ein gemischtes Bündel handelt, kann der Endkunde bundesweit die Komponenten „Telekommunikation“ und „Fernsehempfang“ jeweils einzeln und i.d.R. auch von unterschiedlichen Anbietern beziehen. So ist auch ein Kunde der DT AG nicht darauf angewiesen, von dieser seinen Fernsehempfang zu beziehen. Andererseits verpflichtet die Entscheidung für einen bestimmten Fernsehempfangsweg den Endkunden nicht, (sofern möglich) gleichzeitig über diesen Weg auch seine Telekommunikationsdienstleistungen zu beziehen.

Daher würde ein Endkunde bei einer kleinen, aber signifikanten Preiserhöhung des Triple-Play-Bündels dieses „auseinanderpflücken“ und die (im Preis nicht gestiegenen) Komponenten einzeln beziehen, weil der Bezug der Einzelkomponenten für ihn nun günstiger wäre. Dabei muss er nicht einmal in jedem Fall die einzelnen Komponenten von unterschiedlichen Anbietern beziehen, sondern könnte sie teilweise sogar von demselben Anbieter auch ohne Abnahme eines Bündels beziehen. Der Endkunde sieht somit in dem gemischten Triple-Play-Bündel keine untrennbare Einheit, sondern lediglich ein Bündelprodukt, das ihm gegenüber dem Bezug der einzelnen Komponenten einen Preisvorteil bietet.

Bisher ist für Triple-Play-Angebote noch keine Nutzung in größerem Umfang zu beobachten. Die überwiegende Mehrzahl der Endkunden bezieht auch weiterhin ihre Fernsehsendungen über einen Anbieter bzw. „Nutzungsmöglichkeit“ (Satellit, DVB-T) und ihren Schmal- und ggf. Breitbandanschluss über einen anderen Anbieter. So gehen Medienvertreter davon aus, dass IPTV derzeit für den Kunden keinen zusätzlichen Nutzen habe, sondern lediglich ein weiterer Vertriebsweg sei.⁷⁶ Auch Vertreter der DT AG („Die meisten Kunden wissen gar nicht, dass wir auch Fernsehen anbieten“, Christian Illek, Bereichsvorstand Marketing bei T-Home Deutschland) und Arcor („Wir haben TV zwar im Angebote, aber es wird noch kein großes Geschäft im kommenden Jahr“, Jens Gutsche, Marketing-Chef Arcor) gehen davon aus, dass derzeit nur eine Minderheit der Kunden überhaupt Triple-Play-Angebote nutzt.⁷⁷

In einer Pressemitteilung vom 29.01.2009 hat die DT AG mitgeteilt, dass sich bis zum Jahresende (2008) 500.000 Kunden für das Triple-Play-Angebot Entertain entschieden hätten. Setzt man dies in Relation zu den zum gleichen Zeitpunkt bei der DT AG im Inland vorhandenen 13,337 Millionen Breitbandanschlüssen, so macht diese Nutzung nicht einmal 4 %

⁷⁶ Vgl. „Beim Thema IPTV kehrt Ernüchterung ein“, VDI nachrichten, 21. November 2008.

⁷⁷ Vgl. „Beim Thema IPTV kehrt Ernüchterung ein“, VDI nachrichten, 21. November 2008.

aller Breitbandanschlüsse der DT AG aus.⁷⁸ Auch diese Zahlen zeigen, dass die Endkunden insgesamt Triple-Play-Angebote bisher nicht als untrennbare Bündel ansehen.

Auch bei den Kabelnetzbetreibern nutzt nur eine Minderheit der Kunden tatsächlich Triple-Play-Angebote. Nur knapp 9 % der ca. 18,5 Millionen TV-Kabelkunden in Deutschland nutzen zusätzlich schnelles Internet und Telefon (bezogen auf die Gesamtanzahl der Schmalbandanschlüsse in Deutschland sind dies weniger als 5 %).

Somit ist festzuhalten, dass es keinen anderen Verwendungszweck für die in Triple-Play-Angeboten enthaltenen Schmalbandanschlüsse gibt. Darüber hinaus sieht die ganz überwiegende Mehrzahl der Endkunden in Deutschland Telefonanschlüsse und Fernsehempfang nicht als einheitliches Bündel an, sondern als eigenständige Produkte, deren Bezug in aller Regel über unterschiedliche Anbieter und Anschlussarten erfolgt. Die Abgrenzung eines eigenen Bündelmarktes für Triple-Play-Angebote ist daher sachlich nicht gerechtfertigt.

d. Produktbündel mit Schmalband- und DSL-Anschlüssen

Die DT AG geht in ihrer Stellungnahme davon aus, dass Produktbündel aus Schmalband- und DSL-Anschlüssen einen eigenen Submarkt darstellen müssten.

Auch in diesem Fall gibt es keinen unterschiedlichen Verwendungszweck für die in solchen Bündeln enthaltenen Schmalbandanschlüsse. Die Abgrenzung eines eigenen Bündelmarktes könnte also ebenfalls nur dann erfolgen, wenn die Kunden diese Bündel als untrennbare Einheit betrachten würden.

Betrachtet man jedoch das derzeitige Angebot der DT AG wie auch der Wettbewerber, so kann man feststellen, dass es solche Bündel aus Schmal- und Breitbandanschlüssen zwar gibt, diese aber eher weniger beworben werden. Im Fokus der Vermarktung in allen Medien (einschließlich der Internetseiten der Anbieter) stehen derzeit eindeutig Bündel, die neben den beiden o.g. Anschlussarten auch eine Sprachflatrate in das nationale Festnetz sowie eine Internetflatrate beinhalten. Auch bei den Endkunden geht der Trend in diese Richtung, wie die wachsenden Zahlen der Minuten, die im Rahmen von Pauschaltarifen erbracht werden, belegen. Sofern man also untersucht, ob es möglicherweise einen Markt für Bündeltarife gibt, weil die Verbraucher wegen der Transaktionskosten den Bezug über einen einzigen Anbieter vorziehen, muss in dem Fall auch das ganze Bündel untersucht werden, also das Angebot aus Schmalbandanschluss mit DSL-Anschluss, Sprachflatrate in das nationale Festnetz sowie Internetflatrate.

Wie der Trend zeigt, bevorzugt offensichtlich eine größere Anzahl von Endkunden solche Komplettangebote. Dieses dürfte aber nicht nur mit den Transaktionskosten zusammenhängen, sondern vor allem damit, dass für diese Kunden die Summe der Leistungen für einen günstigeren (Komplett-)Preis zu erwerben ist als die einzelnen Komponenten. Würde sich der Preis für das Paket erhöhen, so dass es für einen größeren Teil dieser Kunden wieder günstiger würde, die einzelnen Komponenten zu beziehen, würden sie das Bündel wieder auseinandernehmen und die Leistungen einzeln beziehen. Da die Anbieter auch alle Leistungen anbieten, wäre es dafür auch nicht unbedingt notwendig, die Leistungen von unterschiedlichen Anbietern zu beziehen.

Bereits jetzt gilt eine solche Konstellation für eine größere Anzahl von Kundengruppen: So werden (Privat- wie Geschäfts-)Kunden, die einen geringen Bedarf an Telefonie und/oder Internet haben, weiterhin keine Paketangebote beziehen. Auch die immer größer werdende

⁷⁸ Vgl. <http://www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/595714?archivArticleID=613750>.

Zahl von Mobilfunkkunden, die eine Sprachflatrate in das deutsche Festnetz haben, benötigt nicht eine weitere Sprachflatrate an ihrem Festnetzanschluss und wird daher in der Regel ebenfalls keine Pakete mit Sprachflatrate erwerben.

Aber auch in Bezug auf die in diesen Bündeln enthaltenen Schmalband- und DSL-Anschlüsse ist nicht davon auszugehen, dass die Endkunden diese derzeit als ein untrennbares Bündel ansehen. Die DT AG gibt an, dass mit Stand Juni 2008 ca. **[BuG]** ihrer Endkunden lediglich über einen Schmalbandanschluss ohne DSL-Leistungsmerkmal verfügen. Es ist aber angesichts der Zahlen bei DSL-Resale davon auszugehen, dass ein Teil dieser Endkunden zwar den Schmalbandanschluss über die DT AG realisiert, für Breitbandanschlüsse (teilweise einschließlich einer Internet- und Sprachflatrate) aber auf andere Anbieter zurückgreift. Auch das zeigt, dass die Endkunden derzeit Paketangebote mit Schmalband- und DSL-Anschlüssen nicht für untrennbar halten, sondern diese sogar über verschiedene Anbieter realisieren.

Daher kann derzeit auch für Komplettangebote, die neben den Schmalbandanschlüssen auch DSL-Anschlüsse, Sprach- und Internetflatrate enthalten, nicht geschlossen werden, dass die überwiegende Zahl der Endkunden solche Produktbündel dem Bezug einzelner Komponenten vorzieht, und zwar auch dann noch, wenn das Produktbündel bei einer Preiserhöhung etwas teurer wäre als die einzelnen Komponenten.

Daher wäre die Abgrenzung eines eigenen Submarktes für solche Produktbündel nicht sachgerecht.

5. Festnetz- und Mobilfunkanschlüsse

Auch die Existenz von Mobilfunknetzen, die angepasst worden sind, um Dienste bereitzustellen, die äquivalent zu Festnetzdiensten oder auf einen begrenzten Radius um einen festen Standort beschränkt sind, haben auf den vorliegenden Zugang zum öffentlichen Telefonnetz nur einen geringen Einfluss. In Deutschland ist die Anschlusssubstitution, bei der die Kunden nicht mehr über einen Festnetzanschluss, sondern nur noch über einen Mobilfunkanschluss verfügen, derzeit vergleichsweise niedrig. Mobilfunk und Festnetz sind in Deutschland derzeit noch komplementäre Dienste. Die Zahl der Haushalte, die ausschließlich über einen Mobilfunkanschluss verfügt, betrug Ende 2007 11 %⁷⁹. Ein Grund dafür ist, dass Kunden, die auch Internetdienste nutzen wollen, in jedem Fall einen Festnetzanschluss brauchen. In den dafür zu entrichtenden Entgelten sind auch die Kosten für die Nutzung der TAL durch die Anschlussanbieter enthalten. Eine Anschlusssubstitution kommt daher vorwiegend für Endkunden in Betracht, für die eine Internetnutzung keine Rolle spielt.

Auch gibt es eine Reihe von Anbietern (z.B. Arcor, freenet oder NetCologne), die ihren Endkunden im Rahmen von Komplettpaketen die Möglichkeit geben, zusätzlich zu ihrem Festnetzanschluss einen Mobilfunkanschluss zu günstigen Konditionen⁸⁰ zu erwerben. Dabei können bei einigen Anbietern bis zu vier Mobilfunkanschlüsse innerhalb des Komplettpakets erworben werden. Auch dies zeigt, dass sowohl die Endkunden als auch die Anbieter von Endkundenleistungen derzeit nicht von einer Substituierbarkeit aus Nachfragersicht ausgehen.

⁷⁹ Vgl. Eurobarometer Spezial 293, E-communications Haushaltsumfrage, Juni 2008, S. 31.

⁸⁰ Günstige monatliche Entgelte, i.d.R. Flatrate in das deutsche Festnetz. Teilweise auch Flatrate in das eigene Mobilfunknetz oder vom Festnetz auf den/die im Rahmen des Pakets enthaltenen Mobilfunkanschluss/-anschlüsse.

6. Sprachorientierte Systemlösungen

In ihrer Ausgangsanalyse hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass das Konstrukt der geschlossenen Benutzergruppe nach dem neuen Recht keine Gültigkeit mehr hat und Anschlussleistungen, die im Rahmen der so genannten Systemlösungen angeboten werden, Zugänge zum öffentlichen Telefonnetz i. S. d. Märkte Nr. 3 bis Nr. 6⁸¹ darstellen. Diese sind infolgedessen ebenfalls Gegenstand der jeweiligen Untersuchungen⁸².

Dieses Vorgehen ist von der Europäischen Kommission nicht beanstandet worden.

Ferner wurde bei der Prüfung der Marktdefinitions-kriterien festgestellt, dass die Leistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz vom bis zu einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, den jeweiligen sachlich relevanten Märkten zuzurechnen sind. Daher wird nachfolgend überprüft, ob diese Zuordnung noch Gültigkeit hat.

Das VG Köln hat in seinem Urteil vom 05.09.2007 die Einbeziehung von Zugangsleistungen (und Verbindungsleistungen), die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von bis zu einer Million Euro ohne Umsatzsteuer erbracht werden, ausdrücklich als rechtmäßig bestätigt und festgestellt, dass die Einbeziehung ausführlich und in nicht zu beanstandender Weise begründet wurde. Insofern habe die Bundesnetzagentur den ihr bei der Marktdefinition nach § 10 TKG zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten⁸³. Diese Entscheidung ist vom Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29.10.2008 bestätigt worden.

Die Bundesnetzagentur nimmt daher ausdrücklich Bezug auf die Ausgangsanalyse und überprüft im Weiteren, ob es neue Entwicklungen gibt und inwiefern sich diese auf die Bewertung von Anschlussleistungen aus sog. Systemlösungen auswirken.

a. Begriff „Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden“

Die DT AG geht davon aus, dass es sich bei Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden im Sinne der derzeit gültigen Marktdefinition auch um Abnehmer handeln könne, die mit sog. geschlossenen Benutzergruppen vergleichbar seien. Diese zeichneten sich dadurch aus, dass sie – obschon ihr eine Mehrzahl rechtlich selbständiger juristischer oder natürlicher Personen angehörten – rechtlich wie ein einzelner Teilnehmer zu behandeln seien. Auf die konkrete zivilrechtliche Ausgestaltung des Vertrages komme es hierbei nicht an.

Diese Auffassung ist nicht mit dem Wortlaut der o.g. Festlegung der Bundesnetzagentur vereinbar.

Zunächst einmal handelt es sich bei dem eindeutigen Wortlaut der Festlegung bei der Ausnahme von „Leistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden“, nur um Leistungen aus solchen Verträgen, die unmittelbar die synallagmatischen Leistungs- und Gegenleistungspflichten auslösen.⁸⁴ Ein Rahmenvertrag, der lediglich die Konditionen, zu denen Zugangsleistungen bezogen werden können, regelt, ist nicht ausreichend. Denn die Pflicht, Leistungen zu erbringen, und das Recht, hierfür Entgelte zu fordern, entstehen in diesem Fall erst durch den Abschluss individueller, eigenständiger Nutzerverträge.

⁸¹ Der Märkte-Empfehlung 2003.

⁸² Vgl. dazu ausführlich Festlegung der Bundesnetzagentur für die Märkte 1-6, S. 83 ff.

⁸³ VG Köln, Urteil vom 05.09.2007, 21 K 3395/06, S. 22ff.

⁸⁴ Vgl. auch VG Köln, Beschluss vom 29. Februar 2008, 21 L 100/08, S. 5 f.

Gleiches gilt im Übrigen für Verträge, denen zusätzliche Nutzer beitreten können, die dann als Teilschuldner die auf sie entfallenden Leistungsentgelte direkt an den Telekommunikationsanbieter zahlen. Von einem Vertrag mit einem einzelnen Kunden kann nur dann ausgegangen werden, wenn dieser Kunde (Vertragspartner) auch Schuldner für alle abgenommenen Leistungen ist.

Darüber hinaus muss es sich um einen einzelnen Kunden (Vertragspartner) handeln. Dieser eindeutige Bezug zu einem einzelnen Kunden (Singular) verbietet die von der DT AG vertretene Auffassung, dass hierunter auch eine Vielzahl von Kunden (Plural) verstanden werden könnte, sofern sich diese nur zu einer geschlossenen Benutzergruppe zusammenschließen. Die Verwendung des Begriffs des „Kunden“, mit dem der Gesamtvertrag geschlossen wird, bringt zum Ausdruck, dass diese (natürliche oder juristische) Person neben ihrer Eigenschaft als „Vertragspartner“ auch diejenige sein soll, die die Leistung vertraglich in Anspruch nimmt und bezieht. Im Übrigen hat sich die Bundesnetzagentur bei ihrer Festlegung auch nicht an dem Leitbild einer geschlossenen Benutzergruppe orientiert, sondern diese im Gegenteil für nicht mehr maßgeblich nach dem neuen Recht erachtet.⁸⁵ Dass die DT AG in beiden Marktanalyseverfahren Verträge vorgelegt hat, unter denen sich ggf. Endkunden als geschlossene Benutzergruppe zusammengeschlossen haben, ist daher unerheblich.

Schließlich folgt auch aus der Bezugnahme auf den Jahresumsatz von bis zu (bzw. mehr) als einer Million Euro (netto), dass aus den Verträgen unmittelbar ein Jahresumsatz in der genannten Größenordnung resultiert. Ein Rahmenvertrag, der nur die Konditionen der Leistungserbringung und die dafür zu entrichtenden Entgelte regelt, ist nicht ausreichend.

Die DT AG gibt in ihrer Stellungnahme an, dass mit einer solchen Marktabgrenzung der Kundenwillen und damit die tatsächlichen Marktgegebenheiten ignoriert würden. Kundengruppen, die zu geschlossenen Benutzergruppen zusammengefasst werden könnten, wollten keine Einzelverträge über ihre Kommunikationsleistungen abschließen. Vielmehr hätten diese ihre jeweiligen Spitzenverbände mit dem Vertragsabschluss und der Verhandlung der Konditionen beauftragt.

Ferner führt die DT AG an, dass die Annahme der Bundesnetzagentur unzutreffend sei, dass es sich bei den Rahmenverträgen nicht um Verträge handele, die unmittelbar synallagmatische Leistungs- und Gegenleistungspflichten auslösen würden. Vielmehr würden die essentialia negotii der sich aus den Rahmenverträgen ergebenden Leistungsbeziehungen bereits dort festgelegt. Auch die Vertragspartner der Rahmenverträge gingen davon aus, dass es sich um einen Vertrag mit derartigen Bindungswirkungen handele. Ansonsten wären Kündigungen von Rahmenverträgen nicht erforderlich bzw. faktisch wirkungslos. Im Übrigen gehe selbst die Bundesnetzagentur von einer gesamtheitlichen Vertragswirkung aus, indem sie im Rahmen von ex-post Verfahren die angeblich missbräuchliche Wirkung der Rahmenverträge – nicht der einzelnen Nutzerverträge – rügt. Wären die Rahmenverträge tatsächlich ohne unmittelbaren zivilrechtlichen Markteffekt, könnten sie auch keine missbräuchliche Wirkung entfalten, sondern allenfalls die einzelnen Nutzerverträge.

Zum Vortrag der DT AG ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass es das Konstrukt der geschlossenen Benutzergruppen nicht mehr gibt (s.o.). Die Bundesnetzagentur verbietet auch nicht den Abschluss von Rahmenverträgen.

Allerdings handelt es sich bei solchen Rahmenverträgen nicht um Gesamtverträge mit einem einzelnen Kunden. Der Leistungsaustausch entsteht nämlich nicht bereits durch Abschluss des Rahmenvertrags z.B. mit einem Spitzenverband (und zwar verbindlich für alle Verbandsmitglieder), sondern erst durch freiwilligen „Beitritt“ einzelner Verbandsmitglieder zum Rah-

⁸⁵ Vgl. dazu ausführlich Festlegung der Bundesnetzagentur für die Märkte Nr. 1-6, S. 83 ff.

menvertrag. Beim Abschluss des Rahmenvertrages werden faktisch nur die Preise (und ggf. andere Konditionen) verhandelt, zu denen die einzelnen Mitglieder beitreten können.

Daher ist nicht zutreffend, dass sich aus den Rahmenverträgen bereits die wesentlichen Konditionen der Leistungsbeziehungen („essentialia negotii“) ergeben und die im synallagmatischen Austauschverhältnis bestehenden Pflichten festgelegt seien. Denn aus den Rahmenverträgen ergeben sich weder, wer der Vertragspartner (Kunde) und Leistungsempfänger ist, noch der Umfang der von den einzelnen Nutzern eingekauften Leistungen. Die wesentlichen Vertragsmerkmale werden somit erst durch die rechtlich selbständigen „Nutzerverträge“ bestimmt. Erst durch den Beitritt eines Nutzers kommt es zu einer unmittelbaren Leistungsverpflichtung der DT AG, bei dem konkretisiert wird, in welchem Umfang Leistungen der DT AG bezogen und in welcher Höhe Vergütungspflichten seitens der Nutzer eingegangen werden.

Daher gilt für die Auslegung, dass es sich bei einem Rahmenvertrag, der nur die Konditionen der Leistungserbringung und die dafür zu entrichtenden Entgelte regelt, nicht um einen Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden handeln kann. An dieser Einordnung ändert auch nichts, dass die Prüfung der Kalkulation – der dann im Vertrag mit dem einzelnen Kunden zur Anwendung kommenden Entgelte – auf Konformität mit § 28 TKG ggf. auf Basis der einem Rahmenvertrag zu Grunde liegenden Mischkalkulation der geplanten Beitritte erfolgt.

Nicht nachvollziehbar sind die Ausführungen der DT AG in ihrer Stellungnahme auf Seite 13, das VG Köln habe im Beschluss vom 29.02.2008 (21 L 100/08), Blatt 5, erkennen lassen, dass es zu einer Zusammenrechnung von mehreren Einzelverträgen zu einem kundenindividuellen Gesamtvertrag im Sinne der Regulierungsverfügung neige, wenn die Vertragsparteien für die Zahlung der durch eigenständige Nutzerverträge jeweils verpflichteten Nutzer haften würden.

Dem zitierten Beschluss des VG Köln lässt sich eine solche Aussage nicht entnehmen. Im Gegenteil stellt das VG Köln bei der Prüfung des Kriteriums des "Gesamtvertrages mit einem einzelnen Kunden" maßgeblich darauf ab, welches Vertragsverhältnis Grundlage der Leistungen ist, die dem sachlich relevanten Markt angehören. Denn nur ein Vertragsverhältnis, das dem sachlich relevanten Markt angehörende Leistungen zum Gegenstand hat, könne überhaupt für die Einstufung als ein von der Regulierung ausgenommener "Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden" in Betracht gezogen werden. Im konkret zu beurteilenden Fall eines TVPN-Rahmenvertrages führte das VG Köln im genannten Beschluss aus, dass es zu einem Austausch von Leistungen des sachlich relevanten Marktes nicht schon durch den Rahmenvertrag selbst, sondern erst durch den Abschluss der individuellen Nutzerverträge komme. Weder verpflichte der Rahmenvertrag die DTAG unmittelbar, Zugangs- und Verbindungsleistungen zur Verfügung zu stellen, noch würden die Vertragspartner des Rahmenvertrages verpflichtet, Zugangs- und Verbindungsentgelte zu entrichten. Folglich sei bei der Beurteilung des Kriteriums des "Gesamtvertrages mit einem einzelnen Kunden" nicht auf den Rahmenvertrag, sondern auf die einzelnen Nutzerverträge abzustellen.

Eine Beurteilung des Kriteriums des "Gesamtvertrages mit einem einzelnen Kunden" unter dem Blickwinkel der vertraglichen Ausgestaltung von Haftungsfragen kommt im Lichte dieser Rechtsprechung des VG Köln nicht in Betracht. Erst recht nicht bietet der o.g. Beschluss des VG Köln Anlass dazu, der Anregung der DTAG auf Seite 13 zu folgen und von einem "Gesamtvertrag mit einem einzelnen Kunden" dann auszugehen, wenn die auf Grundlage eines TVPN-Rahmenvertrages abgeschlossenen Nutzerverträge in der Weise ausgestaltet sind, dass die jeweiligen Nutzer gegenüber der Betroffenen füreinander haften und eintreten. Im zitierten Beschluss des VG Köln wurde nämlich keinerlei Aussage zu den Auswirkungen einer möglichen Haftung der einzelnen Nutzer unter- und füreinander getroffen. Lediglich in Ergänzung zu der oben dargelegten maßgeblichen Argumentation hat das Gericht zusätzlich darauf hingewiesen, dass die Vertragspartner des Rahmenvertrages nicht einmal für die Entgeltverpflichtungen der Nutzer aus den einzelnen Nutzerverträgen haften.

Der Anregung der DTAG aus ihrer Stellungnahme auf Seite 13, die zudem ein erhebliches Potential zur Umgehung einer Regulierung mit sich brächte, kann daher nicht gefolgt werden.

b. Innen- und Außenkommunikation

Zur Frage, ob nur die sog. Außenkommunikation (Verbindungen aus der Systemlösung hinaus zu externen Teilnehmern) oder auch die sog. Innenkommunikation (Verbindungen zwischen zwei Mitgliedern derselben Systemlösung) einer sprachorientierten Systemlösung öffentlichen Telefondienst darstellt, hat sich die Bundesnetzagentur bereits in der Ausgangsanalyse umfassend geäußert. Diese Feststellungen sind nach wie vor gültig.

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

c. Maßgeblichkeit der einzelnen Leistungen innerhalb des Vertrages

Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Festlegung ausgeführt, dass nicht die Verträge als Gesamtpakete einen Markt bilden, sondern die einzelnen Leistungsbestandteile (z.B. Anschlüsse oder Verbindungen) darauf untersucht werden müssen, ob sie den jeweiligen sachlich relevanten Märkten zuzuordnen sind. Die Bundesnetzagentur bleibt bei ihrer Einschätzung, da sich gezeigt hat, dass die in dieser Runde von den Unternehmen vorgelegten Verträge bzw. Musterverträge keine neuen Erkenntnisse gebracht haben, die zu einer anderen Einschätzung führen.

Letztlich sind auch Systemlösungen eine Form von Paketangeboten, die aus einem Bündel von Einzelleistungen zusammengestellt werden. Auch im Rahmen von sonstigen Paketangeboten werden insbesondere die Anschlussleistungen angeboten, die den hier betrachteten sachlich relevanten Märkten zuzuordnen sind. Daneben ist es den Endkunden möglich, weitere Komponenten zu erwerben, die nicht den vorliegenden sachlich relevanten Märkten zuzuordnen oder nicht einmal Telekommunikationsdienstleistungen sind. So bietet z.B. eine Vielzahl von Anbietern ihren Kunden zusammen mit einem Optionspaket auch solche Leistungen wie etwa Inlandspauschaltarife, verschiedene Auslandspauschaltarife, eine Handy-Flatrate (ins Festnetz), Fernseh- und Filmpakete, Sicherheitspakete für den Schutz des Computers bei Internetnutzung, aber auch Hardware wie DSL-Router, WLAN-Router an.

Würde man hier nur das Bündel betrachten und nicht die zugehörigen Einzelleistungen, müsste im Extremfall für jeden Optionstarif ein eigener Markt angenommen werden, da eine vollständige Austauschbarkeit der einzelnen Optionstarife untereinander nicht gegeben sein dürfte. Dies würde aber zu einer Zersplitterung des Marktes führen, die nicht mehr der Marktrealität entspricht.

Dem steht auch nicht entgegen, dass in der von der DT AG vorgelegten Auswahl von Verträgen über sprachorientierten Systemlösungen inzwischen teilweise pauschalierte Abrechnungsmodelle **[BuG]** eingesetzt werden. Denn die Optionstarife der verschiedenen Anbieter

(einschließlich der DT AG) enthalten zunehmend pauschale Elemente. Zudem ändert sich nur die Tarifstruktur, nicht aber das Produkt.⁸⁶

Daher können die Anschlussleistungen auf dem vorliegenden sachlich relevanten Markt untersucht werden.

Es stellt sich somit die Frage, ob diese Leistungen dem oben abgegrenzten sachlich relevanten Markt aufgrund von Substituierbarkeit und homogenen Wettbewerbsbedingungen zuzuordnen sind, oder ob diese Leistungsbündel einen eigenen, sachlich getrennten Markt bilden.

Weitere Leistungen innerhalb der sog. sprachorientierten Systemlösungen, bei denen es sich nicht um Anschlussleistungen handelt, werden dementsprechend nicht weiter betrachtet.

d. Austauschbarkeit aus Nachfragersicht

In ihrer Festlegung ist die Bundesnetzagentur zu der Auffassung gelangt, dass Anschlussleistungen aus Systemlösungen für den Nachfrager austauschbar sind mit den entsprechenden Anschlussleistungen des öffentlichen Telefondienstes, die nicht über Systemlösungen angeboten werden. Die jetzige Überprüfung hat ergeben, dass diese Einschätzung nach wie vor Gültigkeit hat.

Getrennte sachlich relevante Märkte für sprachorientierte Systemlösungen würden bedeuten, dass deren Nutzer einen speziellen Bedarf haben, der sich vom Bedarf der übrigen (Privat- und Geschäfts-)Kunden deutlich unterscheidet. Die im Rahmen von sprachorientierter Systemlösungen von der DT AG angebotenen Anschlussleistungen unterscheiden sich – auch in technischer Hinsicht – nicht von den entsprechenden übrigen Anschlussleistungen des öffentlichen Telefondienstes. Auch haben sie keinen anderen Verwendungszweck, der für eine Nicht-Substituierbarkeit und damit für einen getrennten Markt sprechen würde: Denn der Verwendungszweck eines Anschlusses ist aus der Sicht der Nachfrager die Realisierung eines Telefongesprächs durch den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz. Dieser Verwendungszweck ändert sich auch dann nicht, wenn es einen Vertragswechsel gibt (z.B. von einem Geschäftskundenvertrag zu einer sog. Systemlösung).

So hat eine Reihe von Wettbewerbern im Auskunftersuchen angegeben, dass häufig ein umfassender Vertrag erst dadurch entstehe, dass eine Vielzahl kleinerer Verträge zusammengefasst würden. Auch enthalten einige der von der DT AG vorgelegten Verträgen zu Systemlösungen die folgende oder eine ähnliche Bestimmung: **[BuG]**

[BuG]

Im Übrigen hat sich bei der Prüfung der von den Unternehmen vorgelegten Verträgen vielfach gezeigt, dass diese aus verschiedenen Teilen bestehen, die in großem Maße standardisiert gestaltet sind. **[BuG]**

Der Unterschied eines solchen Vertrages zu einem üblichen AGB-Vertrag für größere Geschäftskunden (z.B. BusinessCall 701) ist nicht wesentlich. Auch hier können verschiedene Unternehmen eines Unternehmensverbands und verschiedene Grundstücke zusätzlich in den Vertrag einbezogen werden.⁸⁷ Zudem hat der Kunde ebenfalls die Möglichkeit, verschiedene Module nach seinen individuellen Wünschen auszuwählen.

⁸⁶ Vgl. auch Explanatory Memorandum, S. 16 (Fußnote 30), S. 23; Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 23 (Fußnote 26), S. 31.

⁸⁷ Vgl. AGB BusinessCall 701, Nr. 5, Stand: 01.03.2008.

Selbst Privatkunden und kleinere Geschäftskunden haben inzwischen bei den meisten Anbietern die Möglichkeit, sich ihre Pakete auf modularer Basis individuell zusammenzustellen. So können sie zu ihrem Anschluss (oder einem Paket aus Anschluss und Flatrate für die Internetnutzung und für Verbindungen in nationale Festnetze) verschiedene (weitere) Leistungen wählen, z.B. Flatrates in jeweils einzelne Mobilfunknetze, verschiedene Optionen für Auslandsverbindungen, Fernseh- und Filmpakete, Sicherheitspakete für die Internetnutzung usw. Durch die Entwicklung in den letzten zwei Jahren sind auch AGB-Produkte mit kleinem Umsatzvolumen zunehmend individuell gestaltbar.

Daher ist der Verwendungszweck (und dessen Wahrnehmung) von Zugangs- und Verbindungsleistungen des Telefondienstes durch den nachfragenden Endkunden unabhängig davon, ob diese Leistungen im Rahmen eines Standardvertrages, eines Optionsvertrages oder einer sog. sprachorientierten Systemlösung in Anspruch genommen werden. Jeder Kunde – unabhängig davon, ob er aus eher privaten oder geschäftlichen Gründen das öffentliche Telefonnetz nutzen möchte – entscheidet sich für die eine oder andere Vertragsart nach seinen individuellen Bedürfnissen, die auch die Frage der Wirtschaftlichkeit dieser Vertragsart einschließen.

Dies bedeutet, dass aus Nachfragersicht eine Substituierbarkeit der hier betrachteten Anschlussleistungen des öffentlichen Telefondienstes im Rahmen von sog. sprachorientierten Systemlösungen mit denen der von der Märkte-Empfehlung beschriebenen Anschlussleistungen des öffentlichen Telefondienstes besteht. Diese wird – genau wie bei den üblichen Paketangeboten – weder von der Bündelung der Einzelprodukte noch von der Vertragsart beeinflusst.

e. Austauschbarkeit aus Anbietersicht

In ihrer Ausgangsanalyse ist die Bundesnetzagentur zu der Feststellung gekommen, dass Anschlussleistungen, die im Rahmen einer Systemlösung erbracht werden, mit denen des öffentlichen Telefondienstes austauschbar seien. Lediglich ab einem Gesamtumsatz von mehr als einer Million Euro (netto) pro Jahr sei die Austauschbarkeit eingeschränkt, weil kleinere Anbieter nicht in der Lage seien, Produkte in einer solchen Größenordnung zusammenzustellen. Auch diese Feststellung hat nach der Überprüfung weiterhin Gültigkeit.

Wie bereits ausgeführt, bieten die Telekommunikationsunternehmen Zugangs- und Verbindungsleistungen sowohl als Einzelleistungen im Rahmen von Standardtarifen als auch gebündelt in Form von Paket- oder Optionstarifen an, teilweise auch gebündelt mit anderen Leistungen oder Hardwarekomponenten⁸⁸. Somit stellen die Unternehmen nicht gebündelte, untrennbare Produkte her, sondern Einzelleistungen, die von ihnen nach eigener Strategie beliebig zusammengestellt und vertrieben werden. Dies geschieht nicht nur in großer Zahl im Rahmen von Options- oder Bündeltarifen, sondern auch im Rahmen kundenindividueller Verträge, in denen die Unternehmen ihre Einzelleistungen häufig auf der Grundlage von Ausschreibungen nach den jeweiligen Kundenanforderungen zu Paketen zusammenstellen, die entweder standardmäßig oder als zusätzlich zu vergütende Leistungen angeboten werden, und anderen Leistungen, die nicht Zugangs- und Verbindungsleistungen sind. Daher liegt es in der strategischen Ausrichtung der Unternehmen, ob und in welcher Form sie Zugangs- und Verbindungsleistungen sowie Nebenleistungen (Serviceprodukte) bündeln und als AGB-Verträge, auf der Basis von AGB-Modulen oder als individuell zugeschnittene Angebote nach Kundenwünschen oder im Rahmen einer Ausschreibung anbieten.

So hat auch die Mehrzahl der Anbieter im Auskunftersuchen angegeben, dass solche Produkte beliebig zusammengestellt werden könnten. Allerdings hat sich auch gezeigt, dass insbesondere kleine und regionale Unternehmen nicht in der Lage sind, diese Produkte bun-

⁸⁸ Mit Ausnahme einiger Anbieter, die ausschließlich oder überwiegend Call-by-Call-Verbindungen anbieten.

desweit im Wettbewerb anzubieten. Zum einen liegt dies an der Gesamtgröße des Unternehmens und den damit verbundenen Möglichkeiten. Zum anderen wurde ausgeführt, dass es ihnen als regionale Anbieter nicht möglich sei, eine bundesweite Mischkalkulation vorzunehmen und dadurch ein wettbewerbsfähiges Produkt anzubieten.

Somit ist eine Austauschbarkeit von Anschlussleistungen im Rahmen von Systemlösungen mit den Anschlussleistungen der vorstehenden sachlich relevanten Märkte aus Sicht der Anbieter grundsätzlich gegeben. Lediglich ab einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro (netto) pro Vertrag ist die Austauschbarkeit aus Anbietersicht stark eingeschränkt, weil hier nur noch einige große Anbieter in der Lage sind, die Nachfrage zu erfüllen.

f. Wettbewerbsbedingungen

Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Ausgangsanalyse festgestellt, dass die Wettbewerbsbedingungen homogen sind. Eine Ausnahme bildet lediglich das obere Marktsegment mit Verträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Gesamtumsatz jährlich von mehr als einer Million Euro (netto). Die jetzige Analyse hat gezeigt, dass hierbei keine wesentlichen Änderungen zu den damaligen Verhältnissen eingetreten sind, die zu einem anderen Ergebnis führen würden.⁸⁹

Das Auskunftersuchen hat gezeigt, dass die Anzahl der Verträge mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Million Euro deutlich abnimmt: so gab es im 1. Halbjahr 2007 im Bereich bis zu 1 Million Euro mehr als [BuG] Verträge, im Bereich von mehr als 1 Million Euro bis zu 3 Millionen Euro ca. [BuG] Verträge, im Bereich über 3 Millionen Euro gibt es ca. [BuG] Verträge. Diese Zahlen zeigen im Übrigen auch, dass eine Grenze von mehr als 3 Millionen Euro zu hoch gegriffen sein dürfte. Zwar sind mit den ausgewählten Unternehmen u.U. nicht alle Anbieter solcher Großverträge erfasst worden. Allerdings ist bereits angeführt worden, dass eine Vielzahl von Anbietern nicht in der Lage sein dürfte, die Nachfrage im oberen Marktsegment zu bedienen.

Bei Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als 1 Million Euro handelt es sich also nicht um ein Massengeschäft wie bei Verträgen mit bis zu 1 Million Euro. Nach wie vor gilt, dass dies ein für die Unternehmen besonders lukrativer und umkämpfter Bereich ist, in dem es nur wenige Nachfrager gibt, die alleine aufgrund ihrer Größe gegenüber den Anbietern eine andere Nachfragemacht ausüben können als Privatkunden oder kleinere und mittlere Unternehmen. Insbesondere der Preisdruck dürfte erheblich höher sein als im übrigen Markt.

g. Ergebnis

Die Angaben aus dem Auskunftersuchen und deren Wertung haben zu dem Ergebnis geführt, dass eine Substituierbarkeit der Anschlussleistungen, welche die DT AG innerhalb ihrer sprachorientierten Systemlösungen anbietet, mit den Anschlussleistungen der bereits festgestellten sachlich relevanten Märkte sowohl aus Nachfrager- als auch aus Anbietersicht für den überwiegenden Teil der Verträge auch weiterhin besteht.⁹⁰ Außerdem liegen weiterhin homogene Wettbewerbsbedingungen vor.

⁸⁹ Vgl. ausführlich die Festlegung der Bundesnetzagentur zu den Märkten Nr. 1-6.

⁹⁰ Dies gilt im Übrigen ebenso für vergleichbare Verträge der Wettbewerber, die allerdings nie die Zugehörigkeit der Leistungen zu den vorliegenden sachlich relevanten Märkten bestritten haben. Daher hat sich die Prüfung auf die Verträge der DT AG im Vergleich zu anderen Verträgen/Leistungen des Konzerns bzw. anderer Anbieter konzentriert.

Allerdings hat sich wieder gezeigt, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf dem Marktsegment von Verträgen mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € (netto) signifikant von denen des Marktes für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz unterscheiden. Sie sind nicht mehr ausreichend homogen, um diesen Märkten zugeordnet zu werden. Auch liegt nur eine eingeschränkte Austauschbarkeit aus Anbietersicht vor.

Daher werden die einzelnen Leistungsbündel aus den sog. sprachorientierten Systemlösungen der DT AG dem vorliegenden sachlich relevanten Markt (Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten) zugerechnet, sofern die Verträge mit einem einzelnen Kunden einen jährlichen Gesamtumsatz von bis zu einer Million Euro (netto) haben.

7. Nennung der sachlich relevanten Märkte

Damit wird der folgende sachlich relevante Markt festgestellt:

- **Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million Euro ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden; im Weiteren bezeichnet als Zugang zum öffentlichen Telefondienst.**

II. Räumlich relevanter Markt

Im Anschluss an die Definition der sachlich relevanten Märkte sind die räumlich relevanten Märkte abzugrenzen.⁹¹ Daher ist zu prüfen, ob es sich vorliegend um bundesweite Märkte handelt oder eine Regionalisierung erforderlich ist.

Im Allgemeinen werden kleinere Märkte, die nur ein Teilgebiet des Bundesgebiets umfassen, immer dann anzunehmen sein, wenn aus der Sicht des Abnehmers objektive Hemmnisse bestehen, welche die Bedarfsdeckung außerhalb eines bestimmten regionalen Gebietes nicht sinnvoll erscheinen lassen⁹². Für einen Endkunden ist der Anschluss nicht mit einem Anschluss in einer anderen Stadt oder auch nur einem anderen Gebäude austauschbar. Daher kann er zur Bedarfsdeckung nur auf Anbieter zurückgreifen, die auch für seine Wohn- oder Geschäftsräume Anschlüsse anbieten können. Damit wäre der räumlich relevante Markt gleichzusetzen mit jedem einzelnen Anschluss.

Es handelt sich allerdings hierbei um eine mit der im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung dargestellten Problematik vergleichbaren Situation, die sich aus den Besonderheiten des netzgebundenen Telekommunikationssektors ergibt und die insofern die nicht nur von der Bundesnetzagentur, sondern auch seitens des Bundeskartellamts in den vergangenen Jahren immer wieder betonte Gefahr einer verfälschten Wiedergabe der Wettbewerbsbedingungen infolge einer Abgrenzung zu kleiner Teilmärkte in sich birgt.

Bei homogenen Marktverhältnissen kann daher die an sich durch das Kriterium der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht vorgegebene Marktabgrenzung nicht nur in sachlicher, sondern auch in räumlicher Hinsicht relativiert werden. So können einzelne, zu demselben relevanten Markt gehörige Dienstleistungen dann zu einem auch in geografischer Hinsicht einheitlichen relevanten Markt zusammengefasst werden, wenn weitgehend einheitliche Wettbewerbsbedingungen herrschen⁹³. Dazu ist nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen Anbietern und Händlern vollkommen homogen sind. Es reicht aus, dass diese Bedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind. Somit können nur Gebiete, in denen die objektiven Wettbewerbsbedingungen „heterogen“ sind, nicht als einheitlicher Markt angesehen werden.⁹⁴

Aufgrund der Existenz von regionalen Wettbewerbern, die über eigene Teilnehmernetze oder angemietete Infrastruktur Teilnehmeranschlüsse anbieten, wären unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen und damit eine Differenzierung zwischen verschiedenen Regionen zumindest denkbar. Allerdings reicht die Tatsache, dass Wettbewerber ein Versorgungsgebiet haben, das nicht national ist, nicht aus, um festzustellen, dass es geografisch unterschiedliche Märkte gibt.⁹⁵

Darüber hinaus rechtfertigt allein der Umstand, dass es in unterschiedlichen Regionen, insbesondere in Ballungsgebieten, mehr Anbieter der in Frage stehenden Leistungen gibt als in umliegenden ländlichen Gebieten, nicht die Annahme eines eigenen räumlichen Marktes für Ballungsgebiete, denn es ist typisch für Ballungsgebiete mit der hier vorzufindenden höheren Anschlussdichte und der daraus resultierenden günstigeren Skalenerträge, dass es dort mehr Anbieter der jeweils sachlich austauschbaren Produkte gibt als in ländlichen Regionen.

⁹¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 55; Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007, Erwägungsgrund 3.

⁹² Vgl. dazu Wendland: in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Auflage 2000, vor § 33, Rdnr. 47 m.w.N.

⁹³ Vgl. dazu Wendland: in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Auflage 2000, vor § 33, Rdnr. 50; Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 12; ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), Oktober 2008, S. 8f.

⁹⁴ Vgl. Leitlinien, Randnr. 56.

⁹⁵ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 12.

Ausschlaggebend ist, ob eine größere Zahl an Anbietern in bestimmten Regionen zu unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen gegenüber anderen Gebieten mit weniger Anbietern oder nur dem etablierten Anbieter geführt hat. Unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen auf Endkundenmärkten sind dann gegeben, wenn sich die Anbieter zu einer gegenüber benachbarten Regionen deutlich verschiedenen Strategie (Produkt-, Preis- und Rabattdifferenzierung) veranlasst sehen⁹⁶.

Es gibt eine Reihe von Anbietern, die ihre Anschlüsse bundesweit (wenn auch nicht flächendeckend) anbieten. Dazu gehören insbesondere auch die Anbieter von Komplettanschlüssen. Daneben gibt es auch eine größere Zahl von Anbietern, die regional eingeschränkt tätig sind. Dabei sind einige Anbieter innerhalb relativ großer Regionen tätig, z.B. einem Bundesland oder mehreren Landkreisen. Es gibt aber auch Anbieter, die nur in einer bestimmten Stadt (und ggf. dem dazu gehörigen Umland) tätig sind.

Eine regional unterschiedliche Strategie der bundesweit tätigen Unternehmen für bestimmte Regionen liegt nicht vor. Die Preise für die Endkundenanschlüsse (und ggf. damit verbundene Leistungspakete) sind bundesweit einheitlich.

Die DT AG ist in ihrer Stellungnahme der Auffassung, dass eine bundeseinheitliche Strategie eines Anbieters noch lange nichts über eine Homogenität der Wettbewerbsbedingungen aussage. Bei regional unterschiedlichen Wettbewerbsverhältnissen hätte ein Anbieter, der überall tätig sei, die offene Option, regional die Angebote zu differenzieren oder bei einer bundeseinheitlichen Mischkalkulation zu bleiben. Eine regional differenzierte Vermarktungsstrategie erhöhe jedoch die Prozesskomplexität. Eine Einzelfallbetrachtung zeige dann jeweils die Wirtschaftlichkeit der regionalen Maßnahmen für einen bundesweit agierenden Carrier. Bundeseinheitliche Preise eines Anbieters seien daher kein Kriterium zur Analyse der räumlichen Marktabgrenzung.

Zwar gilt, dass unterschiedliche Preise alleine kein verlässliches Kriterium für unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen sind, da diese auch auf unterschiedlichen Kosten und nicht auf unterschiedlichen Wettbewerbsintensitäten beruhen können.⁹⁷ Der Umkehrschluss allerdings gilt nicht: Sofern nationale Unternehmen eine einheitliche Preis- und Vermarktungsstrategie für das nationale Gebiet haben, ist davon auszugehen, dass sie sich bewusst für eine nationale Strategie entschieden haben. Dabei ist es unerheblich, aus welchen Gründen dies geschehen ist. Im Ergebnis zeigt sich jedenfalls, dass es eine solche Strategie für angemessener hält und damit auch implizit von einem nationalen Markt ausgeht. Auch für den Endkunden ergeben sich national einheitliche Preise. Aus welchen Gründen dies geschieht, ist für ihn letztlich nicht von Belang. Darüber hinaus wäre nur ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in der Lage, bei signifikant unterschiedlichen regionalen Wettbewerbsbedingungen tatsächlich aus „Praktikabilitätsgründen“ eine national einheitliche Preis- und Marketingstrategie dauerhaft durchzuhalten.

Die DT AG hat im Zusammenhang mit regionaler Marktdifferenzierung mehrfach auf die von OFCOM durchgeführte regionalisierte Analyse zu Markt Nr. 5 hingewiesen.

Hierzu ist aber anzumerken, dass für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes deutlich zwischen der Analyse von Vorleistungsmärkten und der Analyse von Endkundenmärkten unterschieden werden muss. Für die Endkundenebene kommen allein unterschiedliche Preis- und Absatzstrategien der Anbieter auf dem Endkundenmarkt in Betracht. OFCOM hingegen hat einen Vorleistungsmarkt untersucht und dabei festgestellt, dass in Großbritannien regionale Preisdifferenzierungen auf dem dabei untersuchten Vorleistungsmarkt (Markt 5) vorgelegen haben, und darüber hinaus auch auf den nachgelagerten Endkundenmärkten. In diesem Rahmen erfolgte auch eine Analyse der Vorleistungsbedingungen auf Hauptvertei-

⁹⁶ Vgl. dazu Wendland: in: Beck'scher TKG-Kommentar, vor § 33, Rdnr. 50.

⁹⁷ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 12.

lerebene. Folglich ist der von OFCOM verfolgte Ansatz für die Betrachtung des hier sachlich relevanten (Endkunden-)Marktes nicht anwendbar.

Die DT AG führt weiter in ihrer Stellungnahme aus, dass selbst viele der sog. bundesweiten Wettbewerber heute nicht das gesamte Bundesgebiet abdeckten. Diese Wettbewerber unterschieden sich von den regionalen Wettbewerbern lediglich dadurch, dass sie in Summe den Großteil der mehr oder minder städtischen Regionen bedienten, während sich regionale Anbieter auf einzelne dieser Regionen beschränkten. Folglich betrieben auch die sog. bundesweiten Anbieter eine regionale Preisdifferenzierung de facto durch die Beschränkung ihres Angebots auf eine bestimmte Bevölkerungsabdeckung.

Die Bundesnetzagentur hat bereits im Konsultationsentwurf darauf hingewiesen, dass selbst die bundesweiten Wettbewerber nicht flächendeckend tätig sind. Der Grund dafür ist in den überaus hohen Marktzutritts- bzw. Expansionsschranken zu sehen (vgl. dazu auch Kapitel I.I. zum Vorliegen beträchtlicher Marktzutrittsschranken). Inwieweit aus der Tatsache, dass es selbst für größere Wettbewerber nicht möglich ist, ihr Angebot wegen der hohen Marktzutritts- und Expansionsschranken auf das gesamte Bundesgebiet auszudehnen, geschlossen werden könnte, dass es sich hierbei um eine bewusste regionale Preisstrategie dieser Wettbewerber handeln könnte, ist nicht nachvollziehbar.

Ebenso wenig ist festzustellen, dass regionale Anbieter ihre Preise nach unterschiedlichen Regionen differenzieren. Im Übrigen lässt sich nicht einmal feststellen, dass sie für ihre Leistungen Preise wählen, die sich signifikant von denen der bundesweiten Anbieter unterscheiden. Die Preise für Anschlüsse bzw. damit verbundene Leistungspakete liegen, soweit eine Vergleichbarkeit gegeben ist⁹⁸, im Wesentlichen innerhalb der Preisspanne, die auch bei den bundesweiten Anbietern zu beobachten ist. Nach Regionen unterschiedliche Preise sind nicht festzustellen.

Daher ist es für die Frage des räumlich relevanten Marktes auch unerheblich, dass die DT AG in ihrer Stellungnahme ausführt, die Preisabstände zwischen den Wettbewerbern und der DT AG seien so deutlich, dass die DT AG Jahr für Jahr massive Anschlussverluste hinnehmen müsse. Abgesehen davon, dass es keine signifikanten Preisunterschiede zwischen der DT AG und den Wettbewerbern gibt (erst recht nicht seit dem Eintritt der DT AG-Tochtergesellschaft congstar), würde die DT AG aufgrund ihrer nationalen Preis- und Marketingstrategie bundesweit in gleicher Höhe über den Preisen der ebenfalls nicht regional differenzierenden Wettbewerber liegen.

Es existiert also offensichtlich eine allgemeine Beschränkung des Preissetzungsspielraums, die verhindert, dass in einzelnen Regionen die Preise je nach Wettbewerbsintensität variieren, und/oder eine nationale Preis- und Marketingstrategie des Anbieters mit beträchtlicher Marktmacht. Auch gibt es keine regional unterschiedlichen Strategien oder Produkte der bundesweiten Anbieter bzw. der regionalen Anbieter in ihrem jeweiligen Anschlussgebiet. Auf dem sachlich relevanten Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz liegen daher in geografischer Hinsicht ausreichend homogene Wettbewerbsbedingungen vor. Eine detaillierte geografische Analyse ist daher für den vorliegenden Markt nicht notwendig.⁹⁹

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass die Bundesnetzagentur wegen der Einbeziehung der Komplettanschlüsse die Analyse des Marktes 5 in jedem Fall einbeziehen müsse, da Bitstromprodukte Komplettanschlüssen in der Wertschöpfungskette direkt vorgelagert seien. Es biete sich an, analog zum Markt 5 eine regionale Marktabgrenzung und in der Folge eine differenzierte Betrachtung der Regulierungsbedürftigkeit vorzunehmen. Dies schließe im Ergebnis eine bundesweite Deregulierung des Marktes 1 allerdings – aufgrund des zusätzlichen Angebots von Bitstromvorleistungen – nicht aus.

⁹⁸ Vgl. dazu auch die Anmerkungen in Kapitel H.I.

⁹⁹ Vgl. ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), Oktober 2008, S. 8ff.

Bislang basiert nur ein kleiner Teil der Komplettanschlüsse auf Bitstrom-Vorprodukten, da diese Vorleistungsprodukte der DT AG erst seit kurzem verfügbar sind und damit der Absatz dieser Endkundenprodukte gerade erst begonnen hat. Die meisten Komplettanschlüsse basieren auf der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung. Vor diesem Hintergrund ist hier noch keine hinreichende Grundlage vorhanden, um eine verlässliche Entwicklung der Beziehungen zwischen Bitstromzugang und Komplettanschlüssen prognostizieren zu können.

Bisher hat sich aber gezeigt, dass es bei den Komplettanschlüssen keine regionale Preisdifferenzierung gibt. Zwar haben vereinzelt Anbieter unterschiedliche Preise für Komplettanschlüsse, die sich regional auswirken. Allerdings erfolgt diese Differenzierung nicht aufgrund unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen auf den Endkundenmärkten in diesen Gebieten, sondern aufgrund der jeweils verfügbaren Vorleistungen, also je nachdem, ob die Anschlüsse auf der Basis der Teilnehmeranschlussleitung oder auf Bitstrom-/Resalebasis realisiert werden. Zudem ist festzustellen, dass Arcor als der größte Anbieter gerade selbst diese Differenzierung aufgegeben hat und für die Komplettanschlüsse – unabhängig von dem verwendeten Vorleistungsprodukt – einheitliche Preise bewirbt und nimmt.

Nach Auffassung der DT AG ließen sich ferner erhebliche Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen zwischen ländlichen Gebieten und Ballungszentren feststellen. Im Ergebnis hätte die Bundesnetzagentur daher eine geografische Differenzierung und räumliche Unterteilung des Marktes 1 in Submärkte zumindest in Betracht ziehen bzw. nach erfolgter Analyse des Marktes 5 erneut beurteilen müssen.

Es ist festzuhalten, dass derzeit der relevante Vorleistungsmarkt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten nicht Markt 5 ist, da die Komplettanschlüsse auf Bitstrombasis gerade erst am Markt sind (s.o.), sondern – wie auch von der DT AG zu den Marktzutrittsschranken aufgeführt – der Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Daher ist die Beurteilung der räumlichen Marktabgrenzung ohnehin unabhängig von Markt 5 zu sehen.

Auch kann, wie bereits ausgeführt, eine Regionalisierung bei einem Endkundenmarkt nicht durch Betrachtung des Vorleistungsmarktes erfolgen. Aber selbst wenn man eine Betrachtung durchführen würde, bei denen die Zahl der Schmalband- und Komplettanschlüsse nach Hauptverteilern betrachtet würde, zeigen die Ergebnisse der Marktanalyse zu Markt Nr. 5, dass die DT AG in nahezu jedem Hauptverteilergebiet über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die einzelnen Hauptverteilergebiete, in denen der Marktanteil der DT AG nicht eindeutig für beträchtliche Marktmacht spricht, befinden sich aber gerade nicht in den städtischen Ballungsräumen, sondern **[BuG]**, also einer eindeutig ländlichen Region. Dort ist aber die Anzahl der Anbieter nicht ausreichend, als dass man von wirksamem Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt ausgehen könnte. Für eine Deregulierung kämen auch diese wenigen Hauptverteilergebiete somit – selbst wenn man die von der DT AG angeführten OFCOM-Kriterien zugrunde legen würde – nicht in Frage.

Somit hält die Bundesnetzagentur auch unter Einbeziehung der Ergebnisse der Marktanalyse zu Markt Nr. 5 an ihrer Einschätzung fest, dass der dargestellte sachlich relevante Markt in geografischer Hinsicht als bundesweit zu qualifizieren ist.

I. Merkmale des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG

Im Anschluss an die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte hat die Bundesnetzagentur diejenigen Märkte festzulegen, die für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommen, § 10 Abs. 1 TKG.

Für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG kommen gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 TKG Märkte in Betracht, die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Bei der Bestimmung der entsprechenden Märkte, welche sie im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums vornimmt¹⁰⁰, hat die Bundesnetzagentur weitestgehend die Märkte-Empfehlung der Kommission in ihrer jeweils geltenden Fassung zu berücksichtigen, § 10 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG. Hinsichtlich der in dieser Empfehlung enthaltenen Märkte ist die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass diese die drei oben genannten Kriterien erfüllen und damit für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.¹⁰¹

Empfehlungen sind der Rechtsnatur nach grundsätzlich gemäß Art. 249 Abs. 5 EGV nicht verbindlich. Nach gefestigter Rechtspraxis sind sie zur Auslegung innerstaatlicher, Gemeinschaftsrecht umsetzender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben heranzuziehen.¹⁰² Trotzdem entfalten sie durchaus Rechtswirkungen. Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie verstärkt diese Wirkungen, indem dort die „weitestgehende Berücksichtigung“ der Empfehlung vorgegeben wird. Durch die Aufnahme dieser Formel in den deutschen Gesetzestext in § 10 Abs. 2 S. 3 TKG erhält die „weitestgehende Berücksichtigung“ zudem die Qualität eines Tatbestandsmerkmals innerhalb des Gesetzestextes. So hat auch das Bundesverwaltungsgericht kürzlich ausgeführt¹⁰³, dass Art. 15 Abs. 1, 3 RRL i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür begründet, dass die in der Märkteempfehlung aufgeführten Märkte auch in Deutschland potenziell (d.h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) regulierungsbedürftig sind.

Allerdings geht damit indes keine Verpflichtung der Bundesnetzagentur einher, die vorgegebenen Märkte unbesehen zu übernehmen. Denn unter der weitestgehenden Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung bei der Bestimmung der für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommenden Märkte ist nicht die unumstößliche Wiedergabe der dort genannten Märkte zu verstehen. Ihr kommt zunächst eine gesetzliche Vermutungswirkung für die Regulierungsbedürftigkeit der darin enthaltenen Märkte zu.¹⁰⁴ Die Märkte-Empfehlung bestimmt weder unwiderlegbar, dass die dort festgelegten Märkte tatsächlich für eine Regulierung in Betracht kommen, noch regelt sie abschließend, dass ausschließlich die dort genannten Märkte und nicht zusätzlich weitere Märkte regulierungsbedürftig sind.

So impliziert schon die Formulierung der (lediglich) „weitestgehenden“ Berücksichtigung die Möglichkeit eines Abweichens von der Märkte-Empfehlung. Naturgemäß können die von der Kommission zur Prüfung empfohlenen Märkte nur den europäischen Durchschnitt widerspiegeln. Demzufolge weisen auch Art. 15 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 S. 1 lit. a) Rahmenrichtlinie sowie Erwägungsgrund Nr. 17 der Märkte-Empfehlung ausdrücklich darauf hin, dass die nationalen Regulierungsbehörden Märkte festlegen können, die von denen der

¹⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 7 f.

¹⁰¹ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. 344 vom 28.12.2007, S. 68.

¹⁰² EuGH, Rechtssache C-322/88, Urteil v. 13.12.1989, Slg. 1989, S. 4407, Rn. 7, 16, 18 - Salvatore Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles.

¹⁰³ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13, Rn. 25.

¹⁰⁴ BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13. Vgl. dazu auch schon Ausführungen unter Kapitel H zur Marktabgrenzung.

Empfehlung abweichen.¹⁰⁵ In diesen Fällen sind die Regulierungsbehörden gehalten, die Regulierungsbedürftigkeit der entsprechenden Märkte anhand des Vorliegens der drei Kriterien zu rechtfertigen.¹⁰⁶

Des Weiteren ist der 3-Kriterien-Test das maßgebliche Instrument, anhand dessen der Übergang von der alten Märkte-Empfehlung 2003/311/EG zur derzeit geltenden Märkte-Empfehlung 2007/879/EG zu regeln ist. Es sind danach insbesondere diejenigen Märkte anhand der drei Kriterien zu prüfen, die im Anhang der Empfehlung 2003/311/EG vom 11. Februar 2003 noch als regulierungsbedürftig aufgeführt, jedoch nicht mehr im Anhang der aktuellen Märkte-Empfehlung genannt sind. Dies dient der Feststellung, ob die nationalen Gegebenheiten die Vorabregulierung nach wie vor rechtfertigen.¹⁰⁷ Der Durchführung des 3-Kriterien-Tests kommt demnach für die Frage, ob bislang regulierte Märkte auch zukünftig trotz Streichung aus der Märkte-Empfehlung der Kommission als regulierungsbedürftig einzustufen sind und dort ggf. weiterhin rechtliche Verpflichtungen gelten, eine besondere Bedeutung zu.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erläuterungen ist es deshalb die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, die Märkteempfehlung als eine (widerlegliche) Vermutung für die potenzielle Regulierungsbedürftigkeit der darin von der Kommission genannten Märkte als Ausgangspunkt der jeweiligen Prüfung zu berücksichtigen und auf dieser Grundlage die konkreten nationalen Gegebenheiten zu prüfen.¹⁰⁸

Der Prüfungsumfang der im Rahmen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG von der Bundesnetzagentur zu untersuchenden Tatbestandsmerkmale war bislang weder in EU- noch in nationalen Dokumenten explizit festgelegt worden. Nunmehr hat die Kommission in den Erwägungsgründen zur neuen Märkte-Empfehlung ausgeführt, dass die bei der Prüfung des ersten und zweiten Kriteriums zu berücksichtigenden Hauptindikatoren den bei der vorausschauenden Marktanalyse zugrunde zu legende Indikatoren, insbesondere in Bezug auf Zugangshindernisse bei fehlender Regulierung (einschließlich der versunkenen Kosten¹⁰⁹, Marktstruktur sowie Marktentwicklung und -dynamik) ähnelten. So seien die Marktanteile und Preise mit ihren jeweiligen Tendenzen sowie das Ausmaß und die Verbreitung konkurrierender Netze und Infrastrukturen zu berücksichtigen.¹¹⁰

Die genannten Faktoren sind demnach zukünftig in die Prüfung einzubeziehen. Die Einbeziehung zusätzlicher, darüber hinausgehender Faktoren erscheint jedoch nicht zwingend geboten, da eine solche Prüfung ansonsten zunehmend in Reichweite der Prüfungstiefe bzw. Qualität und des Umfangs der Untersuchung führen würde, wie sie bei der Marktanalyse zur Prüfung beträchtlicher Marktmacht angewandt wird. Dies kann zwar ggf. im Einzelfall sinnvoll erscheinen, ist aber mit Blick auf den Zweck des 3-Kriterien-Tests nicht zwingend erforderlich. Der 3-Kriterien-Test soll nicht durch die Prüfung der Marktgegebenheiten und der Verhältnismäßigkeit bestimmter Regulierungsinstrumente das Marktanalyseverfahren bzw. die Prüfung der beträchtlichen Marktmacht vorwegnehmen. Aufgabe des 3-Kriterien-Tests ist es vielmehr, eine Vorauswahl derjenigen Märkte zu treffen, bei denen der Einsatz von Regulierungsinstrumenten nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG in Betracht kommt. Daher ist bei der Untersuchung der drei Kriterien noch keine umfassende konkret-

¹⁰⁵ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat mit o.g. Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 13, Rn. 25 festgestellt, dass die nationalen Regulierungsbehörden – unter Beachtung der in der Märkteempfehlung und in den Marktanalyse-Leitlinien dargelegten Grundsätze und Methoden – über die im Anhang der Empfehlung aufgelisteten Telekommunikationsmärkte hinaus zusätzliche Märkte definieren oder aber empfohlene Märkte weiter oder enger abgrenzen als empfohlen.

¹⁰⁶ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. 344 vom 28.12.2007, S. 68.

¹⁰⁷ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 68.

¹⁰⁸ Vgl. BVerwG, Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07, S. 14, Rn. 26.

¹⁰⁹ Nach dem englischen Text des Erwägungsgrundes Nr. 6 „sunk costs“. Es wird darauf hingewiesen, dass die deutsche Übersetzung des Begriffs „sunk costs“ mit dem Begriff „Ist-Kosten“ missverständlich ist. Vielmehr ist der Begriff als „versunkene Kosten“ zu übersetzen.

¹¹⁰ Erwägungsgrund Nr. 6 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. 344 vom 28.12.2007, S. 66.

individualisierende Prüfung notwendig. Die Prüfung der konkreten Wettbewerbsverhältnisse auf den zu untersuchenden Märkten kann im Einzelfall im Rahmen des 3-Kriterien-Tests zweckmäßig sein, sollte aber grundsätzlich dem Bereich der Marktanalyse vorbehalten bleiben.¹¹¹

Die drei Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG sind nach diesen Maßgaben für den in Abschnitt H. abgegrenzten Markt zu untersuchen. Sie sind kumulativ anzuwenden, d.h., wenn ein Kriterium nicht erfüllt ist, sollte der jeweilige Markt keiner Vorabregulierung unterworfen werden.¹¹² Daher ist die Durchführung einer Marktanalyse bei den in der Empfehlung genannten Märkten nicht mehr erforderlich, wenn die nationalen Regulierungsbehörden feststellen, dass der betreffende Markt die drei Kriterien nicht erfüllt.¹¹³ Gilt dies schon für die in der Empfehlung enthaltenen und damit grundsätzlich für eine Regulierung in Betracht kommenden Märkte, so ist der Verzicht auf ein Marktanalyseverfahren erst recht für die Märkte anzunehmen, die nicht mehr in der Märkte-Empfehlung enthalten sind, soweit bereits eines der drei Kriterien nicht erfüllt ist.¹¹⁴

Die Kommission hat in ihrem Working Document zum zweiten Entwurf einer überarbeiteten Märkte-Empfehlung ausgeführt, dass Regulierung auf der Endkundenebene nur dann gerechtfertigt sei, wenn es trotz aller Regulierungsverpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten einschließlich der Betreiber(vor)auswahl (und ggf. auch Anschlussresale) keinen wirksamen Wettbewerb auf Endkundenebene gebe.¹¹⁵

Hinsichtlich des Endkundenmarktes für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten sei die einzige Vorleistungsregulierung, die Einfluss auf den Wettbewerb auf diesem Markt haben könne, die Regulierung des Vorleistungsinfrastrukturmarktes für den Zugang, der es neu in den Markt eintretenden Unternehmen ermögliche, Endkunden Zugang zu Schmalbandanschlüssen zu gewähren. Aber auch die Nutzung von Vorleistungsinfrastruktur für den Zugang erfordere Zeit und erhebliche Investitionen, von denen ein Großteil versunkene Kosten darstellten. Zudem mieteten die Marktneulinge im Prinzip den Infrastrukturzugang nicht nur für das Angebot von Schmalbandanschlüssen. Daher beseitige der Infrastrukturzugang auf der Vorleistungsebene weder die beträchtlichen und anhaltenden Marktzutrittsschranken für den Endkundenmarkt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten noch führe er dazu, dass dieser Markt zu effektivem Wettbewerb tendiere. Selbst zusammen mit der Entwicklung anderer Infrastrukturen wie Kabel, Fiber-to-the-Home usw. könne auf europäischer Ebene eine solche Tendenz noch nicht beobachtet werden. Daher bleibe der Endkundenmarkt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst an festen Standorten selbst bei der gegebenen Vorleistungsregulierung weiterhin ex-ante regulierungsbedürftig.¹¹⁶

I. Vorliegen beträchtlicher, anhaltender struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken

Hinsichtlich der vorliegend zu untersuchenden Marktzutrittsschranken ist zwischen strukturellen und rechtlichen Hindernissen zu unterscheiden. Strukturelle Zugangshindernisse erge-

¹¹¹ Vergleichbar Bundesnetzagentur, Beschluss BK 4-05-002/R vom 05.10.2005, veröffentlicht im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 2005, S. 1461 ff., S. 79 f. der dort anliegenden Festlegung der Präsidentenkammer vom 24.06.2005. Siehe ferner Erwägungsgrund Nr. 18 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 68, wonach auf Märkten, welche den drei Kriterien entsprechen, gleichwohl wirksamer Wettbewerb herrschen könne. Zum summarischen Charakter der „Drei Kriterien“ vgl. *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11 (13). A.A. *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519 (insbesondere 520 und 524), und *Loetz/Neumann*, German Law Journal 2003, 1307 (1321).

¹¹² Erwägungsgrund Nr. 14 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

¹¹³ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 68; VG Köln, Ur. vom 17.11.2005, 1 K 2924/05, S. 19.

¹¹⁴ Vgl. dazu auch VG Köln, 1 K 2924/05, S. 19.

¹¹⁵ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 28.

¹¹⁶ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 28.

ben sich aus der anfänglichen Kosten- und Nachfragesituation, die zu einem Ungleichgewicht zwischen etablierten Betreibern und Einsteigern führt, deren Marktzugang so behindert oder verhindert wird.¹¹⁷ Rechtlich oder regulatorisch bedingte Hindernisse sind hingegen nicht auf Wirtschaftsbedingungen zurückzuführen, sondern ergeben sich aus legislativen, administrativen oder sonstigen staatlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar auf die Zugangsbedingungen und/oder die Stellung von Betreibern auf dem betreffenden Markt auswirken.¹¹⁸ Können Hindernisse im relevanten Prüfungszeitraum beseitigt werden, ist dies in der Untersuchung entsprechend zu berücksichtigen.¹¹⁹

Dabei wird ein modifizierter Greenfield-Ansatz zugrunde gelegt. Das bedeutet, dass bei der Prüfung der Marktzutrittschranken die Regulierung auf dem zu betrachteten Markt nicht berücksichtigt wird, wohl aber die Regulierung, die außerhalb des betrachteten Marktes auferlegt wurde.¹²⁰ Somit werden nur diejenigen Regulierungsmaßnahmen ausgeblendet, die der DT AG aufgrund der beträchtlichen Marktmacht für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten im Rahmen der Regulierungsverfügung auferlegt worden sind. Eine Berücksichtigung solcher Verpflichtungen für den betroffenen Markt würde nämlich zu einem Zirkelschluss führen.

Hinsichtlich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz gibt es keine rechtlichen Marktzutrittschranken. Beträchtliche und anhaltende strukturelle Marktzutrittschranken könnten dadurch gegeben sein, dass ein Markteintritt im vorliegenden Fall nur mit eigener Infrastruktur oder einem Zugang zur Infrastruktur der DT AG bzw. eines Wettbewerbers möglich ist.

Als Marktzutrittschranken können auf dem Anschlussmarkt vor allem strukturelle Barrieren auftreten. Insbesondere die Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur ist als ein für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung sprechender Faktor anzusehen.¹²¹ Es handelt sich hierbei um eine im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende Marktzutrittschranke.¹²² Der Ausbau einer derartigen Infrastruktur beinhaltet nämlich die Notwendigkeit umfangreicher Investitionen durch die Wettbewerber, die sich für diese (auch wegen der i.d.R. geringeren Auslastung) häufig nicht rentieren, obwohl sie darauf angewiesen sind.

Für die Beurteilung der Marktzutrittschranken ist es nicht ausreichend, lediglich zu überprüfen, ob ein Markteintritt stattgefunden hat oder ob er überhaupt stattfinden könnte. Daher untersuchen die nationalen Regulierungsbehörden, ob es in der Branche Markteintritte gegeben hat und ob diese bisher ausreichend waren oder in der Zukunft wahrscheinlich hinreichend schnell eintreten und nachhaltig sein könnten, um eine bestehende beträchtliche Marktmacht zu beschränken. Markteintritte in geringem Umfang (z.B. in einem begrenzten geografischen Bereich) könnten nicht als ausreichend angesehen werden, da es unwahrscheinlich sein könnte, dass dadurch das bzw. die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in ihrem Verhalten eingeschränkt werden könnten.¹²³

Nur die DT AG verfügt derzeit über die notwendige bundesweite Vorleistungsinfrastruktur, um den Endkunden flächendeckend Telefonanschlüsse bereitstellen zu können. Ende 2007 gab es 86 Unternehmen, die über Teilnehmeranschlussleitungen der DT AG oder auf der Basis eigener Infrastruktur ihren Endkunden analoge Anschlüsse, ISDN-Basis-, ISDN-PMX-Anschlüsse oder Sprachzugang über Kabelfernsehnetze angeboten haben.¹²⁴

¹¹⁷ Erwägungsgrund Nr. 9 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 66.

¹¹⁸ Erwägungsgrund Nr. 10 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

¹¹⁹ Erwägungsgründe Nr. 5 und 10 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 66 und S. 67.

¹²⁰ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 8.

¹²¹ Vgl. Leitlinien, Rn. 78.

¹²² Vgl. dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt Francis Jacobs vom 28. Mai 1998 in der Rechtssache C-7/97, *Oscar Bronner*, Rn. 66.

¹²³ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 8.

¹²⁴ Vgl. Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich der Telekommunikation der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn, Dezember 2007, S. 11.

Die Anzahl der Wettbewerber auf diesem Markt ist jedoch alleine nicht aussagekräftig, lässt man die Größe und das Versorgungsgebiet außer Acht. So hat es im 1. Halbjahr 2007 nur **[BuG]** Teilnehmernetzbetreiber gegeben, die mehr als 100.000 Anschlüsse an Endkunden bereitgestellt haben. Betrachtet man die jeweiligen Versorgungsgebiete der Teilnehmernetzbetreiber, so zeigt sich, dass nur einige ihre Produkte bundesweit anbieten. Allerdings hat bisher keiner dieser Anbieter eine Flächendeckung für die Bereitstellung von Anschlüssen erreicht. Die Mehrzahl der Teilnehmernetzbetreiber ist in einem regional begrenzten Gebiet tätig. Teilweise umfassen diese Regionen nur einzelne Städte und ihr Umland, wie z.B. Norderstedt, Schwedt oder Leuna.

Das Angebot von Anschlüssen hängt von der eigenerstellten Infrastruktur sowie der Erschließung der Hauptverteiler ab. Die Wettbewerber müssten umfangreiche Investitionen zum Aus- oder Aufbau einer Infrastruktur tätigen, die ein bundesweites Angebot von Telefonanschlüssen für Endkunden ermöglichen würde. Selbst wenn sie keine eigene Infrastruktur bis zum Endkunden verlegen, sondern den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der DT AG (oder anderer Anbieter) als Vorleistung einkaufen würden, wären umfangreiche Investitionen für die Erschließung der entsprechenden Hauptverteiler notwendig. So gibt es derzeit mehr als 8.000 Hauptverteilerstandorte. Davon sind etwa 3.000 durch die Wettbewerber erschlossen. Dadurch besteht bei ca. 70 % der Anschlüsse ein Zugang zu wettbewerblichen Angeboten.

Die übrigen Hauptverteiler dürften sich zu einem großen Teil in Gebieten befinden, deren Erschließung für die Wettbewerber aufgrund des geringen Kundenpotenzials ökonomisch nicht sinnvoll ist. Nur wenige Unternehmen – sowohl bereits auf dem Markt tätige als auch neu eintretende – haben die Ertrags- und Finanzkraft, um solche Investitionen überhaupt vornehmen zu können. Hinzu kommt, dass die Auslastung bei den Wettbewerbern insbesondere in der Anfangszeit erheblich geringer sein dürfte, so dass sich solche Investitionen erst über einen vergleichsweise langen Zeitraum amortisieren dürften.

Dabei stellen die Investitionen zum größten Teil versunkene Kosten dar. Diese liegen vor, wenn bei der Errichtung Investitionen getätigt werden müssen, die zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr kostendeckend deinstalliert und zu anderen Zwecken genutzt werden können. Dies ist bei der Errichtung von leitungsgebundenen Netzen regelmäßig der Fall.

Daher ist trotz einer gewissen Anzahl von Unternehmen auf diesem Markt nicht davon auszugehen, dass es keine signifikanten und andauernden Marktzutrittsschranken gibt. Die nachfolgende Marktanalyse wird zeigen, dass keines der bisher am Markt tätigen Unternehmen in der Lage war, die DT AG in ihrem Verhalten einzuschränken. Zudem ist der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz im Betrachtungszeitraum auch weniger durch Markteintritte als vielmehr durch Konsolidierungen in den Reihen der Wettbewerber gekennzeichnet gewesen. Auch für die Zukunft sind keine wesentlichen Markteintritte zu erwarten.

Die DT AG ist der Auffassung, dass der regulierte, bundesweite und uneingeschränkte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung die Marktzutrittsschranken senke, da die Errichtung eigener Teilnehmeranschlussleitungen der Wettbewerber für den Marktzutritt nicht erforderlich sei. Allein diese Verpflichtung mache eine Regulierung des nachgelagerten Endkundenmarktes für Anschlüsse überflüssig und würde vielmehr eine ungerechtfertigte Doppelregulierung darstellen.

Die Regulierung auf der Vorleistungsebene dient dem Zweck, im Interesse der Endnutzer einen nachhaltigen Wettbewerb auf den Endkundenmärkten sicherzustellen.¹²⁵ Mit Maßnahmen auf den Vorleistungsmärkten, die sich u.a. auf Endkundenmärkte auswirken, können die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Wertschöpfungskette im Interesse der Endkunden so

¹²⁵ Erwägungsgrund Nr. 2 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 65.

weit wie möglich für normale Wettbewerbsprozesse offen bleibt. Daher zielt die Empfehlung vor allem auf die Vorleistungsmärkte ab, die angemessen reguliert werden sollen, um einen unzureichenden Wettbewerb auf den Endkundenmärkten entgegenzuwirken. Dies schließt entgegen dem Vorbringen der DT AG jedoch nicht per se die Regulierung nachgelagerter Endkundenmärkte aus. Vielmehr zeigt die Märkteempfehlung mit Aufnahme des hier maßgeblichen Endkundenmarktes, dass eine von der DT AG so genannte „Doppelregulierung“ in Betracht kommen kann. Jedoch sollten Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Endkundendienste nur dann auferlegt werden, wenn die nationalen Regulierungsbehörden der Auffassung sind, dass entsprechende Maßnahmen auf Vorleistungsmärkten (oder hinsichtlich der Betreiber Auswahl oder –vorauswahl) nicht ausreichen würden, um einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten und Ziele von öffentlichem Interesse zu erreichen.¹²⁶

So ist die Kommission in ihrer Empfehlung und dem dazu gehörigen Explanatory Note trotz des in den Erwägungsgründen hervorgehobenen Vorrangs der Regulierung von Vorleistungsmärkten aus den oben aufgeführten Gründen davon ausgegangen, dass der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz auch weiterhin regulierungsbedürftig ist, weil für diesen Markt die Vorleistungsregulierung alleine nicht ausreichend ist, um auf diesem Markt nachhaltigen Wettbewerb zu im Interesse der Endkunden zu schaffen.

Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Analyse gezeigt, dass diese Verhältnisse auch für den deutschen Zugangsmarkt zutreffend sind und daher eine Abweichung von der Empfehlung nicht angezeigt ist.

Zwar hat die Regulierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung die Marktzutrittschranken für den vorliegenden sachlich relevanten Markt unzweifelhaft gesenkt. Hätten die Wettbewerber nicht die Möglichkeit, den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung anzumieten, wären die Marktzutrittschranken auf dem vorliegenden Markt nahezu absolut, da die Unternehmen diese „letzte Meile“ zu jedem einzelnen Neukunden selbst verlegen müssten. Dies wäre sowohl betriebswirtschaftlich als auch volkswirtschaftlich nicht sinnvoll.

Gleichwohl sind die Marktzutrittschranken immer noch beträchtlich und dauerhaft, da die Wettbewerber auch weiterhin für die Bereitstellung eines Zugangs erhebliche Investitionen in eigene Infrastruktur unternehmen müssen, die im Übrigen nicht nur die notwendige Erschließung der Hauptverteiler umfassen. Dies wird auch daran deutlich, dass auch 10 Jahre nach Marktöffnung kein einziger Wettbewerber flächendeckend Telefonanschlüsse in Deutschland anbieten kann.

Auch wenn die Regulierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung die Marktzutrittschranken für den hier sachlich relevanten Markt gesenkt hat, sind diese nach wie vor beträchtlich und anhaltend.

Allerdings können hohe Marktzutrittschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.¹²⁷ Die Kommission nennt als derzeitige Alternativen für den Teilnehmeranschluss Kabelfernsehtetze mit Telefondienst, zellulare Mobilfunknetze, Mobilfunknetze, die angepasst worden seien, um Dienste bereitzustellen, die äquivalent zu Festnetzdiensten oder auf einen begrenzten Radius um einen festen Standort beschränkt seien, und andere drahtlose Netze.¹²⁸ Die Kommission geht aber davon aus, dass diese derzeit auf europäischer Ebene nicht die Zutrittschranken für den Anschlussmarkt beseitigen könnten.

¹²⁶ Erwägungsgrund Nr. 15 der Empfehlung 2007/879/EG, ABI. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

¹²⁷ Leitlinien, Rn. 80.

¹²⁸ Vgl. Commission Staff Working Document SEC(2007) 1483 final, Explanatory Note, S. 22.

Die Investitionskosten könnten sich allerdings im Betrachtungszeitraum durch die Verfügbarkeit von IP-Bitstrom verringern. Die Überprüfung des Standardangebots der DT AG ist am 23.04.2008 abgeschlossen worden¹²⁹. Auch eine Entgeltentscheidung ist am 21.05.2008 getroffen worden.¹³⁰ Das erste Angebot eines Komplettanschlusses, das auf dieser Vorleistung der DT AG beruht, ist ab dem 2. Juni durch Freenet auf dem Markt.¹³¹ Daher ist eine genaue Abschätzung der Entwicklung derzeit nicht möglich.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass in der Marktanalyse keinerlei Ausführungen zu der Rolle von Zugangsverpflichtungen zu Bitstrom-Vorleistungsprodukten, insbesondere in der Stand-Alone-Variante, die keinen zusätzlichen Telefonanschluss bei der DT AG voraussetze, gemacht worden seien. Andererseits sei das Endkundenprodukt „Komplettanschluss“ mit einbezogen worden, das in der Wertschöpfungskette dem Stand-Alone-Bitstrom direkt nachgelagert sei. Daher könnten erst recht keine signifikanten Marktzutrittsschranken mehr festgestellt werden. Schließlich seien im Vergleich zum Markteintritt mittels des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung keine Netzinvestitionen notwendig. Wettbewerber auf Basis von IP-BSA könnten daher bundesweit in den Markt eintreten.

Ferner führt die DT AG aus, dass für Regionen, in denen selbst in Markt 5, also auf Vorleistungsebene, kein Regulierungsbedarf mehr festgestellt werde, eine Deregulierung auf den korrespondierenden Endkundenmärkten aus Konsistenzgründen erst recht angezeigt sei.

Derzeit ist der Anteil der Komplettanschlüsse, die nicht auf der Teilnehmeranschlussleitung, sondern auf Bitstrombasis realisiert werden, am vorliegenden Markt äußerst gering, was auch damit zusammenhängt, dass die notwendigen Vorleistungen von Seiten der DT AG erst seit Mitte 2008 angeboten werden. Die Einbeziehung dieser Anschlüsse ist aber aufgrund der für die Zwecke der Marktregulierung notwendigen dynamischen Betrachtung erforderlich.

Auch wenn mittlerweile regulierte Bitstromzugangsprodukte nachgefragt werden, kann deren Auswirkung auf die Wettbewerbsbedingungen nachgelagerter Endkundenmärkte noch nicht beurteilt bzw. mit hinreichender Verlässlichkeit prognostiziert werden. So ist es bislang noch unklar, ob Bitstrom eher in Ballungsräumen oder in ländlichen Räumen nachgefragt wird und welche Wettbewerber mit welchen Geschäftsmodellen tatsächliche Nachfrager sein werden. Im Übrigen ist noch einmal anzumerken, dass Komplettanschlüsse nicht nur über Bitstromvorleistungen, sondern auch – und bisher vorwiegend – über die Teilnehmeranschlussleitung realisiert werden.

Die Bundesnetzagentur bleibt daher bei ihrer Einschätzung, dass eine genaue Abschätzung der Entwicklung derzeit noch nicht möglich ist.

Die DT AG hat im Auskunftersuchen vorgebracht, dass die Zahl der Anschlüsse über Kabelfernsehtetze zu einer erheblichen Marktanteilsverschiebung führen würde, so dass alleine dadurch die Regulierungsbedürftigkeit aufgehoben werden müsste.

Die Anzahl aller Kabelfernsehanschlüsse für Telefonie hat im 1. Halbjahr 2007 knapp **[BuG]**% der Zugänge zum öffentlichen Telefonnetz in Deutschland betragen. Auch mit den derzeitigen Telefonanschlüssen beträgt der Marktanteil aller Kabelnetzbetreiber deutlich weniger als **[BuG]**. Unterstellt man in einer dynamischen Betrachtung, dass dieser Trend sich weiter beschleunigt, würde dies im Betrachtungszeitraum nicht dazu führen, dass die Kabelnetzbetreiber beim Zugang zum öffentlichen Telefondienst eine Position erreichen könnten, die den Spielraum der DT AG auch nur annähernd einschränken könnte.

¹²⁹ Vgl. Amtsblatt 07/2008, Mitteilung Nr. 249/2008.

¹³⁰ Vgl. Amtsblatt 09/2008, Mitteilung Nr. 277/2008.

¹³¹ S. www.heise.de/newsticker/meldung/print/108691.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass derzeit die Verträge sowohl der Wettbewerber als auch der DT AG für Neukunden oder Bestandskunden mit Vertragsänderung eine Laufzeit von 24 Monaten haben. Je mehr Kunden von einem Standardanschluss der DT AG mit einer Kündigungsfrist von 6 Werktagen in einen anderen Vertrag mit einer 24monatigen Laufzeit wechseln, desto geringer wird im Beurteilungszeitraum die Zahl der Kunden, die ihren Anschlussanbieter wechseln können, zumal häufig schon bei geringen Vertragsänderungen (z.B. einem Umzug) die Laufzeit um weitere 24 Monate verlängert wird.

Neben den reinen Marktanteilen muss man jedoch auch beachten, dass die Kabelnetzbetreiber in Deutschland entweder nur regional begrenzt oder bundesweit, aber nicht flächendeckend tätig sind. Zudem müssen die Breitbandkabelnetze rückkanalfähig sein, damit sie für Telefonie überhaupt genutzt werden können. Hierfür sind hohe Investitionen nötig, die versunkene Kosten darstellen. Derzeit sind in Deutschland bereits etwa 70 bis 80 % der Kabelhaushalte über ein rückkanalfähiges Netz erschlossen und können somit Internet- und Telefondienste nutzen.

Darüber hinaus kommt für die Unternehmen hinzu, dass es in Deutschland bei den Breitbandkabelnetzen eine vierte Netzebene gibt (hier findet die Weiterleitung der Signale in die Hausverteilanlagen statt). Als problematisch erweist sich hierbei nach wie vor, dass die großen TV-Kabelgesellschaften derzeit nur etwa 10 Mio. Kabelanschlüsse direkt aktiv betreiben und vermarkten können. Die übrigen Kabelanschlüsse liegen in der Hand von sonstigen i.d.R. kleineren bis mittelständischen Unternehmen. Daher können die auf der Netzebene 3 tätigen Kabelnetzbetreiber in ihrem Versorgungsgebiet nur gut etwa die Hälfte der mit Breitbandkabeln versorgten Haushalte direkt erreichen. In den übrigen Fällen fehlt es noch – wie gerade ausgeführt – zum Teil an der technischen Aufrüstung der Netzebene 4 bzw. auch an der direkten Kundenbeziehung. Dies führt zu einer weiteren Verringerung der Zahl der potenziell erreichbaren Kunden.

Aus diesen Gründen haben die Kabelnetzbetreiber und das Angebot von Telefonie über die von ihnen betriebenen Netze in Deutschland noch eine wesentlich geringere Rolle, als dies in anderen Ländern der Fall ist. Ihr Markteintritt ist daher nicht so zu werten, dass er die DT AG entscheidend in ihrem Verhalten einschränken könnte.

Mobilfunkanschlüsse spielen auf dem vorliegenden Markt wegen der fehlenden Austauschbarkeit keine Rolle.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst durch hohe und anhaltende strukturelle Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist, die während des Beurteilungszeitraums nicht verringert oder gar beseitigt werden können.

II. Längerfristig keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb

Im Rahmen des zweiten Kriteriums sind vorwiegend Marktanteile, Marktpreise, Ausmaß und Verbreitung konkurrierender Netze und Infrastrukturen zu bewerten.¹³² Werden beispielsweise konstant sehr hohe Marktanteile festgestellt, so ist dies als Indiz für das Fehlen einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb zu werten. Auf weitere individuelle Besonderheiten des Marktes ist bei der Anwendung des Drei-Kriterien-Tests nicht notwendigerweise einzugehen.

¹³² Siehe dazu vorstehende Ausführungen unter Punkt I.

1. Marktanteile

Die Marktanteile der DT AG sind im Betrachtungszeitraum zwar gesunken, befinden sich aber immer noch auf einem sehr hohen Niveau: So lag der Marktanteil im 1. Halbjahr 2007 nach Umsätzen und Absätzen bei jeweils [BuG] %. Selbst wenn sich die Entwicklung so fortschreiben würde, würde der Marktanteil der DT AG am Ende des Beurteilungszeitraums immer noch eine sehr starke Marktposition widerspiegeln.

In der gleichen Zeit hat es kein Wettbewerber trotz Steigerung der Zahl seiner Anschlusskunden geschafft, im betrachteten Zeitraum eine Marktposition aufzubauen, die die DT AG in ihrem Verhalten hinreichend einschränken könnte. Selbst [BuG] als der größte Wettbewerber hat im 1. Halbjahr 2007 einen Marktanteil von weniger als [BuG] % gehabt. Der Marktanteilsabstand betrug somit ca. [BuG] Prozentpunkte.¹³³ Insgesamt zeigt sich, dass der Restmarkt sehr stark zersplittert ist, d.h., dass es eine größere Anzahl von Wettbewerbern gibt, die jedoch nur über jeweils geringe Marktanteile verfügen.

Die DT AG führt aus, dass der Verlust an Marktanteilen gemessen an dem Gesamtmarktanteil gering sei. Jedoch finde er kontinuierlich statt. Die von der Bundesnetzagentur geäußerten Zweifel daran, dass die Marktanteilsverluste an die TAL-basierten Teilnehmernetzbetreiber anhielten, könnten nicht nachvollzogen werden. Schließlich hätten die jährlichen Zuwachszahlen der TAL 2007/2008 neue Höchststände erreicht.

Allerdings hat sich gezeigt, dass sich die Anschlussverluste der DT AG im Laufe des Jahres 2008 deutlich verlangsamt haben (vgl. dazu ausführlich nachstehendes Kapitel).

Im Übrigen hat die Bundesnetzagentur bereits in ihrem Konsultationsentwurf ausgeführt, dass die DT AG am Ende des Betrachtungszeitraums selbst dann noch eine sehr starke Marktposition einnehmen würde, wenn die Marktanteilsverluste der letzten zwei Jahre unvermindert anhalten würden. Würde man eine solche Entwicklung unterstellen, so hätte der größte Wettbewerber in zwei Jahren einen Marktanteil sowohl bei den Umsätzen als auch bei den Absätzen von unter [BuG]%. Es ist kaum anzunehmen, dass es ihm mit einer solchen Marktposition gelingen könnte, das Verhalten der DT AG entscheidend einzuschränken.

Sowohl die Marktanteile als auch deren Entwicklung sprechen nicht dafür, dass es auf dem vorliegenden Markt eine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb gibt.

2. Marktstruktur

Der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ist zunehmend von Pauschaltarifen geprägt, die häufig neben einem Schmalbandanschluss bereits einen DSL-Anschluss sowie eine Flatrate für Verbindungen in inländische Festnetze und eine Internetflatrate enthalten. Bei einer Reihe von Wettbewerbern gibt es neben den Inklusivpaketen auch Anschlusspakete mit modularem Charakter, bei denen der Kunde entscheiden kann, welche weiteren Bestandteile (Flatrates, Filmpakete, Sicherheitssoftware usw.) er zusätzlich vom Anbieter beziehen will.

Es ist davon auszugehen, dass sich dieser Trend weiter fortsetzen und sogar noch verstärken wird. Die Endkunden bevorzugen Paketangebote, weil sie hier für sich die günstigste Option sehen und im Übrigen eine Kostenkontrolle haben. Sofern sie außerhalb ihres Pake-

¹³³ Für die genaue Marktanteile und deren Entwicklung sowie zur Berechnungsweise siehe nachfolgend in Kapitel J.I.

tes keine weiteren Leistungen beanspruchen, kommen außer den monatlichen pauschalen Entgelten keine weiteren Kosten auf sie zu.

Es ist davon auszugehen, dass es sich bei den Kunden, die mit ihrem Anschluss von der DT AG zu einem der Wettbewerber gewechselt sind, vielfach um solche Kunden handelt, die bislang bereits in größerem Umfang ihren Bedarf an Telefonverbindungen über Call-by-Call anderer Anbieter gedeckt haben. Dies belegt der signifikante Rückgang an Verbindungen über Call-by-Call.¹³⁴ Diese Endkunden dürften – auch aufgrund der ständig wechselnden Call-by-Call-Tarife – besser informiert sein und wegen ihrer Erfahrungen eine größere Wechselbereitschaft aufweisen als Endkunden, die bislang ausschließlich über die DT AG telefoniert haben.

Daher ist fraglich, ob der Trend der Marktverluste der DT AG in gleichem Maße anhält. Dazu müsste es den Wettbewerbern gelingen, auch unter denjenigen Endkunden neue Kunden zu gewinnen, die eine niedrige Wechselbereitschaft aufweisen und/oder bisher keine Erfahrungen mit Angeboten von Wettbewerbern haben. Diese Endkunden stellen eine große Gruppe dar. So wurde in einer Studie der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2006 Festnetznutzern die Frage gestellt, ob sie in den vergangenen zwei Jahren versucht oder überlegt hätten, ihren Festnetzanbieter zu wechseln. Dies wurde von 59 % mit der Begründung verneint, dass sie es nicht versucht hätten, weil sie kein Interesse an einem Wechsel hätten, und von 14 % mit der Begründung, dass sie es nicht versucht hätten, weil es zu schwierig sein könnte.¹³⁵

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass eine Kundenbefragung hinsichtlich der Wechselbereitschaft und nicht des tatsächlichen Wechsels unzureichend sei. Zudem könnten die Befragten nur statisch für den Zeitpunkt der Befragung eine Einschätzung abgeben. Die Befragung habe bereits 2006 stattgefunden. Die sich beschleunigenden Anschlussverluste 2006 und 2007 widerlegten den Schluss der Bundesnetzagentur.

Die Ansicht überrascht, da die DT AG bisher immer darauf hingewiesen hat, dass sie Kundenbefragungen auf den Endkundenmärkten für notwendig halte. Bei Befragungen von Endkunden ist es aber systemimmanent, dass diese nur ihre subjektiven Ansichten und Präferenzen angeben können, die insofern lediglich die vorhandenen Daten ergänzen (können). Im Übrigen ging es in der Studie von Eurostat nicht nur um die Wechselbereitschaft, sondern auch darum, ob die Endkunden einen Wechsel versucht hätten.

Dass umfangreiche und aussagekräftige Studien einen längeren Zeitraum zur Durchführung und Auswertung brauchen, ist ebenfalls systemimmanent. Zudem werden die Ergebnisse der Studie auch nicht von der Entwicklung 2007 (und 2006) widerlegt: Dies wäre nur der Fall gewesen, wenn 100 % der Befragten angegeben hätten, dass ein Wechsel für sie nicht infrage käme.

Weiter führt die DT AG aus, die Anschlussverluste hätten sich bis heute jedes Jahr gesteigert. Seit Anfang 2005 sei die Gesamtzahl der abgesetzten Teilnehmeranschlussleitungen um 3,1 Mio. gestiegen. Ende 2007 seien es bereits 6,4 Mio. Teilnehmeranschlussleitungen insgesamt gewesen. Der absolute Zuwachs an Teilnehmeranschlussleitungen habe sich dabei jedes Jahr vergrößert: 2005 – 1,3 Mio., 2006 – 1,4 Mio. und 2007 sogar 1,7 Mio. **[BuG].**

Wie bereits ausgeführt, muss die Anzahl der Teilnehmeranschlussleitungen auf dem vorliegenden sachlich relevanten Markt für die Beurteilung der Marktstruktur und insbesondere auch für die Beurteilung der Anschlussverluste der DT AG in der Gesamtperspektive gesehen werden, da ansonsten eine nicht zutreffende Bewertung erfolgen würde. So hat die

¹³⁴ Vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2007, S. 80.

¹³⁵ Vgl. Eurostat, Statistical Books, Consumers in Europe – Facts and figures on services of general interest, 2007, S. 111.

DT AG anlässlich einer Pressekonferenz zum 3. Quartal 2008 mitgeteilt, dass sich die Anschlussverluste der DT AG im laufenden Jahr verringert hätten. Die Prognose der Anschlussverluste für 2008 sei 2,5 bis 3 Millionen gewesen. Darin enthalten seien auch die technisch bedingten Verluste durch Migration von Resale-DSL-Kunden auf All-IP. Für die ersten neun Monate ergebe sich ein Wert von 1,8 Millionen Anschlussverlusten am unteren Ende der Prognose. Auf das 3. Quartal bezogen habe die Zahl der Anschlussverluste mit 574.000 auf einem Jahrestief gelegen.¹³⁶ Aufgrund der konservativen Planung werde man möglicherweise am Jahresende unter dem niedrigeren Wert der ursprünglichen Range liegen.¹³⁷ Zudem führt die DT AG eine Zahl von Nettoneukunden für das Festnetz (Inland) von 574.000 auf, davon 80.000 mit ISDN-Anschlüssen.¹³⁸

Bereits diese von der DT AG selbst veröffentlichten Zahlen belegen, dass die Bundesnetzagentur in ihrer Marktanalyse den Trend zutreffend prognostiziert hat. Berücksichtigt man zudem, dass ca. **[BuG]** Kunden der DT AG in den letzten beiden Jahren in Verträge mit einer Vertragslaufzeit von 24 Monaten gewechselt haben und damit für die Wettbewerber nicht erreichbar sind, ist davon auszugehen, dass sich die Zahl der Anschlussverluste der DT AG in den nächsten Jahren wieder verringern wird.

Betrachtet man, wie von der DT AG vorgeschlagen, die TAL-Zahlen, so hätten die Wettbewerber im Jahr 2007 nach Angaben der DT AG 1,7 Millionen Teilnehmeranschlussleitungen angemietet. Alleine von Juni 2007 bis Februar 2008, also einem vergleichbaren, wenn auch leicht kürzeren Zeitraum, haben sich mehr als **[BuG]** Kunden der DT AG für deren Call&Surf Comfort-Tarif entschieden. Dies zeigt, dass es der DT AG in erheblichem Umfang gelingt, Endkunden in eigene Bündelprodukte zu migrieren, die zudem auch eine Laufzeit von 24 Monaten haben. Die DT AG hat somit in diesem Zeitraum **[BuG]** Kunden für ihre eigenen Bündelprodukte gewonnen, wie alle Teilnehmernetzbetreiber¹³⁹ zusammen an Teilnehmeranschlussleitungen angemietet haben.

Gerade dieser Erfolg der Paketangebote der DT AG belegt, dass es bereits jetzt für die Wettbewerber zunehmend schwieriger wird, neue Kunden für sich zu gewinnen. Die DT AG hat eine bessere Ausgangsposition, da sie über die größte Kundendatenbasis verfügt und somit auch nach Nutzungsprofilen ihre Kunden gezielt ansprechen und auf neue Tarife umstellen kann. Zudem hat sie als einziger Anbieter die Möglichkeit, ihrem großen Endkundenstamm Angebote über die Telefonrechnung zu machen, so dass die Kosten für diese Werbemaßnahme vergleichsweise gering sind.

Für alle auf dem Markt vertretenen Anbieter muss berücksichtigt werden, dass derzeit fast alle Vertragsmodelle sowohl der Wettbewerber als auch der DT AG für Neukunden oder Bestandskunden mit Vertragsänderung eine Laufzeit von 24 Monaten haben. Je mehr Kunden von einem Standardanschluss der DT AG mit einer Kündigungsfrist von 6 Werktagen in einen anderen Vertrag mit einer 24monatigen Laufzeit wechseln, desto geringer wird im weiteren Verlauf des Beurteilungszeitraums die Zahl der Kunden, die ihren Anschlussanbieter wechseln können. zumal häufig schon bei geringen Vertragsänderungen (z.B. einem Umzug) die Laufzeit um weitere 24 Monate verlängert wird.

¹³⁶ Vgl. Rede René Obermann anlässlich der Pressekonferenz der Deutschen Telekom AG zum Dritten Quartal 2008, Bonn, 06. November 2008; Pressemitteilung „Deutsche Telekom mit gutem dritten Quartal 2008“, <http://www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/583582?printversion=true>.

¹³⁷ Vgl. Rede René Obermann anlässlich der Pressekonferenz der Deutschen Telekom AG zum Dritten Quartal 2008, Bonn, 06. November 2008.

¹³⁸ Vgl. Pressemitteilung „Deutsche Telekom mit gutem dritten Quartal 2008“, <http://www.telekom.com/dtag/cms/content/dt/de/583582?printversion=true>.

¹³⁹ Nicht berücksichtigt werden hierbei die Anschlüsse, die von alternativen Teilnehmernetzbetreibern auf der Grundlage eigener Infrastruktur realisiert werden. Aber selbst bei deren Berücksichtigung hätte die DT AG in diesem Zeitraum immer noch **[BuG]** Kunden in eigene Bündelprodukte migriert, als die alternativen Teilnehmernetzbetreiber neue Kunden gewonnen haben.

Die DT AG weist darauf hin, dass die Darstellung, dass sich die Vertragslaufzeit im Umzugsfall verlängere, nicht korrekt sei: Solange der Kunde keinen neuen Vertrag abschlieÙe, änder sich auch die Restvertragslaufzeit nicht. Dies ist in Bezug auf die DT AG korrekt.

Die Bundesnetzagentur sieht sich auch durch die neuen Erkenntnisse und Daten darin bestärkt, dass sich die Verluste der DT AG bei den Schmalband-Anschlusskunden nicht in gleicher Weise oder gar beschleunigt fortsetzen werden.

Insgesamt ist daher auf dem vorliegenden Markt nicht von einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb auszugehen.

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

Bei der Entscheidung, ob ein Markt für eine Vorabregulierung in Betracht kommt, ist abschließend zu prüfen, ob das Marktversagen allein durch Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts behoben werden kann.

In den Erwägungsgründen zur neuen Empfehlung 2007/879/EG führt die Kommission aus, dass wettbewerbsrechtliche Eingriffe gewöhnlich dann nicht ausreichen, wenn umfassende Durchsetzungsmaßnahmen zur Behebung eines Marktversagens erforderlich sind oder wenn häufig oder schnell eingegriffen werden muss.¹⁴⁰ Die Kommission hatte dazu auch schon in ihrem Explanatory Memorandum zur Märkte-Empfehlung 2003/311/EG, S. 11 erläutert, dass eine Vorabregulierung „eine angemessene Ergänzung zum Wettbewerbsrecht darstellen [kann], [...] wenn bei einer Maßnahme zur Behebung eines Marktversagens zahlreiche Anforderungen erfüllt sein müssen (zum Beispiel detaillierte Buchhaltung für Regulierungszwecke, Kostenermittlung, Überwachung der Bedingungen einschließlich technischer Parameter u.a.) oder wenn ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich bzw. die Gewährleistung der Rechtssicherheit vorrangig ist. In der Praxis sollten sich die NRB mit ihren Wettbewerbsbehörden abstimmen und deren Standpunkt berücksichtigen, wenn sie entscheiden, ob sich der Einsatz zusätzlicher rechtlicher Instrumente empfiehlt oder die Instrumente des Wettbewerbsrechts ausreichen.“

Im Gegensatz zum sektorspezifischen Regulierungsrecht geht das allgemeine Wettbewerbsrecht (GWB) davon aus, dass der Marktbeherrschung mit der Offenhaltung der Märkte begegnet werden kann, die durch lediglich punktuell eingeschritten gegen temporär missbräuchliches Verhalten erfolgen kann. Sektorspezifische Regulierung ist darauf ausgerichtet, eine strukturell vorhandene Gefährdung anzugehen, Wettbewerb in Netzindustrien zu schaffen und zielt vornehmlich auf eine Verhinderung von zukünftigen wettbewerblichen Fehlentwicklungen hin. An dieser Struktur orientiert sich konsequenterweise auch die Ausgestaltung des jeweiligen Instrumentariums. Sowohl die Zugangs- als auch die Entgeltregulierung ist daher durch eine unterschiedliche Eingriffstiefe gekennzeichnet. Insofern ist es insbesondere im Rahmen des dritten Kriteriums notwendig, eine Risikoabwägung zu treffen zwischen der Schwere des Eingriffs in Unternehmenseigentum und Unternehmensfreiheit einerseits und der Ermöglichung bzw. Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs durch Regulierung andererseits.

Wie die Erfahrung mit dem Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten gezeigt hat, sind auf dem vorliegend untersuchten Markt die Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichend. Auch bei dieser Prüfung wird ein modifizierter Greenfield-Ansatz zugrunde gelegt. Es werden diejenigen Regulierungsmaßnahmen ausgeblendet, die

¹⁴⁰ Erwägungsgrund Nr. 13 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

der DT AG aufgrund der beträchtlichen Marktmacht für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten im Rahmen der Regulierungsverfügung auferlegt worden sind.

Der Anschlussmarkt ist einer der wichtigsten Endkundenmärkte, weil der Endkunde über den Anschluss Zugang zum öffentlichen Telefonnetz erhält. Für einen Anbieter von Anschlüssen bedeutet dies, dass er bei Abschluss einer vertraglichen Beziehung im Hinblick auf einen Endkundenanschluss sich zusätzlich die Möglichkeit eröffnet, diesem Endkunden weitere Telekommunikationsleistungen sowie andere Leistungen anzubieten. Endkunden anderer Anbieter hingegen können sie keine weiteren Leistungen anbieten. Daher ist davon auszugehen, dass es im Interesse eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht liegen muss, die Endkunden und dabei insbesondere seine Bestandskunden möglichst weiterhin an sich zu binden, um so auch auf anderen Märkten seine Position zu festigen bzw. ggf. sogar beträchtliche Marktmacht auf bereits wettbewerbliche Märkte (insbesondere die Verbindungsmärkte) zu übertragen.

Dies könnte dazu führen, dass die DT AG mit einer Dumpingpreisstrategie versuchen könnte, andere Wettbewerber vom Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst zu verdrängen oder von einem Markteintritt abzuschrecken. Dabei könnte sie auch insbesondere die Preise für Anschlüsse so niedrig legen, dass es zu Preis-Kosten-Scheren kommen könnte. Angesichts ihrer einzigartigen Position auf dem Anschlussmarkt und der finanziellen Möglichkeiten könnte die DT AG eine solche Strategie lange genug durchhalten, um zumindest kleinere Anbieter vom Markt zu verdrängen.

Gleichzeitig könnte die DT AG so auch ihre auf dem vorliegenden Markt bestehende beträchtliche Marktmacht auf andere Endkundenmärkte, insbesondere auf die Verbindungsmärkte und den Markt für breitbandige Anschlüsse, durch Bündelprodukte übertragen. Diese Gefahr ist besonders groß, da derzeit die Kundenpräferenzen eindeutig bei Komplettangeboten liegen. So könnte die DT AG solche Inklusivpakete mit DSL-Anschlüssen und Flatrates für Verbindungen zu Dumpingkonditionen anbieten, die von den anderen Marktteilnehmern nicht nachgebildet werden könnten. Gleichzeitig käme es durch die neue i.d.R. 24monatige Laufzeit dazu, dass die Endkunden auch auf den nach derzeitigem Stand wettbewerblichen Verbindungsmärkten dem Kundenpotenzial für geraume Zeit entzogen wären.

In diesem Zusammenhang gibt es z.B. wesentliche Unterschiede zwischen der Entgeltregulierung nach dem TKG und der Prüfung des angemessenen Preises bzw. der Preismissbrauchsaufsicht nach GWB. Denn die Entgeltregulierung gemäß TKG ist durch eine strikte Preiskontrolle geprägt, hingegen wird die Preismissbrauchsaufsicht des Kartellamtes vorwiegend unter Anwendung eines mildereren Missbrauchmaßstabs durchgeführt. Diese Unterschiede sind zwar vornehmlich für den Vorleistungsbereich relevant, aber auch im Endkundenbereich von Bedeutung.

Die vorliegend im Zentrum stehenden Endkundenmärkte werden derzeit von der Bundesnetzagentur ex-post nach § 28 TKG in Bezug auf missbräuchliches Verhalten bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten kontrolliert. Eine Entgeltgenehmigung findet nicht statt. Dennoch sind die zunächst identisch erscheinenden Eingriffsbefugnisse letztlich nicht gleichzusetzen.

Soweit der Bundesnetzagentur bei der nachträglichen Regulierung von Entgelten eine Überprüfung nach dem Vergleichsmarktprinzip entsprechend § 35 Abs. 1 Nr. 1 TKG nicht möglich ist, kann sie nämlich gemäß § 38 Abs. 2 S. 3 TKG auch nach § 33 TKG auf Kostenunterlagen rekurren. Typischerweise wird dies insbesondere bei der Prüfung missbräuchlicher Preisabschläge bzw. etwaiger Preis-Kosten-Scheren der Fall sein, da eine Bezugnahme auf vergleichbare, dem Wettbewerb geöffnete Märkte regelmäßig ausscheidet. Denn zum einen existieren – eine bundesweite Marktabgrenzung unterstellt – grundsätzlich keine *nationalen* Vergleichsmärkte (und eine Vergleichsbetrachtung mit wettbewerblichen Angeboten auf demselben nationalen Markt scheidet aufgrund der bestehenden Interdependenzen zwi-

schen den Tarifen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht und seiner Wettbewerber ebenfalls aus). Zum anderen ist üblicherweise aber auch kaum auf internationale Vergleichsmärkte abzustellen, da die Kalkulation der Kostenseite typischerweise auf regulierten Vorleistungsprodukten basiert, die sich wiederum zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten teils erheblich unterscheiden.

Weiterhin ist ein Unterschied die für die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht mögliche und tatsächlich bisher auferlegte Ergänzung um eine Offenkundigkeitsprüfung im Rahmen der Anzeigepflicht, mit der missbräuchliche Entgelte noch vor der Markteinführung untersagt werden können, so dass sie erst gar keine wettbewerbs- und kundenschädigende Wirkung entfalten können. Insofern umfasst eine um eine Offenkundigkeitsprüfung ergänzte ex-post-Kontrolle nach TKG im Gegensatz zur allgemeinen Missbrauchsaufsicht auch eine Ex-ante-Eingriffsmöglichkeit. Diese frühzeitigere Eingriffsbefugnis geht auch mit einer deutlich stärkeren disziplinierenden Wirkung im Vorfeld einher.

Ferner ist es der Bundesnetzagentur möglich, auf der Grundlage der bestehenden Marktanalyse kurzfristig von einer Ex-post-Entgeltregulierung auf eine Ex-ante-Entgeltregulierung umzustellen, sofern sich herausstellt, dass die Ex-post-Regulierung nicht ausreichend ist, um die festgestellten Wettbewerbsprobleme zu beheben.

Sofern Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren gemäß §§ 10 ff durchgeführt worden sind, ermöglicht das TKG der Bundesnetzagentur i.d.R. ein schnelleres Einschreiten zu einem frühen Zeitpunkt. Besonders bei den einer dynamischen Entwicklung unterworfenen Telekommunikationsmärkten muss gefragt werden, ob reaktive Maßnahmen gegen Missbrauchspraktiken allein schon wegen ihres späten Wirkens unzureichend sind.¹⁴¹ Dies gilt umso mehr, wenn man die erhebliche Dauer gerichtlicher Rechtsschutzverfahren berücksichtigt, während derer jedenfalls de facto meist auf die Durchsetzung einer Missbrauchsverfügung verzichtet wird.¹⁴² Das birgt die Gefahr, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Fall von Verdrängungspreisen finanzschwächere Unternehmen bis zum Ausgang der Verfahren vom Markt verdrängen kann.

Zudem könnte die DT AG auch ihre beträchtliche Marktmacht auf die Verbindungsmärkte übertragen, indem sie die Betreiber(vor)auswahl, zu der sie bei beträchtlicher Marktmacht auf dem hier betrachteten sachlich relevanten Markt verpflichtet werden kann, nicht mehr anbieten würde. Da sie durch diese Verpflichtung anderen Wettbewerbern die Möglichkeit eröffnet, ihren Anschlusskunden Verbindungsleistungen anzubieten, kann ein solches (freiwilliges) Angebot generell nicht in ihrem Interesse liegen. Das Nichtangebot würde eine Vielzahl von Wettbewerbern von den Verbindungsmärkten ausschließen. Auch wenn die Bedeutung der Betreiber(vor)auswahl im Betrachtungszeitraum zurückgegangen ist, hat sie nach wie vor ihre Bedeutung: So hätte z.B. die DT AG in Gebieten, in denen sie der einzige Anbieter von Anschlüssen ist, ein faktisches Monopol bei den Verbindungsleistungen, da die Endkunden keine Möglichkeit hätten, zumindest für die Verbindungsleistungen einen anderen Anbieter auszuwählen.

Dass die DT AG die Betreiber(vor)auswahl ohne Verpflichtung tatsächlich nicht mehr anbieten würde, kann man bereits daraus schließen, **[BuG]**

Die DT AG ist der Auffassung, dass die Notwendigkeit, wegen der Auferlegung von Verpflichtungen zu Preselection und Call-by-Call zu regulieren, weder materiell wie formal besteht. Die Bedeutung von Preselection und Call-by-Call seien rückläufig aufgrund des zunehmenden Markterfolgs von Bündelangeboten alternativer Teilnehmernetzbetreiber oder Nachfrager von Bitstrom-Vorleistungsprodukten. Deren Anteil an den Verbindungen steige kontinuierlich. Das Geschäftsmodell „reiner Sprachanbieter“ sei seit Jahren deutlich rückläufig

¹⁴¹ Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, 3. Auflage, § 10, Rn. 22.

¹⁴² S. Fn. 92.

und nahezu alle Wettbewerber hätten daher den Wechsel hin zum Anbieter von Paketangeboten vollzogen.

Ferner führt die DT AG aus, dass Sprachdienste auch ohne Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl bereits heute an fremden Komplettanschlüssen angeboten werden könnten. Die DT AG ist außerdem der Auffassung, dass selbst bei der Annahme, dass die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl notwendig sei, diese einer gebotenen Deregulierung von Markt 1 nicht entgegenstehen würde. Man hätte bereits im ersten Zyklus der Marktanalysen angemerkt, dass diese Verpflichtung bei der Analyse der entsprechenden Vorleistungsmärkte geprüft werden könne, da sie sich unmittelbar auf die Angebotsmodalitäten von Zuführungsleistungen auswirke.

An dieser Stelle wird nur geprüft, welche Möglichkeiten die Bundesnetzagentur aufgrund der Vorschriften des TKG hat, die über die Möglichkeiten des dem Bundeskartellamt zur Verfügung stehenden Allgemeinen Wettbewerbsrechts hinausgehen. Wie bereits oben ausgeführt, gehört zu diesen über das Allgemeine Wettbewerbsrecht hinausgehenden Maßnahmen auch die Betreiber(vor)auswahl. Ob diese Verpflichtungen tatsächlich auferlegt werden, wird allerdings erst im Rahmen der Regulierungsverfügung zu prüfen sein. Dann werden auch die von der DT AG bereits an dieser Stelle vorgebrachten Argumente zu reflektieren sein.

Der Gesetzgeber hat die Verpflichtung eines Unternehmens zur Bereitstellung der Betreiber(vor)auswahl gemäß § 40 Abs. 1 TKG vorgesehen, sofern dieses Unternehmen bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wird.

Das Abstellen des Gesetzgebers auf die Endkundenmärkte ist sowohl sachdienlich als auch systematisch. Wie bereits in Kapitel I.1. ausgeführt, dient die Regulierung auf der Vorleistungsebene dem Zweck, im Interesse der Endnutzer einen nachhaltigen Wettbewerb auf den Endkundenmärkten sicherzustellen.¹⁴³ Geht es hingegen um Maßnahmen auf der Endkundenebene (wie z.B. die Betreiber(vor)auswahl), so dienen diese ganz direkt dem Schutz der Endkunden. Denn hierdurch wird der Endkunde in die Lage versetzt, andere Wettbewerber für seine Verbindungen auszuwählen, auch wenn es in seinem Anschlussbereich keinen Wettbewerber gibt. So hat die Betreiber(vor)auswahl gerade im Hinblick auf die Endkunden auch dann noch eine wichtige Bedeutung, wenn deren Bedeutung für die Endkundenverbindungsmärkte insgesamt bzw. für einzelne dieser Märkte (z.B. durch Zunahme der über Direktanschlüsse abgewickelten Verbindungen) zurückgeht.

Auch die Märkteempfehlung führt in den Erwägungsgründen aus, dass Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Endkundenmärkte nur dann auferlegt werden sollen, wenn die entsprechenden Maßnahmen auf Vorleistungsmärkten oder hinsichtlich der Betreiber(vor)auswahl nicht ausreichen würden, um einen wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten.¹⁴⁴ Dies zeigt, dass auch die Kommission die Betreiber(vor)auswahl nicht der Vorleistungsebene zu-rechnet.

Insgesamt zeigt sich, dass die Sicherstellung des Wettbewerbs für den hier betrachteten Markt nur durch regulatorische, d.h. präventiv wettbewerbsfördernde Interventionen möglich ist. Denn besteht wie im vorliegenden Falle die Möglichkeit einer beträchtlichen Marktmacht wie auch der Übertragung beträchtlicher Marktmacht auf weitere Telekommunikationsmärkte durch das etablierte Unternehmen DT AG, das nicht nur in konkreten Einzelfällen, sondern generell kein besonderes Interesse an Wettbewerb auf dem vorliegenden sachlich relevanten Markt sowie an der Gewährung der Betreiber(vor)auswahl (sowie ggf. des Anschlussre-sales) haben kann, ist allein ein punktuell eingreifendes Verfahren, wie es das allgemeine Wettbewerbsrecht vorsieht, nicht ausreichend. Erforderlich sind wesent-

¹⁴³ Erwägungsgrund Nr. 2 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 65.

¹⁴⁴ Erwägungsgrund Nr. 15 der Empfehlung 2007/879/EG, ABl. L 344 vom 28.12.2007, S. 67.

lich detailliertere Befugnisse zur Vornahme positiver Regelungen, fortlaufende Überwachung und häufiges Einschreiten. Dazu gehören insbesondere die Verhinderung von Dumpingpreisen und Preis-Kosten-Scheren für Anschlüsse bzw. für auf Anschlüssen basierenden Komplettpakete wie auch die Sicherstellung der Betreiber(vor)auswahl (und ggf. des Anschlussresales) durch die DT AG.

Eine permanente Sicherstellung des Wettbewerbs sowohl auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz als auch auf den Verbindungsmärkten für Endkunden ist daher allein über eine wettbewerbssichernde allgemeine Wettbewerbsaufsicht nicht zu erreichen. Erforderlich ist eine regulatorische, d.h. präventiv wettbewerbsfördernde Intervention.

IV. Ergebnis

Für den vorliegenden Markt sind alle drei Kriterien kumulativ erfüllt. Daher ist der Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefondienst weiterhin regulierungsbedürftig. In der nachfolgenden Analyse wird geprüft, ob die DT AG auf dem regulierungsbedürftigen Markt weiterhin über beträchtliche Marktmacht verfügt.

J. Prüfung der beträchtlichen Marktmacht

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

Wirksamer Wettbewerb besteht nach § 11 Abs. 1 S. 2 TKG nicht, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Ein Unternehmen gilt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, das heißt eine wirtschaftliche starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endkunden zu verhalten, § 11 Abs. 1 S. 3 TKG. Die Regulierungsbehörde berücksichtigt dabei weitestgehend die von der Kommission aufgestellten Kriterien, niedergelegt in den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie, § 11 Abs. 1 S. 4 TKG.

Die Würdigung, inwiefern beträchtliche Marktmacht besteht, beruht auf einer vorausschauenden Marktanalyse, die sich auf die bestehenden Marktverhältnisse stützt. Beträchtliche Marktmacht kann anhand einer Reihe von Kriterien festgestellt werden, die in einer Gesamtschau zu bewerten sind.¹⁴⁵ Dabei steht der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum zu.¹⁴⁶ Die Unerlässlichkeit einer wertenden Gesamtschau ergibt sich daraus, dass es eine „umfassend ausgearbeitete Theorie der Wettbewerbsvoraussetzungen, die vom Vorliegen bestimmter Umstände einen zwingenden Schluss auf Unternehmensverhalten zuließe, bis heute nicht gibt und angesichts der netzartigen Verkoppelung sämtlicher Zustands- und Kontrollvariablen für Unternehmen vielleicht nie geben wird.“¹⁴⁷ Die einzelnen relevanten Faktoren können thematisch als Ausdruck der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur oder des Marktverhaltens einsortiert werden.¹⁴⁸

Im Folgenden wird nunmehr die konkrete Untersuchung des unter H. abgegrenzten Marktes vorgenommen.

I. Marktanteile

Ein wichtiges Kriterium der Marktbeherrschungsprüfung sind die Marktanteile der auf dem jeweils untersuchten Markt tätigen Unternehmen.¹⁴⁹ Marktanteile werden oftmals als Markt-machtindikator verwendet, da sie am deutlichsten Erfolg und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweisen;¹⁵⁰ in ihnen schlägt sich der Erfolg oder Misserfolg in den wettbewerblichen Auseinandersetzungen signifikant nieder.¹⁵¹ Ein hoher Marktanteil allein bedeutet aber einerseits noch nicht, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Andererseits ist auch nicht zwingend auszuschließen, dass ein Unternehmen ohne hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.¹⁵²

¹⁴⁵ Leitlinien, Rn. 75 und 79.

¹⁴⁶ Das BVerwG hat im Urteil vom 02.04.2008, Rs. 6 C 14.07 auf S. 7 f festgestellt, dass sich der in § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG normierte Beurteilungsspielraum auch auf die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Marktanalyse erstreckt.

¹⁴⁷ So Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2001, § 19 Rn. 54 m.w.N. zum – im Gegensatz zu Artikel 82 EG-Vertrag – sogar einen konkreten Kriterienkatalog enthaltenden § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB.

¹⁴⁸ Vergleiche Dirksen, in: Langen/Bunte, Kartellrecht, 2001, Art. 82 Rn. 37.

¹⁴⁹ Vgl. die Leitlinien, Rn. 75.

¹⁵⁰ Siehe Dirksen in: Langen/Bunte, KartellR, Band 1, 9. Auflage, Art. 82, Rn. 42.

¹⁵¹ Vgl. Möschel in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage, § 19 Rn. 59.

¹⁵² Siehe die Leitlinien, Rn. 75.

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften liefern besonders hohe Marktanteile (über 50 %) ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.¹⁵³ Nach der Rechtsprechung des EuGH befindet sich nämlich ein Unternehmen, das während einer längeren Zeit einen besonders hohen Marktanteil innehat, allein durch den Umfang seiner Produktion und seines Angebots in einer Position der Stärke, „die es zu einem nicht zu übergehenden Geschäftspartner macht und ihm bereits deswegen, jedenfalls während relativ langer Zeit, die Unabhängigkeit des Verhaltens sichert, die für eine beherrschende Stellung kennzeichnend ist; die Inhaber von erheblich geringeren Anteilen wären nicht in der Lage, kurzfristig die Nachfrager zu befriedigen, die sich vom Marktführer abwenden wollte“.¹⁵⁴

Wie auch die EU-Kommission betont, ist bei der Berechnung der Marktgröße und der Marktanteile sowohl der mengen- als auch der wertmäßig berechnete Umsatz eine nützliche Information. Bei Massenprodukten sind Mengenangaben zu bevorzugen, bei differenzierten Produkten sollte der wertmäßige Umsatz und der damit verbundene Marktanteil herangezogen werden, da er die relative Marktstellung und –macht der einzelnen Anbieter besser widerspiegelt.¹⁵⁵

Dieses deckt sich außerdem mit der Rechtsprechung zu § 19 GWB. Die Berechnung nach der Menge ist dann geboten, wenn keine großen Preisunterschiede bestehen, so dass Mengen- und Wertanteil nicht weit auseinanderfallen. Die Berechnung nach den Umsatzerlösen ist vor allem dann notwendig, wenn in dem relevanten Markt gleichartige Erzeugnisse mit sehr unterschiedlichen Abmessungen, gleichartige Waren unterschiedlicher Qualität oder unterschiedlicher Nutzungsdauer einbezogen werden. Hier muss die Berechnung auf Umsatzbasis den Fehler ausgleichen, der durch eine Gleichsetzung von Waren mit erheblich unterschiedlichem Wert entstehen würde.¹⁵⁶ Diese Rechtsprechung ist ohne weiteres auf die Anwendung des europäischen Kartellrechts übertragbar, da die der Rechtsprechung zu Grunde liegende ökonomische Rationalität in beiden Fällen gilt.

Auch wenn aus den vorstehenden Gründen die Marktanteile nach Umsatzerlösen entscheidend sind, betrachtet die vorliegende Untersuchung für ein abgerundetes Bild die Marktanteile nicht nur nach den Umsatzerlösen, sondern auch nach dem Absatz.

Dabei werden ausschließlich die Außenumsätze (und –absätze) der Unternehmen betrachtet. Der Anteil der Innenumsätze (und –absätze) an den Gesamtumsätzen für die hier betrachteten Anschlussleistungen war unbedeutend und konnte daher bereits von den Unternehmen oft nicht erfasst werden.

Für die Berechnungen wurden die Umsätze und Absätze der Unternehmen der DT AG und der Versatel jeweils zusammengefasst.

Für 2005 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen der reinen Anschlusslöhne (ohne sonstige Bestandteile aus Optionstarifen) – gemessen in Umsatzerlösen – in Höhe von [BuG]€, für 2006 in Höhe von [BuG]€ und für das 1. Halbjahr 2007 in Höhe von [BuG]€. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [BuG] %, [BuG]% bzw. [BuG]%.

¹⁵³ Vgl. Leitlinien, Rn. 75 m. w. N. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur zum Teil kritisiert; vgl. beispielsweise, Korah, EC Competition Law and Practice, 1997, S. 91 unter Verweis auf den britischen Fall „Cigarette Filter Rods“. Die Europäische Entscheidungspraxis scheint diese Kritik an der herausragenden Rolle von Marktanteilen bereits zu berücksichtigen. So heißt es etwa in Fußnote 78 der Leitlinien: „Große Marktanteile sind jedoch nur dann als genauer Gradmesser für Marktmacht anzusehen, wenn die Konkurrenten ihre Produktion oder ihre Leistungen nicht in ausreichendem Umfang erhöhen könnten, um den durch die Preiserhöhung des Konkurrenten bedingten Nachfrageumschwung zu decken.“

¹⁵⁴ EuGH-Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, *Hoffmann-La Roche ./. Kommission*, Slg. 1979, S. 461 Rn. 41.

¹⁵⁵ Vgl. Leitlinien, Rn. 76.

¹⁵⁶ Vgl. Langen/Bunte, a.a.O., Art 19 GWB Rn. 69-70.

Das erste Auskunftersuchen hat mindestens 95 % der auf dem Markt tätigen Unternehmen erfasst. Da zusätzlich sowohl die größten Kabelnetzbetreiber als auch Unternehmen hinzugekommen sind, die für die Verbindungen in inländische Fest- und Mobilfunknetze erfasst worden sind, ist davon auszugehen, dass der Anteil höher liegt. Zudem ist die Fluktuation auf dem Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz wesentlich geringer als auf den Verbindungsendkundenmärkten. Daher wird eine Schätzung von 5 Prozentpunkten vorgenommen, durch die sichergestellt ist, dass alle auf dem Markt tätigen Unternehmen erfasst sind. Es wird unterstellt, dass die dort bisher errechneten Marktvolumina insgesamt nur jeweils 95 % des tatsächlichen anzunehmenden Gesamtmarktvolumens (nicht der Schätzung) betragen haben.

Die Schätzgröße von 5 Prozentpunkten fällt für den Anschlussmarkt dieses Mal deutlich höher aus als bei der letzten Marktanalyse, bei der nur eine Schätzung von einem Prozentpunkt vorgenommen wurde. Dies ist darauf zurückzuführen, dass nicht alle auf dem Markt tätigen Unternehmen erfasst worden sind.

Die Berechnung erfolgt hier beispielhaft für die Umsatzerlöse für das Jahr 2005. Aus den vorliegenden Angaben ergibt sich ein Gesamtumsatz in Höhe von [BuG]€. Aufgrund der oben dargestellten Ausführungen wird davon ausgegangen, dass vom Gesamtmarktvolumen (inkl. Schätzungen) fünf Prozentpunkte nicht bekannt sind. Dementsprechend erfolgt die Berechnung des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) wie folgt: Die [BuG] € stellen 95 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) dar. Um 100 % des Gesamtmarktvolumens (inkl. Schätzungen) zu erhalten, müssen zunächst die fehlenden fünf Prozentpunkte berechnet werden. Dies geschieht folgendermaßen: Um 1 % des Gesamtmarktvolumens zu erhalten, wird [BuG]€ durch 95 dividiert. Es ergibt sich ein Betrag von [BuG] €. 5 % sind demnach [BuG]€. Das Gesamtmarktvolumen entspricht demnach [BuG]€ plus [BuG]€, also [BuG]€.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen – gemessen in Umsatzerlösen – für 2005 in Höhe von [BuG]€, für 2006 in Höhe von [BuG]€ und für das 1. Halbjahr 2007 in Höhe von [BuG]€. Für die DT AG ergibt sich für 2005 ein Marktanteil von [BuG]%, für 2006 in Höhe von [BuG]% und für das 1. Halbjahr 2007 in Höhe von [BuG]%. Die wichtigsten Wettbewerber waren [BuG] mit jeweils [BuG]%, [BuG]% bzw. [BuG]% und [BuG] mit jeweils [BuG]%, [BuG]% bzw. [BuG]%. Alle weiteren Wettbewerber blieben auch 2007 deutlich unter [BuG]% Marktanteil.

Tabelle Anschlüsse Außenumsatz

[BuG]

Es zeigt sich, dass die Marktanteile der DT AG nach Umsätzen im betrachteten Zeitraum [BuG]. Dies zeigt sich auch in den relativen Marktanteilen: So beträgt der Abstand zum größten Wettbewerber über den gesamten Zeitraum mindestens [BuG] Prozentpunkte. Der Marktanteil betrug somit im 1. Halbjahr 2007 mehr als das [BuG]fache des größten Wettbewerbers. Keinem der Wettbewerber ist es also gelungen, im betrachteten Zeitraum eine Marktposition aufzubauen, die die DT AG in ihrem Verhalten einschränken könnte. Selbst [BuG] als der größte Wettbewerber hat im 1. Halbjahr 2007 einen Marktanteil von weniger als [BuG]% gehabt.

Für 2005 ergibt sich ein errechnetes Marktvolumen – gemessen in Anschlüssen – in Höhe von [BuG] Anschlüssen, für 2006 in Höhe von [BuG] Anschlüssen und das 1. Halbjahr 2007 in Höhe von [BuG] Anschlüssen. Für die DT AG ergibt sich für die entsprechenden Zeiträume jeweils ein Marktanteil von [BuG]%, [BuG]% bzw. [BuG]%.

Es ergibt sich dann – unter der Berücksichtigung der vorher genannten Schätzung – ein erhöhtes Marktvolumen – gemessen in Anschlüssen – für 2005 in Höhe von [BuG] Anschlüssen, für 2006 in Höhe von [BuG] Anschlüssen und für das 1. Halbjahr 2007 in Höhe von [BuG] Anschlüssen. Für die DT AG ergibt sich für 2005 ein Marktanteil von [BuG]%, für 2006 in Höhe von [BuG]% und für das 1. Halbjahr 2007 in Höhe von [BuG]%. Die wichtigsten Wettbewerber waren [BuG] mit jeweils [BuG] %, [BuG] % bzw. [BuG]%, [BuG] mit jeweils [BuG] %, [BuG] % bzw. [BuG]% und [BuG] mit [BuG]%, [BuG]% bzw. [BuG]%. Alle weiteren Wettbewerber blieben auch im 1. Halbjahr 2007 unter [BuG] % Marktanteil.

Tabelle Anschlüsse Außenabsatz

[BuG]

Auch bei den Absätzen sind die Marktanteile der DT AG im betrachteten Zeitraum [BuG]. Sie hat damit auch bei den Absätzen weiterhin eine überragende Marktposition. Der Abstand zum größten Wettbewerber beträgt über den gesamten Zeitraum mindestens [BuG] Prozentpunkte. Der Marktanteil betrug somit im 1. Halbjahr 2007 fast das [BuG]fache des größten Wettbewerbers. Keinem der Wettbewerber ist es also gelungen, im betrachteten Zeitraum eine Marktposition aufzubauen, die die DT AG in ihrem Verhalten einschränken könnte. Selbst [BuG] als der größte Wettbewerber hat im 1. Halbjahr 2007 lediglich einen Marktanteil von knapp [BuG]% gehabt.

Die hohen Marktanteile und die daraus folgende überragende Marktposition sind bereits ein starkes Indiz dafür, dass die DT AG sich in erheblichem Maße unabhängig von den Wettbewerbern und den Endkunden verhalten kann. Auch in einer dynamischen Betrachtung ist nicht davon auszugehen, dass sich die Marktanteile der DT AG in den nächsten zwei Jahren spürbar verringern werden bzw. auch nur einer der Wettbewerber eine solche Position erlangen könnte, die ausreichend stark ist, um die DT AG in ihrem Verhalten einzuschränken.

Keinem der Wettbewerber ist es gelungen, seinen Marktanteil bei den Zugängen zum öffentlichen Telefondienst so weit zu steigern, dass er damit die Position der DT AG auch nur geringfügig einschränken könnte. Insgesamt ist der Restmarkt stark zersplittert. Auch der größte Wettbewerber hat kaum mehr als einen Nischenanteil. Daher wäre selbst bei einer Intensivierung des Wettbewerbs nicht davon auszugehen, dass er innerhalb des Beurteilungszeitraums eine Position erlangen könnte, mit der er den Spielraum der DT AG auch nur beschränken könnte.

II. Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur/vertikale Integration

Die DT AG ist ein vollständig vertikal integriertes Unternehmen und verfügt als einziger Telekommunikationsanbieter in Deutschland über ein flächendeckendes Festnetz, das sich im Anschlussbereich bis zu nahezu jedem Haushalt erstreckt und den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ermöglicht. Als einziger Festnetzanbieter ist die DT AG daher in der Lage, ihren Endkunden Anschlüsse fast ausschließlich auf der Basis eigener Infrastruktur anzubieten.

Eine solche Infrastruktur bundesweit zu duplizieren, ist für andere Anbieter selbst mittelfristig nicht möglich und auch nicht wirtschaftlich sinnvoll. Sofern andere Festnetzbetreiber eigene Vorleistungsinfrastruktur aufbauen, geschieht dies entweder durch Erschließung der Hauptverteiler (und Anmietung des Zugangs zur TAL bei der DT AG) oder aber bei Erschließung der einzelnen Haushalte/Unternehmen lediglich regional begrenzt. Zumindest im Hinblick auf die Haushalte ist aber der entscheidende Grund für den Ausbau i.d.R. nicht die Bereitstellung des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz, sondern das Angebot von (hochwertigen) Breitbandinternetdiensten. Der Zugang zum öffentlichen Telefonnetz ist in solchen Fällen nur ein Nebenprodukt, das alleine nicht den Ausschlag für den Ausbau geben würde.

Auch die Breitbandkabelnetze stellen derzeit noch keine vergleichbare Infrastruktur dar. So haben hier die Kabelnetzbetreiber eine regionale Verbreitung. Vor allem waren und sind noch erhebliche Investitionen notwendig, um diese Kabelnetze rückkanalfähig zu machen. Von entscheidender Bedeutung ist allerdings, dass die großen Kabelnetzbetreiber anders als die DT AG teilweise nur indirekt auf Endkunden zurückgreifen können, da in Deutschland die Netzebene 4 nicht vollständig in der Hand der großen Kabelnetzbetreiber liegt (vgl. I.I).

Die Kontrolle über die einzigartige Vorleistungsinfrastruktur sowie die damit zusammenhängende vertikale Integration der DT AG sprechen ebenfalls für beträchtliche Marktmacht.

III. Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Zu den im Rahmen der Marktanalyse relevanten Kriterien zählt, wie im Anhang dargestellt, die Frage des im Vergleich zu anderen Wettbewerbern leichten oder privilegierten Zugangs zu Kapitalmärkten und die finanziellen Ressourcen.

Die Ermittlung der Finanzkraft eines Unternehmens sollte auch Verbindungen und Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem multinationalen Konzern, berücksichtigen. Diese kann tendenziell die Marktposition eines Marktführers noch verstärken, weil dieser auf die gesamten Ressourcen des Unternehmens zurückgreifen kann.¹⁵⁷

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

Der Konzernumsatz der DT AG belief sich im Jahr 2005 auf 56,6 Mrd. €, im Jahr 2006 auf 61,3 Mrd. € und im Jahr 2007 auf 62,5 Mrd. €. Davon entfielen jeweils 25,6 Mrd. €, 24,2 Mrd. € bzw. 22,7 Mrd. € auf die Festnetzsparte (derzeit T-Home und T-Systems) in Deutschland.

Kabel Baden-Württemberg hatte im Jahr 2005 einen Umsatz von 254,6 Mio. €, im Jahr 2006 von 288,8 Mio. € und im Jahr 2007 von 371 Mio. €.

Kabel Deutschland hatte im Jahr 2005 einen Umsatz von 1,0 Mrd. €, im Jahr 2006 von 1,1 Mrd. € und im Jahr 2007 von 1,1 Mrd. €.

NetCologne hatte im Jahr 2005 einen Unternehmensumsatz von 207,3 Mio. €, im Jahr 2006 von 245,3 Mio. € bzw. im Jahr 2007 von 286,5 Mio. €.

Telecom Italia verzeichnete einen Konzernumsatz von 29,9 Mrd. € im Jahr 2005, von 31,9 Mrd. € im Jahr 2006 bzw. 31,8 Mrd. € im Jahr 2007. Davon entfielen auf die Konzerntochter HanseNet Telekommunikation GmbH jeweils 296,0 Mio. €, 528 Mio. € bzw. 1,1 Mrd. €.

Der Umsatz der Unity-Media-Gruppe betrug im Jahr 2005 534,8 Mio. € und im Jahr 2006 558,2 Mio. €.

Der Gesamtumsatz der Versatel betrug im Jahr 2005 556,7 Mio. €, im Jahr 2006 589,0 Mio. € und im Jahr 2007 700,6 Mio. €.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. 322/81, Urteil vom 09.11.1983 – Michelin, Slg. 1983, 3461 (3511); Urteil vom 03.07.1991 – AKZO II, Slg. 1991 I, 3359 (3453); weitere Nachweise bei: Schröter, in: Schröter/Jakob/Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Art. 82 Rn.114 (Fn. 479).

Die Vodafone Gruppe¹⁵⁸ hatte einen Konzernumsatz von 43,0 Mrd. € im Geschäftsjahr 2005/2006, von 45,9 Mrd. € im Geschäftsjahr 2006/2007 bzw. von 38,5 Mrd. € im Geschäftsjahr 2007/2008. Die zugehörige Arcor AG & Co. KG verzeichnete einen Umsatz von jeweils 1,8 Mrd. €, 2,1 Mrd. € bzw. 2,3 Mrd. €¹⁵⁹.

Es zeigt sich, dass es neben der DT AG mit den Unternehmen Arcor und HanseNet und ihren Konzernobergesellschaften zumindest zwei weitere finanzstarke Wettbewerber gibt, die auf dem sachlich relevanten Markt vertreten sind.

Allerdings besitzt die DT AG in Deutschland die Kontrolle über eine einzigartige Infrastruktur (vgl. J.II). Um ein solches Netz auch nur in Teilen zu duplizieren, müssten die Wettbewerber der DT AG über eine erheblich stärkere Finanzkraft verfügen als die DT AG. Selbst für den Zugang zur TAL müssen von den Wettbewerbern noch erhebliche Investitionen zur Entbündelung der entsprechenden Hauptverteiler geleistet werden. Die DT AG hingegen hat für den Bereich des Zugangs zum öffentlichen Telefonnetz nur noch Investitionen im geringen Umfang zu tätigen, z.B. für den Ausbau in Neubaugebieten.

Anders als die Teilnehmernetzbetreiber verfügen die Kabelnetzbetreiber in ihren jeweiligen Verbreitungsgebieten zwar bereits über ein Netz, das auch für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz genutzt werden kann. Jedoch waren bereits und sind noch erhebliche Investitionen nötig, z.B. um die restlichen Breitbandkabelnetze rückkanalfähig zu machen. Angesichts der vergleichsweise geringeren Finanzkraft der Kabelnetzbetreiber hat die DT AG auch hier Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern.

Die DT AG ist der Ansicht, dass es nicht auf die Betrachtung ankommen kann, dass „überragende Finanzkraft“ notwendig wäre, um die Infrastrukturvoraussetzungen der DT AG durch Erschließung der Hauptverteiler aufzuholen. Selbst wenn dieser Aspekt als zulässig anerkannt würde, sei darauf hinzuweisen, dass es mind. drei Unternehmen mit jeweils vergleichbarer, wenn nicht gar international größerer Bedeutung, Netzinfrastruktur und Finanzkraft als die DT AG geben würde: Das Unternehmen Arcor sei eine Tochtergesellschaft der Vodafone, die über zahlreiche Mobilfunknetze in verschiedenen Ländern verfüge. Das Unternehmen HanseNet sei eine Tochtergesellschaft der Telekom Italia, die in ihrem heimischen Markt Italien über ein vergleichbares Netz verfüge wie die DT AG in Deutschland. Das Unternehmen Telefonica Deutschland sei eine Tochtergesellschaft der Telefonica, die in ihrem heimischen Markt Spanien und verschiedenen südamerikanischen Ländern über vergleichbare Netze wie die DT AG in Deutschland verfüge. Daher sei das Kriterium allenfalls als neutral zu bezeichnen.

Die DT AG erläutert nicht, warum der für das Angebot auf diesem Markt notwendige Aufbau an Vorleistungsinfrastruktur im Rahmen der Finanzkraft kein Kriterium sein soll. Die Finanzkraft eines Unternehmens spielt nämlich vor allem dann eine Rolle, wenn umfangreiche Investitionen getätigt werden müssen. Dies ist für den vorliegenden Anschlussmarkt der Fall.

Zudem erschließt sich nicht, warum die Netzinfrastruktur anderer Anbieter von Bedeutung sein soll, wenn sie – wie im Fall von Vodafone – entweder eine Mobilfunkinfrastruktur ist und somit den sachlich relevanten Markt nicht tangiert oder – wie in allen drei Fällen – diese Infrastruktur außerhalb Deutschlands liegt und somit den räumlich relevanten Markt nicht tangiert. Da es sich um eine Netzinfrastruktur handelt, ist eine Angebotsumstellungsflexibilität in Bezug auf geografische Märkte nicht vorhanden. Daher können die genannten Unternehmen ihre Infrastruktur in anderen Ländern bzw. anderen sachlich relevanten Märkten auch nicht nutzen, um damit den deutschen Anschlussmarkt zu erschließen.

¹⁵⁸ Das Geschäftsjahr endet am 31.03. des jeweiligen Jahres.

¹⁵⁹ Das Geschäftsjahr endet am 31.03. des jeweiligen Jahres.

Daher spricht die Finanzkraft der DT AG auf dem zu betrachtenden Markt für beträchtliche Marktmacht.

IV. Marktzutrittsschranken

Diese Kriterien sind im Rahmen des 3-Kriterien-Tests detailliert behandelt worden (vgl. dazu Kapitel I.1). Im Ergebnis ist dabei festgestellt worden, dass es für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten erhebliche und anhaltende Marktzutrittsschranken gibt.

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

V. Tatsächlicher und potenzieller Wettbewerb

Beim Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten handelt es sich um einen gesättigten Markt. Anbieter können Neukunden nur gewinnen, in dem sie Bestandskunden anderer Anbieter abwerben. Da derzeit noch über **[BuG]** aller Anschlüsse bei der DT AG liegen, bedeutet dies, dass Wettbewerber versuchen müssen, deren Kunden abzuwerben. Dafür sind in hohem Maße Marketingkosten erforderlich, um den Kunden auf das Angebot der Wettbewerber aufmerksam zu machen und eine Markenbindung zu erlangen.

Die Markenbindung dürfte gerade im Bereich der hier betrachteten Anschlüsse, indem sich die Kunden i.d.R. für einen längeren Zeitraum an einen neuen Anbieter binden (und darüber hinaus auch für alle weiteren Leistungen über diesen Anschluss), eine große Rolle spielen. Das zeigt sich vor allem darin, dass (auch bereits in der vorherigen Analyse) die Wettbewerber über Betreiber(vor)auswahl erheblich höhere Marktanteile auf den Verbindungsmärkten erzielen konnten, als dies auf dem Anschlussmarkt der Fall war. Da die DT AG traditionell eine gute Reputation hat und überdies über ihre Telefonrechnungen an die große Zahl der Bestandskunden auch eine gute Möglichkeit hat, für ihre Marke und Produkte zu werben, hat sie hier eindeutige Vorteile gegenüber den Wettbewerbern.

Auch wenn sich hier der Wettbewerb auf dem hier vorliegenden Markt innerhalb des Betrachtungszeitraums allmählich beschleunigt hat, kann nicht unbedingt davon ausgegangen werden, dass dieser Trend in diesem Maße weiter anhält. Bei der vorherigen Marktanalyse für die Märkte Nr. 1-6 hat sich gezeigt, dass die Endkunden gerade im Bereich der Anschlüsse keine große Wechselbereitschaft zeigen, obwohl sie bei den Verbindungsleistungen schon in erheblichem Maße auf andere Wettbewerber zurückgegriffen haben.¹⁶⁰

Es ist daher davon auszugehen, dass ein hoher Anteil derjenigen Kunden, die innerhalb des Betrachtungszeitraums ihren Anschlussanbieter gewechselt haben, bis dahin bereits über Betreiber(vor)auswahl Erfahrung mit anderen Telekommunikationsanbietern gemacht hat. Dies wird durch die rückläufigen Zahlen belegt.¹⁶¹ In Zukunft muss sich daher zeigen, inwieweit es den Wettbewerbern gelingt, auch andere Kunden der DT AG mit ihren Produkten anzusprechen.

Die derzeit am Markt beworbenen Produkte sind in zunehmendem Maße Bündelprodukte bzw. modulare Produkte, bei denen der Kunde die Bündel selbst zusammenstellen kann. Dabei ist festzustellen, dass diese Bündel in nahezu allen Fällen neben dem Schmalbandanschluss einen DSL-Zugang enthalten oder Komplettanschlüsse sind. Hauptgrund für den Wechsel des Anschlusses dürfte daher für die Mehrzahl der Kunden die Möglichkeit sein,

¹⁶⁰ Vgl. dazu auch Kapitel I.II.2.

¹⁶¹ Vgl. I.II.2.

preisgünstig auch einen breitbandigen Internetanschluss zu erwerben. Die Wechselbereitschaft ist somit gerade nicht von den hier betrachteten schmalbandigen Anschlüssen getrieben. Somit bleibt abzuwarten, ob es den Wettbewerbern auch gelingt, solche Endkunden anzusprechen, die keinen Bedarf für einen (zusätzlichen) breitbandigen Anschluss haben.

Die DT AG führt in ihrer Stellungnahme aus, dass die Bundesnetzagentur erneut eine besondere Wechselbereitschaft aufgrund des Zusatznutzens „Nutzung des (breitbandigen) Internets“ feststelle. Wäre richtigerweise ein eigener Markt für Bündelprodukte abgegrenzt worden, so hätte sie gerade in diesem Bereich Wettbewerb feststellen müssen.

Zur Frage der Marktabgrenzung wird hier nochmals auf Kapitel H.I.4. verwiesen. Ob es keine beträchtliche Marktmacht der DT AG gegeben hätte, wenn ein eigener Markt für Bündelprodukte abgegrenzt worden wäre, kann kaum anhand eines einzelnen Kriteriums festgestellt werden, zumal auch die DT AG diese Produkte anbietet, d.h., die Endkunden müssen nicht zu einem Wettbewerber wechseln, um solche Produkte in Anspruch nehmen zu können. Im Übrigen hat die DT AG von Juli 2007 bis Februar 2008 alleine für den neu eingeführten (Bündel-)Tarif Call&Surf Comfort mehr als **[BuG]** Kunden gewinnen können. Das sind **[BuG]**, als alle Wettbewerber zusammen an neuen Endkunden im Schmalbandbereich im Jahr 2007 haben gewinnen können.

Selbst wenn sich der derzeitige Trend in gleichem Maße fortsetzt, wird der Wettbewerb innerhalb des Betrachtungszeitraums nicht so stark sein, dass die Position der DT AG dadurch gefährdet würde. Insbesondere ist nicht abzusehen, dass einer der Wettbewerber eine Position erlangen könnte, die das Verhalten der DT AG auf dem vorliegenden Markt einschränken könnte.

Die DT AG weist in ihrer Stellungnahme auf ihre hohen Anschlussverluste hin. Offenbar gelinge es den Wettbewerbern, Kunden von der DT AG abzuwerben. Eine Abschwächung der Entwicklung sei nicht abzusehen.

Auch die neuen Erkenntnisse (vgl. ausführlich Kapitel I.II.2.) belegen, dass sich die Anschlussverluste der DT AG abschwächen. Daher ist erst recht nicht davon auszugehen, dass innerhalb des Beurteilungszeitraums ein Wettbewerber seine Marktposition so weit ausbauen kann, dass er das Verhalten der DT AG spürbar einschränken kann.

Daher spricht auch der potenzielle Wettbewerb in der dynamischen Analyse für beträchtliche Marktmacht der DT AG.

VI. Fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht

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

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

einzelne Endkunde als Preisnehmer i.d.R. gerade nicht die Möglichkeit, den Preis selbst zu beeinflussen.

Die DT AG bietet als einziges Unternehmen Telefonanschlüsse flächendeckend in Deutschland an. Alle anderen Wettbewerber sind entweder regionale Anbieter oder bundesweite Anbieter, die jedoch Telefonanschlüsse nicht annähernd flächendeckend anbieten. Derzeit kann davon ausgegangen werden, dass es eine Wahlmöglichkeit nur für gut zwei Drittel der Haushalte gibt.¹⁶² In den übrigen Gebieten ist die DT AG der einzige Anbieter. Somit haben die Endkunden in diesen Gebieten keine Möglichkeit, zu einem anderen Anschlussanbieter zu wechseln.

Selbst in Gebieten, in denen es mehrere Anschlussanbieter gibt, ist die entgegengesetzte Nachfragemacht eingeschränkt. Sofern die DT AG die Preise für den Telefonanschluss kurzfristig erhöhen würde, wären die konkurrierenden Unternehmen mangels ausreichender eigener Kapazitäten nicht in der Lage, den Bedarf der wechselwilligen Endkunden kurzfristig zu decken.

So hat z.B. im vergangenen Jahr eine größere Anzahl von Endkunden teilweise nur mit erheblichen Verzögerungen ihren Anschluss von der DT AG zu einem Wettbewerber wechseln können, weil es bei der DT AG aufgrund des hohen Nachfrageanstiegs der TAL zu einem Rückstau bei TAL-Umschaltungen gekommen ist. Solche Probleme verringern die Nachfragemacht und möglicherweise sogar die Wechselbereitschaft der Endkunden.

Insgesamt hat der einzelne Endkunde i.d.R. nicht die Möglichkeit, den Preis direkt zu beeinflussen. Eine Reaktion des marktanteilsstarken Unternehmens erfolgt höchstens dann, wenn eine Vielzahl von Endkunden gleichermaßen von ihren vorhandenen Ausweichmöglichkeiten Gebrauch machen. Dies kann aber vom einzelnen Endkunden (selbst wenn es sich dabei um ein größeres Unternehmen handelt) weder beeinflusst noch koordiniert werden. Ein einzelner Endkunde kann somit gerade keine Nachfragemacht ausüben.

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

VII. Produktdifferenzierung

Ein breites Produktsortiment kann ebenfalls Wettbewerbsvorteile mit sich bringen.¹⁶³ Dazu gehört insbesondere das Angebot der in B.II. beschriebenen Komplettpakete bzw. Ergänzungsbausteine (z.B. Pauschaltarife). Ein solches Angebot ist nur möglich, wenn ein Anbieter hinreichend diversifiziert ist.

Pakete, die die Nutzung verschiedener Leistungen ermöglichen, oder unterschiedliche Modelle von Preisen und anderen Konditionen bieten, werden derzeit von allen Teilnehmer-netzbetreibern bzw. Kabelnetzbetreibern angeboten. Dies hängt vor allem mit den Kundenpräferenzen zusammen. So zeichnet sich seit etwa 2006 ein Trend zu Komplettangeboten ab. Dabei sind es vor allem solche Pakete, bei denen ein Schmalbandanschluss zusammen mit einem DSL-Anschluss sowie Pauschaltarifen für die Internetnutzung und Verbindungen in nationale Festnetze enthalten sind. Für den Endkunden haben Komplettangebote den Vorteil, dass er – zumindest für die im Paket abgedeckten Leistungen – einen transparenten Preis und die volle Kostenkontrolle hat. Sofern er keine Leistungen außerhalb des Paketes in Anspruch nimmt, kommen auch keine weiteren Kosten auf ihn zu. Ferner ist der Preis für das Komplettpaket häufig günstiger als der Preis für die einzelnen Leistungen. Auch entfällt die angesichts ständig wechselnder Tarife zeitaufwändige Suche, welcher Call-by-Call-Anbieter gerade die günstigsten Preise anbietet.

¹⁶² Vgl. Tätigkeitsbericht 2006/2007 für den Bereich der Telekommunikation der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bonn, Dezember 2007, S. 33.

¹⁶³ Leitlinien, Rn. 78; vergleiche Dirksen, in: Langen/Bunte, a.a.O., Rn. 55. m.w.N.

Auch für größere und große Nutzer gibt es eine Vielzahl von Angeboten, angefangen von eher standardisierten Produkten bis hin zur Angebotserstellung im Rahmen von Ausschreibungen. Hierbei hat sich gezeigt, dass kleinere – häufig regionale – Anbieter oftmals nicht in der Lage sind, Angebote für (bundesweit tätige) Großkunden zu erstellen.

Zunehmend zeigt sich aber auch ein Trend zur Individualisierung der Angebote, und zwar nicht nur bei Großkunden, sondern auch bei Privatkunden und kleinen Geschäftskunden. Dieser Trend wird von den Anbietern dadurch bedient, dass es bestimmte Basispakete gibt, zu denen die Endkunden nach dem Baukastenprinzip weitere Elemente auswählen können. Dies können weitere Pauschaltarife (z.B. für Verbindungen ins Ausland), Hardware oder auch Sicherheits- oder Filmpakete sein.

Die meisten Anschlussanbieter haben darauf hingewiesen, dass Paketangebote derzeit eine große Bedeutung für das Bestehen auf dem Endkundenmarkt insgesamt hätten. Der Wettbewerb habe sich in dem Bereich erheblich intensiviert, nicht zuletzt aufgrund der besseren Vergleichbarkeit der Angebote.

Die DT AG bietet das größte Portfolio an unterschiedlichen Paketen an, da sie das am stärksten diversifizierte Telekommunikationsunternehmen in der Bundesrepublik Deutschland ist. Allerdings bietet auch die Mehrzahl der anderen Unternehmen ein größeres Portfolio mit teilweise ähnlichen Tarifen an. Dies zeigt, dass die DT AG in diesem Bereich zumindest keinen signifikanten Vorsprung gegenüber den Wettbewerbern hat.

Daher ist dieses Kriterium neutral zu werten.

VIII. Weitere Kriterien

Im vorliegenden Zusammenhang sind die sonstigen in den Leitlinien erwähnten Kriterien ohne weiteren Belang. Es liegen gegenwärtig keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesamtgröße des Unternehmens, technologische Vorteile oder Überlegenheit oder Kostensparnisse aufgrund von Größen- oder Verbundvorteilen über die bereits genannten Gesichtspunkte hinaus von maßgeblicher Bedeutung für das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer beträchtlichen Marktmacht der DT AG auf dem hier untersuchten Markt sein könnten.

IX. Gesamtschau und Ergebnis

In der Gesamtschau der oben untersuchten Kriterien wird deutlich, dass auf dem hier betrachteten Markt für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz kein wirksamer Wettbewerb im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 1 TKG besteht. So sprechen die Marktanteile, die Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur, die vertikale Integration, die Finanzkraft, die Marktzutrittschranken, der (fehlende) potenzielle Wettbewerb sowie die fehlende ausgleichende Nachfragemacht für beträchtliche Marktmacht. Das Kriterium der Produktdifferenzierung ist neutral zu werten. Somit sprechen nahezu alle relevanten Kriterien für beträchtliche Marktmacht. Hingegen spricht kein einziges Kriterium gegen beträchtliche Marktmacht.

Die Deutsche Telekom AG verfügt auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht. Sie nimmt eine der Beherrschung gleichkommende Stellung ein, das heißt eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihr gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten. Es ist auch nicht erkennbar, dass sich dies innerhalb des Beurteilungszeitraums ändern könnte.

K. Nennung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht

Auf dem regulierungsbedürftigen relevanten bundesweiten Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten, mit Ausnahme derjenigen Zugangsleistungen, die im Rahmen von Gesamtverträgen mit einem einzelnen Kunden und einem Jahresumsatz von mehr als einer Million € ohne Mehrwertsteuer (d.h. netto) erbracht werden, verfügen das Unternehmen Deutsche Telekom AG und die mit ihm verbundenen Unternehmen (§ 3 Nr. 29 TKG), derzeit insbesondere die Unternehmen congstar GmbH und die Unternehmen der T-Systems Gruppe, im Sinne des § 11 TKG über beträchtliche Marktmacht.

Bonn, den 28.04.2009

Kindler
(Beisitzer)

Kurth
(Vorsitzender)

Dr. Henseler-Unger
(Beisitzerin und
Berichterstatterin)

BK 1-07/012

L. Anhang 1: Tabellarische Übersicht

M. Anhang 2: Stellungnahmen der Unternehmen