

**Stellungnahmen interessierter Parteien  
zum Konsultationsentwurf**

**Verwaltungsvorschrift gemäß § 15a Abs. 1  
Telekommunikationsgesetz (TKG) nach §§ 12 Abs. 1 TKG  
i. V. m. 15a Abs. 3 TKG**

**öffentliche Fassung**



1&1 Internet AG

Hauptstadtbüro

Ansprechpartner:

Dr. Mario Rehse  
Senior Manager  
Government Relations

Neustädtische Kirchstraße 8  
10117 Berlin  
Fon +49 30 8103152-8820  
Fax +49 30 8103152-8822  
mario.rehse@1und1.de

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

Berlin, 12. Februar 2014

Im Sinne regulatorischer und damit ökonomischer Sicherheit begrüßt die 1&1 Internet AG ausdrücklich die **Dokumentierung der Verwaltungspraxis der Bundesnetzagentur** in einer Verwaltungsvorschrift und die damit verbundene Selbstbindung. Im Rahmen der Konsultation nehmen wir daher gern die Gelegenheit wahr, den vorliegenden Entwurf in Bezug auf die für unser Unternehmen relevantesten Parameter – insbesondere die Marktabgrenzung als Grundlage einer behördlichen Einschätzung der Wettbewerbsintensität – zu bewerten.

### **I. Grundsätze der Marktabgrenzung**

Wie die Bundesnetzagentur grundsätzlich richtig feststellt, hat die Bestimmung des für die Beurteilung der Marktmacht relevanten Marktes notwendig dynamisch zu erfolgen. Gleichwohl sind die Erfolge des Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt innerhalb der letzten Jahre Nachweis für eine **erfolgreiche Regulierungspolitik**. Grundsätzliche Wechsel in der Regulierungspraxis sollten daher sorgsam bedacht werden und seine potenziellen Effekte kritisch abgewogen werden.

Insbesondere in Anbetracht einer sich aktuell abzeichnenden De-Regulierung innerhalb der Neufassung der **Märkteempfehlung** der EU-Kommission, ist es begrüßenswert, dass die Bundesnetzagentur zwar deren „gesteigerte Berücksichtigungspflicht“ anerkennt, sich aber bewusst notwendige Beurteilungsspielräume auf nationaler Ebene und eine daraus resultierende **Widerleglichkeit** offen hält, um den **Besonderheiten des deutschen Telekommunikationsmarktes** gerecht zu werden. Dies ist insbesondere in Anbetracht der deutschen Erfolgsgeschichte im Telekommunikationswettbewerb auf der einen Seite und der **notwendig nur kursorischen und verallgemeinernden Prüfung der EU-Kommission** auf der anderen Seite zu unterstützen. Die Bundesnetzagentur sollte daher von der Möglichkeit Gebrauch machen, in Deutschland regulierungsbedürftige Märkte auch künftig dort festzulegen, wo die EU-Kommission aufgrund einer europäischen Blickwinkels in generalisierender Betrachtungsweise ggf. keine zu regulierenden Märkte mehr erblickt.

## II. Sachliche Marktabgrenzung – insb. fehlende Substituierbarkeit des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung

Auch in Bezug auf die sachliche Marktabgrenzung ist der Bundesnetzagentur insoweit zuzustimmen, als dass Ausgangspunkt die Substituierbarkeit von Produkten in Bezug auf einen zu erreichenden Endzweck aus Sicht des Nachfragers bestimmt werden muss. Insoweit ist der Feststellung der Bundesnetzagentur beizupflichten, dass die Teilnehmeranschlussleitung und damit der Markt 4 ein Alleinstellungsmerkmal genießen.

Eben dieses verkennt im Ergebnis die EU-Kommission, wenn sie zumindest in früheren Entwürfen für die Neufassung der **Märkteempfehlung** die bisherigen Märkte 4 und 5 als substituierbar und damit innerhalb der Empfehlung kombinierbar feststellt. Der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ist in Deutschland nach wie vor die **bedeutendste Vorleistung**. Dies demonstriert die nach wie vor hohe Zahl von 9,4 Mio. TAL-Anmietungen. In Anbetracht der Tatsache, dass die Beurteilung von Marktmacht auf allen als substituierbar angesehenen Produkten basiert, könnte eine Zusammenlegung der Märkte 4 und 5 dazu führen, dass eine durch die gegenwärtige Wettbewerbssituation nicht legitimierte De-Regulierung erfolgte.

Die Entbündelung der TAL macht zwar mehr eigene Infrastruktur notwendig. Dies sorgt aber dafür, dass der Wettbewerber mehr technische Kontrolle über das Netz hat und so seine **Angebote ausdifferenzieren** und beispielsweise wiederum **anderen Wettbewerbern Vorleistungen** zur Verfügung stellen kann. Gleichzeitig verbleibt so ein größerer Teil der Wertschöpfung beim Wettbewerber. Diese Senkung der Abhängigkeit von der Netzinfrastruktur der Deutschen Telekom und Schaffung eigener Innovationsspielräume erhöht im Ergebnis die Wettbewerbsintensität. Ein entbündeltes Vorprodukt sollte daher stets das erste Mittel der Wahl sein.

Lediglich, wenn eine Entbündelung sonstige technische Fortschritte beeinträchtigen würde (z.B. im Rahmen der Vectoring-Technologie), erscheint ein virtuelles Zugangsprodukt als adäquate Möglichkeit für alternative Anbieter, Wettbewerbsfähigkeit zu erlangen.

## III. Örtliche Marktabgrenzung – insb. Regionalisierung

### a) Keine heterogenen Wettbewerbsbedingungen

Soweit die Bundesnetzagentur eine **regionalisierte Marktbetrachtung** im Internetzugangsmarkt thematisiert, ist festzustellen, dass die Wettbewerbsbedingungen innerhalb Deutschlands **nicht hinreichend heterogen** sind, als dass eine regionale Marktabgrenzung gerechtfertigt wäre. Wie die Bundesnetzagentur in der Marktanalyse zu Markt 5 vom 16. September 2010 richtig feststellt, sind die **Marktanteile** der Deutschen Telekom selbst in Gebieten mit relativ gesehen mehr Wettbewerbern **nicht signifikant niedriger** als in den übrigen Regio-

nen. Die allgemeine Marktbeobachtung legt nahe, dass sich an dieser Wettbewerbssituation auch in den vergangenen Jahren **keine signifikante Wettbewerbsintensivierung** stattgefunden hat. Der sich verstärkende Wettbewerb der Coax-Anbieter ist hauptsächlich zu Lasten der Marktanteile alternativer DSL-Anbieter gegangen. Eine andere Bewertung wäre daher aus unserer Sicht nicht gerechtfertigt.

*b) Keine regionalen Differenzierungen bei Preisen, Produkten oder Marketingstrategien*

In einigen Gebieten sind zwar **nominell mehr Wettbewerber** zu verzeichnen als in anderen. Überregional tätige Anbieter bieten jedoch **keine regional unterschiedlichen Produkte** an und streben auch **keine regionale Preisdifferenzierung** an. Ebenso sind **Marketingstrategien aller Regel national** ausgerichtet und differenzieren ebenfalls nicht nach verschiedenen Anschlussgebieten.

*c) Wechselseitige Abhängigkeiten zwischen verschiedenen Märkten*

Aus Sicht der auf Vorleistungsangebote angewiesenen Wettbewerber ist insbesondere zu beachten, dass Zugang zu Kabelnetzen aktuell nicht als Vorleistungsprodukt angeboten wird. Dort wo also aktuell TAL-basierte Anbieter den Wettbewerbsdruck aufrechterhalten, ist davon auszugehen, dass ihnen dies auch nach einer potenziellen De-Regulierung nicht mehr möglich ist.

Bundesweit tätige Wettbewerber agieren basierend auf einem nationalen Kundenstamm und mit nationalem Vermarktungsansatz. Können sie nicht mehr flächendeckend auf Vorleistungsprodukte zurückgreifen, drohen sie durch Verlust wichtiger Betätigungsfelder **insgesamt aus dem Markt gedrängt** zu werden. Damit drohen auch für andere Wettbewerber wichtige Vorleistungsprodukte wegzufallen. Sowohl in den mutmaßlich de-regulierten wie in den noch für regulierungsbedürftig befundenen Regionen würde daher absehbar der Wettbewerbsdruck sinken. Die damit verbundene Stärkung des ehemaligen Staatsunternehmens und Senkung der Wettbewerbsintensität wäre auch durch spätere regulatorische Eingriffe **nicht mehr zu kompensieren**.

*d) Fehlende Stabilität des Wettbewerbs*

Gerade in einer Phase bereits zu beobachtender Marktkonsolidierung, hätte eine De-Regulierung in einzelnen Gebieten zwangsläufig zur Folge, dass aktuell für Wettbewerbsdruck sorgende Unternehmen mittel- bis langfristig vom Markt verdrängt werden und ein **enges Oligopol** entstehen würde. Insoweit ist insbesondere an der **Stabilität etwaiger regional abgegrenzter Märkte** zu zweifeln, die die Bundesnetzagentur zu Recht zur Prämisse erhebt.

Am Fortbestand wirksamen Wettbewerbs bestehen bei **regionaler De-Regulierung** große Zweifel, da viele der aktuellen Wettbewerber auf Basis regulierter Vorleistungsprodukte

agieren. Mit ihrem zu befürchtenden Ausscheiden aus dem Markt würde ein für „wettbewerblich“ befundenes Gebiet erneut zu einem „nicht-wettbewerblichen“. Die damit verbundene **Instabilität des Marktumfelds** nimmt alternativen Anbietern **Planungs- und Investitionssicherheit** und würde verschiedene Gebiete unattraktiv für einen Markteintritt machen.

Insbesondere wäre ein alleiniges Abstellen auf die bloße **Zahl von Wettbewerbern** trügerisch, da einige Unternehmen in ihrem Fortbestand maßgeblich von regulierten Vorleistungen abhängen. Diesbezüglich sind die Feststellungen der Bundesnetzagentur in der Marktanalyse (S. 125 f.) folgerichtig und weiterhin zu unterstreichen. Sie gelten heute mehr denn je.

Die vorgenannten Bedenken werden durch **Erfahrungen aus Portugal** bestätigt, wo der Marktanteil des ehemaligen Staatsunternehmens nach der Liberalisierung zunächst auf 40 Prozent sank – diese Erfolge jedoch durch eine regionalisierte Regulierung wieder zu Nichte gemacht wurden und der Marktanteil in der Folge auf 50 Prozent stieg.

*e) Regionale Marktabgrenzung fördert nicht den Breitbandausbau*

Der politisch zum Teil geäußerten These, ein regionaler Regulierungsansatz wirke sich positiv auf den **Breitbandausbau** aus, ist nicht zuzustimmen. Der Ausbau von „weißen Flecken“ wird weiterhin unwirtschaftlich bleiben. Dies hat seine Ursache vor allem in den Grabungskosten und einer geringeren Bevölkerungsdichte, welche die spezifischen Anschlusskosten erhöhen. Diese strukturellen und netzökonomischen Gegebenheiten können auch durch Regulierungserleichterungen nicht verändert werden; die Kosten bleiben, wie sie sind. Eine etwaige Finanzierung des Breitbandausbaus durch **Monopolrenditen** und steigende Gewinne in Folge einer Marktkonsolidierung, muss jedoch ausscheiden, weil dies immer mit einem unmittelbaren Wettbewerbsverlust einhergeht. Ein volkswirtschaftlicher Missstand würde auf diese Weise durch die Einführung eines anderen bekämpft.

Insbesondere würde ein regionaler Regulierungsansatz gerade den Ausbau kleinerer Anbieter potenziell unwirtschaftlich machen und damit auch auf anderer Ebene Wettbewerb zu Gunsten der Deutschen Telekom reduzieren.

Die **praktischen Erfahrungen** mit regionalisierten Regulierungsansätzen sind auch bei europaweiter Betrachtung bislang sehr gering; überwiegend sehen die nationalen Regulierungsbehörden die Voraussetzungen für eine solche Änderung der örtlichen Marktabgrenzung nicht als gegeben an. Die Annahme, dass regionalisierte Ansätze zu einem spürbaren Fortschritt beim Breitbandausbau führen lässt sich aufgrund der bisherigen Erfahrungen im Ausland nicht stützen. Indes gibt es gewichtige Indizien, dass regionale Marktabgrenzung ehemaligen Staatsunternehmen hilft, Marktanteile zurückzugewinnen (s.o.).

*f) Fazit*

Vor diesem Hintergrund sollten die möglichen Auswirkungen einer regionalen Marktabgrenzung sorgsam analysiert und mit allen betroffenen Marktteilnehmern diskutiert werden, bevor ein so deutlicher Wechsel der erfolgreichen Regulierungspraxis erwogen wird.

Die oben skizzierten komplexen Abhängigkeiten der verschiedenen Märkte, die weithin fehlende Datenbasis sowie die reine Menge der im Falle regionaler Marktabgrenzung zu bewertenden Marktspezifika sorgen dafür, dass die potenziellen Auswirkungen noch schwieriger zu prognostizieren sind als unter einem nationalen Ansatz. In Anbetracht dessen sollte das bewährte System nicht zu Gunsten eines Regulierungswechsels mit ungewissem Ausgang geopfert werden.

Insbesondere könnten die bereits heute absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt nach ihrem Eintritt nicht mehr kompensiert werden. Wir halten daher einen Wechsel hin zu einer regionalen Marktabgrenzung angesichts der aktuellen Wettbewerbslage weiterhin für nicht gerechtfertigt.

BREKO | Reuterstraße 159 | 53113 Bonn

**Per e-mail: 116-postfach@bnetza.de**

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekom-  
munikation, Post & Eisenbahnen

Referat 116b

Im Tulpenfeld 4

53113 Bonn

Reuterstraße 159  
53113 Bonn  
Tel.: +49 228 24999-70  
Fax: +49 228 24999-72  
breko@brekoverband.de

17. Februar 2014

**BK 1-12/005**

**Konsultationsentwurf einer Verwaltungsvorschrift (VV) gemäß § 15 a TKG – Grundlagen der Marktdefinition und Marktanalyse**

Sehr geehrter Herr Präsident Homann,  
sehr geehrte Damen und Herren,

im Rahmen der Amtsblatt-Mitteilung 80/2014 hat die Bundesnetzagentur den Konsultationsentwurf für ein Regulierungskonzept nach § 15a TKG betreffend die Grundlagen der Marktdefinition und Marktanalyse veröffentlicht. Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme und führen zu dem Konsultationsentwurf wie folgt aus.

**1. Allgemeines**

Zunächst begrüßt der Bundesverband Breitbandkommunikation, dass die Bundesnetzagentur erstmals seit Einführung der Vorschrift durch das TKG-2012 von der in § 15a TKG vorgesehenen Möglichkeit der Beschreibung eines Regulierungskonzeptes in Form einer Verwaltungsvorschrift Gebrauch macht. Unserer Einschätzung nach ist dieses Verfahren gut geeignet, um den Marktteilnehmern mit Blick auf grundlegende Regulierungsentscheidungen und vor allem die Frage des „Ob“ einer sektorspezifischen Regulierung ein hohes Maß an Rechts- und Planungssicherheit zu vermitteln. Durch das vorgeschlagene Regulierungskonzept bleibt die Ausfüllung der Beurteilungs-

spielräume der Behörde im Bereich der Marktdefinition und Marktanalyse für die Marktteilnehmer berechenbar.

Im Sinne einer Kontinuität der Regulierung beschreibt die BNetzA in dem Konsultationsentwurf vor allem die von ihr bis heute in zahlreichen Entscheidungen entwickelte und gefestigte Spruchpraxis und ordnet diese in den Kontext der gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zur Marktabgrenzung und Marktanalyse ein. Dieses Vorgehen ist grundsätzlich zu begrüßen, da daraus die weitgehende Beibehaltung der bisherigen Spruchpraxis und die für unternehmerische Entscheidungen unabdingbare Vorhersehbarkeit des wesentlichen regulatorischen Rahmens abgeleitet werden kann.

Allerdings sollten die grundsätzlich zureffenden Ergebnisse der Beschlusskammer in dem Konsultationsdokument nicht in einem derart großen Umfang auf die europarechtlichen Grundlagen – und hier insb. auf die Märkteempfehlung und die zugehörige „Explanatory Note“ der Kommission aus dem Jahr 2007 – gestützt werden. Vielmehr sollte die Beschlusskammer zur Begründung des Regulierungskonzepts stärker eigene Erkenntnisse und Erfahrungen auswerten und heranziehen. Wie der Kammer bekannt ist, werden die Märkteempfehlung und die „Explanatory Note“ gegenwärtig durch die Kommission überarbeitet bzw. neu ausgearbeitet. Nach den bisher bekannten Vorschlägen der Kommission kann dabei nicht ausgeschlossen werden, dass die betreffenden Rechtsgrundlagen in einer Weise verändert werden, die sich vor allem an dem verfehlten Leitbild der Kommission zum „European Single Market“ orientiert. Nach den Vorstellungen der DG CNECT sollen sich künftig drei bis vier paneuropäisch agierende Unternehmen einen „europäischen Kommunikationsmarkt“ aufteilen. Die Kommission hängt hier offenbar der irrigen und klar widerleglichen Vorstellung an, dass die schiere Größe von Unternehmen zu mehr Innovationen und Investitionen führt. Das Gegenteil ist der Fall, wie auch BEREK in seiner Stellungnahme zum „Single-Market“-Verordnungsentwurf der Kommission klar herausgearbeitet hat.

Gerade der deutsche Markt mit seinem dezentralen und marktgetriebenen Infrastrukturausbau bildet ein gutes Gegenbeispiel zu den - offenbar stark von den Incumbents geprägten - Thesen und Leitbildern der Kommission. Wie die BNetzA in ihrem im Sommer 2013 veröffentlichten Jahresbericht selbst festgestellt hat, werden inzwischen deutlich mehr als die Hälfte der Investitionen in die Breitbandinfrastruktur in Deutschland durch Wettbewerber der DTAG vorgenommen. Die Mitgliedsunternehmen des BREKO investieren dabei Jahr für Jahr mehr als 1,5 Mrd. Euro - und damit 90 Prozent ihres EBITDA - in hochleistungsfähige Glasfasernetze. Nach der im November 2013 veröffentlichten WIK-Studie zum *„dynamischen Investitionswettbewerb als Leitbild der künftigen Entwicklung des Telekommunikationsmarktes“* werden die alternativen Festnetzbetreiber bis 2018 rund 9 Mrd. Euro in FTTX-Netze investieren und damit 11,2 Mio. Haushalte zusätzlich mit hochleistungsfähigen Anschlüssen versorgen können – ein investitionsfreundliches Regulierungsumfeld vorausgesetzt.



Vor diesem Hintergrund sollte die BNetzA bei der Begründung des geplanten Regulierungskonzeptes weitgehend autark und über die gegenwärtigen europäischen Rechtsgrundlagen hinausgehend argumentieren. Diese sind natürlich zu beachten, allerdings lässt gerade das Instrument der Empfehlung den nationalen Regulierungsbehörden eigene Umsetzungsspielräume. Diese Umsetzungsspielräume sind vor dem Hintergrund der Entwicklung und Besonderheiten der jeweiligen Märkte, wie z.B. des seit der Marktöffnung 1998 gewachsenen und traditionell starken sowie investiven TAL-Marktes in Deutschland, sowie der bisherigen Erfahrungen der nationalen Regulierungsbehörden und einer kontinuierlichen und berechenbaren Spruchpraxis auszufüllen.

## **2. Sachliche und räumliche Marktabgrenzung**

### **a) Sachliche Marktabgrenzung**

In ihren Ausführungen zur sachlichen Marktabgrenzung kann sich die Kammer auf eine gefestigte kartellrechtliche Spruchpraxis sowohl der Europäischen Kommission und des EuGH als auch der nationalen Verwaltungs- und Kartellgerichte stützen.

Die Kammer zieht dabei die funktionelle Austauschbarkeit aus Nachfragersicht („Bedarfsmarkt“) und die Angebotsumstellungsflexibilität als die beiden wesentlichen Abgrenzungskriterien zur Definition des sachlich relevanten Marktes heran. Beide Kriterien sind auch im allgemeinen Kartellrecht anerkannt. Als geeignete Methode zur Bestimmung und Bewertung dieser Kriterien stellt das Regulierungskonzept auf den „hypothetischen Monopolistentest“ („oder SSNIP-Test“) ab. Der „hypothetische Monopolistentest“ ist ebenfalls sowohl im sektorspezifischen als auch im allgemeinen Kartellrecht anerkannt und bewährt.

Die Methode hat den Vorzug, dass mit ihrer Hilfe auch vom Preis unabhängige Entscheidungskriterien aus Nachfragesicht identifiziert und in die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes einbezogen werden. So würde z.B. aus Sicht der meisten Nachfrager der physikalisch entbündelte Zugang zur TAL nicht durch einen virtuellen Zugang austauschbar sein – und zwar auch dann nicht, wenn eine weitgehende preisliche Angleichung beider Zugangsprodukte gelingt. Dies liegt vor allem daran, dass der virtuelle Zugang (jedenfalls in den heute – bislang ohnehin nur im Ausland - bekannten und verfügbaren Formen) keine gleichwertige Produktkonfiguration und – diagnose ermöglicht und damit dem nachfragendem Unternehmen weitgehend die Möglichkeit nimmt, sich über eine eigene Produktgestaltung gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen zu differenzieren. Aus diesem Grunde würde die Anwendung des „hypothetischen Monopolistentests“ im Beispielsfall zu dem sachgerechten Ergebnis führen, dass aus Nachfragersicht keine Austauschbarkeit der physikalischen und der virtuellen gegeben wäre und daher von separaten sachlich relevanten Märkten auszugehen ist.

Das Beispiel zeigt zudem, dass die Kammer im Entwurf des Regulierungskonzeptes zurecht auf

tatsächliche Marktentwicklungen und Verfügbarkeiten – und nicht auf prognostizierte Entwicklungen - abstellt.

### **b) Räumliche Marktabgrenzung**

Der BREKO unterstützt die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung im Entwurf des Regulierungskonzeptes. Die auf S.11 des Entwurfs aufgestellten Kriterien zur Definition geografischer Märkte sind angemessen und sachgerecht und sollten eng ausgelegt werden.

Das Konsultationsdokument zeigt noch einmal auf, dass sich die BNetzA mehrfach gründlich mit der Frage der Definition subnationaler Märkte auseinandergesetzt und hierbei zurecht Zurückhaltung geübt hat.

Auch die Marktentwicklung seither legt keine diesbezügliche Änderung der Spruchpraxis der Behörde nah. Im deutschen Telekommunikationsmarkt herrschen weiterhin homogene Wettbewerbsbedingungen, was sich in einem bundesweit gleichmäßigen Endkundenpreisniveau spiegelt. Zudem sind die Marktanteile des regulierten Unternehmens weitgehend stabil geblieben. Die Marktanteilsgewinne der Kabelnetzbetreiber gehen also nicht zulasten des DSL-Geschäfts der Telekom, so dass nicht argumentiert werden kann, diese sei durch eine bundesweite Marktabgrenzung im Wettbewerb zu den Kabelnetzbetreibern benachteiligt. Auch die Marktpenetration durch (lokal verfügbare) alternative Festnetzinfrastrukturen (FTTH) ist nicht so signifikant und gefestigt, dass dies mittelfristig einen regionalisierten Ansatz rechtfertigen könnte.

Auch in anderen EU-Mitgliedsstaaten ist die Definition sub-nationaler Märkte trotz der seit 2008 geführten Diskussion die Ausnahme geblieben. Dort, wo es wie in UK, Portugal oder Finnland in unterschiedlicher Weise entsprechende Entwicklungen gegeben hat, haben diese jedenfalls nicht dazu geführt, dass die dortigen Incumbents die „neue Freiheit“ zu mehr Investitionen und Innovationen genutzt hätten.

Eine zurückhaltende Position bzgl. einer Regionalisierung der Regulierung ist vor diesem Hintergrund mehr als gerechtfertigt. Es ist daher richtig und aus Gründen der Rechts- und Planungssicherheit für die Marktteilnehmer auch geboten, dass sich die BNetzA diesbezüglich auf keine „experimentelle Regulierung“ einlässt, sondern klare und belastbare Kriterien für eine geografische Marktabgrenzung entwickelt hat.

### 3. Drei-Kriterien-Test

Auch die Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen des § 10 Abs.2 TKG erfolgt im Entwurf des Regulierungskonzepts ausführlich und gründlich. Allerdings wäre es in der Praxis wünschenswert – und sollte auch Gegenstand der Verwaltungsvorschrift sein – wenn die strategischen Optionen des regulierten Unternehmens zur Umkehrung der „Tendenz zu wirksamen Wettbewerb“ im Falle einer Deregulierung stärker in die Betrachtung einbezogen würden. Ein einmal (sektorspezifisch) deregulierter Markt ist in der Praxis kaum mehr in die Regulierung zurückzuführen. Insofern ist es bei der Bewertung der „Tendenz zu wirksamen Wettbewerb“ wichtig, nicht nur Marktanteilsentwicklungen zu betrachten, sondern auch einzubeziehen, welche strategischen Optionen das regulierte Unternehmen nach einer Deregulierung hat, um diese Tendenz wieder rückgängig zu machen.

Als negatives Beispiel sei Deregulierung der (netzinternen) Terminierungs-Transitleistungen mit der Marktanalyse-Entscheidung BK 1-07-001 vom 23.01.2009 angeführt. Die seinerzeit erkennende Kammer hatte aufgrund des zwischenzeitlich erfolgten Infrastruktur-Aufbaus durch alternative Betreiber (= Erschließung der 475 POI zum Netz der Telekom) einen Abbau von Marktzutrittschranken und eine „Tendenz zu wirksamen Wettbewerb“ festgestellt und die netzinterne (Terminierungs-)Transitleistung aus der sektorspezifischen Regulierung herausgenommen. Die Entgelte der Telekom aus den Tarifzonen II und III unterliegen seitdem nicht mehr der sektorspezifischen Entgeltkontrolle. Im Verfahren hatten zahlreiche Wettbewerbsunternehmen und die Verbände vor den möglichen Folgen gewarnt und insbesondere darauf hingewiesen, dass die Telekom durch eine entsprechende Preissetzung die neuen Wettbewerber schnell wieder aus dem Markt drängen könne. Die von der Beschlusskammer festgestellte „Tendenz zu wirksamen Wettbewerb“ sei also reversibel.

Diese Optionen zu einer strategischen Preissetzungen durch das (insoweit deregulierte) Unternehmen wurde in der Marktanalyse-Entscheidung allerdings nicht mehr eingehend geprüft. Nachdem die Telekom zunächst – offenbar aus Sorge vor einem entsprechenden Monitoring durch die BNetzA – auf entsprechende Engeltanpassungen verzichtete, geschah im Jahr 2012 dann genau das, wovon die Wettbewerber und Verbände gewarnt hatten. Die Preise für den (netzinternen) Terminierungs-Transit (TZ II und II) wurden seitens der Telekom massiv abgesenkt, wodurch alternative Anbieter aus dem Markt verdrängt werden sollen.

Vor dem Hintergrund u.a. dieser Erfahrung halten wir es für wichtig, die Möglichkeit einer strategischen Preissetzung infolge der Deregulierung und die daraus resultierende Umkehrbarkeit der festgestellten „Tendenz zu einer wirksamen Wettbewerb“ obligatorisch in die Prüfung mit einzubeziehen.

Ebenso sollte die Prüfung des dritten Kriteriums – der Wirksamkeit des allgemeinen Kartellrechts – intensiviert werden. Diese kommt – im Hinblick auf das Erfordernis eines kumulativen Vorliegens der Kriterien - im allgemeinen dann zu kurz, wenn eines der ersten beiden Kriterien bereits als

nicht erfüllt angesehen worden ist. Wir verstehen den „Drei-Kriterien-Test“ aber so, dass durchaus auch eine Gesamtschau vorgenommen und die zwischen den Kriterien bestehenden Wechselwirkungen geprüft werden sollen. So kann „Wirksamkeit des allgemeinen Kartellrechts“ durchaus bei der Beurteilung der „Tendenz zu wirksamem Wettbewerb“ eine Rolle spielen, z.B. bei der Frage der möglichen Umkehrbarkeit dieser Tendenz.

Vor diesem Hintergrund wäre es aus der Sicht des BREKO wünschenswert, wenn die Ausführungen zum „Drei-Kriterien-Test“ im Entwurf des Regulierungskonzepts entsprechend nachgeschärft würden.

Zusammenfassend hält der BREKO den Entwurf des Regulierungskonzepts zur Marktabgrenzung und Marktanalyse für eine wichtige und zielführende Grundlage für die weitere Spruchpraxis der BNetzA. Allerdings sollte die Begründung an den angesprochenen Stellen noch breiter aufgestellt werden.

Für Rückfragen und die weitere Erörterung einzelner angesprochener Punkte stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stephan Albers  
Geschäftsführer

Benedikt Kind  
Leiter Regulierungsverfahren & Recht

BUGLAS | Bahnhofstraße 11 | 51143 Köln

Bundesnetzagentur  
Dienststelle 116b  
Postfach 8001

53105 Bonn

Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.  
(BUGLAS)  
Bahnhofstraße 11 | 51143 Köln  
Tel: +49 2203 20210-0  
Fax: +49 2203 20210-88  
www.buglas.de  
info@buglas.de

**Stellungnahme des BUGLAS zum Konsultationsentwurf nach  
§§ 12 Abs. 1 TKG i.V.m. 15a Abs. 3 TKG für eine Verwaltungsvorschrift gemäß § 15a Abs. 1 TKG**

20.03.2014

Sehr geehrte Damen und Herren,

gern nehmen wir die Möglichkeit zur Stellungnahme zu o.g. Konsultationsentwurf wahr.

Der BUGLAS vertritt Glasfaserexperten aus ganz Deutschland und dem deutschsprachigen Ausland, die Glasfasernetze planen, ausbauen und betreiben sowie Know-how und Technik rund um die Glasfaser zur Verfügung stellen.

Da unsere Mitgliedsunternehmen intensiv in den Ausbau ihrer Netze investieren, ist das vorliegende Regulierungskonzept für die Zukunft dieser Branche von großer Bedeutung. Nur dann, wenn die regulatorischen Rahmenbedingungen Investitionen langfristig sichern, wird damit ein wettbewerbsorientierter Breitbandausbau ermöglicht und insofern die von der Politik formulierten Erwartungen mittel- und langfristig erfüllt.

Zunächst begrüßen wir die Vorlage und Veröffentlichung dieses Entwurfes grundsätzlich, da die Erstellung eines Regulierungskonzeptes einen wichtigen Beitrag zur Transparenz über künftige Entscheidungen der Bundesnetzagentur leisten kann. Da die Bundesnetzagentur den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum unter Berufung auf das Bundesverwaltungsgericht als weiten Ermessensspielraum wertet, bedürfen die im Regulierungskonzept getroffenen Aussagen allerdings einer konkretisierenden Betrachtungsweise im Sinne eines Bekenntnisses der Bundesnetzagentur zum Infrastruktur- und damit auch zum Glasfaserausbau. Anderenfalls fehlt es den investierenden Unternehmen des BUGLAS an der notwendigen Planungssicherheit

mit der Folge, dass der dringend benötigte weitere Breitbandausbau nicht entsprechend vorangetrieben werden kann.

Wir erlauben uns insoweit, auf diejenigen Ausführungen näher einzugehen, die für die Geschäftsmodelle unserer Mitgliedsunternehmen von Bedeutung sind.

Im Rahmen der Ausführungen zur **räumlichen Marktabgrenzung** erläutert der Entwurf, dass gemäß § 2 Absatz 3 Nr. 5 TKG regionale Besonderheiten zu prüfen seien, *„was auf Ebene der Marktdefinition allerdings nicht zwangsläufig zu regionalen Märkten unterhalb des Bundesgebietes führen muss“* (Zitat s. S.10)

Hinsichtlich der Prüfung regionaler Wettbewerbsbedingungen führt der Entwurf weiterhin aus:

*„Ob die insgesamt höhere Verfügbarkeit verschiedener Zugangsalternativen zukünftig zu heterogenen Wettbewerbsbedingungen führt, ist nicht immer frühzeitig einschätzbar. In solchen Fällen beobachtet die Bundesnetzagentur diese Entwicklungen intensiv und reagiert ggfls. entsprechend.“* (Zitat, s. S.11).

BUGLAS begrüßt diesen Ansatz, denn bei der Prüfung regionaler Besonderheiten müssen die Marktgegebenheiten zunächst einer eingehenden Beobachtung unterzogen werden.

Die Entwicklung wettbewerblicher Strukturen muss nachhaltig sein, damit künftig von funktionierendem Wettbewerb ausgegangen werden kann. Eine übereilte Festlegung regionaler Märkte mit der möglichen Folge der **Regulierung regional tätiger Wettbewerber** kann die weitere **Entwicklung eines entstehenden Wettbewerbes erheblich gefährden** oder gar zerstören und damit das Ziel eines Breitbandausbaus in der Fläche, den die Mitgliedsunternehmen des BUGLAS in vielen Regionen Deutschlands in Angriff genommen haben, verfehlen. Darüber hinaus könnte eine **Entlassung der Telekom aus der Regulierung** als Folge eines regionalen Zuschnitts der Vorleistungsmärkte in Ballungsgebieten, auf die die Telekom in dem Fall mit aller Macht hinarbeiten würde, zur Folge haben, dass sie dort **keine Vorleistungsprodukte mehr** zur Verfügung stellen müsste. Damit käme in den Städten der wettbewerbliche **Ausbau der Kabelverzweiger mit Glasfaser (FTTC-Ausbau), der vielfach einen Zwischenschritt zum vollständigen FTTB/H-Ausbau darstellt, zum Erliegen.**

Im Rahmen der Ausführungen zu den Voraussetzungen **des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht** erläutert der Entwurf unter anderem, dass beträchtliche Marktmacht dann anzunehmen ist, wenn ein Unternehmen die Kontrolle über eine nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur innehat. Beispielhaft wird hier der deutsche TAL-Markt (Markt 4) angeführt. *„In Kombination mit einem stabilen und überragend großen Endkundenbestand werden tatsächliche oder potentielle Wettbewerber daran gehindert, beachtenswerte Marktanteile zu erlangen. Für alternative Wettbewerber erhöhen sich zwar die Marktzutrittschancen mit dem Ausbau einer eigenen Infra-*

*struktur. Allerdings wäre eine vollständige Duplizierung der Netzinfrastruktur weder volkswirtschaftlich noch betriebswirtschaftlich sinnvoll.“ (Zitat s. S. 19)*

Die Situation wird zutreffend beschrieben. Die Telekom Deutschland AG hat hier ein immer noch bedeutsames Vorleistungsprodukt als marktmächtiges Unternehmen in den Händen. Bis heute mieten die Wettbewerber bei der Telekom rund 9,5 Millionen TALs an, um ihre Dienste bis zum Kunden zu bringen. Dabei handelt es sich um gut ein Viertel aller TK-Haushalte in Deutschland.

Diese wichtige Vorleistung dominiert nicht nur den TAL-Markt selbst, sondern hat darüber hinaus Ausstrahlungswirkung auf den Glasfaserausbau der alternativen Infrastrukturanbieter.

Dies resultiert daraus, dass die Entgelte für die letzte Meile einen Referenzpreis für Vorleistungsprodukte in modernen Glasfasernetzen darstellen. Auf diesen Zusammenhang hat auch die EU-Kommission bereits im vorletzten Jahr hingewiesen.

Insofern muss nach wie vor davon ausgegangen werden, dass die Marktmacht der Telekom Deutschland AG auf dem TAL-Markt auch auf andere, glasfaserbasierte Vorleistungsprodukte ausstrahlt mit der Folge, dass sie auch in diesen Segmenten über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Für Rückfragen und weitergehende Gespräche stehen wir selbstverständlich gern zur Verfügung und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Bundesverband Glasfaseranschluss e. V.

Wolfgang Heer  
Geschäftsführer

Astrid Braken  
Justitiarin

**STELLUNGNAHME DER DEUTSCHEN TELEKOM AG  
ZUM ENTWURF DER BNETZA VOM 15.01.2014 FÜR  
EINE VERWALTUNGSVORSCHRIFT  
NACH § 15A ABS. 1 TKG**



Die Deutsche Telekom begrüßt die Möglichkeit, zum Entwurf einer Verwaltungsvorschrift nach § 15a Abs. 1 TKG Stellung zu nehmen. Die Kommentierung gliedert sich in drei Bereiche:

- A) Eine grundsätzliche Bewertung des Entwurfs.
- B) Eine Stellungnahme zur Behandlung von digitalen Plattformmärkten im Rahmen des Marktanalyseverfahrens.
- C) Eine inhaltliche Auseinandersetzung des vorgelegten Textes. Die Deutsche Telekom teilt hierbei inhaltlich einen großen Teil der Grundlagen des Marktanalyseverfahrens, wie sie vor allem in den Marktanalyseleitlinien beschrieben sind. Allerdings weicht ihre Sichtweise von der der BNetzA vor allem bei der Auslegung dieser Grundsätze ab. Dieses wird vorliegend kommentiert.

### A. Grundsätzliche Einordnung des Entwurfs

Mit dem vorliegenden Entwurf kommt die BNetzA der Möglichkeit des §15a Abs. 1 TKG TKG nach, sich selbst eine Verwaltungsvorschrift „zur grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden“ für die Durchführung des Marktanalyseverfahrens zu geben. Die Deutsche Telekom ist der Ansicht, dass die Herangehensweise für eine derartige Verwaltungsvorschrift anders aussehen müsste.

Aus Sicht der Deutschen Telekom muss in einem solchen Dokument das zukunftsorientierte **Zielbild des Wettbewerbs** im Vordergrund stehen, welches die BNetzA mit dem Instrumentarium erreichen will. Das vorliegende Dokument **rekapituliert aber lediglich die bisherige Regulierungspraxis** der BNetzA sowie die Details der Marktanalyseleitlinien und der Märkteempfehlung:

- So ist die Verwaltungsvorschrift in der vorliegenden Form in großen Teilen redundant zum bestehenden Rahmen: Im Wesentlichen werden die bereits existierenden relevanten EU-Dokumente und gerichtlichen Urteile zitiert und referenziert. So verweist das Dokument über 40 mal (von gut 100 Fußnoten) auf die weitgehend unstrittigen Marktanalyseleitlinien.
- Neben den oben genannten Referenzen bezieht sich die Verwaltungsvorschrift auf die bereits ergangenen Marktanalyseverfahren und Beschlüsse. Dies erscheint weniger als Handlungsanleitung für die ausführende Verwaltung, sondern mehr als Rechtfertigung der bisherigen Praxis. Es fällt auf, dass die BNetzA bei den Bezügen auf die bislang durchgeführten Marktanalysen diejenigen Urteile ausblendet, in denen Beschlüsse der BNetzA in Marktanalyseverfahren rechtskräftig aufgehoben wurden. Diese wären aber für einen Handlungsleitfaden umso wichtiger, um die Erkenntnisse aus diesen rechtlichen Auseinandersetzungen richtig einzuordnen.
- Die Verwaltungsvorschrift bezieht sich zwar noch auf die derzeit gültige Märkteempfehlung aus dem Jahr 2007. Eine neue Märkteempfehlung liegt aber bereits im Entwurf vor und soll in ein bis zwei Jahren in Kraft treten. Deren Neuerungen werden nicht behandelt. In Anbetracht der Tatsache, dass sowohl die Märkteempfehlung als auch die Marktanalyseleitlinien und andere relevante Dokumente des EU-Rechtsrahmens regelmäßig einer Überprüfung unterzogen werden und umfangreich Änderungen vorgenommen werden, besteht absehbar schon kurzfristig Änderungsbedarf des vorliegenden Entwurfs.
- Ein **zukunftsgerichtetes Konzept** ist gerade in Zeiten der sich rasant entwickelnden Märkte wichtig. Im weiteren Kontext mit Blick auf die Digitale Gesellschaft wird deutlich, dass die Märkte für Telekommunikation, IT, Medien und digitale Dienste immer stärker konvergieren und zunehmend miteinander verknüpft sind. Der Erfolg IP-basierter sogenannter over-the-top (OTT) Dienste, Anwendungen und Plattformen ist deutlich spürbar und macht eine Anpassung der klassischen Ansätze zur Markt- und Marktmachtanalyse notwendig. Eine solche Befassung aber hat bislang keinen Ein-

gang in das hier vorgeschlagene Regulierungskonzept gefunden. Für eine Verwaltungsvorschrift nach §15a Abs. 1 sollte die BNetzA daher mit aufnehmen, wie sie in Zukunft mit diesem **veränderten Markt- und Wettbewerbsumfeld einschließlich den involvierten OTT-Unternehmen** im Rahmen der Regulierungsverfahren umzugehen gedenkt und diese Befassung für das Marktanalyseverfahren festschreiben.

- Bei der Befassung mit der Methodik des Marktanalyseverfahrens an sich ist es aus Sicht der Deutschen Telekom grundsätzlich richtig, dass die BNetzA sich beispielsweise mit der Anwendung des hypothetischen Monopolistentests und dem „Ein-Netz-ein-Markt-Prinzip“ auseinandersetzt. Hierbei handelt es sich um grundsätzliche Prinzipien, die entsprechend mit einer kritischen Auseinandersetzung gewürdigt werden sollten. Leider geht diese Befassung im vorliegenden Entwurf aber kaum über die der bereits existierenden relevanten EU-Dokumente hinaus. Im Kapitel C dieser Stellungnahme geht die Deutsche Telekom detaillierter darauf ein.

Aus Sicht der Deutschen Telekom ist zwar der Ansatz richtig, die Verwaltungsvorschrift auf Basis allgemeiner Grundsätze abzufassen, wie es die BNetzA in der Einleitung feststellt. Auch teilt sie die Auffassung, dass die Verwaltungsvorschrift das Behördenhandeln strukturieren soll. Die BNetzA greift im vorliegenden Entwurf aber aus den vorgenannten Gründen oft zu kurz. Wenn sie auch schon zutreffend der Ansicht ist, dass die Definition des Marktes immer eine „Einzelfallentscheidung“ darstelle, so stellt sich umso mehr die Frage, welchen Zweck mit der Struktur des vorliegenden Entwurfs verfolgt wird. Es ist auch aus Sicht der Deutschen Telekom nicht entscheidend, die Grundlagen kompakt zusammenzufassen. Die Marktanalyseleitlinien sind in ihren Grundsätzen weitgehend unstrittig. Vielmehr ist wichtig, mit welchem Leitbild diese von der BNetzA angewandt werden sollen. Die Fallbespiele aus der Vergangenheit können dies nur im Ansatz leisten. Es wäre daher sinnvoll, statt der Details des (vergangenen) Vorgehens auf eine generelle Zielsetzung abzustellen, um einen Rahmen für zukünftiges Handeln zu entwerfen, ohne durch die häufigen Änderungen der relevanten EU-Dokumente zum Marktanalyseverfahren in kurzen Abständen regelmäßig überholt zu werden.

Ein Regulierungskonzept ist aus Sicht der Deutschen Telekom nur dann sinnvoll, wenn es eine generelle Zielsetzung des Behördenhandelns beschreibt. Die BNetzA stellt selbst im Dokument fest, dass Ihr Verwaltungshandeln sich im Vergleich zum Bundeskartellamt darin unterscheidet, dass es durch eine „strukturelle und langfristig angelegte Herangehensweise geprägt sei.“ (S.15) Deshalb sollte eine Verwaltungsvorschrift nach §15a Abs. 1 TKG vor allem eine **Beschreibung des Zielbilds enthalten, wie die BNetzA mittel- und langfristig mit den aktuell noch regulierten Märkte umgehen will.**

- Darunter fällt z.B. die Antwort auf die Frage, wie die Behörde mit Hilfe des Instruments der Marktanalyse nicht nur Marktversagen durch regulatorische Intervention bekämpfen will, sondern wie der Weg hin zu einer konsequenten Deregulierung aussehen soll. Schließlich ist Regulierung in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung eine Ausnahme und die Herstellung eines selbsttragenden Wettbewerbs ohne sektorspezifischen Regelungsbedarf das übergeordnete Ziel des EU-Rechtsrahmens.
- Daher sollte die BNetzA hier ausführen, wie die (noch) regulierten Märkte zu einer konsequenten Deregulierung entwickelt werden sollen und Ineffizienzen der Regulierung beseitigt werden können. Großer Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Punkt zu, dass Regulierungsinstrumente auch mit der Zeit Marktstrukturen entwickeln, die auf Dauer alleine nicht lebensfähig sind und zudem keinen Beitrag zum Wettbewerb mehr leisten. So mag die Betreiber(vor)auswahl in den ersten Jahren der Marktöffnung einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung des Wettbewerbs geleistet haben. Mittlerweile hat sich der Wettbewerb stark zu Anschlussnetzbetreibern mit eigenen Infrastrukturen gewandelt und die Bedeutung der Betreiber(vor)auswahl ist – gemessen an den realisierten Gesprächsminuten – nur noch ein Bruchteil der ursprünglichen Wettbewerbskraft. Heute hält diese regulatorische Verpflichtung daher ineffiziente Unternehmen am Leben, die sich im freien

Wettbewerb entweder hätten wandeln oder den Markt hätten verlassen müssen. Demnach ist die Streichung des Marktes 1 und des Marktes 2 im vorliegenden Entwurf der EU-Märkteempfehlung nur konsequent und sachgerecht. Derartige Abwägungen und Einblicke für die Zukunftsperspektive fehlen dem vorliegenden Entwurf der Verwaltungsvorschrift.

- Desweiteren sollte die Verwaltungsvorschrift nicht nur eine Feststellung enthalten, dass Regulierung an der tatsächlichen Marktsituation und den vorherrschenden Wettbewerbsverhältnissen auszurichten ist, sondern letztendlich auf ein notwendiges Minimum zu beschränken ist.
- Im Fazit sieht die Deutsche Telekom daher entweder ein anderes Dokument, dass sich mehr damit beschäftigt, welche Markt- und Wettbewerbsziele mit welchen Herangehensweisen und Methoden die Behörde verfolgen will oder der Verzicht auf eine Verwaltungsvorschrift nach §15a Abs. 1 TKG.

### **B. Marktdefinition, Marktmacht und Regulierung in digitalen Plattformmärkten**

Wie schon in Kapitel A dargelegt, sollte aus Sicht der Deutschen Telekom sich die Verwaltungsvorschrift vor allem mit der Zukunftsperspektive des Handelns der BNetzA beschäftigen. Dazu gehört auch, das Marktphänomen der sogenannten „OTT“-Unternehmen („Over-The-Top Player“, Internetdiensteanbieter ohne eigene Zugangsnetze) einzuordnen.

Der „Konsultationsentwurf zu Marktmacht und Regulierung“ spricht zwar wichtige Aspekte und Konzepte an, die bei der Identifizierung von Marktmacht und Regulierung zu berücksichtigen sind. Zu nennen ist dabei unter anderem die besondere Beachtung der Nachfrageseite und die Möglichkeit der Anwendung des SSNIP-Tests zur Abgrenzung relevanter Märkte. Sie bleibt aber sehr allgemein, indem sie auf konkrete Handlungsanweisungen verzichtet und stellt somit keinen echten Mehrwert dar.

Vor allem aber gibt der Entwurf keine Antworten, wie Regulierungsbehörde im Rahmen der „Feststellung von Marktmacht“ und der damit verbunden Markt- und Wettbewerbsabgrenzung den tatsächlichen Wettbewerbsverhältnisse auf konvergenten Märkten gerecht werden will. Auf konvergenten Märkten stehen nationale, regulierte TK-Anbieter globalen, in der Regel unregulierten Internet Player (Skype, Google, WhatsApp) gegenüber. Die regulatorischen und kartellrechtlichen Rahmenbedingungen haben es bisher nicht vermocht, auf diese rasante Marktentwicklung zu reagieren und ein Level-Playing-Field zu schaffen. Nachfolgend sollen die ökonomischen Herausforderungen bei der Wettbewerbsanalyse auf zweiseitigen Märkten kurz skizziert werden:

Telekommunikationsnetze sind aus ökonomischer Sicht zweiseitige Plattformen, das Bindeglied zwischen Endkunden einerseits und den Inhalten und Diensten (eigene Dienste und Dienste Dritter, z.B. OTT-Dienste) andererseits. Für Endkunden sind letztlich Inhalte und Dienste relevant; Inhalte- und Diensteanbietern kommt es auf Nutzung und Partizipation der Endkunden an. Der Markt für ICT-Dienste ist damit durch indirekte Netzwerkeffekte zwischen beiden Marktseiten gekennzeichnet. Eine Vielzahl von Inhalte- und Diensteanbieter sind ihrerseits zwei- oder mehrseitige Plattformen, das Bindeglied beispielsweise zwischen Werbetreibenden und Endkunden.

In zwei- oder mehrseitigen Märkten stellen sich bei der Marktdefinition insbesondere zwei Herausforderungen. Zum einen müssen bei der Abschätzung von Preissetzungsspielräumen (etwa im Rahmen des SSNIP-Tests) Preisniveaus und Preisstruktur beider Marktseiten in die Analyse einbezogen werden. Zum anderen müssen Interdependenzen zwischen beiden Marktseiten berücksichtigt werden – insbesondere dann, wenn aus Vereinfachungsgründen nur eine Marktseite betrachtet wird.

Wird in Plattformmärkten nur eine Marktseite betrachtet (und die andere vernachlässigt), werden systematisch Marktmacht und potentiell wettbewerbswidrige Effekte überschätzt.<sup>1</sup> Die effiziente Preisstruktur in zweiseitigen Märkten spiegelt nicht notwendigerweise die zugrundeliegende Kostenstruktur wider. Die Anwendung gängiger Maße für Marktmacht (wie etwa der Learner-Index) müssen in Plattformmärkten angepasst werden, da indirekte Netzwerkeffekte berücksichtigt werden müssen. Weiterhin sind in zweiseitigen Märkten Preise über Grenzkosten kein Indiz für Marktmacht, genau so wenig wie Preise unter Grenzkosten als Indiz für Markteintrittsabschreckung gedeutet werden können.

Regulierung von Plattformmärkten muss zwei Besonderheiten zweiseitiger Märkte Rechnung tragen. Zum einen ist Preisregulierung in einem Plattformmarkt in der Regel nicht wettbewerbsneutral. In Plattformmärkten muss davon ausgegangen werden, dass Preisregulierung einzelner Marktteilnehmer nichtregulierte Marktteilnehmer begünstigt. Zum anderen ist in Plattformmärkten schwer abzuschätzen, ob Konsumenten tatsächlich von einer Preisregulierung profitieren, da Preissenkungen auf der einen Marktseite möglicherweise über Preiserhöhungen auf der anderen Marktseite kompensiert werden (sogenannter ‚Wasserbetteneffekt‘).<sup>2</sup>

Das konsequente Ausblenden der OTT-Unternehmen führt folglich zu bedeutenden Verzerrungen bei der Evaluation der Märkte. Bei der Einschätzung des Wettbewerbs kommt es dann zu Fehlbewertungen, was die Regulierungsbedürftigkeit dieser Märkte angeht. Für eine Verwaltungsvorschrift nach §15a Abs. 1 sollte die BNetzA daher aufnehmen, wie sie in Zukunft mit den sog. OTT-Unternehmen im Rahmen der Regulierungsverfahren, insbesondere im Marktanalyseverfahren umgehen will. Mindestens im Markt 1 ergeben sich aus Sicht der Deutschen Telekom Anknüpfungspunkte die einer Marktmacht der Deutschen Telekom widersprechen. Daher ist es aus Sicht der Deutschen Telekom sinnvoll, in die Verwaltungsvorschrift aufzunehmen, dass eine Befassung OTT-Unternehmen innerhalb der Analyse stattfinden muss.

### **C. Zum Inhalt des vorliegenden Entwurfs**

Wenn auch aus Sicht der Deutschen Telekom der Ansatz des vorliegenden Entwurfs anders aussehen sollte (vgl. Kap. A), so ist es aus Ihrer Sicht dennoch erforderlich, den Entwurf im folgenden Kapitel auch inhaltlich und detaillierter zu kommentieren. Zwar stimmt sie mit dem größten Teil der wiedergegebenen Grundlagen der Marktanalyseleitlinien überein. Deren Deutung durch die BNetzA teilt sie an einigen Stellen hingegen nicht. Zu den einzelnen Kapiteln des Entwurfes wird im Folgenden auf die Punkte eingegangen, welche die Deutsche Telekom nicht teilt oder die aus anderen Gründen kommentierungswürdig sind.

#### **1. Marktdefinition: Ziele und Grundsätze der Regulierung**

Wie schon unter Kapitel A. dargelegt, werden die Ziele der Regulierung nach § 2 TKG in diesem Kapitel zwar dargelegt, eine Einordnung, wie diese zu erreichen sind und welches Zielbild die BNetzA dabei vor Augen hat, fehlt weitgehend. Auch wenn es nicht explizit in den Zielen genannt ist: Die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs bedeutet auch, auf einen Wettbewerb hinzuarbeiten, der ohne Regulierung auskommt. Abgesehen von der unstreitigen Anwendung der Marktanalyseleitlinien wäre es aus Sicht der Deutschen Telekom sinnvoll, wenn die BNetzA Ihre Vorstellung von den Telekommunikationsmärkten in den nächsten Jahren äußert, um eine Perspektive darzulegen. Die Anwendung der bestehenden Instrumente zu beschreiben greift dabei zu kurz.

---

<sup>1</sup> Belleflamme, P. & Peitz, M. (2010): Industrial Organization, S. 641

<sup>2</sup> Belleflamme, P. & Peitz, M. (2010): Industrial Organization, S. 644

Aus Sicht der Deutschen Telekom sollte die BNetzA daher in dieser Perspektive ausführen, eine konsequente Schaffung chancengleichen Wettbewerbs mit dem Ziel, Deregulierung abzubauen und einen selbsttragenden Wettbewerb zu schaffen. Dazu gehört auch Ineffizienzen der Regulierung aufzuzeigen (s. Kapitel A die Behandlung der Betreiber(vor)auswahl) und deren Beseitigung zu planen.

### **2. Hauptkriterien für die Marktabgrenzung**

Positiv an diesem Abschnitt ist, dass die BNetzA sich mit der Anwendung des sog. SSNIP-Tests auseinandersetzt. Die Deutsche Telekom teilt die Auffassung, dass der SSNIP-Test in den Vorleistungsmärkten oftmals gut angewendet werden kann. Dies hat die letzte Marktanalyse des Marktes 6 sehr gut gezeigt. Die transparente und methodisch durchdachte Analyse wurde transparent durchgeführt und dargestellt. Diese Vorgehensweise und explizite Darstellung sollte die BNetzA sich ebenfalls als Vorgabe für alle Marktanalysen in einer Verwaltungsvorschrift nach §15a Abs.1 selbst geben. Die Deutsche Telekom sieht anders als die BNetzA die Anwendung des SSNIP-Tests im Bereich der Endkundenmärkte durchaus als praktikabel an. Während in den Vorleistungsmärkten die Befragung aufgrund der abgrenzbaren Anzahl der Marktteilnehmer von der BNetzA selbst durchgeführt werden kann, so ist dies im Endkundenbereich mit Marktstudien und repräsentativen Stichproben ebenfalls leistbar und angemessen.

### **3. Sachliche Marktabgrenzung - Nachfragesubstituierbarkeit**

Die BNetzA hebt in diesem Abschnitt hervor, dass bei der Marktabgrenzung „nicht grundsätzlich zwischen herkömmlichen Telekommunikationsdienstleistungen und Diensten der nächsten Generation (NGA-Produkt)“ unterschieden würde. Auch wenn dies in diesem Zusammenhang grundsätzlich zutrifft, wäre es im Sinne eines Regulierungskonzeptes sinnvoll, hier zumindest einen Verweis auf die Möglichkeiten des §15a Abs. 2 TKG aufzunehmen, der „zur Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen“ Regelungen vorsieht. Schließlich wird dies bei der Festlegung von regulatorischen Maßnahmen im Rahmen der Regulierungsverfügungen eine Rolle spielen.

Die für den Markt 6 beispielhaft benannte Anwendung des SSNIP-Tests ist hier korrekt platziert: Für diese Marktanalyse war die Anwendung des Tests, der zur Exklusion der unbeschalteten Glasfaser führte, richtig durchgeführt worden und hatte die offensichtliche fehlende Austauschbarkeit empirisch belegt.

Wünschenswert wäre an dieser Stelle auch die Ausführung zur Marktabgrenzung in Markt 6 nach Bandbreiten. Dieses Thema hat in den vergangenen Marktanalysen immer wieder im Markt zu Diskussionen geführt und endete mit einem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das die Existenz eines bandbreitenunabhängigen Marktes als unzureichend belegt sah. Die BNetzA änderte daraufhin die Marktabgrenzung hin zu bandbreitenspezifischen Märkten. Für eine Strukturierung des Behördenhandels wäre eine Aufnahme dieses Falls hilfreich, um gerade die daraus erfolgten Konsequenzen und Erkenntnisse in dieses Handeln einfließen zu lassen.

### **4. Angebotssubstituierbarkeit**

Die Deutsche Telekom teilt die Ausführungen dieses Abschnitts, wie wann Produkte im Markt als Angebotssubstitute einzubeziehen ist. Dabei ist eben bei einer rein hypothetischen Angebotsumstellungsflexibilität zwingend zu bewerten, ob zumindest indirekter Wettbewerbsdruck besteht. Als Beispiel hierfür ist das (Nicht-)Angebot eines Koaxial-Bitstreams durch die Kabelnetzbetreiber in Markt 5 zu nennen, das die BNetzA richtig in den Markt 5 einbezogen hat. Allerdings sollte dem letzten Abschnitt dieses Kapitels hinzugefügt werden, dass ein Verzicht auf die Auseinandersetzung mit der Angebotsumstellungsflexibilität im Rahmen der Marktanalyse explizit zu begründen und zu belegen ist.



### **5. Homogene Wettbewerbsbedingungen und räumliche Marktabgrenzung im Besonderen**

Der Untersuchung der homogenen Wettbewerbsbedingungen ist zuletzt durch die Thematik der geografischen Differenzierung des Marktes 5 in einigen Ländern besondere Bedeutung zugekommen. Schon in den Marktanalyseleitlinien ist die Möglichkeit der geografischen Differenzierung ausdrücklich vorgesehen. Der deutsche Gesetzgeber hat der Wichtigkeit der Debatte durch die hier auch erwähnte Neuregelung des § 2 Abs.3 Nr.5 TKG Ausdruck verliehen.

#### *Grundlegendes zum Erfordernis einer Regionalisierung*

Die räumliche Marktabgrenzung ist neben der Abgrenzung des sachlichen Marktes das zweite Kernelement der Marktdefinition. Die Regionalisierung – also die räumliche Festlegung eines Marktes insbesondere auf sub-nationaler Ebene - ist von zentraler Bedeutung für die effektive Berücksichtigung der Wettbewerbsdynamik in den heutigen Märkten. Sie ist eine Grundvoraussetzung dafür, Regulierung an der tatsächlichen Marktsituation und den vorherrschenden Wettbewerbsverhältnissen auszurichten und letztendlich auf ein notwendiges Minimum zu beschränken.

Die Regionalisierung wird auf ein investitionsfreundlicheres Klima hinwirken, was wiederum dem Ausbau schneller Netze zugutekommt. Konsequenter umgesetzt würde die Regionalisierung somit zugleich die Erreichung der Regulierungsziele des TKG fördern, insbesondere § 2 Abs. 3, Nr. 2 und 5.

Die Deutsche Telekom ist der Ansicht, dass der räumlichen Definition eines Marktes im Rahmen der Marktregulierung eine weitaus größere Bedeutung zukommen muss, als dies in der praktischen Durchführung durch die BNetzA bislang der Fall ist. Obwohl der Rechtsrahmen die Möglichkeit der Regionalisierung explizit vorsieht, werden die Märkte bislang überwiegend bundesweit abgegrenzt. Dies kann zu verzerrten Ergebnissen und Überregulierung führen.

Das Wachstum im Breitbandmarkt ging in vielen Ländern einher mit dem zunehmenden Ausbau alternativer Infrastrukturen und dem wachsenden Erfolg wettbewerblicher Angebote. Ein angesichts der zahlreichen erfolgreich agierenden Wettbewerber, oftmals auf Basis eigener Infrastruktur, fälschlicherweise bundesweit definierter Markt würde die tatsächlichen regionalen Marktanteile verwässern. Demnach würde die Deutsche Telekom [...].

#### *Regionalisierung im Rahmen des Bitstrom-Marktes in Deutschland*

Mit Blick auf den Bitstrom-Markt in Deutschland hat die BNetzA eine bundesweite Abgrenzung vorgenommen. Die derzeit noch gültige Marktanalyse wurde 2009 erstellt. Damals wurde erstmals die Frage eingehend untersucht, ob eine geografisch differenzierte Marktabgrenzung im Markt 5 den Marktgegebenheiten entspricht. Anlass war die in Großbritannien von Ofcom durchgeführte geografische Marktabgrenzung im Markt 5. Der Markt wurde – abhängig von der Präsenz potenzieller Bitstream-Wettbewerber – in insgesamt drei Zonen unterteilt mit der Folge, dass eine dieser Zonen vollständig dereguliert wurde und in den anderen beiden Zonen eine differenzierte ex-post Regulierung auferlegt wurde. Die BNetzA hatte 2009 bei der Überprüfung in Deutschland eine geografische Differenzierung im Ergebnis letztendlich abgelehnt. Aus Sicht der BNetzA gab es zwar geografisch unterschiedliche Wettbewerbsverhältnisse. Allerdings waren diese aus ihrer Sicht nicht heterogen genug, um daraus räumlich getrennte, d.h. sub-nationale Märkte in Deutschland abzuleiten. Es gab da-

mals insgesamt drei Faktoren, die aus Sicht der BNetzA gegen eine geografische Differenzierung sprachen:

1. Die Deutsche Telekom sei nach wie vor im Endkundenmarkt als auch im Markt 5 selbst durchgehend marktmächtig.
2. Es fehle ein geografisches Pricing des Bitstream-Angebots von DT.
3. Es gäbe Unsicherheiten und Unwägbarkeiten aufgrund von NGA-Ausbau.

Nach Ansicht sind der Deutschen Telekom sind diese Faktoren aber nicht mehr relevant und stehen einer Regionalisierung des Bitstrommarktes nicht im Wege (siehe Stellungnahme von Februar 2013):

1. Die Deutsche Telekom ist durch den wachsenden intermodalen Wettbewerb mit Kabelnetzbetreibern, alternativen Glasfasernetzen und LTE-Mobilfunkanbietern bei weitem nicht mehr marktmächtig. Hinzu kommt, dass die Wettbewerberseite sich konsolidiert mit dem Effekt neuer potenter und überregional agierender Unternehmen.
2. Das Vorhandensein einer geografischen Preisdifferenzierung im Angebot der Deutschen Telekom ist nicht derart relevant, als dass bei Abwesenheit einer solchen Preisdifferenzierung von der Regionalisierung Abstand genommen werden müsste.
3. Es sind keine Unsicherheiten und Unwägbarkeiten aufgrund von NGA-Ausbau vorhanden, die gegen eine Regionalisierung sprächen. Ein Hauptverteiler-Abbau wird vorerst nicht umgesetzt, stattdessen findet ein NGA-Ausbau statt – das Beispiel Großbritannien zeigt, dass NGA-Ausbau und Regionalisierung im Bitstrommarkt sich nicht ausschließen.

### *Aktuelle Entwicklungen in Großbritannien*

Aktuell führt die britische Regulierungsbehörde Ofcom turnusmäßig wieder eine Analyse des Bitstrommarktes in Großbritannien durch. Es ist geplant, den bereits seit mehreren Jahren erfolgreich etablierten Ansatz weiter zu führen, wettbewerbliche Gebiete im Bitstrommarkt aus der Vorleistungsregulierung zu entlassen. Ofcom setzt damit auf Kontinuität und überprüft so konsequent die Notwendigkeit von Regulierungseingriffen im Lichte der Entwicklungen in der Markt- und Wettbewerbslandschaft und nutzt die dafür vorgesehenen Spielräume des Europäischen Rechtsrahmens.

Der aktuelle Entwurf der Marktanalyse sieht vor, den Markt räumlich nunmehr in zwei Gruppen zu unterteilen. Die Gruppe wettbewerblicher Gebiete besteht den Anschlussbereichen, in denen neben BT mindestens 2 weitere Wettbewerber tätig sind, entweder auf Basis von BT-Vorleistungsprodukten oder eigener Infrastruktur. Hier würden keine Abhilfemaßnahmen auferlegt. Das deregulierte Gebiet umfasst etwa 90% des Marktes

Als eine der ersten Regulierungsbehörden in Europa hat Ofcom bereits in 2008 damit begonnen, einen regional ausgerichteten Untersuchungsansatz für den Breitbandmarkt zu verfolgen. Damit soll stärker auf die lokal vorherrschenden Wettbewerbsverhältnisse vor Ort abgestellt und regionale Unterschiede in der Wettbewerbsintensität wirksam berücksichtigt werden. In wettbewerblichen Gebieten, in denen kein Unternehmen mit signifikanter Marktmacht identifiziert wurde, wird Regulierung entsprechend zurückgefahren.

Neueren wissenschaftlichen Untersuchungen zufolge stellen sich wichtige wirtschaftliche Positiveffekte der Regionalisierung in Großbritannien ein: mehr Wettbewerb und Investitio-

nen in deregulierten Regionen.<sup>3</sup> Aktuelle Marktzahlen zeigen entsprechendes Wachstum von Breitbandverfügbarkeit und Geschwindigkeit. FTTx-basierte Anschlüsse waren Mitte 2013 für mehr als 55% des Marktes verfügbar; geplant sind mehr als 65% bis April 2014. Die durchschnittliche Breitband-Geschwindigkeit ist im letzten Halbjahr um 22% auf 14,7 Mbps gestiegen.<sup>4</sup>

Am britischen Beispiel zeigt sich, dass regionale Deregulierung und NGA-Ausbau sinnvoll zusammenspielen. Dieser Ansatz ist grundsätzlich auf Deutschland übertragbar. Angesichts der Marktsituation sollte auch im deutschen Markt ein geografisch differenzierter Ansatz für den Bitstrommarkt nach dem Vorbild in Großbritannien zur Anwendung kommen.

### 6. Drei-Kriterien-Test

#### *Das Prinzip „Ein-Netz-ein-Markt“*

Dem Drei-Kriterien-Test kommt schon bei der Erstellung der EU-Märkteempfehlung eine besondere Bedeutung zu. Schließlich wird hierüber die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes ermittelt. Als eine Referenz der Anwendung greift die BNetzA das „Ein-Netz-ein-Markt“-Prinzip auf. Schließlich ergebe in den Terminierungsmärkten die Prüfung des Drei-Kriterien-Tests per se eine Regulierungsbedürftigkeit. Aus Sicht der Deutschen Telekom ist diese Feststellung in einer Verwaltungsvorschrift als quasi unumstößliches Datum nicht mehr marktgerecht und daher für zukünftige Marktanalysen für die Terminierung im Mobilfunk gerade nicht mehr zutreffend.

Seit dem Verschwinden der unterschiedlichen Entgelte für Terminierung in die jeweiligen Mobilfunknetze ist diese Leistung als homogen einzustufen: Die Einkaufsbedingungen und technische Realisierung der Terminierungsleistung sind daher mittlerweile bei allen Mobilfunkanbieter identisch.

Es ist daher davon auszugehen, dass bei fehlender ex-ante Entgeltgenehmigung einheitliche Terminierungsentgelte erhalten blieben. Dies spräche letztendlich dafür, dass es sich hier um homogene Wettbewerbsbedingungen über alle Mobilfunknetze handelt. Und genau diesen Umstand hat die BNetzA schon im Beschluss BK3a-10/029 bereits bestätigt. Dort heißt es auf S. 12:

*„Bei wirksamem Wettbewerb wäre allerdings ein einheitlicher symmetrischer Preis für alle (deutschen) Mobilfunkterminierungsleistungen zu erwarten. Denn der Umstand, dass es sich bei Terminierungsmärkten nach den derzeitigen Gegebenheiten um Monopolmärkte handelt, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass Mobilfunkterminierungsleistungen verschiedener Unternehmen grundsätzlich technisch und kommerziell vergleichbar sind und durchaus homogene Güter darstellen. Sollten sich etwa - hypothetisch - im Endkundenbereich MultiSIM-Card-Geräte durchsetzen, könnte der Anrufer wählen, welchen Anschluss er für die Anrufzustellung in Anspruch nehmen will. In einer solchen Situation wäre es durchaus wahrscheinlich, dass sich die Terminierungsanbieter dem Verlangen ihrer Vorleistungsnachfrager nach symmetrischen Preisen nicht entziehen könnten.“*

<sup>3</sup> Falck, O. und Fabritz, N.: „Investment in Broadband Infrastructure Under Local Deregulation: Evidence from the U.K. Broadband Market“, CESifo Working Paper No. 4277, 06/2013.

<sup>4</sup> Ofcom: „UK fixed-line broadband performance“, 05/2013; Point Topic: „Mapping broadband in the UK – Q2 2013“, 08/2013.



Die BNetzA geht hiernach davon aus, dass der Markt an sich schon zu gleichen Entgelten tendieren würde. Auf Ebene der Marktabgrenzung, die der Prüfung nach Regulierungsbedürftigkeit und Marktmacht vorausgeht, geht die BNetzA also im Grundsatz von homogenen Gütern über alle Netze aus. Entsprechend ist nach Ansicht der Deutschen Telekom davon auszugehen, dass die Mobilterminierungsmärkte für die jeweiligen Netze zu einem Markt zusammenzufassen sind. Entsprechend wäre in so einem einheitlichen Mobilfunkterminierungsmarkt das erste Kriterium der Frage nach beträchtlichen, anhaltenden und strukturellen Marktzutrittschranken zu untersuchen.

### *Die Verwendung von Marktanteilen für Markt 4 im Rahmen des Drei-Kriterien-Tests*

Aus Sicht der Deutschen Telekom ist die Verwendung des Marktes 4 als Anwendungsbeispiel nicht geeignet. Dem Markt 4 kommt in der Märkteempfehlung eine Sonderrolle zu. Zwar gelten auch hier die Maßgaben der Marktanalyseleitlinien. Der Gegenstand dieses „Marktes“ ist jedoch ein durch Regulierung eingeführtes Produkt. Entsprechend eng ist auch die Markt-abgrenzung und –definition.

Die Teilnehmeranschlussleitung soll den Anschlusswettbewerb im Endkundenmarkt fördern. Die Deutsche Telekom soll – regulatorisch gewollt – möglichst viele TAL absetzen. Damit entwickelt sich langfristig allerdings ein „Markt“, auf dem die Deutsche Telekom – per Definition - immer marktmächtiger wird, je mehr TAL sie absetzt. Zwingende Folge ist die Perpetuierung der Feststellung von Marktmacht und der Regulierung, solange die TAL als Produkt existiert und keine neuen technischen Entwicklungen die TAL ablösen. Es lässt sich daher feststellen, dass der Markt 4 nicht mit den gleichen Maßstäben bewertet werden kann wie andere Märkte der Empfehlung und daher nicht geeignet als Beispiel in einer Verwaltungsvorschrift, die allgemein das Behördenhandeln strukturieren soll.

## **7. Beträchtliche Marktmacht**

### *Marktanteile*

Positiv hervorzuheben ist hier die Darstellung der kontroversen Diskussion, ob ein Marktanteil über 50% „ohne weiteres, von außergewöhnlichen Umständen abgesehen, den Beweis für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung“ rechtfertige. Aber auch hier ist aus Sicht der Deutschen Telekom das Beispiel des Marktes 2 mit der Betreiber(vor)auswahl aufgrund einer vergleichbaren Sonderstellung wie Markt 4 nicht geeignet als Beispiel und Maßstab des Handelns.

Hinsichtlich der Diskussion um stabile, hohe Marktanteile fehlt aus Sicht der Deutschen Telekom eine Auseinandersetzung mit rückläufigen, „sterbenden“ Märkten. Hier insbesondere kann im Zeitablauf der Marktanteil vor allem eines zugangsregulierten Unternehmens hoch bleiben, weil die anderen Unternehmen diesen Markt verlassen. Daran ist das zugangsregulierte Unternehmen durch die Regulierung gehindert. Im Extremfall ist das Unternehmen in der Endphase des Marktlebenszyklus sogar Monopolist. In diesem Fall ist es wenig sinnvoll, eine Regulierung aufrechtzuerhalten, die den Wettbewerb fördern soll. Vielmehr kann es hier trotz der gegebenen Marktanteile angezeigt sein, die Regulierung aufzuheben, um das volkswirtschaftlich ineffiziente (Weiter)Angebot des regulierten Unternehmens zu beenden und effiziente Marktentwicklungen nicht zu behindern.

*Fehlende oder geringe ausgleichende Nachfragemacht.*

Das aufgeführte Beispiel des Marktes 6 ist inhaltlich nicht zutreffend. Nicht für den gesamten Markt 6 fehlen die Anhaltspunkte für eine hinreichende Konzentration und homogene Strukturierung der Marktgegenseite. Der Markt 6 ist derzeit unterteilt in vier Märkte nach Bandbreiten differenziert, von denen zwei vollständig dereguliert wurden (Bandbreiten unter 2MBit/s und Bandbreiten größer 155 MBit/s). Im Rahmen einer Verwaltungsvorschrift zur Strukturierung des Behördenhandelns sollte die Beschreibung der beispielhaften Märkte entsprechend detaillierter sein, um Missverständnisse zu vermeiden.

### *Finanzkraft des Unternehmens*

Der Verweis auf die Verflechtung eines Marktführers in einem Konzernverbund und die damit verbundene Verstärkung der führenden Marktposition ist nach heutigem Stand nicht mehr das typische Beispiel für die untersuchten Märkte. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass es mit der Vodafone, sowie den Unternehmen Téléfonica, BT und Orange im deutschen Markt Großunternehmen gibt, die in Größe, Struktur und Bedeutung mit der Deutschen Telekom gleichzusetzen sind. Die meisten von ihnen sind in ihren Heimatmärkten sogar regulierte etablierte Betreiber. Dies hat die BNetzA in der jüngeren Marktanalysepraxis auch anerkannt und das Kriterium schon mehrfach als „Neutral“ eingestuft. Dies ist daher aus Sicht der Deutschen Telekom die geeignete Referenz für die Verwaltungsvorschrift.

### *Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen*

Auch hier ist die beispielhafte Nennung des Marktes 6 inhaltlich nicht zutreffend: Die Mietleistungsprodukte werden als Produkt von allen Anschlussnetzbetreibern angeboten. Eine besondere Diversifizierung der Deutschen Telekom gibt es hierbei nicht. Die Ausführungen zu diesem Punkt beschreiben ein geografisch differenziertes Angebot. Dies ist aber bei dem Punkt Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen nicht richtig eingeordnet. Die Darstellung hier impliziert zudem, dass es geografisch heterogene Wettbewerbsbedingungen gebe aufgrund der sehr unterschiedlichen Netzabdeckung der Anbieter. Dies wiederum müsste zu geografisch differenzierten Märkten führen. Gerade dies hat die BNetzA in Markt 6 aber nicht festgestellt.

Insgesamt ist festzustellen, dass Teilnehmernetzbetreiber – unabhängig von ihrer Größe – nahezu allesamt aufgrund der Netzeffekte ihres Netzes Vollsortimentsanbieter sind. Demnach haben etablierte Betreiber gerade hier keinen Vorteil.

### *Fehlen von potenziellem Wettbewerb*

Auch hier verwundert das Beispiel des Marktes 6. Deutlich besser geeignet ist im Markt 5 die Präsenz der Kabelnetzbetreiber. Diese bieten zwar derzeit nur in sehr geringem Umfang ein Bitstream-Produkt an. Jedoch ergibt sich aus der parallelen Breitbandkabelinfrastruktur ein beträchtlicher potenzieller Wettbewerb für so ein BSA-Angebot. Die Zurückhaltung der Kabelnetzbetreiber beim aktiven Eintritt in den Wholesale-Markt darf hierbei nicht in die Irre führen. Zwar bieten diese keine BSA an. Für eine Vodafone als dem größten Nachfrager von Bitstream Access stellte die Übernahme der KDG aber eine – zumindest regional relevante – Alternative zum Einkauf von BSA-Leistungen bei der Deutschen Telekom dar. Eine solche Quasi-Substitutionsbeziehung darf bei der Prüfung von potentielltem Wettbewerb nicht unberücksichtigt bleiben.

Gleiches gilt für weitere Effekte, die sich bereits aus dem Drohszenario solcher Konsolidierungsbewegungen ergeben. Wenn beispielsweise die Vodafone wie geplant die KDG über-

## Öffentliche Fassung



nimmt und so zwei Infrastrukturen mit einem Potenzial von gut 17 Mio. Kunden besitzt, ist eine Ankündigung oder auch nur Spekulation des Markteintritts als Anbieter zum einen bzw. der Rückzug als Nachfrage durch Eigenrealisierung so wettbewerbsrelevant, dass dies bei der Deutschen Telekom als börsennotiertes Unternehmen zu deutlichen negativen Auswirkungen auf dem Kapitalmarkt führen wird. Auch solche Faktoren haben einen massiven Einfluss auf die Handlungsspielräume der Deutschen Telekom auf dem Markt 5 und führen zu einer Situation, in der die Deutsche Telekom sich in keiner Weise unkontrolliert von einem funktionierendem Markt bewegen könnte.

Ein Regulierungskonzept, das solche komplexen und von mittelbaren Wirkungen determinierte Marktsituation in die Beurteilung von Marktmacht aufnimmt, wäre aus Sicht der Deutschen Telekom ein echter Schritt in die richtige Richtung.



**Kabel Deutschland**

**Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH**  
Betastr. 6-8 · 85774 Unterföhring

Vorab per E-Mail: 116-postfach@bnetza.de

Bundesnetzagentur  
- Dienststelle 116b -  
Postfach 80 01

**53105 Bonn**

**Kontakt:** Christopher Hasenkamp, LL.M.  
**Telefon:** 089/96010-181  
**Fax:** 089/96010-870  
**E-Mail:** christopher.hasenkamp1@kabeldeutschland.de  
**Datum:** 15. Februar 2014

### **Ihr Zeichen BK1-12-005**

**Konsultationsentwurf nach §§ 12 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) i.V.m. 15a Abs. 3 TKG für eine Verwaltungsvorschrift gemäß §15a Abs. 1 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“**

Sehr geehrte Damen und Herren,

gerne nimmt Kabel Deutschland die Möglichkeit wahr, zu dem o.g. Konsultationsentwurf für eine Verwaltungsvorschrift gemäß § 15a Abs. 1 TKG (Regulierungskonzept) wie folgt Stellung zu nehmen:

### **Grundsätzliche Anmerkungen**

Aus Sicht von Kabel Deutschland berücksichtigt der Entwurf zutreffend und umfassend die in der bisherigen regulierungsbehördlichen Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur und der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung gefestigten Grundsätze für die gemäß § 10 TKG

**Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH**

**Hausanschrift** Betastr. 6-8, 85774 Unterföhring

**Bankverbindung** Deutsche Bank, **Bankleitzahl** 380 700 59, **Kontonummer** 044 577 500

**Handelsregister** Amtsgericht München, HRB 145 837, **Sitz der Gesellschaft** Unterföhring, **Steuernummer** 143/153/10114, **USt.-IdNr.** DE813702351

**Geschäftsführer** Dr. Adrian v. Hammerstein, Dr. Manuel Cubero del Castillo-Olivares, Erik Adams, Dr. Andreas Siemen



vorzunehmende Marktdefinition und Anwendung des Drei-Kriterien-Tests sowie für die Durchführung der Marktanalyse gemäß § 11 TKG.

Durch die Festschreibung der in der bisherigen Fallpraxis bereits zur Anwendung gelangten regulatorischen Grundsätze kann die Vorhersehbarkeit der Regulierung (Regulierungsgrundsatz gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 1 TKG) für die unmittelbar und mittelbar betroffenen Marktteilnehmer weiter erhöht werden, wenngleich – wie zutreffend in der Einleitung des Konsultationsentwurfes ausgeführt – einer auf Grundlage des § 15a TKG erlassenen Verwaltungsvorschrift nur eine gewisse Selbstbindung für konkrete Einzelfälle zukommen kann.

### **Berücksichtigung von Empfehlungen der Europäischen Kommission**

§ 15a Abs. 1 TKG ermächtigt die Bundesnetzagentur zur Beschreibung ihrer grundsätzlichen Herangehensweisen und Methoden für einen *bestimmten, mehrere Marktregulierungszyklen umfassenden Zeitraum*. Die Norm ist als „Kann“-Vorschrift angelegt; eine Verpflichtung zum Erlass einer Verwaltungsvorschrift besteht nicht. Die Bundesnetzagentur wird zudem durch § 15a TKG nicht daran gehindert, auf anderem Wege für einheitliche Regulierungskonzepte zu sorgen (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 17/5707, 56).

Aus Sicht von Kabel Deutschland verwundert daher der Zeitpunkt der Vorlage des Konsultationsentwurfes, dessen Inhalt zudem offenbar bis auf Weiteres Geltung haben soll.

Denn ausweislich von Punkt 3. der Einleitung des Entwurfes sollen wegen der Konvergenz des europäischen Regulierungsrahmens insbesondere auch die Leitlinien der Europäischen Kommission vom Anwender des Regulierungskonzeptes zu beachten sein; in der weiteren Darstellung zu den Grundsätzen von Marktdefinition und -analyse wird dementsprechend umfassend auf den Inhalt der „aktuellen Märkte-Empfehlung 2007“ der Europäischen Kommission bzw. des zu dieser Empfehlung ergangenen Erläuterungsberichts (Explanatory Note, SEC(2007) 1483 final)) abgestellt.

Auch wenn Kabel Deutschland gerade wegen der gebotenen Vorhersehbarkeit der Regulierung und angesichts der von der Europäischen Kommission hierzu vorgelegten Entwürfe insofern keine grundlegenden Veränderungen erwartet, stellt sich jedoch zumindest die Frage, ob eine von der Bundesnetzagentur gemäß § 15a Abs. 1 TKG zu erlassene, längerfristig gültige Verwaltungsvorschrift nicht bereits den Inhalt der in Kürze von der Kommission zu veröffentlichen neuen Märkte-Empfehlung bzw. die Empfehlungen der entsprechenden Explanatory Note vollumfänglich berücksichtigen sollte. Gerade wegen der dynamischen Marktentwicklungen der letzten Jahre, insbesondere durch die signifikanten Investitionen in alternative Infrastrukturen, erscheint dies aus Sicht von Kabel Deutschland angezeigt, was sich gerade auch bei dem folgenden Punkt der geographischen Marktabgrenzung zeigt.



### **Zu B.4 Räumliche Marktabgrenzung im Besonderen**

Gerade bei der Darstellung der Grundsätze zur räumlichen Marktabgrenzung ist eine Berücksichtigung der in Kürze von der Kommission zu veröffentlichen neuen Märkte-Empfehlung bzw. der Empfehlungen der entsprechenden Explanatory Note angezeigt.

Aus Sicht von Kabel Deutschland geht der hier konsultierte Entwurf der Bundesnetzagentur in Punkt B.4 zwar grundsätzlich in die richtige Richtung. Der aktuelle Kommissionsentwurf ist jedoch in einigen Punkten deutlich präziser und berücksichtigt insbesondere stärker den z.T. schnellen Wandel der Märkte, welcher nicht zuletzt aus dem vor allem durch Kabelnetzbetreiber wie Kabel Deutschland getriebenen Infrastrukturwettbewerb resultiert.

Die Bundesnetzagentur führt in ihrem Entwurf zutreffend aus, dass das Kriterium der Ausbreitung eines Telekommunikationsnetzes bzw. die Ausbreitung des Netzes des etablierten Betreibers heutzutage nur bedingt tauglich für die geographische Marktabgrenzung sei (Punkt B.4, Abs. 2). Hierzu ist aus Sicht von Kabel Deutschland eine klarstellende Ergänzung angezeigt, dass zudem der Umstand, dass die Telekommunikationsnetze der Wettbewerber des etablierten Betreibers lediglich eine sub-nationale Verbreitung haben, für sich genommen keinesfalls ausreichend sind kann, auf der Ebene der Marktdefinition zu regionalen Märkten unterhalb des Bundesgebietes zu führen. Eine solche Klarstellung ist im aktuellen Entwurf der Explanatory Note zur neuen Märkteempfehlung der Europäischen Kommission enthalten (s. [http://ec.europa.eu/information\\_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc\\_id=4190](http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/dae/document.cfm?doc_id=4190), Punkt 2.5., S. 15).

Zudem würdigt der Entwurf der Kommission im Weiteren den Umstand, dass regional tätige Wettbewerber einen über das Ausbauggebiet ihrer Netze hinausgehenden Wettbewerbsdruck ausüben, was aus Sicht von Kabel Deutschland ebenfalls Eingang in eine Darstellung der Grundsätze der räumlichen Marktabgrenzung durch die Bundesnetzagentur finden sollte.

Die Bundesnetzagentur spricht in ihrem hier konsultierten Entwurf (Punkt B.4, Abs. 6) davon, dass es Indikatoren gebe, „die auch im Hinblick auf einen zukunftsgerichteten Ansatz der Marktuntersuchung eine geographisch detaillierte Analyse angebracht erscheinen lassen“, wobei sie im Folgenden maßgeblich auf das Vorliegen signifikant unterschiedlicher Wettbewerbsbedingungen abstellt und hierfür wiederum die Anzahl der Anbieter, Marktzutrittschancen, die Marktanteilsverteilung und -entwicklung, regional unterschiedliche Preise, Marketingstrategien und/oder Produktangebote als Kriterien benennt.

Aus Sicht von Kabel Deutschland ist hier eine präzisere Darstellung erforderlich, die sich vor allem klarer auf den behandelten Aspekt der räumlichen Marktabgrenzung bezieht. Denn im darauffolgenden Absatz werden zwar Voraussetzungen für geographische Märkte aufgelistet, welche diese „so weit wie möglich“ erfüllen sollten. Dabei wird jedoch die Abgrenzung geographischer Märkte bereits unterstellt („[s]ofern geographische Märkte definiert werden,...“),



ohne dass zuvor Indikatoren für eine Festlegung regionaler Märkte klarer herausgearbeitet und vertieft behandelt würden.

Angesichts der Dynamik der Marktentwicklungen braucht es klarer Vorgaben für Kriterien und Indikatoren, anhand derer sich hinreichend stabile heterogene Wettbewerbsbedingungen und folglich die Definition regionaler Märkte unterhalb des Bundesgebietes überhaupt herleiten lassen könnten.

Andernfalls drohen eine Festlegung regionaler Märkte sowie eine darauf basierende Marktanalyse und Vorgabe von Regulierungsverpflichtungen, deren Grundlage aufgrund veränderter Wettbewerbsbedingungen bereits kurzfristig schon wieder überholt ist.

Zum einen sollten daher die für geographische Märkte aufgelisteten vier Voraussetzungen (Punkt B.4, Abs. 8) nicht lediglich „so weit wie möglich“, sondern *mindestens* erfüllt sein, falls regionale Märkte definiert werden sollen.

Zum anderen muss aus Sicht von Kabel Deutschland allein schon wegen der gebotenen Vornahme der Marktabgrenzung im Einklang mit den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts stärker die Bedeutung des Kriteriums des Vorhandenseins (oder eben Nichtvorhandenseins) regional unterschiedlicher Preise herausgestellt werden, wie es die Europäische Kommission in ihrem aktuellen Entwurf der Explanatory Note zur neuen Märkteempfehlung tut (vgl. Punkt 2.5., S. 15).

Schließlich enthält der aktuelle Entwurf der Explanatory Note zur neuen Märkteempfehlung der Europäischen Kommission (s. Punkt 2.5., S. 15) die folgende Vorgabe:

*„In a situation where NRAs could not clearly identify substantially and objectively different conditions stable over time in order to define sub-national markets, the existence of geographically differentiated constraints on a SMP operator who operates nationally, such as different levels of infrastructure competition in different parts of the territory, are more appropriately taken into account at the remedies stage by imposing a geographically differentiated set of obligations.“*

Eine solche Klarstellung fehlt im hier konsultierten Entwurf der Bundesnetzagentur bislang. Diese ist aus Sicht von Kabel Deutschland aber angesichts der Schwierigkeiten bei der Definition geographischer Märkte und dem damit verbundenen Risiko von Regulierungsversagen in Form von abträglich wirkenden Regulierungsentscheidungen (insbesondere zulasten alternativer Netzbetreiber) geboten.

Über eine Berücksichtigung der vorstehenden Anmerkungen würden wir uns freuen.

**Dieses Schreiben enthält keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse.**



**Kabel Deutschland**

Bei Fragen stehen wir gerne zur Verfügung und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

**Georg Merdian**  
Leiter Infrastrukturregulierung

**Christopher Hasenkamp, LL.M.**  
Manager TK-Regulierung



QSC AG • Mathias-Brüggen-Straße 55 • 50829 Köln

Bundesnetzagentur  
Dienststelle 116b  
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

QSC AG  
Mathias-Brüggen-Straße 55  
50829 KölnChristof Sommerberg  
Leiter Regulierung & Public Affairs  
Tel.: +49 221 669-8830  
christof.sommerberg@qsc.de

17.02.2014

**Konsultationsentwurf einer Verwaltungsvorschrift gemäß § 15a Abs. 1 TKG**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die QSC GA begrüßt die Veröffentlichung des Konsultationsentwurfes und die Möglichkeit, zu diesem Stellung zu nehmen.

Der Konsultationsentwurf spiegelt die bisherige pragmatische Entscheidungspraxis der Bundesnetzagentur wider, an der es bis auf Ausnahmen wie bei Nichtberücksichtigung der Technologieneutralität bei den Zuführungsmärkten oder die entbündelte Glasfaser für Geschäftskunden wenig auszusetzen gibt.

Berücksichtigung der Empfehlung der EU-Kommission zu regulierungsbedürftigen Märkten

Die Bundesnetzagentur stützt sich zu Recht in weiten Teilen auf die bisherigen Märkteempfehlungen der Europäischen Kommission aus den Jahren 2003 und 2007 sowie deren Erläuterungen. Nach Auffassung der QSC AG ist es jedoch angezeigt, die zukünftigen Märkteempfehlungen der Europäischen Kommission wesentlich kritischer zu würdigen.

Einerseits ist die den Märkteempfehlungen zugrunde liegende Marktgesamtheit in den europäischen Mitgliedsstaaten über die Zeit wesentlich diverser geworden. Die Mitgliedsstaaten haben sich anhand unterschiedlicher Pfade entwickelt. Da die Märkteempfehlung jedoch immer nur eine globale Betrachtung der (inzwischen) 28 verschiedenen nationalen Telekommunikationsmärkte widerspiegelt, haben die Ergebnisse dieser Empfehlung insgesamt weniger Aussagekraft für die tatsächlichen und perspektivischen Wettbewerbs- und Marktverhältnisse in einzelnen Mitgliedsstaaten.

Weiterhin ist nicht auszuschließen, dass die von der Spitze der DG Connect geäußerten Bestrebungen einer Stärkung großer europäischer Telekommunikationskonzerne auch mit Hilfe einer Verringerung der Zugangsregulierungs- und damit Wettbewerbsintensität umgesetzt werden sollen. Die einfache Deklaration von bislang regulierungsbedürftigen zu (potentiell) wettbewerblichen Märkten mit Hilfe spekulativer Ausblicke auf eine Zukunft im Jahre 2020 kann zur Unterstützung dieser Ziele ein Mittel sein. So sind die bisher sieben regulierungsbedürftigen Marktsegmente in fast allen Mitgliedsstaaten weiterhin ex-ante reguliert, mithin wurde ein Betreiber mit signifikanter Marktmacht gefunden. Die jetzt angedachte Herausnahme verschiedener Marktsegmente schon aus der Untersuchung auf signifikante Marktmacht würde dann dazu führen, dass die weiterhin marktbeherrschenden Betreiber in diesen Marktsegmenten zukünftig höhere Umsätze und Gewinnmargen zugunsten von Konkurrenten und Kunden erwirtschaften werden. Auch aus diesem – politischen - Gesichtspunkt ist eine größere Unabhängigkeit von den Vorgaben der Europäischen Kommission im Hinblick auf nationale Besonderheiten von Vorteil für den Wettbewerb in nationalen Märkten.

## Sachliche Marktabgrenzung

Die Ausführungen der Bundesnetzagentur zur sachlichen Marktabgrenzung tragen wir mit. Insbesondere bei der Analyse der Angebotssubstituierbarkeit ist es wichtig, wie von der Bundesnetzagentur auch dargelegt, sehr viel Wert auf die tatsächlichen Marktentwicklungen und Verfügbarkeiten zu legen.

Die bisherige Entwicklung des Telekommunikationsmarktes in Deutschland hat gezeigt, dass es viele technologische und kommerzielle Entwicklungen gab, die von Interessierten Parteien als Grund für eine auf Prognosen basierende signifikante Änderung der Regulierungspolitik ins Feld geführt worden. Letztendlich haben sich alle diese Entwicklungen nicht durchgesetzt und eine darauf basierende Abschwächung der Zugangsregulierung hätte nur zu einem weiteren Erstarren der bereits marktbeherrschenden Unternehmen geführt. Insofern ist der – auch aus langjähriger Erfahrung herrührende – Pragmatismus der Bundesnetzagentur in der Frage der sachlichen Marktabgrenzung zu begrüßen.

Zielgerichtete Prognosen, die nur dem politischen Zweck einer möglichst schnellen Abschaffung der Zugangsregulierung in manchen Marktsegmenten dienen, sind als Grundlage einer auf Wettbewerbsstärkung und (vernünftigen) Investitionen ausgerichteten Regulierungsstrategie nicht geeignet, da sie die für Investitionen in (Leitungs- und Plattform-)Infrastruktur notwendige Verlässlichkeit der Regulierung vermissen lassen.

## Räumliche Marktabgrenzung

Die von der Bundesnetzagentur aufgestellten Kriterien für die räumliche Marktabgrenzung sind im Wesentlichen ebenfalls zustimmungsfähig und geeignet, die bisherige Verfahrensweise fortzuführen. Insbesondere die auf Seite 11 aufgestellten Kriterien für die Anerkennung sub-nationaler Märkte sind aus unserer Sicht notwendig, aber auch geeignet, die nötige Stabilität für ein regulatorisches Umfeld zu gewährleisten, welches auch für langfristige Investitionen geeignet ist.

Nach unserer Auffassung fehlt im Entwurf der VV jedoch eine Befassung mit den vertikalen Beziehungen zwischen verschiedenen Märkten für den Fall, dass in einem der Märkte entlang der Wertschöpfungskette doch sub-nationale Märkte abgegrenzt werden müssen.

Insgesamt bietet der Entwurf der VV jedoch eine praktikable Basis für die zukünftig zu erstellenden Marktabgrenzungen und die darauf basierenden Marktanalysen.

Mit freundlichen Grüßen

QSC AG

ppa. Ingo Hattendorf  
Leiter Strategie

i.V. Christof Sommerberg  
Leiter Regulierung und Public Affairs