

**Konsultationsentwurf einer Verwaltungsvorschrift (VV) der Bundesnetzagentur
für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen gemäß
§ 15a Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG)**

Grundlagen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, der Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze der Regulierung, des Drei-Kriterien-Tests sowie der Prüfung von beträchtlicher Marktmacht der Festlegungen der Präsidentenkammer gemäß § 132 Abs. 4 i. V. m. §§ 10, 11 TKG

Inhaltsverzeichnis

A.	Einleitung.....	2
B.	Marktdefinition, Ziele und Grundsätze in der Regulierung.....	4
B.1	Allgemeine Grundlagen.....	4
B.2	Hauptkriterien für die Marktabgrenzung.....	6
B.3	Sachliche Marktabgrenzung im Besonderen.....	7
B.3.I.	Nachfragesubstituierbarkeit.....	7
B.3.II.	Angebotssubstituierbarkeit.....	9
B.3.III.	Homogene Wettbewerbsbedingungen.....	9
B.4	Räumliche Marktabgrenzung im Besonderen.....	10
C.	Drei-Kriterien-Test.....	12
D.	Beträchtliche Marktmacht.....	16
	– Beträchtliche Marktmacht eines einzelnen Unternehmens..	16
	– Gemeinsame beträchtliche Marktmacht von Unternehmen.	22
	– Übertragung von Marktmacht auf Nachbarmärkte.....	23
Anlage	Übersicht der Marktkategorien.....	24

A. Einleitung

1. § 15a des Telekommunikationsgesetzes (TKG) enthält die ausdrückliche Ermächtigung für die Bundesnetzagentur zum Erlass von Regulierungskonzepten in Form von Verwaltungsvorschriften. Auf Grundlage des § 15a Abs. 1 TKG kann die Bundesnetzagentur zur Verfolgung einheitlicher Regulierungskonzepte i. S. v. § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG in Form von Verwaltungsvorschriften ihre grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden für die Marktdefinition nach § 10 TKG, die Marktanalyse nach § 11 TKG und die Regulierungsverfügungen für einen bestimmten, mehrere Marktregulierungszyklen nach § 14 Abs. 2 TKG umfassenden Zeitraum beschreiben, vgl. hierzu auch Art. 8 Abs. 5 lit. a und d der Rahmenrichtlinie (RRL)¹.

2. Das hier vorliegende Regulierungskonzept der Bundesnetzagentur beschreibt die Grundlagen der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung (Marktdefinition), der Berücksichtigung der Ziele und Grundsätze der Regulierung, des Drei-Kriterien-Tests sowie der Prüfung von beträchtlicher Marktmacht (Marktanalyse), soweit sie für die Festlegungen der Präsidentenkammer nach § 132 Abs. 4 i. V. m. §§ 10 und 11 TKG maßgeblich sind.

3. In dieses Regulierungskonzept sind neben juristischen und ökonomischen Erkenntnissen insbesondere die Fallpraxis und die Erfahrung der Bundesnetzagentur sowie die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln und des Bundesverwaltungsgerichts eingeflossen. Vor dem Hintergrund einer weit fortgeschrittenen Konvergenz des europäischen Regulierungsrahmens sind auch die Rechtsprechung der europäischen Gerichte und die Entscheidungen und Leitlinien der Europäischen Kommission² vom Anwender dieses Regulierungskonzepts zu beachten. So werden hier – soweit erforderlich – auch entsprechende Entscheidungen der Europäischen Kommission im Rahmen des Regulierungskonzepts berücksichtigt.

4. Die Verwaltungsvorschrift stellt abstrakt-generell dar, welche Methoden und Herangehensweisen die Bundesnetzagentur im Bereich der Marktdefinition und Marktanalyse anzuwenden beabsichtigt. Aufgrund der Komplexität und Vielfalt der zu untersuchenden Märkte kann diese Darstellung zwar regulatorische Grundsätze beschreiben, jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Sie ist keine Verordnung im rechtlichen Sinn und hat somit keinen unmittelbar regelnden Charakter, sondern strukturiert das Behördenhandeln. Mit der Bestimmung des relevanten Markts und der Marktanalyse bezieht sie sich auf Regelungsgegenstände, die zwar grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegen. Subjektive Rechte leiten sich aus dieser Verwaltungsvorschrift jedoch nicht ab.

Die Bundesnetzagentur strebt allerdings an, auf Grundlage der im Folgenden dargestellten Methoden und Herangehensweisen den ihr im Rahmen der Festlegung der Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse zustehenden Beurteilungsspielraum auszuüben. Im Rahmen ihrer Kompetenzen stellt die Bundesnetzagentur auch sicher, dass sie im Rahmen der internen Entscheidungsfindung den hier getroffenen Vorgaben Folge leistet, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen, eine geänderte Rechtsprechung oder ein atypischer Fall anderes erfordern (gewisse Selbstbindung). Die konkrete Ausgestaltung des Marktanalyseverfahrens hängt untrennbar mit den im Einzelfall zu analysierenden Marktverhältnissen zusammen. Nicht in jeder Festlegung der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur spielen sämtliche

¹ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie – RRL), ABl. EG L 108 v. 24.4.2002, S. 33 ff, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2009/140/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, der Richtlinie 2002/19/EG über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung und der Richtlinie 2002/20/EG über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EU L 337 v. 18.12.2009, S 37 ff.

² Marktanalyseleitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG C 165 v. 11.7.2002, S. 6 ff. (Marktanalyseleitlinien). Sie beruhen unter anderem auf der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Union (97/C 372/03), ABl. EG C 372 v. 9.12.1997, S. 5 ff. (Bekanntmachung).

dargestellten Kriterien eine Rolle oder haben die gleiche Bedeutung. Zudem kann auch eine Weiterentwicklung des hier dargelegten Regulierungskonzepts infolge künftiger Entscheidungen in Einzelfällen geboten sein. Insofern erhebt das Regulierungskonzept keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

5. Die Verwaltungsvorschrift bewirkt – wie unter Punkt 4 bereits dargelegt – vielmehr eine gewisse Selbstbindung der Bundesnetzagentur bei ihrer Regulierungspraxis. Die in der Verwaltungsvorschrift genannten Grundsätze dienen der Bewertung der konkreten Marktverhältnisse in den jeweiligen Einzelfallentscheidungen. Gleichzeitig bleiben die Festlegungen der Präsidentenkammer der Bundesnetzagentur jedoch offen für Stellungnahmen und Empfehlungen der Europäischen Kommission, des GEREK³ und der nationalen Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten, wie sie etwa im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens nach § 12 Abs. 2 TKG, im Rahmen des Verfahrens nach § 13 Abs. 4 TKG und nach der GEREK-Verordnung⁴ eingehen. Sofern in diesen Stellungnahmen, Empfehlungen etc. von dieser Verwaltungsvorschrift abweichende Aussagen enthalten sind, bilden sie einen sachlichen Grund für die Bundesnetzagentur von der durch diese Verwaltungsvorschrift veranlassenen Verwaltungspraxis abzuweichen. Dies ergibt sich bereits daraus, dass den entsprechenden Äußerungen der Europäischen Kommission, des GEREK und der Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten nach den Richtlinienvorgaben (z. B. Artt. 7 Abs. 7, 7a Abs. 1 und 7, 15 Abs. 3, 16 Abs. 1 und 19 Abs. 2 RRL), dem TKG (z. B. §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 3, 12 Abs. 2 Nr. 2 und 123a Abs. 3 TKG) und der GEREK-Verordnung (Art. 3 Abs. 3 GEREK-VO) entweder weitestgehend Rechnung zu tragen ist oder Abweichungen zumindest begründungsbedürftig sind. Die Festlegungen der Präsidentenkammer ergehen in den Fällen der §§ 10 und 11 TKG im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt.⁵

³ Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK).

⁴ Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) und des Büros, ABl. EU L 337 v. 18.12.2009, S. 1 ff. (GEREK-VO).

⁵ Eine Übersicht der folgenden beispielhaft angeführten Märkte ist in der Anlage dieses Dokuments enthalten.

B. Marktdefinition, Ziele und Grundsätze in der Regulierung

B.1 Allgemeine Grundlagen

In § 10 Abs. 1 TKG wird gemäß dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 10.05.2012 nunmehr klargestellt, dass im Rahmen der Marktdefinition die Ziele und Grundsätze des § 2 Abs. 2 und 3 TKG zu berücksichtigen sind. Der Verweis auf § 2 TKG insgesamt unter ausdrücklicher Nennung nur der Ziele entspricht der Vorgehensweise in den Richtlinienvorgaben. Da bei der Verfolgung der Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG die Regulierungsgrundsätze des § 2 Abs. 3 TKG anzuwenden sind, hat die Bundesnetzagentur aber immer sowohl die Regulierungsziele als auch die Regulierungsgrundsätze zu berücksichtigen.⁶

Zu den mit der Regulierung verfolgten Zielen gehören die Wahrung der Nutzerinteressen, insbesondere jener der Verbraucher, die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung eines solchen auch unter dem Gesichtspunkt der Barrierefreiheit, die Förderung des europäischen Binnenmarkts, die Sicherstellung von Universaldienstleistungen, die Beschleunigung des Ausbaus von NGN⁷, die Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen, die Sicherstellung einer rechtmäßigen Nutzung von Frequenzen unter Berücksichtigung des Rundfunks, die Gewährleistung der effizienten Nutzung von Nummerierungsressourcen und die Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit. Diese Ziele werden von der Bundesnetzagentur durch Anwendung von objektiven, transparenten, nicht diskriminierenden und verhältnismäßigen Regelungsgrundsätzen verfolgt. Da eine so ausgerichtete Regulierung sich immer auf das im Vorfeld durchgeführte Marktanalyseverfahren stützen können muss, werden die beschriebenen Ziele und Grundsätze der Regulierung bereits bei der Marktabgrenzung und der Marktdefinition berücksichtigt, um eine kohärente Grundlage für das folgende Regulierungsverfahren zu bilden.

Die Definition eines Markts ist kein automatischer oder abstrakter Vorgang, sondern basiert auf den jeweiligen Marktverhältnissen und stellt somit immer eine Einzelfallentscheidung dar. Für eine vorausschauende Marktanalyse ist ein dynamischer und kein statischer Ansatz erforderlich. Insofern beabsichtigt die Bundesnetzagentur, möglichst alle Informationen und Feststellungen sowie Untersuchungen oder Berichte, die sich mit den Wettbewerbsbedingungen in den Telekommunikationsmärkten befassen, als Ausgangspunkt für die Anwendung der §§ 10 f. TKG und die Durchführung einer vorausschauenden Marktanalyse heranzuziehen.

Die Bundesnetzagentur hat unter Berücksichtigung der Empfehlung⁸ und der Marktanalyseleitlinien die sachlich und räumlich relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts abzugrenzen, § 10 Abs. 1 und 2 S. 3 TKG i. V. m. Art. 15 Abs. 3 RRL. Als Empfehlung im Sinne von Artt. 288 Abs. 5 und 292 S. 4 AEUV⁹ besitzt die Märkte-Empfehlung zwar keine originäre Rechtsverbindlichkeit. Doch entspricht es generell der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), dass Empfehlungen der Europäischen Kommission einer gesteigerten Berücksichtigungspflicht durch nationale Behörden und Gerichte unterliegen, wenn sie Aufschluss über die Auslegung zur Durchführung von Unionsrecht erlassener innerstaatlicher Rechtsvorschriften geben oder wenn sie verbindliche unionsrechtliche Vorschriften ergänzen sollen.¹⁰ Dies gilt umso mehr, als in Umsetzung von Art. 15 Abs. 3 RRL das nationale Recht in § 10 Abs. 2 S. 3 TKG ausdrücklich die „weitestgehende“ Berücksichtigung der Märkte-Empfehlung vorsieht.¹¹ Zwar werden in dieser generell keine methodischen Ausführungen zur Marktabgrenzung getroffen, sondern lediglich konkrete Märkte aufgeführt, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen. In diesem Zusammenhang ist jedoch gemäß dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts¹² der zu der Empfehlung verfasste amtliche Erläute-

⁶ So ausdrücklich BT-Drs. 17/5707, 51.

⁷ Next-Generation-Networks: hochleistungsfähige neuartige öffentliche Telekommunikationsnetze.

rungsbericht ("explanatory note", (SEC(2007) 1483 final)) der Europäischen Kommission, der den Regelungsgehalt der Märkte-Empfehlung verdeutlicht, nicht unberücksichtigt zu lassen.

Nach summarischer Prüfung der Europäischen Kommission kommen die in der Märkte-Empfehlung aufgeführten Märkte in der Regel für eine Regulierung in Betracht und begründen einen Anknüpfungspunkt für ein regulatorisches Einschreiten.¹³ Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass Art. 15 Abs. 1 und 3 RRL i. V. m. § 10 Abs. 2 S. 3 TKG eine gesetzliche Vermutung dafür begründet, dass diese Märkte ebenso in Deutschland potenziell (d. h. vorbehaltlich der noch durchzuführenden Marktanalyse) regulierungsbedürftig seien.¹⁴

Die weitestgehende Berücksichtigung erfordert daher, dass Ausgangspunkt und wichtigster Maßstab der Marktabgrenzung zunächst die Märkte-Empfehlung 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 Märkte-Empfehlung rechtfertigen.¹⁵ Beispiele für die Definition von Märkten jenseits der jeweils gültigen Märkte-Empfehlung sind der Markt für Breitbandzuführung sowie die Märkte für Rundfunk-Übertragungsdienste.

In Bezug auf die Festlegung des sachlich und räumlich relevanten Markts steht der Bundesnetzagentur gemäß § 10 Abs. 2 S. 2 TKG ein Beurteilungsspielraum zu.¹⁶ Dies trägt u. a. dem Umstand Rechnung, dass den im Rahmen von §§ 10 f. TKG zu treffenden Entscheidungen in hohem Maße wertende Elemente zu Eigen sind.¹⁷ Auch die Europäische Kommission ist der Auffassung, dass den nationalen Regulierungsbehörden bei der Ausübung ihrer (sämtlichen) Befugnisse gemäß Artt. 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“¹⁸ zuzubilligen sei.¹⁹ Dieser Beurteilungs- und Ermessensspielraum ist zur Aufgabenerfüllung unabdingbar, denn die Bundesnetzagentur hat im Rahmen des Marktanalyseverfahrens und gestützt auf eine teleologische Auslegung der genannten Rechtsvorschriften eine prognostische Marktentwicklung zu entwerfen.

⁸ 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 (2007/879/EG), ABl. EU L 344 v. 28.12.2007, S. 65 ff. (Empfehlung); sie löste die Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (2003/311/EG), ABl. EU L 114 v. 8.5.2003, S. 45 ff. ab.

⁹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. EU C 326 v. 26.10.2012, S. 47 ff. (konsolidierte Fassung).

¹⁰ *EuGH*, Rs. C-322/88, Slg. 1989, 4407 Rn. 18 – Grimaldi.

¹¹ *BVerwGE* 131, 41 ff. Rn. 24.

¹² *BVerwG*, MMR 2011, 57 (58).

¹³ *Elkettani*, K & R Beilage 1/2004, 11 (13).

¹⁴ *BVerwGE* 131, 41 ff. Rn. 25.

¹⁵ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 18; zum Regel-Ausnahme-Verhältnis von Märkte-Empfehlung und Abweichung aufgrund nationaler Besonderheiten *VG Köln*, MMR 2006, 422 (424); *BVerwGE* 131, 41 ff. Rn. 25.

¹⁶ *BVerwGE* 131, 41 ff. Rn. 15 f. Dies bestätigend stellte das *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* mit Nichtannahmebeschluss v. 08.12.2011, *GewArch* 2012, 198 (200), zwischenzeitlich fest, dass es unter Berücksichtigung der Gesetzssystematik, des Normzwecks und des unionsrechtlichen Hintergrunds der Bestimmungen vertretbar sei, diesen Regelungen die Einräumung eines weitreichenden Beurteilungsspielraums der Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition und der Marktanalyse beizumessen.

¹⁷ *BVerwGE* 131, 41 ff. Rn. 20.

¹⁸ Dabei handelt es sich nach deutscher Rechtsterminologie um einen Beurteilungsspielraum, *BVerwGE* 131, 41 ff. Rn. 18.

¹⁹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 22 und 71.

B.2 Hauptkriterien für die Marktabgrenzung

Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Mit der Abgrenzung eines Markts in sachlich-räumlicher Hinsicht soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.²⁰

In den Marktanalyseleitlinien wird dies dahingehend präzisiert, dass die Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte abhängig von den Wettbewerbskräften ist, die das Preisverhalten der jeweiligen Hersteller oder Dienstleistungserbringer eines bestimmten Produkts beeinflussen können.²¹ Bei der Beurteilung des Marktverhaltens sind zum einen die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und zum anderen die Angebotsumstellungsflexibilität als die beiden wesentlichen Wettbewerbskräfte zu berücksichtigen. Dies deckt sich auch mit den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts; danach gehören zu dem relevanten Markt diejenigen Produkte, die wegen ihrer objektiven Merkmale, der Wettbewerbsbedingungen und der Struktur von Angebot und Nachfrage hinreichend austauschbar bzw. substituierbar sind.²² Eine dritte Wettbewerbskraft, die das Verhalten eines Wettbewerbers beeinflussen kann, bildet der potenzielle Wettbewerb. Letzterer ist allerdings im Rahmen der Marktabgrenzung – in der Regel – nicht weiter zu berücksichtigen.²³ Auf die genannten Kriterien wird nachfolgend jeweils gesondert bei der Betrachtung der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung näher eingegangen.

Als eine Methode zur Feststellung des Bestehens einer Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite bzw. einer Angebotsumstellungsflexibilität wird von der Europäischen Kommission der „hypothetische Monopolistentest“ (auch bekannt als „SSNIP-Test“²⁴) vorgeschlagen.²⁵ Bei diesem Test wird zur Bestimmung der Substituierbarkeit von Produkten die Reaktion der Nachfrager auf eine hypothetische Erhöhung der Marktpreise für bestimmte Produkte untersucht. Die maßgebliche Frage lautet, ob die Nachfrager als Reaktion auf eine angenommene kleine, bleibende Erhöhung der Preise (im Bereich zwischen fünf und zehn Prozent; hierbei handelt es sich um einen empirischen Erfahrungswert) für die betreffenden Produkte auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden und dadurch die Preiserhöhung nicht mehr profitabel wäre. Die Reaktion der Verbraucher und Unternehmen lässt letztendlich erkennen, ob substituierbare Produkte bestehen, und wenn ja, wie der relevante Produktmarkt abgegrenzt werden sollte.²⁶ Ob dieser Test angewandt wird, unterliegt letztlich allerdings der Entscheidungshoheit der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde.²⁷

Neben dem unbestreitbaren Vorzug des Monopolistentests, nämlich ein eingängiges Gedankenexperiment zu sein,²⁸ sind auch die inhärenten Beschränkungen des Tests zu beachten. Es zeigen sich praktische Probleme bei der Anwendung dieses Tests: So ist die Verfügbarkeit der notwendigen Informationen (z. B. Wettbewerbspreis als Ausgangspreisniveau) nicht in allen Fällen gegeben.²⁹ Ferner kann das tatsächliche Nachfragerverhalten von dem hypo-

²⁰ Bekanntmachung, a. a. O. Rn. 2.

²¹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 38.

²² BVerwG, Az. 6 B 50.09, Buchholz 442.006, § 135 TKG, Nr. 1 Rn. 11.

²³ Bekanntmachung, a. a. O. Rn. 24.

²⁴ SSNIP = small, but significant non transitory increase in price.

²⁵ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 40 ff.

²⁶ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 40 m. w. N.

²⁷ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 43.

²⁸ In den Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Fn. 26, weist auch die *Europäische Kommission* darauf hin, dass die Bedeutung des hypothetischen Monopolistentests vor allem in seiner Verwendung als konzeptionelles Instrument für die Bewertung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Produkten oder Diensten liegt.

²⁹ Eine Bewertung auf Grundlage des hypothetischen Monopolistentests kann fehlerhaft sein, wenn der marktübliche Preis, von dem aus die Preiserhöhung durchgeführt wird, bereits wegen ausgenutzter Marktmacht über dem Wettbewerbspreis liegt, Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Fn. 31.

thetischen Nachfragerverhalten abweichen.³⁰ Eine strenge Durchführung des hypothetischen Monopolistentests in dem Sinne, dass der genaue Umsatzrückgang berechnet werden könnte, ab dem eine fünf- bis zehnpromtente Preiserhöhung unrentabel werden würde, ist letztlich in der Praxis nur schwer zu leisten. Denn die Daten über Grenzkosten – die Grundlage des Wettbewerbspreises sind – und Nachfrageelastizitäten sind in den wenigsten Fällen hinreichend genau bekannt, um auf dieser Basis belastbare Berechnungen durchführen zu können.

Gemäß den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts benennen die Marktanalyseleitlinien beispielhaft den zuvor beschriebenen „hypothetischen Monopolistentest“ als *ein* quantitatives, auf den Produktpreis bezogenes Kriterium zur Feststellung einer Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite.³¹ Darüber hinaus wendet die Bundesnetzagentur *alle* notwendigen und allgemein anerkannten Methoden der Marktabgrenzung einzelfallbezogen an.

B.3 Sachliche Marktabgrenzung im Besonderen

I. Nachfragesubstituierbarkeit

Die Nachfragesubstituierbarkeit beschäftigt sich letztlich mit dem austauschbaren Charakter von Produkten aus Sicht des Nachfragers. Für eine saubere Abgrenzung des Produktmarkts prüft die Bundesnetzagentur in der Regel auch die Angebotsumstellungsflexibilität bzw. Angebotssubstituierbarkeit (synonym verwendet).³²

Nach den Grundsätzen des europäischen Wettbewerbsrechts, die gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 RRL für die Abgrenzung der Telekommunikationsmärkte maßgeblich und in den – dabei weitestgehend zu berücksichtigenden – Marktanalyseleitlinien zusammenfassend dargestellt sind, gehören zu dem sachlich relevanten Markt diejenigen Produkte, die wegen ihrer objektiven Merkmale, der Wettbewerbsbedingungen und der Struktur von Angebot und Nachfrage hinreichend austauschbar bzw. substituierbar sind.³³

Die Definition des relevanten Markts setzt die Bestimmung und die Beschreibung der Produkte voraus, die diesen Markt ausmachen. Wichtige Parameter zur Bestimmung der für einen bestimmten Markt relevanten Produkte sind die Nachfragesubstituierbarkeit und die Angebotsumstellungsflexibilität. Bei der Bestimmung der Produkte, die einem Markt zuzuordnen sind, unterscheidet die Bundesnetzagentur nicht grundsätzlich zwischen herkömmlichen Telekommunikationsdienstleistungen und Diensten der nächsten Generation (NGA-Produkte). Alle Produkte, die als hinreichend enge Substitute angesehen werden, werden einem Markt zugeordnet und dienen insgesamt als Basis zur Beurteilung der Wettbewerbsintensität. Diese konzeptuelle Methode der Marktabgrenzung im deutschen Wettbewerbsrecht wird als Bedarfsmarktkonzept bezeichnet.

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Markts steht die Sicht des verständigen Verbrauchers (Endkundenebene) oder des nachfragenden Unternehmens (Vorleistungsebene) im Sinne des Bedarfsmarktkonzepts im Vordergrund. Demnach gehören zum sachlich relevanten Markt alle Waren oder Dienstleistungen, die sich nach Eigenschaft, Preis und Verwendungszweck so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung eines bestimmten Bedarfs geeignet und als hinreichend gegeneinander austauschbar ansieht. Mit anderen Worten gehören der ständigen Rechtsprechung zufolge sämtliche Produkte (Waren oder Dienstleistungen) zum sachlich relevanten Markt, die hinreichend austausch- bzw. substituierbar sind, und zwar nicht nur wegen ihrer objektiven Merkmale, de-

³⁰ Dies mag beispielsweise dann der Fall sein, wenn die Wahl der Nachfrager durch andere Erwägungen als Preiserhöhungen beeinflusst wird, Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Fn. 28 m. w. N.

³¹ BVerwG, Az. 6 B 50.09, Buchholz 442.006, § 135 TKG, Nr. 1 Rn. 11.

³² Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 51; vergleiche auch BVerwG, Az. 6 B 50.09, Buchholz 442.006, § 135 TKG, Nr. 1 Rn. 11.

³³ BVerwG, Az. 6 B 50.09, Buchholz 442.006, § 135 TKG, Nr. 1 Rn. 11; siehe auch BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 26.

rentwegen sie anhaltenden Konsumbedürfnissen, den Preisen und/oder ihrem Zweck gerecht werden, sondern auch wegen der Wettbewerbsbedingungen und/oder der Struktur von Angebot und Nachfrage auf dem betreffenden Markt. Produkte, die nur in geringem Maß austauschbar sind, gehören nicht demselben Markt an. Ausgangspunkt bei der Definition des sachlich relevanten Markts bilden alle Produkte, die von den Nachfragern für denselben Zweck (Endzweck) verwendet werden.³⁴ Die Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite stellt somit ein Prüfkriterium dar, anhand dessen festgestellt wird, inwieweit die Verbraucher bereit sind, das fragliche Produkt durch andere Produkte zu ersetzen und somit als Produkte mit ähnlichem Verwendungszweck einzustufen. Bei der Bestimmung des relevanten Markts gilt die Nachfragesubstituierbarkeit als die unmittelbarste und wirksamste Wettbewerbskraft, das Verhalten eines Telekommunikationsnetzbetreibers oder Dienstleistungserbringers maßgeblich zu beeinflussen bzw. die potenzielle Marktmacht zu beschränken.

Ein Mittel, um zu operationalisieren, stellt der hypothetische Monopolistentest dar. Dieser wurde z. B. in einigen Teilbereichen im Rahmen der Festlegung zum Markt für Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden, unabhängig von der für die Miet- oder Standleitungskapazitäten genutzten Technik (im Folgenden Markt Nr. 6) – beispielsweise zur Bestimmung der Austauschbarkeit von Glasfasern und Mietleitungen – angewandt.³⁵ Auch auf dem Markt für Breitbandzugang für Großkunden (im Folgenden Markt Nr. 5) kam der hypothetische Monopolistentest zur Bestimmung der Austauschbarkeit aus Nachfragersicht zum Zuge. So ist der Festlegung der Bundesnetzagentur zu Markt Nr. 6 vom 3. Januar 2012 zu entnehmen, dass eine Umfrage zum Wechselverhalten der Nachfrager in Bezug auf die Austauschbarkeit von Mietleitungen und unbeschalteter Glasfaser eine nur geringe Wechselbereitschaft ergab. Bei einer dauerhaften fünf- bis zehnpromzentigen Preiserhöhung gaben 84 Prozent der Nachfrager an, auch bei einer derartigen Preiserhöhung nicht zur unbeschalteten Glasfaser zu wechseln. Folglich besteht in diesem Bereich kein Substitutionsverhältnis, das einen Wettbewerbsdruck ausgehend von der Nachfrageseite generieren könnte.

Auch wenn der Endzweck eines Produkts unmittelbar von physischen bzw. technischen Merkmalen abhängt, können doch unterschiedliche Arten von Produkten unabhängig von ihrer Technologie für denselben Zweck verwendet werden.³⁶ So wurde von der Bundesnetzagentur in Bezug auf den Markt für den Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (im Folgenden Markt Nr. 1) in der Festlegung vom 8. August 2013 festgestellt, dass in funktioneller Hinsicht von einer Austauschbarkeit von schmalbandigen Telefondienstanschlüssen und Komplettanschlüssen auszugehen sei. Denn sowohl über Schmalbandanschlüsse als auch über Breitbandanschlüsse mittels DSL oder Kabel können einerseits Zugänge, die dem Endkunden die Grundfunktionen der Übertragung von Sprachtelefonie sowie ein Basisset an Zusatzdiensten bieten, bereitgestellt werden, andererseits auch Zugänge mit einer Reihe zusätzlicher Leistungsmerkmale (z. B. zwei oder mehrere gleichzeitige Verbindungen auf einer Leitung).

Unterschiedliche Preisgestaltungsmodelle und Angebote für ein bestimmtes Produkt lassen auf unterschiedliche Verbrauchergruppen schließen. Um Produkte als Nachfragesubstitute zu betrachten, müssen sie jedoch nicht unbedingt zum selben Preis angeboten werden. Ein Produkt geringerer Qualität, das zu einem niedrigen Preis angeboten wird, kann sehr wohl ein echtes Substitut für ein Produkt höherer Qualität sein, das zu einem höheren Preis verkauft wird. In diesem Fall kommt es auf die voraussichtliche Reaktion der Verbraucher auf eine relative Preiserhöhung an.³⁷

Unter Umständen sind zur Ermittlung der Nachfragesubstituierbarkeit auch Wechselkosten und Kundenpräferenzen zu berücksichtigen. Dabei spielen Letztere insbesondere auf Märkten eine Rolle, die durch Präsenz und eine große Bedeutung etablierter Marken geprägt

³⁴ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 44.

³⁵ Vgl. Festlegung der Präsidentenkammer zu Markt Nr. 6 vom 03.01.2012, Az. BK 1-09/006.

³⁶ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 45.

³⁷ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 46.

sind. Betrachten Nachfrager ein Markenprodukt als so genanntes „must have“, wirkt sich dieser Umstand sowohl auf die Nachfragesubstitution als auch auf das Ergebnis des hypothetischen Monopolistentests aus. Gleiches gilt im Hinblick auf Wechselkosten. Darunter sind (Folge-)Kosten und der erhebliche (Zeit-)Aufwand der Nachfrager bei einem Anbieterwechsel zu verstehen: Je höher die mit einem Wechsel verbundenen Kosten und je erheblicher der Aufwand, desto eher werden Nachfrager trotz einer Preissteigerung bzw. einer Qualitätsverschlechterung von einem Anbieterwechsel absehen und desto fraglicher erscheint die Substituierbarkeit der betreffenden Produkte.

II. Angebotssubstituierbarkeit

Ferner ist auch die Angebotssubstituierbarkeit bei der Bestimmung des relevanten Markts zu betrachten. Eine solche Angebotsumstellungsflexibilität ist dann gegeben, wenn andere Anbieter als die des fraglichen Produkts oder Diensts direkt oder kurzfristig bereit wären, ihre Produktion umzustellen bzw. die relevanten Produkte anzubieten, ohne dass erhebliche Zusatzkosten für sie entstehen. Auch hier ist als eine Möglichkeit zur Bestimmung der Angebotssubstituierbarkeit der hypothetische Monopolistentest zu nennen. So wurde dieser ebenfalls im Rahmen der Austauschbarkeit aus Anbietersicht im Rahmen der Festlegung zu Markt Nr. 6 angewandt.³⁸ Der Test ergab in diesem Beispielfall, dass von einem einheitlichen Markt für Mietleitungen auszugehen ist, der neben Mietleitungen mit den klassischen Übertragungsverfahren auch ethernetbasierte umfasst. Denn de facto decken alle größeren Betreiber, die über eine solche Infrastruktur und Mietleitungen im Abschluss-Segment verfügen, mit ihrem Produktportfolio beide Typen von Schnittstellen ab, d. h. sie stehen also vielfach bei beiden Formen in realen Wettbewerbsbeziehungen zueinander.

Der Aspekt der Angebotssubstituierbarkeit ist bei der Bestimmung des sachlich relevanten Markts nur dann zu berücksichtigen, wenn die Substitutionsprodukte auch tatsächlich bzw. potenziell auf dem betroffenen Markt verfügbar sind. Letzteres heißt, dass die Leistungen tatsächlich kurzfristig auf dem zu untersuchenden Markt angeboten werden können. Eine rein hypothetische Angebotsumstellungsflexibilität reicht für die Marktdefinition nicht aus. Andernfalls sind diese Substitutionsprodukte im Bereich der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht unter dem Aspekt des indirekten Wettbewerbsdrucks zu diskutieren.³⁹

Gemäß der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts mag die Hervorhebung der Angebotsumstellungsflexibilität in den Marktanalyseleitlinien zwar regelmäßig nahelegen, dass die Bundesnetzagentur dieses Kriterium in der Marktdefinition ausdrücklich abhandelt. Eine Auseinandersetzung ist aber jedenfalls dann entbehrlich, wenn eine Angebotsumstellungsflexibilität nach den Umständen des Einzelfalls eindeutig ausscheidet und dieses Kriterium daher nichts zur Marktabgrenzung beitragen kann.⁴⁰

III. Homogene Wettbewerbsbedingungen

Letztendlich ist bei der sachlichen Marktabgrenzung zu beachten, dass es in einem sachlich relevanten Markt in der Regel keine signifikant unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen geben sollte. Dieses Abgrenzungskriterium der homogenen Wettbewerbsbedingungen spielt vor allem in denjenigen Fällen eine Rolle, in denen die Substitutionsprüfung sowohl aus Nachfrager- als auch Anbietersicht nicht zu eindeutigen Ergebnissen oder zu einer kleinteiligen und folglich nicht mehr aussagekräftigen Marktabgrenzung führen würde. Denn in diesem Fall lassen sich zu bestimmten Aspekten, etwa den übergreifenden Wettbewerbsbedingungen, keine Erkenntnisse gewinnen. Durch die Zusammenfassung von Teilmärkten sollen Strukturen erkennbar sein, die auf den jeweiligen Teilmärkten nicht erkennbar wären. Dabei

³⁸ Vgl. Festlegung der Präsidentenkammer zu Markt Nr. 6 vom 03.01.2012, Az. BK 1-09/006.

³⁹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 52.

⁴⁰ BVerwG, Az. 6 B 50.09, Buchholz 442.006, § 135 TKG, Nr. 1 Rn. 12.

ist darauf zu achten, dass durch die Zusammenfassung von Teilmärkten keine für die Regulierung entscheidungsrelevanten Informationen verloren gehen.

B.4 Räumliche Marktabgrenzung im Besonderen

Im Anschluss an die Definition des sachlich relevanten Markts geht es darum, den räumlich relevanten Markt abzugrenzen. Erst wenn die räumliche Dimension des Produktmarkts bekannt ist, können die Bedingungen für einen echten Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ordnungsgemäß gewürdigt werden.⁴¹ Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der räumlich relevante Markt ein Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.

In den Marktanalyseleitlinien hat die Europäische Kommission zudem als wesentliche Kriterien für die Bestimmung des räumlich relevanten Markts das von einem Telekommunikationsnetz erfasste Gebiet und die bestehenden Rechts- und Verwaltungsinstrumente angesehen.⁴² Die Ausrichtung der geographischen Marktgrenzen an der Ausbreitung eines Telekommunikationsnetzes war in Zeiten, wo Telekommunikationsdienste von dem Netz des etablierten Betreibers geprägt waren, ein entscheidendes Kriterium. Sobald jedoch mehrere Netzinfrastrukturen mit unterschiedlicher geographischer Ausbreitung teilweise parallel ausgerollt werden, was in Deutschland der Fall ist, ist ein solches Kriterium nur bedingt tauglich, um die räumliche Abgrenzung des Markts zu bestimmen.⁴³

In diesem Zusammenhang ist auf die Neuregelung des § 2 Abs. 3 Nr. 5 TKG in Anlehnung an Art. 8 Abs. 5 lit. e RRL hinzuweisen, nach dem die Bundesnetzagentur den Regulierungsgrundsatz von Wettbewerbsbedingungen verschiedener räumlicher Gebiete innerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu beachten hat. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Pflicht begründet werden, die regionalen Besonderheiten stets zu prüfen und zu berücksichtigen, was auf der Ebene der Marktdefinition allerdings nicht zwangsläufig zu regionalen Märkten unterhalb des Bundesgebiets führen muss.

Grundsätzlich kann Ausgangspunkt für eine geographische Abgrenzung auch hier die Austauschbarkeit aus Nachfrager- oder Anbietersicht sein. Entscheidend ist die Frage, ob bei einer fünf- bis zehnpromigen Preiserhöhung eine ausreichende Zahl an Endkunden ihren Bedarf in einer anderen Region decken bzw. Betreiber ihre Leistungen auch in einer anderen Region anbieten würden. Dies kann aber dazu führen, dass die Märkte zu eng abgegrenzt werden, weil z. B. kein Endkunde umziehen würde, um günstigere Preise für seinen Endkundenanschluss zu erhalten.

Zielführender für die Bestimmung der geographischen Grenzen eines Markts ist daher das Kriterium der homogenen Wettbewerbsbedingungen. So können einzelne zu demselben relevanten Markt gehörige Dienstleistungen dann zu einem auch in geographischer Hinsicht einheitlichen relevanten Markt zusammengefasst werden, wenn weitgehend einheitliche Wettbewerbsbedingungen herrschen⁴⁴. 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.⁴⁵

⁴¹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 55.

⁴² Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 59 f.; *Europäische Kommission*, Entscheidung, Sache COMP/JV.46 – Blackstone/CDPQ/Kabel Nordrhein-Westfalen, Rn. 30, ABl. EG C 262 v. 13.9.2000, S. 5, CELEX 32000J0046.

⁴³ Vgl. dazu auch Commission Staff Working Document – Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final, 12 f.

⁴⁴ Vgl. dazu Commission Staff Working Document – Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final, 12 f.; ERG Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), Oktober 2008, 8 f.

⁴⁵ Vgl. Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 56.

Es gibt Indikatoren, die auch im Hinblick auf einen zukunftsgerichteten Ansatz der Marktuntersuchung eine geographisch detaillierte Analyse angebracht erscheinen lassen.

Eine genauere Prüfung ist i. d. R. dort angezeigt, wo es mehrere Infrastrukturen gibt, die mit ihren darauf aufsetzenden Diensten miteinander in Wettbewerb stehen. Allerdings ist eine unterschiedliche Anzahl an Anbietern oder Infrastrukturen in verschiedenen Regionen, insbesondere in Ballungsgebieten, für sich allein genommen ebenso wenig ein ausreichendes Kriterium zur Abgrenzung subnationaler Märkte wie regionale Ausbaugebiete alternativer Anbieter.⁴⁶ Ausschlaggebend ist, ob eine größere Zahl an Anbietern in bestimmten Regionen zu signifikant unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen gegenüber anderen Gebieten mit weniger Anbietern oder nur dem etablierten Anbieter führt. Signifikant unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen zeigen sich neben der Anzahl der Anbieter insbesondere in den Marktzutrittsschranken, der Verteilung der Marktanteile und deren Entwicklung sowie in regional unterschiedlichen Preisen, Marketingstrategien und/oder Produktangeboten. Dabei werden die gleichen Maßstäbe angelegt wie bei der Prüfung beträchtlicher Marktmacht.

Sofern geographische Märkte definiert werden, sollten diese so weit wie möglich die folgenden Voraussetzungen erfüllen:⁴⁷

- Die Märkte dürfen sich nicht überlappen, sondern müssen sich gegenseitig ausschließen.⁴⁸
- Die Märkte müssen klar definierbare und stabile Grenzen aufweisen.
- Die Märkte müssen so definiert sein, dass sich die Wettbewerbsbedingungen innerhalb des Markts nicht signifikant unterscheiden. Dabei brauchen sie aber nicht vollkommen homogen zu sein.
- Die Wettbewerbsbedingungen eines Markts müssen sich signifikant von denen eines benachbarten Markts unterscheiden und hinreichend stabil sein.

Im Jahr 2009 hat die Bundesnetzagentur im Rahmen der Analyse von Markt Nr. 5 die Daten der Anbieter räumlich differenziert abgefragt und analysiert (auf der Basis von Hauptverteilern). Wegen der nicht ausreichend heterogenen Wettbewerbsbedingungen auf dem Vorleistungsmarkt ist sie aber zu dem Schluss gelangt, in räumlicher Hinsicht nationale Bitstromzugangsmärkte abzugrenzen. Gemäß der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 3. Januar 2012 zu Markt Nr. 6 ist festzuhalten, dass Mietleitungen der Kapazität von 2 Mbit/s bis 10 Mbit/s sowie von über 10 Mbit/s bis 155 Mbit/s im gesamten Bundesgebiet nachgefragt und zu weitestgehend einheitlichen Konditionen auch angeboten werden. Eine regionale Differenzierung ist daher nicht angezeigt. Hinreichend homogene Wettbewerbsbedingungen sind des Weiteren auch in Bezug auf Markt Nr. 1 zu beobachten. Aus der Festlegung der Bundesnetzagentur vom 8. August 2013 ergibt sich zwar, dass gerade in den Ballungsgebieten eine Verstärkung der Aktivitäten der Kabelnetzbetreiber erkennbar ist. Diese Belegung ist jedoch noch nicht so stark, als dass heterogene Wettbewerbsbedingungen festgestellt werden müssten. Ob die insgesamt höhere Verfügbarkeit verschiedener Zugangsalternativen für die Endkunden zukünftig zu regional heterogenen Wettbewerbsbedingungen führt, ist nicht immer frühzeitig abschätzbar. In solchen Fällen beobachtet die Bundesnetzagentur diese Entwicklungen intensiv und reagiert ggf. entsprechend.

⁴⁶ Vgl. Commission Staff Working Document – Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final, 12 f.

⁴⁷ Vgl. auch ERG (08) 20 final CP Geog: Aspects 081016: Geographic aspects of market analysis, abrufbar unter: http://erg.ec.europa.eu/documents/docs/index_en.htm.

⁴⁸ Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die räumlichen Märkte etwa bei transportkostenintensiven Gütern konzentrischen Kreisen um den jeweiligen Produktionsstandort gleichen. Die räumliche Größe solcher Märkte kann indessen auch größer sein als die konzentrischen Kreise. Sofern sich diese Kreise überlappen und eine erhebliche Anzahl Nachfrager im Überlappungsgebiet von beiden Anbietergruppen in den jeweiligen Kreisen beziehen kann, können beide Kreise zusammen einen einheitlichen räumlichen Markt mit homogenen Wettbewerbsbedingungen bilden.

C. Drei-Kriterien-Test

In einem weiteren Schritt wird im Anschluss an die Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte geprüft, ob auf den definierten Märkten die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG (sog. Drei-Kriterien-Test) für die Regulierungsbedürftigkeit gegeben sind.

Für eine Regulierung nach dem zweiten Teil des TKG kommen gemäß § 10 Abs. 2 S. 1 TKG Märkte in Betracht, (1) die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (2) längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren (3) und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Bei der Bestimmung der entsprechenden Märkte, welche sie im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums vornimmt,⁴⁹ hat die Bundesnetzagentur weitestgehend die Märkte-Empfehlung der Europäischen Kommission in ihrer jeweils geltenden Fassung zu berücksichtigen, § 10 Abs. 2 S. 2 und 3 TKG. Naturgemäß können die von der Europäischen Kommission zur Prüfung empfohlenen Märkte nur den europäischen Durchschnitt widerspiegeln. Demzufolge weisen auch Artt. 15 Abs. 3 S. 2 i. V. m. 7 Abs. 4 S. 1 lit. a) RRL sowie Erwägungsgrund Nr. 17 der Märkte-Empfehlung ausdrücklich darauf hin, dass die nationalen Regulierungsbehörden Märkte festlegen können, die von denen der Empfehlung abweichen.⁵⁰ Jedenfalls sind die Regulierungsbehörden gehalten, die Regulierungsbedürftigkeit der entsprechenden Märkte anhand des Vorliegens der drei Kriterien zu rechtfertigen.⁵¹

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erläuterungen ist es deshalb die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, die Märkte-Empfehlung als eine (widerlegliche) Vermutung für die potenzielle Regulierungsbedürftigkeit der darin von der Europäischen Kommission genannten Märkte als Ausgangspunkt der jeweiligen Prüfung zu berücksichtigen und auf dieser Grundlage die konkreten nationalen Gegebenheiten zu prüfen.⁵²

Bezüglich des Prüfungsumfangs der im Rahmen von § 10 Abs. 2 S. 1 TKG von der Bundesnetzagentur zu untersuchenden Tatbestandsmerkmale hat die Europäische Kommission in den Erwägungsgründen zur aktuellen Märkte-Empfehlung 2007 ausgeführt, dass die bei der Prüfung des ersten und zweiten Kriteriums zu berücksichtigenden Hauptindikatoren den bei der vorausschauenden Marktanalyse zugrunde zu legenden Indikatoren, insbesondere in Bezug auf Zugangshindernisse bei fehlender Regulierung (einschließlich der versunkenen Kosten⁵³, Marktstruktur sowie Marktentwicklung und –dynamik) ähnelten. So seien Marktanteile und Preise mit ihren jeweiligen Tendenzen sowie Ausmaß und Verbreitung konkurrierender Netze und Infrastrukturen zu berücksichtigen.⁵⁴ Jeder Markt, der bei fehlender Vorabregulierung die drei Kriterien erfüllt, komme für eine Vorabregulierung in Betracht.

Die genannten Faktoren sind demnach in die Prüfung einzubeziehen. Die Einbeziehung zusätzlicher, darüber hinausgehender Faktoren ist 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 Drei-Kriterien-Tests nicht zwingend erforderlich. Der Drei-

⁴⁹ BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 17 f.

⁵⁰ Auch das BVerwG hat mit in Fn. 46 genannten Urteil bei Rn. 25 festgestellt, dass die nationalen Regulierungsbehörden – unter Beachtung der in der Märkte-Empfehlung und in den Marktanalyseleitlinien 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.

⁵¹ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung, a. a. O.

⁵² BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 26.

⁵³ In der englischen Fassung des Erwägungsgrundes Nr. 6 der Empfehlung, a. a. O. „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.

⁵⁴ Erwägungsgrund Nr. 6 der Empfehlung, a. a. O.

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 Drei-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-individualisierende Prüfung notwendig. Die Prüfung der konkreten Wettbewerbsverhältnisse auf den zu untersuchenden Märkten kann im Einzelfall im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests zweckmäßig sein, sollte aber grundsätzlich dem nachgeschalteten Bereich der Marktanalyse vorbehalten bleiben.⁵⁵

Gemäß den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts sind zudem die Verhältnisse auf anderen Märkten insoweit zu berücksichtigen, als sie Aussagekraft haben für das Ausmaß der Marktzutrittsschranken auf dem untersuchten Markt, für den Wettbewerb, der auf dem untersuchten Markt herrscht und für die Suffizienz bzw. Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Behebung des etwaigen Marktversagens auf dem untersuchten Markt.⁵⁶

Die drei Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG sind kumulativ anzuwenden, d. h. wenn ein Kriterium nicht erfüllt ist, soll der jeweilige Markt keiner Vorabregulierung unterworfen werden.⁵⁷ 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.⁵⁸ 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.⁵⁹

Als erstes Kriterium ist das Vorliegen beträchtlicher, anhaltender und struktureller oder rechtlich bedingter Marktzutrittsschranken zu prüfen. Dabei ist zwischen strukturellen und rechtlichen Hindernissen zu unterscheiden. Strukturelle Zugangshindernisse ergeben sich aus der anfänglichen Kosten- und Nachfragesituation, die zu einem Ungleichgewicht zwischen etablierten Betreibern und Einsteigern führt, deren Marktzugang so behindert oder verhindert wird.⁶⁰ Eindrückliche Beispiele für strukturelle Zugangshindernisse finden sich im Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten (im Folgenden Markt Nr. 4). Die Teilnehmeranschlussleitung hat eindeutig Bottleneck-Charakter, der eine solche Marktzutrittsschranke begründet. In ihrer Festlegung vom 25. Oktober 2010 stellt die Bundesnetzagentur fest, dass zwar nicht ausgeschlossen werden könne, dass aufgrund neuer technologischer Entwicklungen diese Schranke zukünftig entfällt, allerdings sei eine solche Entwicklung nicht annähernd konkret absehbar. Als weiteres Beispiel für Marktzutrittsschranken kann der Markt für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten (im Folgenden Markt Nr. 3) genannt werden: Die Terminierungsleistung eines neuen Anbieters hat keine Konsequenzen für die Struktur der bestehenden Terminierungsmärkte und konstituiert wiederum einen eigenen Markt. Aufgrund der fehlenden technischen Möglichkeit einer Angebotssubstitution sind Terminierungsmärkte bereits grundsätzlich von

⁵⁵ Vergleichbar *Bundesnetzagentur*, Beschluss BK 4-05-002/R v. 05.10.2005, ABl. Bundesnetzagentur 2005, S. 1461 ff., 79 f. der dort anliegenden Festlegung der Präsidentenkammer v. 24.06.2005. Siehe ferner Erwägungsgrund Nr. 18 der Empfehlung, a. a. O., 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 (520, 524) und *Loetz/Neumann*, German Law Journal 2003, 1307 (1321).

⁵⁶ *BVerwG*, Az. 6 B 50.09, Buchholz 442.006, § 135 TKG, Nr. 1 Rn. 9.

⁵⁷ Erwägungsgrund Nr. 14 der Empfehlung, a. a. O.

⁵⁸ Erwägungsgrund Nr. 17 der Empfehlung, a. a. O.; *VG Köln*, MMR 2006, 422 (424).

⁵⁹ *VG Köln*, MMR 2006, 422 (424).

⁶⁰ Erwägungsgrund Nr. 9 der Empfehlung, a. a. O.

unüberwindbaren Marktzutrittschürden gekennzeichnet.⁶¹ Bei Terminierungsleistungen, bei denen das Prinzip „ein-Netz-ein-Markt“ gilt, ist ein Marktzutritt für Dritte *per se* nicht möglich.

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.⁶² Können Hindernisse im relevanten Prüfungszeitraum beseitigt werden, ist dies in der Untersuchung entsprechend zu berücksichtigen.⁶³

Dabei wird ein modifizierter Greenfield-Ansatz zugrunde gelegt. Das bedeutet, dass bei der Prüfung der Marktzutrittschranken die Regulierung auf dem zu betrachtenden Markt nicht berücksichtigt wird, wohl aber die Regulierung, die außerhalb des betrachteten Markts auferlegt wurde.⁶⁴

Im Rahmen des zweiten Kriteriums sind vorwiegend Marktanteile, Marktpreise, Ausmaß und Verbreitung konkurrierender Netze und Infrastrukturen zu bewerten. 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 der abgegrenzten Märkte ist bei der Anwendung des Drei-Kriterien-Tests nicht notwendigerweise einzugehen. So legt die Bundesnetzagentur in ihrer Festlegung vom 25. Oktober 2010 beispielsweise dar, dass Markt Nr. 4 längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendiert: Technisch sei es nicht möglich, einen entbündelten Zugang zum Teilnehmer über Kabelfernsehnetze zu realisieren. Drahtlose Anschlussleitungen und Powerline seien nur in sehr geringem Umfang verfügbar, so dass sie keinerlei Auswirkungen auf das Marktgeschehen hätten. Eine konkrete Alternative zur Teilnehmeranschlussleitung, die das Bottleneck beseitigen könnte, sei nicht erkennbar.

Zudem sei auch die Marktstruktur dergestalt, dass nicht mit einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb zu rechnen sei. Außer dem etablierten gäbe es keinen Anbieter, der Teilnehmeranschlussleitungen (zumindest regional) flächendeckend anbiete oder über solche Leitungen verfüge, die er anbieten könnte. Ferner gäbe es keinen Nachfrager, der so groß ist, dass er (in Abwesenheit von Regulierung auf dem hier betrachteten Markt) gegenüber dem etablierten Anbieter eine entgegengerichtete Nachfragemacht ausüben könnte.

Die seit Jahren auf sehr hohem Niveau stagnierenden Marktanteile, gemessen sowohl in Umsatzerlösen als auch in der Zahl der Teilnehmeranschlussleitungen, zeigten, dass eine wettbewerbliche Entwicklung auf dem Markt nicht zu erwarten sei.

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

In den Erwägungsgründen zur Märkte-Empfehlung 2007 führt die Europäische 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.⁶⁵ Die Europäische Kommission hatte dazu auch schon in ihrer Explanatory Note zur Märkte-Empfehlung 2003, (S. 11) erläutert, dass eine Vorabregulierung „eine angemessene Ergänzung zum Wettbewerbsrecht darstellen [kann], [...] wenn bei einer Maßnahme zur Behebung eines Marktversagens zahlrei-

⁶¹ Vgl. auch die entsprechenden Ausführungen des BVerwG zu der vergleichbaren Situation im Bereich der Mobilfunkterminierung, BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 27 ff.

⁶² Erwägungsgrund Nr. 10 der Empfehlung, a. a. O.

⁶³ Erwägungsgründe Nr. 5 und 10 der Empfehlung, a. a. O.

⁶⁴ Commission Staff Working Document – Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final, 8.

⁶⁵ Erwägungsgrund Nr. 13 der Empfehlung, a. a. O.

che 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 nationalen Regulierungsbehörden 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.“

Ziel des allgemeinen Wettbewerbsrechts (im Sinne des GWB) ist es, bestehenden Wettbewerb als Garant für Leistungsfähigkeit und allgemeine Wohlförderung vor Beschränkungen der an ihm teilnehmenden Unternehmen zu bewahren (Verhaltenskontrolle) und strukturell zu sichern (Strukturkontrolle). Demgegenüber dient die sektorspezifische Regulierung dem Ziel, in Netzwirtschaften zunächst überhaupt Wettbewerbsverhältnisse zu schaffen und zukünftiges Marktversagen zu verhindern. Dementsprechend ist das Verwaltungshandeln des Bundeskartellamts im Rahmen der Verhaltenskontrolle darauf gerichtet, von Unternehmen ausgehende einzelne Wettbewerbsbeschränkungen zu beseitigen, um die Steuerungsfunktion des Wettbewerbs wiederherzustellen. Das Verwaltungshandeln der Bundesnetzagentur ist hingegen durch eine strukturelle und langfristig angelegte Herangehensweise geprägt. 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 -freiheit einerseits und der Ermöglichung bzw. Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs durch Regulierung andererseits. Eine solche Risikoabwägung führte die Bundesnetzagentur beispielsweise im Rahmen ihrer Festlegung vom 7. Oktober 2010 für den Markt für Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer (im Folgenden Markt Nr. 18 der Märkte-Empfehlung 2003) durch. In Bezug auf den Einspeisemarkt von Rundfunksignalen in das jeweilige Breitbandkabelnetz sei eine sektorspezifische Regulierung zur Schaffung bzw. Sicherstellung des Wettbewerbs nicht erforderlich. Vielmehr reiche die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts aus, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken. Denn zum einen sei der Markt von der Europäischen Kommission aus ihrer aktualisierten Märkte-Empfehlung 2007 herausgenommen worden, so dass eine Vermutungswirkung zur Notwendigkeit sektorspezifischer Regulierung entfielen. Zum anderen stünden dieser Vermutungswirkung keine nationalen Besonderheiten gegenüber, die ein sektorspezifisches Eingreifen dennoch rechtfertigten. Darüber hinaus spreche auch die niedrige Eingriffstiefe der in der Vergangenheit ergangenen Regulierungsverfügungen dafür, das allgemeine Wettbewerbsrecht als ausreichend zu erachten. Insbesondere seien die regulatorischen Wirkungen des Rundfunkrechts (must-carry-Regelungen) geeignet, die Entlassung des Marktes aus der sektorspezifischen Regulierung zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Signallieferungsmärkte: Zwar sei ein Marktversagen festzustellen, jedoch reiche die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts aus, um dem Marktversagen effizient entgegen zu wirken.

Zwar verfolgen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt – wie oben beschrieben – unterschiedliche Ziele; um jedoch ein kohärentes Vorgehen der Behörden sicherzustellen, haben sie in bestimmten Verfahren, z. B. im Rahmen des Marktanalyseverfahrens gemäß §§ 10, 11 TKG, das Einvernehmen herzustellen bzw. sich in ihrem Verwaltungshandeln und in ihrer Entscheidungsfindung abzustimmen.

D. Beträchtliche Marktmacht

Bei den nach § 10 TKG festgelegten, für eine Regulierung nach dem zweiten Teil in Betracht kommenden Märkten prüft die Bundesnetzagentur, ob auf dem untersuchten Markt gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 TKG 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 Bundesnetzagentur berücksichtigt bei der Marktanalyse nach den Absätzen 1 und 2 weitestgehend die von der Europäischen Kommission aufgestellten Kriterien, die in den Marktanalyseleitlinien nach Art. 15 Abs. 2 RRL in der jeweils geltenden Fassung, § 11 Abs. 3 S. 1 TKG, niedergelegt sind. Sie trägt im Rahmen der Marktanalyse nach Absatz 1 zudem den Märkten Rechnung, die die Europäische Kommission in der jeweils geltenden Fassung der Empfehlung nach Art. 15 Abs. 1 RRL festlegt, § 11 Abs. 3 S. 2 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.⁶⁶ Dabei steht der Bundesnetzagentur ein Beurteilungsspielraum zu.⁶⁷

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.“⁶⁸ Die einzelnen relevanten Faktoren können thematisch als Ausdruck der Marktstruktur, der Unternehmensstruktur oder des Marktverhaltens einsortiert werden. Die Bundesnetzagentur prüft in der Regel im Rahmen der jeweiligen Marktanalyse sämtliche in Rn. 72 ff. der Marktanalyseleitlinien dargestellten Kriterien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, die im Folgenden dargestellt werden. Allerdings haben nicht alle Kriterien die gleiche Bedeutung und müssen demnach nicht alle abschließend geprüft werden.

Beträchtliche Marktmacht eines einzelnen Unternehmens

– Marktanteile

Ein wichtiges Kriterium der Prüfung der beträchtlichen Marktmacht sind die Marktanteile der auf dem jeweils untersuchten Markt tätigen Unternehmen.⁶⁹ Marktanteile werden oftmals als Marktmachtindikator verwendet, da sie am deutlichsten Erfolg und Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweisen; in ihnen schlägt sich der Erfolg oder Misserfolg in den wettbewerblichen Auseinandersetzungen signifikant nieder.⁷⁰ Ein hoher Marktanteil allein bedeutet aber einerseits noch nicht, dass das betreffende Unternehmen über beträchtliche Markt-

⁶⁶ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75 und 79.

⁶⁷ Das BVerwG hat festgestellt, dass sich der in § 10 Abs. 2 S. 2 TKG normierte Beurteilungsspielraum auch auf die von der Bundesnetzagentur vorzunehmende Marktanalyse erstreckt, BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 17; das Urteil des BVerwG ist zwischenzeitlich durch den Nichtannahmebeschluss des BVerfG, GewArch 2012, 198 Rn. 36, in Rechtskraft erwachsen.

⁶⁸ So *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Auflage 2007, § 19 Rn. 54 m. w. N. zum einen konkreten Kriterienkatalog enthaltenden § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB.

⁶⁹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75.

⁷⁰ Vergleiche *Möschel* in: Immenga/Mestmäcker, a. a. O. § 19 Rn. 59.

macht verfügt. Andererseits ist auch nicht zwingend auszuschließen, dass ein Unternehmen ohne hohen Marktanteil eine beherrschende Stellung einnimmt.⁷¹

In der Rechtsprechung des EuGH und der Entscheidungspraxis der Europäischen Kommission haben sich bezogen auf Marktanteile einige „Faustformeln“ für die Bewertung unterschiedlicher Schwellenwerte von Marktanteilen herausgebildet, von denen die wichtigsten im Folgenden dargestellt werden: So dürfte bei Marktanteilen von nicht mehr als 25 % keine (alleinige) marktbeherrschende Stellung vorliegen.⁷² Obwohl in einigen Fällen auch bei niedrigeren Marktanteilen eine marktbeherrschende Stellung angenommen werden kann, hat die Europäische Kommission in ihrer Fallpraxis die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40 % angesetzt.⁷³

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liefern besonders hohe Marktanteile (über 50 %) ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.⁷⁴ Denn danach befindet sich 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 Nachfrage zu befriedigen, die sich vom Marktführer abwenden wollte“.⁷⁵ Eindeutig hohe Marktanteile und einen dementsprechend korrespondierenden Marktanteilsabstand, die unzweifelhaft Ausprägung mangelnden Wettbewerbs sind, hat die Bundesnetzagentur beispielsweise in ihrer Festlegung vom 23. August 2012 zum Markt für den Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (im Folgenden Markt Nr. 2) ausgemacht. Dort verfüge der etablierte Marktteilnehmer gemessen in Verbindungsminuten über einen Marktanteilsabstand von weit über 50 Prozent zum nächst größeren Anbieter.

Die Kriterien zur Berechnung des Marktanteils des oder der betroffenen Unternehmen hängen von den Merkmalen des relevanten Markts ab.⁷⁶ Wie auch die Europäische 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.⁷⁷ Entsprechend diesen Überlegungen der Europäischen Kommission berechnet die Bundesnetzagentur die Marktanteile auf dem relevanten Markt anhand der Umsätze und/oder der Absätze. Eine rein absatzbezogene Berechnungsweise der Marktanteile ist in der Regel dann ausreichend, wenn nur geringe Preis- und Qualitätsunterschiede bei den in den Markt einzubeziehenden Produkten vorliegen. Eigenleistungen bleiben bei der Berechnung in der Regel außen vor. Diese werden ggf. im Rahmen der Prüfung der Kriterien „Fehlen von potenziellem Wettbewerb“ und/oder „Marktzutrittsschranken“ betrachtet.

⁷¹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75.

⁷² Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75 m. w. N.

⁷³ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75 unter Verweis auf das Grundsatzurteil des *EuGH*, Rs. C-27/76, Slg. 1978, 207 ff. Rn. 108/110 – *United Brands/Kommission*.

⁷⁴ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75 m. w. N. Diese Rechtsprechung wird in der Literatur zum Teil kritisiert, vgl. statt vieler, *Korah*, EC Competition Law and Practice 1997, 91 unter Verweis auf den britischen Fall „Cigarette Filter Rods“. Die Europäische Entscheidungspraxis scheint diese Kritik an der herausragenden Rolle von Marktanteilen mittlerweile zu berücksichtigen. So heißt es in Fn. 78 der Marktanalyseleitlinien: „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.“

⁷⁵ *EuGH*, Rs. C-85/76, Slg. 1979, 461 ff. Rn. 41 – *Hoffmann-La Roche/Kommission*.

⁷⁶ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 77.

⁷⁷ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 76.

Neben der absoluten Höhe von Marktanteilen ist auch deren Entwicklung in zeitlicher Hinsicht von wichtiger Bedeutung. So kann einem Unternehmen mit einem hohen Marktanteil beträchtliche Marktmacht unterstellt werden, wenn dieser Marktanteil über längere Zeit stabil geblieben ist.⁷⁸ Der Umstand, dass ein mächtiges Unternehmen allmählich Marktanteile verliert, kann zwar durchaus auf zunehmenden Wettbewerb auf diesem Markt hindeuten, schließt aber die Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht aus.⁷⁹ Längerfristig schwankende Marktanteile können jedoch wiederum ein Anzeichen für fehlende Macht auf dem relevanten Markt sein.⁸⁰ Desweiteren sind bei der Bewertung der Marktanteile als ein Indikator zum Vorliegen einer marktmächtigen Stellung der Abstand zum nächst größeren Wettbewerber und die Verteilung der Marktanteile auf die restlichen Wettbewerber von Bedeutung.

Schließlich spielen die angewandten Berechnungsmethoden zur Feststellung von Marktanteilen eine wichtige Rolle. Dabei kann die Bundesnetzagentur eine bislang eingesetzte Berechnungsmethode zu Gunsten einer anderen aufgeben, wenn die neu angewandte Berechnungsmethode besser geeignet ist, Marktanteile festzustellen und abzubilden.

Zur Verdeutlichung wird die Festlegung der Bundesnetzagentur vom 8. August 2013 zu Markt Nr. 1 herangezogen. Hier wird deutlich, unter welchen – hier nicht abschließend dargestellten – Voraussetzungen die Bundesnetzagentur eine bislang angewandte Berechnungsmethode modifiziert: So wurde von der Bundesnetzagentur im Rahmen der vorangegangenen Analysezyklen vornehmlich der wertmäßige Umsatz als maßgebliche Größe zur Berechnung der Marktanteile herangezogen. Diese Vorgehensweise erscheint jedoch vor dem Hintergrund der Entwicklung des Markts für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten in Deutschland nicht mehr zweckmäßig. Durch die zunehmende Verbreitung von Zugängen zum öffentlich zugänglichen Telefondienst als Teil von Bündelprodukten enthalte der Gesamtumsatz, der mit einem dieser Bündelprodukte erzielt wird, zusätzlich zu dem hier relevanten Telefonanschluss bzw. Zugang zum öffentlich zugänglichen Telefondienst vielfach eine Reihe von weiteren Leistungen wie volumenunabhängige Pakettarife, breitbandiger Internetzugang und Fernsehdienste. Der Umsatz, der somit auf den Telefonanschluss entfällt, stelle lediglich je nach Ausprägung des Bündelproduktes einen mehr oder weniger kleinen Teil des Gesamtumsatzes dar. Hinzu komme, dass die Unternehmen in der Regel nicht mehr in der Lage seien, denjenigen Umsatz, der hierbei mit dem reinen Zugang zum öffentlich zugänglichen Telefondienst erzielt wird, zu benennen. Daher sei es sinnvoll und zweckmäßig, zunächst die mengenmäßigen Umsätze (Absätze) zur Berechnung der Marktanteile heranzuziehen.

– Leichtigkeit des Marktzugangs/Marktzutrittsschranken

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung hängt auch davon ab, wie leicht der Marktzugang ist. Fehlende Marktzutrittsschranken halten zum Beispiel ein Unternehmen mit einem beträchtlichen Marktanteil davon ab, sich unabhängig vom Markt wettbewerbswidrig zu verhalten.⁸¹ Marktzutrittsschranken können gesetzlicher, struktureller oder strategischer Art sein. Allerdings können hohe Marktzutrittsschranken bei Märkten, die sich durch fortlaufende technologische Neuerungen auszeichnen, an Bedeutung verlieren. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.⁸² Als Beispiel struktureller (hier: technischer) und rechtlicher Marktzutrittsschranken kann der Markt für die Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen (im Folgenden Markt Nr. 7) schlechthin („ein-Netz-ein-Markt“-Grundsatz) und hier beispielsweise der Bereich des virtuellen Mobilfunkterminie-

⁷⁸ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75, unter anderem unter Verweis auf das Grundsatzurteil des *EuGH*, Rs. C-85/76, Slg. 1979, 461 ff. Rn. 41 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

⁷⁹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75.

⁸⁰ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 75.

⁸¹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 80.

⁸² Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 80.

rungsmarkts herangezogen werden. Solange es keine technische Möglichkeit zur Angebots- substitution gibt, ist ein Zutritt anderer Wettbewerber (einschließlich der Gastnetzbetreiber der virtuellen Mobilfunkanbieter) auf die virtuellen Mobilfunkterminierungsmärkte ausgeschlossen. Darüber hinaus verfügen die virtuellen Mobilfunkanbieter über kein eigenes Frequenzspektrum, sondern betreiben ihr virtuelles Mobilfunknetz vielmehr über einen Nutzungsvertrag mit den Gastnetzbetreibern. Vor diesem Hintergrund bestehen für Wettbewerber auch rechtliche Marktzutrittsschranken, denn das Tätigwerden auf den virtuellen Mobilfunkterminierungsmärkten wäre an das Einverständnis der jeweiligen Gastnetzbetreiber, die als Frequenzinhaber über das jeweilige Gastmobilfunknetz verfügen, gebunden.

– Gesamtgröße des Unternehmens

Als weiteres Merkmal nennt die Europäische Kommission in Rn. 78 der Marktanalyseleitlinien die Gesamtgröße des Unternehmens. Die beispielsweise mit der Unternehmensgröße verbundenen finanziellen Ressourcen oder Größen- und Verbundvorteile können einem Unternehmen Wettbewerbsvorteile auf einem Markt verschaffen. So können etwa Abschreckungseffekte gegenüber anderen Unternehmen auftreten.

– Kontrolle über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur

Ferner ist die Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur als ein für das Vorliegen von Marktbeherrschung sprechender Faktor anzusehen.⁸³ Es handelt sich hierbei um eine – im Bereich der Netzwirtschaft besonders häufig anzutreffende – Marktzutritts- schranke.⁸⁴ Der Ausbau einer derartigen Infrastruktur beinhaltet nämlich die – für Wettbe- werber vielfach trotz der Angewiesenheit auf die Nutzung der Infrastruktur nicht lohnenswer- te – Notwendigkeit umfangreicher Investitionen. Prominentestes Beispiel einer nicht leicht zu duplizierenden Infrastruktur ist das bundesweit ausgebaute Teilnehmeranschlussnetz des größten Telekommunikationsunternehmens in Deutschland (Markt Nr. 4). In Kombination mit einem stabilen und überragend großen Endkundenbestand werden tatsächliche oder poten- zielle Wettbewerber daran gehindert, beachtenswerte Marktanteile zu erlangen. Für alterna- tive Wettbewerber erhöhen sich zwar die Marktzutrittschancen mit dem Ausbau einer eigen- en Infrastruktur. Allerdings wäre eine vollständige Duplizierung der Netzinfrastruktur weder volkswirtschaftlich sinnvoll noch betriebswirtschaftlich machbar.

– Technologische Vorteile oder Überlegenheit

Unternehmen, welche beispielsweise aufgrund erheblicher Ausgaben für Forschung und Entwicklung über ein besonderes technisches Know-how verfügen, können ebenfalls Wett- bewerbsvorteile genießen.⁸⁵

– Fehlen oder geringe ausgleichende Nachfragemacht

Liegt eine ausgleichende Nachfragemacht vor, so spricht dies gegen das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung,⁸⁶ da eine starke Verhandlungsposition auf der Nachfragesei- te die Marktmacht eines Anbieters ausgleichen kann. Eine solche Nachfragemacht kann da- bei sowohl im Vorleistungsbereich als auch im Endkundenbereich im Einzelfall gegeben sein. Nachfragemacht kann beispielsweise aus der Fähigkeit zu diskriminierendem Verhalten der Nachfrager entspringen (zum Beispiel Boykott), aus einer Bindung der Anbieter an die Nachfrager aufgrund spezifischer Investitionen oder auch aus der glaubhaften Drohung der

⁸³ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

⁸⁴ Vergleiche dazu auch den Schlussantrag von Generalanwalt *Jacobs* in der Rs. C-7/97, Slg. 1998, I-7791 ff. Rn. 66 – Oscar Bronner.

⁸⁵ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

⁸⁶ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

Nachfrager, die nachgefragten Güter selbst herzustellen bzw. durch alternative Entwicklungen überflüssig werden zu lassen.

Dieses Kriterium hat für die Bundesnetzagentur insbesondere auf den Terminierungsmärkten eine besondere Bedeutung, weil hier aufgrund der Marktdefinition die Marktzutrittschranken absolut sind und damit ein Marktanteil von einhundert Prozent vorliegt. Ein Beispiel für eine nicht vorhandene Nachfragemacht bildet der Markt für Terminierungen in ein Mobilfunknetz. Unbeschadet der zwischen den Mobilfunknetzbetreibern bestehenden Größenunterschiede liegt auf dem relevanten Markt keine Nachfragemacht vor, da die Möglichkeit, Zusammenschaltungs- und weitere Regulierungsverpflichtungen aufzuerlegen, die unterschiedliche Nachfragemacht der auf den Endkundenmärkten im Wettbewerb stehenden Telekommunikationsunternehmen ausgleicht. So hat die Bundesnetzagentur in diesem Zusammenhang dargestellt, dass die Marktgegenmacht eines Terminierungsleistungen nachfragenden Telekommunikationsunternehmens im Wesentlichen entfällt, wenn dieses Unternehmen hinsichtlich der Zusammenschaltung und insbesondere hinsichtlich der eigenen Terminierungsentgelte seinerseits der Regulierung unterliegt bzw. diese Regulierung absehbar ist. Denn in diesem Fall steht ihm die Drohung mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen oder der Erhöhung der eigenen Terminierungsentgelte als Verhandlungsmittel nicht mehr zur Verfügung.⁸⁷ Ein weiteres Beispiel bildet der Markt Nr. 6. Dort fehlen jegliche Anhaltspunkte für eine hinreichende Konzentration und homogene Strukturierung der Marktgegenseite. Eine solche ist aber regelmäßig erforderlich, um der beträchtlichen Marktmacht des Marktführers eine ausgleichende Nachfragemacht gegenüberzustellen.

Schließlich beurteilt die Bundesnetzagentur nicht nur die direkte Nachfragemacht auf Vorleistungsebene, sondern berücksichtigt auch, ob eine von der Endkundenebene abgeleitete Nachfragemacht besteht. Im Markt Nr. 7 etwa wählen die Angerufenen ihren Mobilfunkanschluss nicht aufgrund der (Terminierungs-)Kosten, die dem Anrufer in Rechnung gestellt werden, aus. Infolgedessen verfügen die Endkunden insgesamt nicht über eine Einflussmöglichkeit, die indirekt zu einer ausgleichenden Nachfragemacht gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern führen und damit überhöhte Terminierungsentgelte vermeiden könnte.

– Leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten/finanzielle Ressourcen

Zu den im Rahmen der Marktbeherrschungsprüfung relevanten Kriterien zählt auch die Frage, des – im Vergleich zu anderen Wettbewerbern – leichten oder privilegierten Zugangs zu Kapitalmärkten und die Verfügbarkeit finanzieller Ressourcen.⁸⁸ Nach der sog. Abschreckungs- oder Ressourcentheorie eröffnet nämlich eine überlegene Finanzkraft als wichtigster – wenn auch nicht einziger – Ausdruck der einem Unternehmen zur Verfügung stehenden Ressourcen dem Unternehmen Verhaltensspielräume beim Einsatz seiner Wettbewerbsparameter, die aktuelle oder potenzielle Wettbewerber in ihrem Marktverhalten entmutigen und von wettbewerbsaktiven Maßnahmen abschrecken können.

Die Finanzkraft setzt sich aus der Eigenfinanzierungskraft eines Unternehmens (cash flow) und seiner Möglichkeit zur Fremdfinanzierung zusammen, beides unter Einbeziehung der mit dem betrachteten Unternehmen verbundenen Unternehmen. Der Bruttoumsatz eines Unternehmens ist zwar die Quelle der Finanzkraft, zu ihrer Messung allein aber weniger geeignet, da sie bei gleichem Bruttoumsatz um so geringer ist, je höher der Aufwand für die Erzielung des Umsatzes war. Finanzkraftunterschiede sind gemäß den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts allerdings dann nicht gesondert zu berücksichtigen, wenn – wie beispielsweise auf dem Markt für Mobilfunkterminierungsleistungen – auf der Anbieterseite kein konkurrierendes Unternehmen steht.⁸⁹

⁸⁷ BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 32.

⁸⁸ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

⁸⁹ BVerwGE 131, 41 ff. Rn. 34.

Die Ermittlung der Finanzkraft eines Unternehmens sollte auch Verbindungen und Verflechtungen mit anderen Unternehmen, insbesondere die Zugehörigkeit zu einem multinationalen Konzern, berücksichtigen. Dies kann tendenziell die Marktposition eines Marktführers noch verstärken, weil dieser auf die gesamten Ressourcen des Konzerns zurückgreifen kann.⁹⁰ Die Bundesnetzagentur untersucht die Finanzkraft eines Unternehmens anhand bestimmter, gängiger Finanzkennzahlen, wie beispielsweise dem Gesamtumsatz, dem Cash-Flow und/oder dem Gewinn.

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

Ein breites Produktsortiment kann ebenfalls Wettbewerbsvorteile mit sich bringen.⁹¹ Es erlaubt dem Anbieter etwa die Einrichtung eines „One-Stop-Shops“, d. h. der Nachfrager kann seine Wünsche bei einem Anbieter umfassend befriedigen, sowie darüber hinaus die Bündelung von Produkten beispielsweise zur Stimulanz der Nachfrage. Beispielhaft ist hier der Markt Nr. 6 zu sehen. Dort ist der etablierte Anbieter, der über die mit Abstand am weitesten ausgebaute Infrastruktur verfügt, im Gegensatz zu fast allen anderen Betreibern in der Lage, de facto bundesweit zwei Punkte unabhängig von deren Lage entweder mit einem Abschluss-Segment oder aber durch ein Fernübertragungs-Segment mit ein bis zwei Abschluss-Segmenten zu verbinden. Er verfügt damit über einen klaren Vorteil gegenüber seinen Mitbewerbern, die alle eine weit geringere Netzabdeckung haben. Schließlich kann er auch im Zuge von Projektgeschäften Abschluss-Segmente von Mietleitungen zwischen verschiedenen Destinationen bündeln – wie dies z. B. im Rahmen von Systemverträgen in der Praxis vorkommt –, wie es kaum einem anderen Unternehmen am Markt möglich ist. So bieten außer ihm tatsächlich nur wenige Netzbetreiber Systemlösungen an, da sie gerade nicht über die entsprechenden Diversifizierungsmöglichkeiten verfügen.

– Größenvorteile

Von Größenvorteilen⁹² spricht man, wenn der Zusammenhang zwischen zunehmender geplanter Betriebsgröße (Kapazität), gemessen in der möglichen Ausbringung eines Produkts bzw. einer Produktpalette pro Zeiteinheit, und den zu erwartenden gesamten Herstellstückkosten durch abnehmende Herstellstückkosten gekennzeichnet ist. Ein Unternehmen kann danach also durch eine Vergrößerung Kosten sparen. Größenvorteile können ihren Grund etwa in Spezialisierungsvorteilen durch Arbeitsteilung, Erfahrungsvorteile, Losgrößenersparnissen oder Vorteilen aus zentralisierter Reservehaltung haben. Dem können allerdings auch so genannte „Diseconomies of Scale“ entgegen stehen.

– Verbundvorteile

Verbundvorteile⁹³ sind Kostenvorteile, die sich für ein Unternehmen aus der Produktion von mehr als nur einem Produkt ergeben. Sie beruhen auf der gemeinsamen, jedoch nicht konkurrierenden Nutzung von Produktionsfaktoren wie etwa Technologie-, Management- und Marketing-Know-How, spezialisierten und unteilbaren Betriebsmitteln oder Distribution und Kommunikation.

– Vertikale Integration

Ebenfalls für Marktbeherrschung spricht das Merkmal der vertikalen Integration,⁹⁴ jedenfalls wenn diese das Unternehmen in die Lage versetzt, bevorzugt an Beschaffungs- und Ab-

⁹⁰ Vergleiche *EuGH*, Rs. C-322/81, Slg. 1983, 3461 ff. Rn. 55 ff. – Michelin; Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359 ff. Rn. 72 – AKZO II.

⁹¹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

⁹² Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78; im Englischen „economies of scale“.

⁹³ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78; im Englischen „economies of scope“.

⁹⁴ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

satzmärkte zu gelangen.⁹⁵ Die Verhaltensspielräume eines Unternehmens können sich nämlich dadurch erweitern, dass dieses einen im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überlegenen Zugang zu seinen Absatz- und Beschaffungsmärkten besitzt. Im Falle vertikaler Integration ist ein Unternehmen auf einander vor- bzw. nachgelagerten Marktstufen tätig. Mit einer solchen Integration kann ein Unternehmen etwa das Ziel verfolgen, Transaktionskosten zu sparen, ein ineffizientes Unternehmensmanagement zu eliminieren oder auch Konkurrenten bei dem Zugang zu Bezugs- oder Absatzwegen zu behindern.

– Hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz

Ferner kann Marktmacht durch ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz erhöht werden.⁹⁶ Denn der Unternehmenserfolg kann unter anderem maßgeblich vom Zugang zu den Abnehmern abhängen.

– Fehlen von potenziellem Wettbewerb

Die Marktmacht eines Unternehmens kann zudem durch das Vorhandensein potenzieller Wettbewerber eingeschränkt werden.⁹⁷ Dies ist insbesondere durch alternative Technologien grundsätzlich möglich. Potenzielle Wettbewerber können Unternehmen sein, die auf angrenzenden Produkt- oder Dienstleistungsmärkten tätig und zum Beispiel durch eine einfache Umstellung der Produktionsanlagen in der Lage sind, in den Markt einzutreten. Der Einfluss potenziellen Wettbewerbs auf ein möglicherweise marktmächtiges Unternehmen ist umso höher, je leichter ein Unternehmen in den relevanten Markt eintreten kann und je näher der Eintritt bevorsteht. Insbesondere auf elektronischen Kommunikationsmärkten kann Wettbewerbsdruck durch die Innovationskraft potenzieller Mitbewerber entstehen, die auf den Markt drängen.⁹⁸ So gilt für den Markt Nr. 6, dass potenzieller Wettbewerb im Anschlussbereich hauptsächlich von bereits etablierten Betreibern von Teilnehmernetzen ausgeht, die ihre bereits vorhandene Infrastruktur (teilweise auch in die Fläche) ausbauen. Dagegen ist aufgrund ökonomischer Gegebenheiten (Größenvorteile und hohe versunkene Kosten) nicht davon auszugehen, dass im Anschlussnetz fixe Leitungen durch andere Wettbewerber flächendeckend dupliziert werden.

– Expansionshemmnisse

Ein weiteres Kriterium stellen Expansionshemmnisse dar.⁹⁹ Unter Expansionshemmnissen versteht man all diejenigen Umstände, welche ein bereits auf dem Markt tätiges Unternehmen am Wachstum hindern können. Dies können beispielsweise gesetzliche Hemmnisse wie etwa Frequenzerfordernisse sein.

Gemeinsame beträchtliche Marktmacht von Unternehmen

Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen, die sich im Wesentlichen auf die Prüfung einer marktmächtigen Stellung eines einzelnen Unternehmens beziehen, werden diese schließlich um Aspekte ergänzt, die im Rahmen der Prüfung der Marktmacht mehrerer Unternehmen zusammen zusätzlich von Bedeutung sind.

Die Überprüfung des Vorliegens einer gemeinsamen marktmächtigen Stellung erfolgt in der Regel derart, dass zunächst das Innenverhältnis (Fehlen wirksamen Wettbewerbs der marktmächtigen Unternehmen untereinander) und danach das Außenverhältnis (Fehlen wirksamen Wettbewerbs der marktmächtigen Unternehmen gegenüber Dritten) zu untersu-

⁹⁵ Vgl. für ein illustratives Beispiel aus der Rechtsprechung das Urteil des *EuGH*, Rs. C-27/76, Slg. 1978, 207 ff. Rn. 69/71 ff. – *United Brands/Kommission*.

⁹⁶ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

⁹⁷ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 74, 78.

⁹⁸ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 80.

⁹⁹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 78.

chen ist. Dabei erleichtern folgende nicht erschöpfend aufgeführte Kriterien, die in Anhang II der RRL aufgeführt sind und von der Europäischen Kommission bereits im Zusammenhang mit der Fusionskontrollverordnung für die Bewertung einer gemeinsamen beherrschenden Stellung verwendet wurden, die entsprechende Prüfung:¹⁰⁰

- Gesättigter Markt
- Stagnierendes oder begrenztes Wachstum auf der Nachfrageseite
- Geringe Nachfrageelastizität
- Gleichartiges Erzeugnis
- Ähnliche Kostenstrukturen
- Ähnliche Marktanteile
- Fehlen technischer Innovation, ausgereifte Technologie
- Keine Überkapazität
- Hohe Marktzutritthemmnisse
- Fehlen eines Gegengewichts auf der Nachfrageseite
- Fehlen eines potenziellen Wettbewerbs
- Verschiedene Arten informeller oder sonstiger Verbindungen zwischen den betreffenden Unternehmen
- Mechanismen für Gegenmaßnahmen sowie
- Fehlender Preiswettbewerb oder begrenzter Spielraum für Preiswettbewerb.

Übertragung von Marktmacht auf Nachbarmärkte

Gemäß § 11 Abs. 1 S. 5 TKG kann davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmen, das auf einem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, auch auf einem benachbarten, nach § 10 Abs. 2 TKG bestimmten relevanten Markt beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken.¹⁰¹

Die Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht dürfte im Bereich des Telekommunikationssektors am häufigsten auf vertikal integrierten Märkten vorliegen.¹⁰² Grundvoraussetzung der Übertragung der Marktmacht ist, dass auf einem Markt bereits eine marktmächtige Stellung festgestellt worden ist. Gemäß den Marktanalyseleitlinien sollte es sich bei beiden Märkten um Märkte handeln, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.¹⁰³

Bonn, den

Franke
(Beisitzer)

Homann
(Vorsitzender)

Dr. Henseler-Unger
(Beisitzerin und
Berichterstatterin)

BK 1-12/005

¹⁰⁰ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 97.

¹⁰¹ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 83.

¹⁰² Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 84.

¹⁰³ Marktanalyseleitlinien, a. a. O. Rn. 85.

Anlage

A. Marktkategorien der Märkte-Empfehlung 2007

1. Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten
2. Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten
3. Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten
4. Vorleistungsmarkt für den (physischen) Zugang zu Netzinfrastrukturen (einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs) an festen Standorten
5. Breitbandzugang für Großkunden
6. Abschluss-Segmente von Mietleitungen für Großkunden, unabhängig von der für die Miet- oder Standleitungskapazitäten genutzten Technik
7. Anrufzustellung in einzelnen Mobilfunknetzen

B. Marktkategorien der Märkte-Empfehlung 2003

18. Rundfunk-Übertragungsdienste zur Bereitstellung von Sendeinhalten für Endnutzer