

Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe von Frequenzen

Professor Dr. Ulrike Berger-Kögler

Hochschule für Wirtschaft und Umwelt Nürtingen-Geislingen

Neckarsteige 6-10

72622 Nürtingen

04.10.2013

Die ökonomische Notwendigkeit der Auferlegung der Diensteanbieterpflichtung bei der bevorstehenden Neuvergabe der Frequenzen

1. Historie und aktuelle Problemstellung
2. Ökonomische Notwendigkeit und Zielkonformität der Auferlegung der Diensteanbieterpflichtung
 - 2.1 Volkswirtschaftliche Einordnung der Regulierung, Maßstab der Analyse
 - 2.2 Regulierungsziele und Regulierungsgrundsätze gem. §§1 und 2 Abs. 2 Nr. 1, 2, 7, §2 Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 TKG
 - 2.2.1 Wahrung der Nutzer- insb. Verbraucherinteressen, Wettbewerbsschutz und – Förderung zur Maximierung der Konsumentenrente
 - 2.2.2 Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen
 - 2.2.3 Sicherstellung einer effizienten Nutzung von Frequenzen
 - 2.3 Wettbewerbsanalyse des Mobilfunkmarktes in Deutschland
 - 2.3.1 Anzahl der Anbieter, Marktanteile, Konzentration
 - 2.3.2 Innenwettbewerb zwischen DT MD und VD2
 - 2.3.3 Außenwettbewerb
3. Ergebnis

1. Historie und aktuelle Problemstellung

Deutschland hat 1990 bei der GSM-Lizenzvergabe eine ordnungspolitische Entscheidung getroffen, die die Netzbetreiber zur diskriminierungsfreien Zulassung von Diensteanbietern verpflichtete.¹ Diese Entscheidung beruhte auf der ökonomischen Erkenntnis, dass die vertikale Struktur eines Sektors, in dem nur einzelne Wertschöpfungsstufen starke Skaleneffekte aufweisen, eine große Bedeutung für dessen Wettbewerbsintensität und Effizienz² hat. Im Mobilfunksektor verfügt die Wertschöpfungsstufe „Netz“ über starke Skaleneffekte, die neben den naturgegeben knappen Frequenzen nur eine begrenzte Anzahl von Anbietern erlauben, so dass auf dieser Wertschöpfungsstufe ein natürliches Oligopol besteht. Demgegenüber ist die Wertschöpfungsstufe „Dienste“ strukturell hochkompetitiv.³ Die Verpflichtung der Netzbetreiber, Diensteanbieter zuzulassen, ermöglicht den Marktzutritt auf der Diensteebene und stellt damit die Basis für die Vervielfachung der Anbieterzahl auf dieser Ebene dar. Ohne die Diensteanbieterverpflichtung entspräche die Anzahl der Netzbetreiber grundsätzlich derjenigen der Anbieter der Mobilfunkdienste gegenüber den Endkunden.⁴

Über die allgemeine Diensteanbieterverpflichtung in § 4

Telekommunikationskundenschutzverordnung erstreckte sich die Verpflichtung auch auf die UMTS-Lizenzen.⁵ In der Telekommunikationsgesetzesnovelle 2006 wurde die Diensteanbieterverpflichtung in § 150 Abs. 4 TKG unter dem EU-Rechtsrahmen fortgeschrieben. Die Gesetzesnovelle im Jahr 2012 hat § 150 Abs. 4 TKG nicht verändert. Aufgrund der personengebundenen Verpflichtung aus den Lizenzen erstreckte sich die Verpflichtung auch auf die im Rahmen der Auktion im Jahre 2010 von den vier bereits am Markt befindlichen Netzbetreiber ersteigerten Frequenzen.⁶ Für die nun anstehende Frequenzvergabe stellt sich die Frage, ob die Verpflichtung neu auferlegt werden kann (siehe juristisches Gutachten).

Das vorliegende Gutachten geht der Frage nach, ob es aus ökonomischer Sicht – unter Beachtung der hierfür rechtlich vorgegebenen Maßstäbe – geboten ist, die Zuteilungen der neu gemäß des Konsultationsentwurfs einer Entscheidung der Präsidentenkammer⁷ zu vergebenen Frequenzen, soweit sie für den mobilen drahtlosen Netzzugang nutzbar, sind mit der Nebenstimmung zur diskriminierungsfreien Zulassung von Diensteanbietern zu versehen.

¹ Ziffer 17 der D1-Lizenz vom 23. 12. 1992 i. d. F. vom 23. 6. 1994, ABI BMPT (1994) Nr. 14, S. 406 ff.; Ziffer 17 der D2-Lizenz vom 15. 2. 1990 i. d. F. vom 11. 3. 1994, ABI BMPT (1994) Nr. 14, S. 415 ff.

² Die gesamten Industriekosten können durch Trennung vertikaler Ebenen minimiert werden, wenn auf den einzelnen Ebenen unterschiedliche Größenvorteile vorliegen. Vgl. Stigler, Journal of Political Economy (1951), Vol. 59, S. 185-193.

³ Vgl. Kruse, Das Verhältnis von Diensteanbietern und Netzbetreibern im deutschen Mobilfunk, 1995, S. 8-10.

⁴ Es sei denn, ein Netzbetreiber würde freiwillig mit einem Diensteanbieter zusammenarbeiten. Zu der Historie der Verpflichtung siehe auch Berger-Kögler (2008), Die Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der Vergabe neuer Mobilfunkfrequenzen, K+R Nr. 6, 11.Jg., S. 346-351, S. 346.

⁵ Im Gegensatz zu den GSM-Lizenzen enthalten die UMTS-Lizenzen keine eigenständige Resale-Verpflichtung. Stattdessen wird in Teil C Punkt 15 auf die sich aus § TKV § 4 Abs. TKV § 4 Absatz 1 TKV ergebende Pflicht hingewiesen.

⁶ Bundesnetzagentur, Entscheidung der Präsidentenkammer vom 12.10.2009, S. 107,

http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/VergabeverfDrahtloserNetzzugang2010/PraesKammerEntschg_Id17404pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1; Amtsblatt der Bundesnetzagentur Nr. 20/2009 v. 21.10.2009.

⁷ Konsultationsentwurf der Präsidentenkammer, Az. BK1-11/003, Mit.Nr. 169/2013, Ziffer 233.

http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OffentlicheNetze/Mobilfunk/DrahtloserNetzzugang/Projekt2016/KonsultationsentwurfProjekt2016.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Dabei geht das ökonomische Gutachten von der gesetzlichen Befugnis zur Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung aus und verweist diesbzgl. auf das juristische Gutachten. Das juristische Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Diensteanbieterverpflichtung gegenüber Mobilfunknetzbetreibern gemäß verschiedener Rechtsgrundlagen erlassen werden kann (siehe CI des juristischen Gutachtens).

- § 60 Abs. 1 S. 1 TKG, 1. Alternative als Nebenbestimmung zur Sicherstellung einer auch im ökonomischen Sinne verstandenen effizienten Frequenznutzung
- § 60 Abs. 2 S. 1 TKG, 2. Alternative als Nebenbestimmung zur Sicherstellung der weiteren in § 2 TKG genannten Regulierungsziele
- § 61 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 TKG erlaubt Frequenznutzungsbestimmungen, die in Form einer Nebenbestimmung ergehen können
- § 61 Abs. 5 S. 1 TKG gibt der BNetzA im Ausschreibungsverfahren die Möglichkeit, geeignete Selbstverpflichtungen, z.B. eine Diensteanbieterselbstverpflichtung, als Auswahlkriterium zu erheben.

Der Kern des Gutachtens gliedert sich wie folgt: Nach einer grundsätzlichen volkswirtschaftlichen Einordnung der Regulierung und der Darstellung der Effizienz als Analysemaßstab in 2.1, geht Gliederungspunkt 2.2 auf die im Analysekontext wesentlichen Regulierungsziele und Regulierungsgrundsätze ein. Dabei wird unter den Gliederungspunkten 2.2.1 bis 2.2.3 dargelegt, dass die Diensteanbieterverpflichtung das ideale Instrument ist, um die Regulierungsziele aus §§ 1 und 2 Abs. 2 Nr. 1, 2, 7, auf dem deutschen Mobilfunkmarkt zu erfüllen. Gerade die Sicherstellung der Regulierungsziele gemäß § 2 TKG war immer die Begründung für die Auferlegung einer Diensteanbieterverpflichtung. Dabei wird der Frage der effizienten Frequenznutzung in diesem Rahmen ein besonderes Augenmerk gewidmet. Die ökonomische Analyse zeigt auf, dass die Diensteanbieter(selbst)verpflichtung ein sehr effektives Auswahlkriterium im Rahmen eines Auswahlverfahrens gem. § 61 Abs. 5 S. 1 TKG darstellt. Auch hier kommt es drauf an, denjenigen Bewerber zu ermitteln, der die Frequenzen am effizientesten nutzen kann. Schlussendlich wird im Gliederungspunkt 2.2 dargelegt, dass die Diensteanbieterverpflichtung auch mit weiteren Regulierungsgrundsätzen gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 TKG ist absolut konform geht.

Gliederungspunkt 2.3. präsentiert im Anschluss daran eine Wettbewerbsanalyse des deutschen Mobilfunkmarktes um klarzustellen, dass die Diensteanbieterverpflichtung ökonomisch notwendig ist, um die Regulierungsziele auf dem Mobilfunkmarkt zu erreichen und dass es ohne die Verpflichtung oder bei einer nur teilweisen Verpflichtung, wie es die Bundesnetzagentur mit der Verpflichtung nur bezogen auf die Frequenzreserve vorschlägt, zu gravierenden Minderungen der Wettbewerbsintensität auf dem Mobilfunkmarkt kommen wird.

Gliederungspunkt 3 präsentiert abschließend das Ergebnis und die Zusammenfassung der ökonomischen Analyse.

2. Ökonomische Notwendigkeit und Zielkonformität der Auferlegung der Diensteanbieterverpflichtung

2.1 Volkswirtschaftliche Einordnung der Regulierung, Maßstab der Analyse

Das grundsätzliche volkswirtschaftliche Ziel externer Eingriffe in einen Markt besteht in der bestmöglichen Realisierung eines effizienten Marktergebnisses. Die Effizienz ist der Maßstab der folgenden Analyse und wird nun erläutert und operationalisiert. Allgemein wird unter Effizienz

verstanden, dass mit einem gegebenen Ressourceneinsatz ein maximaler Output oder ein gegebener Output mit dem minimalen Ressourceneinsatz erreicht wird. Zwei bekannte Effizienzbegriffe der Wohlfahrtsökonomie sind die Pareto-Effizienz und die Kaldor-Hicks-Effizienz. Unter Pareto-Effizienz wird eine Allokation der volkswirtschaftlichen Ressourcen verstanden, bei der es nicht möglich ist, durch eine andere Allokation den Nutzen einer Person zu erhöhen ohne mindestens eine andere Person schlechter zu stellen. Das Kaldor-Hicks Kriterium besagt, dass eine Situation einer anderen vorzuziehen ist, wenn Vorteile der besser gestellten Personen die Nachteile der schlechter gestellten Personen mindestens kompensieren könnten. Der Wohlfahrtsgewinn muss also ausreichen, um nach der theoretisch möglichen Umverteilung einen Nettowohlfahrtsgewinn zu realisieren.⁸ Weder die Pareto-Effizienz noch die Kaldor-Hicks-Effizienz sind allerdings für die praktische Anwendung in der Regulierungs- und Wettbewerbsökonomik relevant. Das Pareto-Kriterium kann in der Regulierungs- und Wettbewerbsrealität kaum angewendet werden, da hier durch staatliche Eingriffe einige Spieler begünstigt, aber andere Spieler schlechter gestellt werden. Somit käme es mit dem Pareto-Kriterium als Effizienzmaßstab zu einer Manifestierung des Status Quo. Auch kann in der Realität häufig nicht bestimmt werden, welcher Pareto-optimale Zustand einem anderen Pareto-optimalem Zustand vorzuziehen ist. Zur Kritik am Kaldor-Hicks Kriterium soll hier nur kurz auf die Kritik von Scitovsky verwiesen werden. Scitovsky hat nachgewiesen, dass es Maßnahmen gibt, die dem Kaldor-Hicks-Kriterium genügen, bei denen jedoch auch das Rückgängigmachen derselben Maßnahme bei Anwendung desselben Kriteriums wiederum wohlfahrtssteigernd wäre. Es ist aber logisch ausgeschlossen, dass sowohl die Einführung als auch das Rückgängigmachen derselben Maßnahme wohlfahrtssteigernd ist.⁹ Um den Effizienzbegriff für die Analyse zu operationalisieren, erfolgt daher eine Unterteilung des Begriffs in folgende drei Subkriterien¹⁰, die allokativen (wohlfahrtsmaximale Menge und wohlfahrtsmaximale Preise¹¹), technische oder produktive (kostenminimale Produktion) und qualitative Effizienz (präferenzadäquate Produktion) in statischer und dynamischer Hinsicht.¹²

⁸ Schumann (2007), Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, 8. Auflage, S. 36f; Springer Gabler Verlag (Herausgeber), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Kaldor-Hicks-Kriterium, online im Internet: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/9896/kaldor-hicks-kriterium-v7.html> (14.09.13), Kaldor-Hicks-Kriterium.

⁹ Zur Kritik am Pareto-Kriterium siehe z.B. Petersen (1996), Individuelle Freiheit und allgemeiner Wille, Tübingen, S. 55. Zur Kritik am Kaldor-Hicks Kriterium siehe z.B. Endres, Martensen (2007), Mikroökonomik, Stuttgart, S. 733f; Kerber (2000), Law and Economics, S. 152ff., in: Leipold, Pies (Hrsg.) Ordnungstheorie und Ordnungspolitik Band 64, Stuttgart, S. 146-171 und Eisen (2003), <http://www.wiwi.uni-frankfurt.de/Professoren/eisen/Kompensationskriterien.pdf>, 02.10.13.

¹⁰ Siehe Tabelle 1.

¹¹ Die wohlfahrtsoptimale Menge wird realisiert, wenn die letzte produzierte Einheit zum Preis in Höhe der Grenzkosten verkauft wird. Je nach verwendetem Wohlfahrtsmaß können die anderen Einheiten entweder auch zum Grenzkostenpreis oder zu Preisen entsprechend der jeweiligen maximalen Zahlungsbereitschaft verkauft werden. Im vorliegenden Kontext käme das Wohlfahrtsmaximum grundsätzlich bei Grenzkostenpreisen zustande, da die Regulierungsziele den maximalen Verbrauchernutzen erreichen wollen.

¹² Vgl. zu den operationalisierten Effizienzsubkriterien Kruse (1985), Ökonomie der Monopolregulierung, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, S. 73 ff., Kantzenbach, Kruse (1989), Kollektive Marktbeherrschung, Vandenhoeck und Ruprecht Göttingen, 3ff.

Tabelle 1 Effizienz

		Effizienz		
		Allokative Effizienz	Technische Effizienz	Qualitative Effizienz
Statisch		Wohlfahrts-max. Preise und Mengen	Kosten-minimale Produktion	Präferenz-adäquate Produktion
Dynamisch	Anpassung	Preis-anpassung	Anpassung an technischen Fortschritt	Anpassung an Präferenz-änderung
	Innovation	Aktive Preis-änderung	Prozess-innovation	Produkt-innovation

Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht, das grundsätzlich von einem funktionierenden Wettbewerb ausgeht, ist der Ansatzpunkt der Regulierung ein nicht existierender oder gestörter Wettbewerb. Unter Regulierung im engeren Sinne wird die „gezielte sektorspezifische Steuerung von Preisen, Produktions- und Absatzmengen, Investitionen und Kapazitäten, Qualitäten und Konditionen sowie Marktzutritt durch eine spezifische Regulierungsbehörde¹³“ verstanden. Sie hat folgende Kernaufgaben in statischer Sicht:

- Die Simulation des Wettbewerbs und damit die Realisierung eines dem wettbewerblichen, effizienten Marktergebnis vergleichbaren Ergebnisses, wenn es sich um einen Markt handelt, auf dem Wettbewerb nicht möglich ist.
- Die Ermöglichung des Wettbewerbs auf geeigneten Wertschöpfungsstufen.

Ersteres wird als Marktverhaltensregulierung bezeichnet, bei der die Preisregulierung dominiert. Die zweite Aufgabe ist eine Kombination aus Marktstruktur- und Marktverhaltensregulierung.¹⁴ Hier werden Markteintritte in Monopol- oder Oligopolmärkte mittels Zugangsverpflichtungen ermöglicht (Änderung der Marktstruktur) und es wird auf wettbewerbliche Preise für diese Zugänge im Rahmen der Marktverhaltensregulierung hingewirkt.

In dynamischer Sicht soll die Regulierungsbehörde, wenn möglich, nachhaltige wettbewerbliche Strukturen schaffen, die auf Dauer wettbewerbliche Märkte und effiziente Ergebnisse hervorbringen, ohne dass es weiterer Regulierung bedarf.¹⁵

Zusammenfassend ist zu sagen, dass das Ziel der Regulierung ein effizientes Marktergebnis ist. Wie dieses erreicht wird und ob es nachhaltig auch ohne Regulierung weiter besteht, hängt von der kostenstrukturinduzierten Marktform¹⁶ und dem Zeithorizont¹⁷ ab.

¹³ Haucap, Uhde (2008): Regulierung und Wettbewerbsrecht in liberalisierten Netzindustrien aus institutionenökonomischer Perspektive, in: ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, Bd. 59, Lucius & Lucius, Stuttgart, S. 241.

¹⁴ Zu den Begriffen Marktstruktur- und Marktverhaltensregulierung siehe Kunz, Regulierungsregime in Theorie und Praxis, S.49, in Knieps, Brunekreef (Hrsg.) (2003), Zwischen Regulierung und Wettbewerb, 2. Auflage, Heidelberg, S. 47-81.

¹⁵ Kruse (2007), 10 Jahre Telekommunikationsregulierung in Österreich, <https://www.rtr.at/de/komp/SchriftenreiheNr22007/Band2-2007.pdf>, S. 7.

2.2 Regulierungsziele und Regulierungsgrundsätze gem. §§1 und 2 Abs. 2 Nr. 1, 2, 7, §2 Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 TKG, unionsrechtliche Vorgaben

Im folgenden Text werden die maßgeblichen Regulierungsziele und –grundsätze des nationalen und europäischen Rechts mit dem Ziel einer besseren Analyse-logik und Lesbarkeit nicht alle einzeln sondern nach Themengebieten zusammengefasst analysiert. D.h. auch die einschlägigen unionsrechtlichen Vorgaben, die auf die Regulierungsziele und –grundsätze des Telekommunikationsgesetzes (TKG) vielfältig einwirken, werden innerhalb dieser Themengebiete abgearbeitet. Relevant sind insbesondere folgende unionsrechtliche Vorgaben.¹⁸ Nach Art. 6 der Genehmigungsrichtlinie (GenehmigungsRL)¹⁹ können Frequenznutzungsrechte an bestimmte Bedingungen geknüpft werden. Diese Bedingungen müssen in Bezug auf das betreffende Netz oder den betreffenden Dienst objektiv gerechtfertigt, nichtdiskriminierend, verhältnismäßig sowie transparent sein. Im Fall der Frequenznutzungsrechte müssen sie mit Art. 9 der Rahmenrichtlinie (RahmenRL)²⁰ im Einklang stehen. Sie sind explizit in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie aufgeführt. Art. 9 der RahmenRL sagt u.a. aus, dass die Mitgliedsstaaten für die effiziente Verwaltung der Frequenzen im Einklang mit den Art. 8 und 8a der gleichen Richtlinie sorgen müssen.

Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie (ZugangsRL)²¹ erlaubt, dass Verpflichtungen, die von den Unternehmen im Rahmen eines auf Wettbewerb oder Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen wurden, auch ohne Vorliegen beträchtlicher Marktmacht des Frequenznutzungsrechtsinhabers an dessen Recht geknüpft werden können.²² Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie: „Unbeschadet ... der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Richtlinie 2002/20/EG (GenehmigungsRL), die gemäß Artikel 6 Absatz 1 jener Richtlinie angewandt wird, ... erlegen die nationalen Regulierungsbehörden Betreibern, die nicht gemäß Absatz 2 (Hinzufügung der Verfasserin: als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht) eingestuft wurden, die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen (Hinzufügung der Verfasserin: Transparenz-, Gleichbehandlungsverpflichtung, Verpflichtung zur getrennten Buchführung, Zugangsverpflichtungen, Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung) nicht auf“ und dem Inhalt der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie: „Verpflichtungen, die das Unternehmen, das die Nutzungsrechte erwirbt, im Laufe eines auf Wettbewerb oder Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens eingegangen ist“.

Die Bedingung 7 in Teil B des Anhangs zur Genehmigungsrichtlinie ist eine explizit genannte Ausnahme vom Prinzip des Regulierungsrahmens, nach dem Verpflichtungen grundsätzlich nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden.²³ Das Regel-Ausnahme-Verhältnis

¹⁶ Siehe dazu 2.2.1, Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs unter dem Vorbehalt der Sachgerechtigkeit.

¹⁷ Auf manchen Märkten kann im Zeitablauf eine „Investitionsleiter“ erklimmen werden, auf der sich die Spieler von Nutzern von Infrastrukturzugangsverpflichtungen zu Infrastrukturbetreibern entwickeln. Diese Meinung wird allerdings konträr diskutiert. Vgl. z.B. Vogelsang (2010), Incentive Regulation, Investments and Technological Change, CESifo Working Paper Series 2964, S. 11 ff.

¹⁸ Siehe zur Grundidee im EU-Rechtsrahmen vor 2009 Berlinger (2003), Resale im Mobilfunk, K+R Nr. 1, 6. Jg., S. 16-21, Berger-Kögler (2008), Die Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der Vergabe neuer Mobilfunkfrequenzen, K+R Nr. 6, 11.Jg., S. 346-351, S. 347-348.

¹⁹ GenehmigungsRL 2002/20 EG, geändert durch RL 2009/140 EG.

²⁰ RahmenRL 2002/21 EG, geändert durch RL 2009/140 EG.

²¹ ZugangsRL 2002/22 EG, geändert durch RL 2009/140 EG.

²² Vgl. Heun in Heun (Hrsg.) Handbuch Telekommunikationsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl. Teil H, Rn. 493.

²³ Diese Ausnahme wird jedoch mitunter übersehen, vgl. z. B. Orthwein (2003), K&R 6. Jg., S. 273.

verdeutlicht, dass jede Verpflichtung umfasst ist, die im Rahmen knappheitsbedingter Frequenzvergabeverfahren eingegangen wird,²⁴ auch solche Verpflichtungen, die ihrer Art nach auch nach Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie, also gemäß §§ 19 bis 24 TKG, auferlegt werden können.²⁵ Diese Vorschriften haben also keine Sperrwirkung für die in ihnen erwähnten Verpflichtungen. Die Knappheitssituation liefert die ökonomische Begründung für diese Ausnahme. Märkte, deren Inputfaktoren naturgegeben knapp sind, sollen mittels geeigneter Maßnahmen von vornherein so strukturiert werden können, dass keine ineffizienten Marktergebnisse aufgrund unzureichender Wettbewerbsintensität entstehen. Vor dem Hintergrund, dass den nationalen Regulierungsbehörden vorgegeben wird, die Regulierungsziele bei der Festlegung der Bedingungen für die Verfahren zu erreichen²⁶, besteht der Sinn der Bedingung 7 darin, den nationalen Regulierungsbehörden den Ermessensspielraum zu geben, selbst zu entscheiden auf welche Weise sie dies tun. Der nationale Regulierer kann also im Falle der Vergabe knapper Frequenzen Verpflichtungen im Rahmen des Auswahlverfahrens vorsehen, die den Regulierungszielen aus Artikel 8 Rahmenrichtlinie gebührend Rechnung tragen. (Siehe CII des juristischen Gutachtens)

Explizit werden im Folgenden die Tatbestandsvoraussetzungen der Regulierungsziele aus § 1, § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2, 7, und der Regulierungsgrundsätze aus § 2 Abs. 3 Nr. 2, 3, 4 TKG ökonomisch angesprochen und die Ergebnisse auf den deutschen Mobilfunkmarkt übertragen. Die restlichen Regulierungsziele behandeln andere Sachthemen, die aber nicht in einem Konflikt zu der hier zu analysierenden Diensteanbieterverpflichtung stehen. Dazu werden die entsprechenden unionsrechtlichen Normen aus Art. 8 Rahmen RL, die in § 2 TKG umgesetzt werden²⁷, genannt (siehe CII des juristischen Gutachtens). Dies sind Art. 8 Abs. 2 a), b), c), Abs. 5 b), c), d).

2.2.1 Wahrung der Nutzer- insb. der Verbraucherinteressen, Wettbewerbsschutz und -förderung zur Maximierung der Konsumentenrente

Im TKG sind die Ziele der Sicherstellung und Förderung des Wettbewerbs, sowie nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte und der Schutz der Verbraucherinteressen (§ 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 1 und 2) gleichrangig. Dies darf natürlich nicht so verstanden werden, dass der Wettbewerb ausschließlich einen Eigenwert hat. Der Wettbewerb stellt vielmehr das Instrument dar, mittels dessen den Verbraucherinteressen bestmöglich entsprochen werden kann.²⁸ Der Gesetzgeber stellt durch die Formulierung im TKG klar, dass durch Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze für den Nutzer der größtmögliche Vorteil (Konsumentenrente) in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erbracht wird (§ 2 Abs. 2 Nr. 2). Die Aspekte „keine Wettbewerbsverzerrungen oder –beschränkungen“ und die Fokussierung auf die Vorteile der Nutzer finden sich in den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 8 Abs. 2 a) und b) der RahmenRL. Der vom Gesetzgeber dargestellte Zusammenhang entspricht dem ökonomischen

²⁴ Eine Begrenzung nach Art und Inhalt der Verpflichtungen, die eingegangen werden können erfolgt auch in § 61 Abs. 7 TKG, der ausweislich der Gesetzesbegründung Ziffer 7 des Teils B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie in deutsches Recht umsetzt, nicht. Vgl. Heun in Heun (Hrsg.) Handbuch Telekommunikationsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl. Teil H, Rn. 491 ff.

²⁵ Vgl. Heun in Heun (Hrsg.) Handbuch Telekommunikationsrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2. Aufl. Teil H, Rn. 493.

²⁶ Vgl. Art. 7 Abs. 3 der GenehmigungsRL.

²⁷ Vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT Drs. 17/5707, S. 47.

²⁸ Allerdings kann aus § 2 Abs. 2 Nr. 1 entnommen werden, dass das Ziel „Wahrung der Nutzer- und Verbraucherinteressen“ einen Eigenwert hat, da es hier nicht im Zusammenhang mit der Wettbewerbsförderung wie in § 2 Abs. 2 Nr. 2 betrachtet wird. Vgl. Cornils (2013), Beck'scher TKG Kommentar, 4.A., § 2, Rn 26, 33.

Konsens, dass ein funktionsfähiger Wettbewerb²⁹ ein effizientes Marktergebnis herbeiführt. Gleiches greift der Regulierungsgrundsatz § 2 Abs. 3 Nr. 3, der nahezu wortgleich zu Art. 8 Abs. 5 c) RahmenRL ist, (außer dass der deutsche Gesetzgeber den juristisch unschärferen Begriff „gegebenenfalls“ durch den präziseren Begriff der Sachgerechtigkeit im Zusammenhang mit der Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs ersetzt) auf, der den Schutz des Wettbewerbs zum Nutzen der Verbraucher zum Inhalt hat und explizit auf die Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs unter dem Vorbehalt der Sachgerechtigkeit abstellt. Dieser Grundsatz stützt das Regulierungsziel aus § 2 Abs. 2 Nr. 2, da grundsätzlich nur ein vitaler Wettbewerb zwischen verschiedenen Infrastrukturen zu nachhaltig wettbewerbsorientierten Märkten führen kann, d.h. Märkte, auf denen der Wettbewerb ohne regulatorische Eingriffe funktioniert.

Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs unter dem Vorbehalt der Sachgerechtigkeit

Der Wettbewerb zwischen Infrastrukturbetreibern führt idealerweise zu einer allokativen Effizienz. Das bedeutet, dass idealerweise auf dem Markt wohlfahrtsmaximierende (- je nach Kostenstruktur und Eigenwirtschaftlichkeitsgebot - Grenz- bzw. Durchschnittskosten- oder im Mehrproduktfall Ramsey-) Preise und Mengen realisiert werden und, dass die Konsumentenrente dadurch maximiert wird. Somit ist die Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs ökonomisch grundsätzlich sinnvoll. Allerdings darf nicht nur der allokativ-Aspekt betrachtet werden. Auf Märkten, die bzgl. ihrer Kostenstruktur keine hinreichend große Anbieterzahl erwarten lassen, kann die auf eine möglichst große Anzahl von getrennten Infrastrukturen fokussierte Förderung zu volkswirtschaftlich ineffizienten Parallelinfrastrukturen führen. Der Zusammenhang erklärt sich wie folgt: Theoretisch ist die Anzahl der Anbieter, die grundsätzlich im Markt verbleiben können, zu ermitteln, indem man das Verhältnis von mindestoptimaler Betriebsgröße (MOB) und relevantem Marktumfang betrachtet. Die mindestoptimale Betriebsgröße ist erreicht, wenn die langfristigen Durchschnittskosten minimal sind. Ist diese mindestoptimale Betriebsgröße jedes Mobilfunknetzbetreibers im Verhältnis zum relevanten Marktumfang groß, was angesichts der starken Skaleneffekte auf der Wertschöpfungsstufe Netz plausibel ist, wäre dauerhaft auf dem Mobilfunkmarkt kein Platz für eine hinreichend große Anzahl Netzbetreiber, die vitalen Infrastrukturwettbewerb ermöglichen würde. Somit ist zumindest auf der Netzebene ein sogenannter Williamson Trade Off zu beachten: Eine hohe Anzahl Netzbetreiber führt c.p. zu allokativ effizienten Preisen, aber zugunsten eines gegenläufigen negativen Effektes bzgl. der technischen Effizienz. Kann eine für die allokativ-Aspekt erforderliche Anzahl Netzbetreiber aufgrund der in Bezug auf die Nachfrage relativ hohen MOBs ihre MOB nicht erreichen, besteht ein Zustand technischer Ineffizienz, d.h. die Leistung wird nicht zu den minimalen Stückkosten erbracht. Häufig wird bereits der Status Quo in Europa, in dem in jedem Land zwischen drei und vier Netzbetreiber existieren, als volkswirtschaftlich ineffiziente Marktfragmentierung kritisiert, der den Netzbetreibern keine hinreichende Realisierung der Skaleneffekte ermöglicht.³⁰ In die gleiche Richtung gehen Ausführungen der BEREC, die ebenfalls auf den Trade off zwischen dem Vorteil einer steigenden Wettbewerbsintensität aufgrund zusätzlicher Mobilfunknetzbetreiber und

²⁹ Der funktionsfähige Wettbewerb im Sinne des Kantzenbachschen Leitbildes führt im Wesentlichen zu diesen Effizienzkriterien. Er generiert ein Angebot nach den Käuferpräferenzen, lenkt die Produktionsfaktoren in den produktivsten Einsatz, ermöglicht die Anpassung an sich ändernde Rahmenbedingungen und fördert den technischen Fortschritt. Vgl. Kantzenbach (1967), Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. durchgesehene Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen und zur genaueren Erläuterung Berger-Kögler (2012), Wettbewerb im Internet – ist eine Regulierung der Netzneutralität ökonomisch erforderlich?, S. 179, in: Enke, Ott (Hrsg.) (2012), Zur Zukunft des Wettbewerbs, Metropolis-Verlag, Marburg, S. 179-210.

³⁰ Siehe z.B. Bohlín, Caves, Eisenach (2013), Mobile Wireless Performance in the EU & the US, http://www.gsmamobilewirelessperformance.com/GSMA_Mobile_Wireless_Performance_May2013.pdf.

dem Nachteil zu geringer Spektrumsblöcke eingehen.³¹ Auch die derzeit gerade laufende Übernahme von E-Plus durch Telefónica kann u.a. mit der ökonomischen Erforderlichkeit der Realisierung von Skaleneffekten mittels zunehmender Unternehmensgröße erklärt werden.³²

Das Zwischenergebnis dieser Betrachtungen ist, dass sowohl die Entwicklungen auf den Mobilfunkmärkten (z.B. Konsolidierung in Österreich, die Übernahme von E-Plus durch Telefonica in Deutschland, die Konsolidierung in Deutschland nach der Versteigerung der UMTS-Lizenzen im Jahr 2000 an sechs Unternehmen), Expertenmeinungen und die ökonomische Theorie zum Zusammenhang zwischen Markt- und Kostenstrukturen dafür sprechen, dass es in Zukunft weniger, auf keinen Fall aber mehr Mobilfunknetzbetreiber geben wird.³³

Vitaler Wettbewerb zwischen den Mobilfunknetzbetreibern ist also auch vor dem Hintergrund der Konsolidierung aus ökonomischer Sicht nicht zu erwarten (siehe 2.3). Der deutsche Mobilfunkmarkt mit derzeit vier Netzbetreibern³⁴ und 3 unabhängigen Diensteanbietern weist heute eine akzeptable, wenn auch ausbaufähige Wettbewerbsintensität auf. Der Wettbewerb zwischen den führenden Mobilfunknetzbetreibern (Telekom Deutschland, Vodafone) sei nach Auffassung des Bundeskartellamts zwar nur schwach ausgeprägt, es gäbe aber Wettbewerbsimpulse von den beiden kleineren Mobilfunknetzbetreibern (E-Plus und Telefónica O₂)³⁵ und auf jeden Fall von den unabhängigen Diensteanbietern, die sich von den Netzbetreibern differenzieren müssen, um ihren Platz auf dem Mobilfunkmarkt zu halten und auszubauen.³⁶ Gravierende Gefahren sieht die Monopolkommission für den Wettbewerb allerdings, wenn E-Plus und Telefónica O₂ aufgrund von Kostennachteilen auf Wettbewerbsvorstöße verzichten oder wenn sie fusionieren würden.³⁷ Die Übernahme von E-Plus durch Telefónica O₂ steht lediglich noch unter der Bedingung der kartellrechtlichen Genehmigung.

Ausgehend von diesem Zwischenergebnis bedarf es eines zielgerichteten Schutzes des Wettbewerbs zum Wohle der Verbraucher, der nicht auf die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs zwischen den Netzbetreibern ausgerichtet sein kann. Dieser Schutz wird in idealer Weise durch die seit 1990 bestehende Diensteanbieterverpflichtung gewährleistet. Die ordnungspolitische Kernidee der Diensteanbieterverpflichtung ist, die Anbieterzahl über die aufgrund der bereits dargestellten Charakteristika der Kostenstrukturen für einen vitalen Wettbewerb zu geringe Anzahl der Netzbetreiber hinaus zu vervielfachen, indem Anbieter ohne Netz den Markt ohne signifikante

³¹ RSPG BEREC Report on Competition: Transitional Issues in the Mobile Sector in Europe, BoR (11) 07 RSPG10-351 Final, S. 17.

³² <http://eplus-gruppe.de/verkauf-von-e-plus-gruppe-bringt-synergien-im-deutschen-mobilfunk/>, 18.09.2013

³³ Dies wurde bereits 2006 in Gries, Neumann (2006), Bedeutung der Diensteanbieter für den Wettbewerb im Mobilfunk, WIK-Studie für den VATM und die Mobilfunkdiensteanbieter im VATM, Bad Honnef 2006, S. 25-26 erwähnt und wird, wie im Text dargestellt, durch die aktuellen Entwicklungen und Meinungen bestätigt.

³⁴ Laut Kuntze, Telefónica O₂, treten Telefónica O₂ und E-Plus bis zum Vollzug der Transaktion wie bisher als unabhängige Wettbewerber auf. <http://blog.telefonica.de/2013/07/hintergruendetelefonica-deutschland-unterzeichnet-vereinbarung-zum-erwerb-von-e-plus/>, 30.09.13

³⁵ Dieser Meinung ist auch die Monopolkommission, die E-Plus und O₂ als „Oligopolaußenseiter“ bezeichnet; vgl. Monopolkommission (2011), Sondergutachten Nr. 61, „Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern“, Ziffer 110.

³⁶ Beispiele für Wettbewerbsvorstöße seitens der Diensteanbieter siehe 2.2.2 Innovationen und 2.3.3 Außenwettbewerb.

³⁷ Monopolkommission (2011), Sondergutachten Nr. 61, „Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern“, Ziffer 110.

Markteintrittsbarrieren betreten können.³⁸ Damit wurden bereits 1990 die Voraussetzungen für den Schutz und die Förderung des Wettbewerbs entsprechend des späteren Regulierungsziels getroffen.

Chancengleicher Wettbewerb, keine Wettbewerbsverzerrungen und –beschränkungen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2, Diskriminierungsverbot (§ 2 Abs. 3 Nr. 2))

Der chancengleiche Wettbewerb wird mittels § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 konkretisiert. Die Behörde muss gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen und –beschränkungen gibt. Dieser Satz setzt Art. 8 Abs. 2 b) RahmenRL um. Für die Herstellung des chancengleichen Wettbewerbs zwischen den in der Telekommunikation i.d.R. heterogenen Wettbewerbern ist eine rechtliche Ungleichbehandlung im Regelfall erforderlich. Beziehen wir das Diskriminierungsverbot aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 (entsprechend des nahezu wortgleichen Art. 8 Abs. 5 b)) ein, wird deutlich, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Auf diese Weise wird der Sinn der asymmetrischen Zugangsregulierungen klar. Ohne diese kann es nicht zu einem chancengleichen Wettbewerb zwischen Anbietern mit und ohne Infrastruktur kommen.

Dies ist für den Wettbewerb zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Diensteanbietern von entscheidender Bedeutung. Zwar stellt die Zulassungsverpflichtung die Voraussetzung für den Wettbewerb zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern dar. Die Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs und die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen müssen aber gegeben sein, um einen vitalen und eigenständigen Wettbewerb durch die Diensteanbieter zuzulassen („dienende Wettbewerbsfreiheit“, siehe juristisches Gutachten, C I 2.a). Die Chancengleichheit zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern sollte mittels des in der Diensteanbieterverpflichtung von Anfang an enthaltenen Diskriminierungsverbots sichergestellt werden.³⁹ Die Tatsache, dass der Vorleistungslieferant (der Netzbetreiber) und der Vorleistungsempfänger (der Diensteanbieter) auf dem Endkundenmarkt in Konkurrenz zueinander stehen, setzt naturgemäß Anreize zu diskriminierendem Verhalten des Vorleistungslieferanten. Wenn dies unsanktioniert bleibt, hat der Diensteanbieter aufgrund z.B. höherer Vorleistungspreise oder fehlenden Zugangs zu technischen Netzelementen schlechtere Chancen, sich im Wettbewerb eigenständig gegen den Netzbetreiber zu behaupten.

Dieses so logische, in den D1, D2 und E1 Lizenzen, der Telekommunikationskundenschutzverordnung und im TKG enthaltene Diskriminierungsverbot war der Kernstreitpunkt im Simyo Fall.⁴⁰ Die Simyo GmbH, eine 90% ige Tochter der E-Plus GmbH & Co. KG, hatte mit einer Pressemitteilung vom 30.05.2006 bekannt gegeben, dass sie ab sofort ein „No Frills“ Angebot auf dem Markt platziert, welches Mobilfunkleistungen zu besonders günstigen Endkundenpreisen enthält und nur über das Internet vermarktet wird. mobilcom-debitel⁴¹ wurde ein entsprechendes Vorleistungsangebot erst auf Nachfrage und für einen konkurrenzfähigen Marktstart verspätet gewährt. mobilcom-debitel hatte sich vor dem Beschreiten des Verwaltungsrechtsweges an die BNetzA gewandt. Die BNetzA hatte entschieden, dass eine derartige Ungleichbehandlung in zeitlicher Hinsicht eine sachliche Rechtfertigung für eine Diskriminierung darstelle. Dürfte der Netzbetreiber innovative Produkte erst

³⁸ Ausführlicher dazu Berger-Kögler (2008), Die Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der Vergabe neuer Mobilfunkfrequenzen, K+R Nr. 6, 11.Jg., S. 346-351., S. 346.

³⁹ Vgl. Ziffer 17 der D1-Lizenz vom 23. 12. 1992 i. d. F. vom 23. 6. 1994, AB1 BMPT (1994) Nr. 14, S. 406 ff.; Ziffer 17 der D2-Lizenz vom 15. 2. 1990 i. d. F. vom 11. 3. 1994, AB1 BMPT (1994) Nr. 14, S. 415 ff und Ziffer 17 der E-Plus-Lizenz, bei E-Plus zusätzlich Ziffer 18.2., AB1. BMPT 1993, S. 229 ff; vgl. § 4 Abs. 2 TKV.

⁴⁰ BVerwG 6 C 47.06, VG 1 K 4871/05.

⁴¹ Zu dem damaligen Zeitpunkt mobilcom Communicationstechnik GmbH.

dann vermarkten, wenn alle Diensteanbieter dazu auf der Grundlage der ihnen zur Verfügung gestellten Vorleistungen in der Lage wären, entfielen jeglicher Innovationsanreiz und der Wettbewerb würde geschwächt. Da der Wettbewerbsvorsprung nur etwa vier Monate betragen hatte und von den Diensteanbietern aufholbar gewesen sei, sei das Diskriminierungsverbot nicht verletzt.⁴² Auch das BVerwG legte das Diskriminierungsverbot in der E1 Lizenz dahingehend aus, dass nicht anzunehmen sei, „dass das Schlechterstellungsverbot in Nr. 17.6 Satz 1 Halbs.1, Nr. 18.2 der E1-Lizenz die Beigeladene (Einschub der Verfasserin: die E-Plus GmbH & Co. KG) strikt, d.h. ohne Rücksicht auf die Art und das Gewicht etwaiger Rechtfertigungsgründe zur Gleichbehandlung verpflichtet.“⁴³ Es bestehe eine begrenzte Ausnahme vom Diskriminierungsverbot für die Markteinführung eines innovativen Produktes durch den verpflichteten Netzbetreiber.⁴⁴

Die Auffassung, dass vorstoßender Wettbewerb seitens eines Netzbetreibers möglich sein muss, ist ökonomisch natürlich richtig. Alles andere würde dem Regulierungsziel „Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs mit dem Zweck der maximalen Konsumentenrente“ zuwiderlaufen. Der relevante Punkt steckt allerdings im Detail. Der chancengleiche Wettbewerb bedeutet nicht, dass die Diensteanbieter derartige produktgenaue Vorleistungen quasi vorgefertigt erhalten müssen, dies liefe dem Wettbewerb tatsächlich zuwider, sondern, dass die Konditionen diskriminierungsfrei so zu gestalten sind, dass der Diensteanbieter auf der Dienste- und Produktebene die gleichen Chancen hat, selber derartige Produkte zu entwickeln und anzubieten. Ein gutes Beispiel dafür ist, dass mobilcom-debitel auf Basis der Vorleistungen, wenn auch nach einigen Verhandlungsrunden, eigenständig in der Lage war, den Tarif All-Net-Flat zu entwickeln und auf dem Markt anzubieten. Hier hat es nicht eines genau auf dieses Produkt zugeschnittenen, vorgefertigten Vorleistungsangebots bedurft, welches mobilcom-debitel auf die Rolle eines innovationslosen „Rebillers“⁴⁵ reduziert hätte.

Aktuell ist allerdings zu beklagen, dass neue Dienste wie LTE den Diensteanbietern entweder gar nicht oder nur mit deutlichem Zeitverzug bereitgestellt werden.⁴⁶ Diese Art der Diskriminierung ist sehr gefährlich für den Wettbewerb, da die Diensteanbieter, wenn sie von neuen, innovativen, technikbasierten Produkten ausgeschlossen werden, ihre wettbewerbliche Schlagkraft nur sehr eingeschränkt nutzen können. Dieses Verhalten der Netzbetreiber ist insbesondere im Hinblick auf die von der BNetzA geplante Beschränkung der Diensteanbieterverpflichtung auf die Frequenzreserve gefährlich. Eine Beschränkung auf die Frequenzreserve könnte die Netzbetreiber dazu veranlassen, Diensteanbieter unter dem Vorwand, dass Dienste gerade über andere Frequenzen realisiert werden, die nicht der Verpflichtung unterliegen, von attraktiven Vorleistungen auszuschließen. Damit können die Netzbetreiber auf einfache Art und Weise den Wettbewerb durch die Diensteanbieter auf dem Endkundenmarkt, bezogen auf diese Dienste, verhindern und damit die Wettbewerbsposition der Diensteanbieter erheblich schwächen. Grundsätzlich könnte man zwar davon ausgehen, dass die Frequenzreserve aus dem 900 MHz Bereich zusammen mit den übrigen Frequenzen technologieneutral genutzt werden. Dies ist technisch aber nicht zwingend. Bereits heute existieren Dienste und Endgeräte, die lediglich bestimmte Frequenzbänder (LTE) bedienen. Von diesen technisch häufig hochwertigen Diensten könnte Diensteanbieter dann ausgeschlossen

⁴² BVerwG 6 C 47.06, VG 1 K 4871/05, Ziffer 4.

⁴³ BVerwG 6 C 47.06, VG 1 K 4871/05, Ziffer 29.

⁴⁴ BVerwG 6 C 47.06, VG 1 K 4871/05, Ziffer 32.

⁴⁵ Vgl. zu dem Begriff „Rebiller“ Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 2.

⁴⁶ Information von mobilcom-debitel.

werden. Eine Begrenzung der Verpflichtung auf die Frequenzreserve könnte als Legitimation eines solches Vorgehen gewertet werden, auch wenn dies von der BNetzA – nach eigener Aussage - so nicht gewollt ist. Daher ist von dieser Begrenzung der Verpflichtung unbedingt abzusehen. Es sind alle neu zu vergebenden Frequenzen, soweit sie für den mobilen, drahtlosen Netzzugang nutzbar sind, mit der Diensteanbieterverpflichtung zu versehen. Dass dies sowohl rechtlich möglich, als auch ökonomisch geboten ist wird dieses Gutachten belegen.

Zwischenergebnis: Die Diensteanbieterverpflichtung ist geeignet, die Regulierungsziele gemäß § 1, § 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 zu erreichen, sie ist gemäß des Regulierungsgrundsatzes aus § 2 Abs. 3 Nr. 2 anzuwenden und wird dem Regulierungsgrundsatz gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 3 gerecht.

2.2.2 Förderung effizienter Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen (§ 2 Abs. 3, Nr. 4 TKG)

Dieser Regulierungsgrundsatz (Umsetzung des Art. 8 Abs. 5 d)) zielt zwar im Wesentlichen auf die neuen Hochgeschwindigkeitsnetze ab, ist aber nicht auf diese beschränkt. Kern des Grundsatzes ist die Förderung effizienter Investitionen und Innovationen.⁴⁷ Diese sollen sich im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen befinden.

Effiziente Investitionen

Grundsätzlich stellen effiziente Investitionen in idealerweise konkurrierende Infrastrukturen die Grundlage für die Entstehung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte dar. Bei einem funktionsfähigen Wettbewerb zwischen Infrastrukturen ist eine Zugangsregulierung überflüssig, da der Zugang zur Infrastruktur nicht mehr die Voraussetzung für die für Wettbewerb erforderlichen Markteintritte darstellt. Diese Markteintritte hat es bei dem nachhaltigen infrastrukturbasierten Wettbewerb bereits auf der Infrastrukturebene gegeben.

Bzgl. der Investitionsförderung hat die Behörde aber auch die Aufgabe, effiziente und ineffiziente Investitionen voneinander abzugrenzen.⁴⁸ Die hier gemeinte Effizienzdimension könnte in die Richtung einer dynamischen technischen Effizienz interpretiert werden, unter anderem weil der BNetzA ein Teil des Instrumentariums vorgegeben wird, mit dem sie Investitionen und Innovationen fördert. Dies umfasst unter anderem die gebührende Berücksichtigung des Risikos der investierenden Unternehmen sowie die Zulassung von Kooperationen zwischen den investierenden Unternehmen und den Wettbewerbern, die Zugang zu der Infrastruktur beanspruchen.⁴⁹ Es ist davon auszugehen, dass damit der Anreiz zur Investition in dynamischer Sicht verstärkt werden soll. Die technische Effizienz im Sinne der Bereitstellung eines Gutes zu den geringstmöglichen Kosten kommt u.a. über die Zulassung von Kooperationen sowohl zwischen den investierenden Infrastrukturbetreibern als auch zwischen den Infrastrukturbetreibern und den Zugangsbegehrenden zum Ausdruck. Die Zulassung von Kooperationen statt einer nur auf Zubau von neuen Infrastrukturen ausgerichteten Investitionsförderung kann neben der Risikoteilung auch im Sinne der Förderung von Infrastrukturen in der effizienten Anzahl verstanden werden. Damit haben die Spieler die Möglichkeit auf einem Markt, der durch im Verhältnis zur Nachfrage hohe Skaleneffekte gekennzeichnet ist, in diejenige

⁴⁷ Vgl. Cornils, Beck'scher TKG Kommentar 2013, 4.A., § 2, Rn. 50.

⁴⁸ Vgl. Cornils, Beck'scher TKG Kommentar 2013, 4.A., § 2, Rn. 50.

⁴⁹ Vgl. Begründung zu § 2 TKG, BT Drucksache 17/5707, S. 48.

Menge Infrastrukturen zu investieren, bei denen jeweils die mindestoptimale Betriebsgröße realisiert werden kann. Sie werden nicht zur Investitionen in ressourcenverschwendete Parallelinfrastrukturen gezwungen.

Innovationen

Bzgl. der Innovationen ist vor dem Hintergrund, dass es infrastrukturbasierte (Mobilfunknetzbetreiber) und nicht infrastrukturbasierte Wettbewerber (Mobilfunkdiensteanbieter) auf dem Mobilfunkmarkt gibt, zwischen Innovationen, die Mobilfunknetz- (infrastruktur-) basiert sind und Innovationen, die sich zwar im Bereich der Infrastruktur bewegen, aber keinen technischen Ansatz erfordern, zu unterscheiden. Die Diensteanbieterverpflichtung fördert Innovationen. Die Verpflichtung enthält das Recht, Mobilfunkdienste des Netzbetreibers in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu vertreiben.⁵⁰ Sie haben auch das Recht, Zusatzdienste im Rahmen der Lizenz zu entwickeln und ihren Teilnehmern anzubieten.⁵¹ Die Diensteanbieter haben einen starken Anreiz selber innovativ tätig zu sein mit dem Ziel, sich von den Netzbetreibern zu differenzieren. Diese Innovationen können bei der heutigen Interpretation der technischen Tiefe der Verpflichtung (fehlender Zugang zu Netzelementen) keine Mobilfunknetz- (infrastruktur-) basierten Neuerungen sein.⁵² Dies ist aber für die Vielfalt der Innovationen trotzdem förderlich. Je mehr Spieler es gibt und je pluraler die Geschäftsmodelle (z.B. vollintegrierter Mobilfunknetzbetreiber, der auch auf dem Endkundenmarkt tätig ist und netzunabhängige Diensteanbieter) sind, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass die unterschiedlichen Kostenstrukturen und die damit einhergehenden unterschiedlichen mikroökonomischen Verhaltensparameter zu einer Vielzahl von Innovationen mit unterschiedlichen Schwerpunkten führen.⁵³ Die modellimmanente Netz- und Technologieunabhängigkeit ist ein Alleinstellungsmerkmal der Diensteanbieter. Sie erlaubt es dem Diensteanbieter, frei zu entscheiden, mit welchen Partnern und auf Basis welcher Infrastruktur er arbeitet.⁵⁴ Da die Diensteanbieter keine Probleme bzgl. einer suboptimalen Auslastung einer sunk cost dominierten Netzinfrastruktur haben, können sie z.B. neue Dienste netzübergreifend vermarkten⁵⁵ und damit eine höhere Penetration und eine bessere Ausnutzung von Skaleneffekten erreichen. Dies kommt bei hinreichend ausgeprägtem Wettbewerb den Kunden in Form niedrigerer Preise zugute.

Die Innovationen der Diensteanbieter sind im Wesentlichen neue kundensegmentorientierte Produktformen. Sehr interessant sind dabei solche Tariffbündel, bei deren Entwicklung die Diensteanbieter ihre Stärken als netzunabhängige, kundenorientierte Anbieter ausspielen und sich

⁵⁰ Diese Tätigkeit wird gewöhnlich als Wiederverkauf bezeichnet. Zur Begrifflichkeit des Wiederverkaufs vgl. Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 1-3. Netzunabhängige Wiederverkäufer ohne Anspruch auf Netzzugang können die eingekaufte Leistung zwar nicht physisch, aber als Produkt aus Nachfragersicht verändern. In diesem Zusammenhang ist es üblich, den Anbieter nicht als Wiederverkäufer, sondern als Diensteanbieter zu bezeichnen. Auch können sie zusätzliche Leistungskomponenten hinzufügen.

⁵¹ Vgl. Ziffer 17.1 der D1, D2 und E1 Lizenzen.

⁵² Vgl. Berger-Kögler (2008), Die Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der Vergabe neuer Mobilfunkfrequenzen, K+R Nr. 6, 11.Jg., S. 346-351, S. 350.

⁵³ Diese Dimension sieht auch Neumann, der in diesem Zusammenhang von (optimaler) Arbeitsteilung spricht. Vgl. Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 13.

⁵⁴ Siehe zu mobilfunknetzunabhängigen innovativen Diensten der Diensteanbieter auch Gries, Neumann (2006), Bedeutung der Diensteanbieter für den Wettbewerb im Mobilfunk, WIK-Studie für den VATM und die Mobilfunkdiensteanbieter im VATM, Bad Honnef, 2006, S. 39ff.

⁵⁵ Vgl. Berger-Kögler (2008), Portel.de, Dschungelführer, S. 52-54.

deutlich, sowohl hinsichtlich der Tarifstruktur als auch hinsichtlich der Tarifföhe von den Netzbetreibern absetzen und bestehende Angebote, die zunächst auf nur einer Netzinfrastruktur angeboten wurde, den Endkunden in allen Netzen anbieten. An dieser Stelle werden exemplarisch einige Tarife erklärt⁵⁶, eine genaue Darstellung einschließlich der Wirkungen auf den Wettbewerb erfolgt in Abschnitt 2.3 (Wettbewerbsanalyse des Mobilfunkmarktes in Deutschland).

Im April 2009 sorgte mobilcom-debitel mit der Handy-Internet-Flat, die als Option zu allen Tarifen zum einheitlichen, günstigen Preis von 9,95 € zubuchbar war, für Markttransparenz und ermöglichte den Endkunden den Einstieg ins mobile Internet zu einem attraktiven Preis. Die Netzbetreiber hatten zu diesem Zeitpunkt noch kein vergleichbares, einheitliches Produkt angeboten. Bei ihnen waren nur unterschiedliche, tarifspezifische Optionen verfügbar. Aufgrund dieser Intransparenz wurden diese Angebote vom Endkunden dann auch nur wenig wahrgenommen.

Ab Oktober 2010 versorgte mobilcom-debitel den Markt mit der „Free-Welt“, einem Baukasten-Tarif, der in allen Netzen verfügbar war. Der Vorteil dieses Tarifs besteht in der Flexibilität für den Kunden, der sich auf seine Person und sein Nutzungsverhalten zugeschnittene Optionen modular zusammenstellen kann. Hier war zwar E-Plus mit „Mein Base“ der erste Anbieter eines solchen Baukastensystems, allerdings natürlich nur im E-Plus Netz. mobilcom-debitel hat hier als Innovationskatalysator fungiert, indem der Tarif in den D-Netzen und dem Netz von Telefónica adaptiert wurde und so auch die Kunden der anderen Netze von diesem System profitieren konnten. Zudem wurde den Kunden der Wechsel zwischen den angebotenen Netzen ermöglicht.

Ein weiteres, sehr eindrucksvolles Beispiel für eine Innovation seitens eines Diensteanbieters ist die im Juli 2010 vom Diensteanbieter 1&1 positionierte erste Allnet-Flat zu sehr attraktiven Preisen (29,90 € in den ersten 12 Monaten, danach 39,90 €). Dieses innovative, kundenfreundliche Angebot (vorher gab es nur einige Module in den Tarifen als Flatrate sowie auch Minutenbudgets, die die Kunden teilweise mangels ad hoc Transparenz überfordern) wurde ausschließlich online vermarktet. Zu diesem Zeitpunkt gab es kein vergleichbares Angebot der Netzbetreiber. Allerdings hatte Telefónica O2 von diesem innovativen Angebot eines Diensteanbieters gelernt und bot etwa drei Monate später im vierten Quartal 2010 den Tarif O2 Blue an, der allerdings keine komplette Flat Rate war. mobilcom debitel bot daraufhin im ersten Quartal 2011 nicht nur die Ausweitung dieser Tarifidee auf die D-Netze an, sondern lies auch die E-Netzkunden von den Tarifen Flat Clever und Flat Easy profitieren. Dieses Angebot wurde von den Kunden des größten Diensteanbieters, nicht zuletzt aufgrund der hohen vertrieblichen Schlagkraft, stark frequentiert⁵⁷. Weiter setzte mobilcom debitel zur gleichen Zeit der echten Allnet-Flat von 1&1 die eigenen Allnet-Tarife in allen Netzen entgegen. Diese Tarife werden auch am Point of Sale und nicht nur online, wie bei 1&1, verkauft. Vergleichbare Angebote der Netzbetreiber waren zum Zeitpunkt der Einführung um ein Vielfaches teurer.

Über diese beispielhaft aufgeführten Innovationen schließt sich der Argumentationskreis auch wieder zu § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, der mittels Wettbewerb den größtmöglichen Verbrauchernutzen hinsichtlich Auswahl, Preise und Qualität erbringen will. Die Flatrates von mobilcom-debitel haben mit in kürzester Zeit 500.000 verkauften Tarifen unzweifelhaft den Verbrauchernutzen hinsichtlich Preis und Auswahl gesteigert.⁵⁸ Die Mobilfunknetzbetreiber sind diesem Beispiel immer nur zögerlich

⁵⁶ Alle Angaben von mobilcom-debitel.

⁵⁷ In kürzester Zeit wurden 500.000 dieser Tarife verkauft. Angabe von mobilcom debitel.

⁵⁸ Alle Angaben von mobilcom-debitel.

gefolgt, was möglicherweise ohne den Katalysator Effekt der Vertriebskraft von mobilcom-debitel gar nicht geschehen wäre.

Trotz dieses erkennbaren wettbewerbsfördernden Effekts der Diensteanbieter gibt es die Meinung, dass Resale und somit auch die Diensteanbieterspflichtung zu Infrastrukturinvestitionen und Innovationen im Widerspruch steht.⁵⁹ Wenn jeder Anbieter an Investitionen und Innovationen Dritter partizipieren könnte, verlöre er jeden Anreiz, selbst tätig zu sein.⁶⁰ Die ökonomische Antwort auf diese These bezieht sich auf die Bestimmung der Vorleistungspreise. Werden die Vorleistungspreise so festgelegt, dass die Diensteanbieter die Netzleistungen mit solchen Abschlägen einkaufen können, die den für die Netzbetreiber vermeidbaren Kosten auf denjenigen Ebenen entsprechen, auf denen die Diensteanbieter tätig sind, werden die Netzbetreiber volkswirtschaftlich nicht belastet.⁶¹ Es entsteht eine gesamtwirtschaftlich optimale Arbeitsteilung.⁶² So argumentierte auch der frühere Präsident der Bundesnetzagentur und widerspricht damit der eingangs dargestellten Position. Das „Partizipieren“ werde monetär entgolten und der Netzbetreiber erleide bei ökonomisch richtigen Entgelten keinen Nachteil.⁶³ Grundsätzlich finden Netzinvestitionen statt, wenn das die Investition planende Unternehmen auf diese Weise Erträge erwirtschaften kann, die mindestens den langfristigen inkrementellen Kosten⁶⁴ entsprechen. An den Bestandteilen dieser Entscheidung ändert sich bei einer Resaleverpflichtung, im Rahmen derer Abschläge realisiert werden, die den vermeidbaren Kosten der relevanten Wertschöpfungsstufe entsprechen, nichts.⁶⁵ Somit verhält sich die Resaleverpflichtung unter diesen Umständen mindestens neutral hinsichtlich der Investitionsentscheidung. Geben die Diensteanbieter dem Gesamtmarkt einen Wachstumsimpuls, begünstigen sie sogar Investitionen, da sie die Auslastung des Netzes und damit die Realisierung von Skalenerträgen verbessern.⁶⁶

Weitere positive Effekte des Resales auf die Investitionstätigkeit können darin bestehen, dass die Diensteanbieter über die Entgelte für abgenommene Minuten die Netzkapazitäten indirekt mitbezahlen und damit das Investitionsrisiko sowie die in Form von sunk costs bestehenden Marktzutrittsbarrieren auf der Netzebene mindern.

Zu diesem Aspekt könnte eingewandt werden, dass die Netzbetreiber selber an einer Zusammenarbeit mit einem Diensteanbieter insbesondere bzgl. der Senkung des Investitionsrisikos interessiert seien und es deshalb keiner entsprechenden Verpflichtung bedürfe. Eine selektive, freiwillige Zusammenarbeit ist natürlich nicht auszuschließen. Allerdings wird der Netzbetreiber ohne

⁵⁹ Vgl. Berger-Kögler (2008), Die Diensteanbieterspflichtung im Rahmen der Vergabe neuer Mobilfunkfrequenzen, K+R Nr. 6, 11.Jg., S. 346-351, S. 349-350.

⁶⁰ Vgl. Schmidt, Rommel (2002), Regulierung zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb, MMR Heft 4, S. 225-230, S. 228.

⁶¹ Vgl. zu der Avoidable Cost Pricing Rule, die auch Produktionsineffizienzen und Excess Profits Rechnung trägt, Kaserman, Mayo (1997), An efficient avoided cost pricing rule for resale of local exchange telephone services, Journal of Regulatory Economics, 1997, Vol. 11, S. S. 91-107.

⁶² Vgl. Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 13, 63.

⁶³ Vgl. Kurth (2001), Rolle und Funktion des Resale für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, MMR Heft 10, S. 653-659, S. 657.

⁶⁴ Die langfristigen inkrementellen Kosten sind diejenigen Kosten, die dem Unternehmen entstehen, wenn der Output eines Gutes oder Dienstes um eine bestimmte Einheit (Inkrement) vergrößert wird.

⁶⁵ Vgl. Beard, Kaserman, Mayo (1998), Telecommunications Policy (1998), Vol. 22, S. 318; Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 18-19.

⁶⁶ Vgl. Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 18-19. Eine Erläuterung, warum regulatorischer Handlungsbedarf trotz zum Teil vorliegender Vorteile des Resale für Diensteanbieter und Netzbetreiber besteht, findet sich ebenda, S. 51 ff.

Diensteanbieterverpflichtung aufgrund der dem marktwirtschaftlichen System immanenten Gewinnmaximierungsabsicht diese Zusammenarbeit immer gemäß seines Gewinnmaximierungsziels steuern und verhindern, dass der Diensteanbieter zu einer eigenständigen, chancengleichen und damit für ihn gefährlichen Konkurrenz wird. Er hat kein Interesse an einer wettbewerbsfördernden Zusammenarbeit mit einem Diensteanbieter. Daher ist die Diensteanbieterverpflichtung mit sanktionierbarem Diskriminierungsverbot zwingend erforderlich, wenn die Regulierungsziele erfüllt werden sollen.

Die Diensteanbieter haben grundsätzlich den Anreiz, die „Ladder of Investment“ zu erklimmen, um unabhängiger vom Vorleistungslieferanten zu werden.⁶⁷ Letzterer Ansatz kann allerdings nur dann funktionieren, wenn der Markt strukturell den Aufbau neuer Netze zulässt, was im Mobilfunkmarkt nicht der Fall ist (Siehe Ausführungen auf Seite 9f.).

Zwischenergebnis: Die Diensteanbieterverpflichtung fördert Innovationen und effiziente Investitionen bei ökonomisch adäquater Vorleistungspreissetzung. Sie setzt damit den Regulierungsgrundsatz gemäß § 2 Abs.3 Nr. 4 TKG um.

2.2.3 Sicherstellung einer effizienten Nutzung von Frequenzen (§ 2 Abs. 2, Nr. 7, Umsetzung von Art. 8 Abs. 2 c) RahmenRL, § 60 Abs. 2 Alternative 1 TKG)

In diesem Zusammenhang ist vorab klarzustellen, dass der Effizienzbegriff nicht auf die Technologieebene beschränkt ist. Der ökonomische Inhalt des Begriffs bezieht sich hier auf die allokativen und technischen Effizienz.⁶⁸ Zur technischen Effizienz wurde bereits ausgeführt, dass auf dem Mobilfunkmarkt aufgrund der ausgeprägten Skaleneffekte nur eine sehr geringe Anzahl Netzbetreiber Platz hat, wenn die Skaleneffekte realisiert und damit zu den geringstmöglichen Stückkosten produziert werden soll. Für die allokativen Effizienz ist eine ausreichende Zahl Wettbewerber erforderlich, um die wohlfahrtsmaximierenden Preise und Mengen zu realisieren. Die Diensteanbieter als unabhängige Spieler, die nicht-diskriminierende Konditionen genießen, fördern in idealer Weise beide Effizienzkriterien: ihr wettbewerbsförderndes Handeln unterstützt die allokativen und qualitative Effizienz durch den preissenkenden Wettbewerb und das Angebot Nutzerpräferenz-adäquater Produkte. Die Tatsache, dass sie keine parallele, ressourcenverschwendende Infrastruktur benötigen, lässt die technische Effizienz weniger Netze bestehen.

Zwischenergebnis: Die Diensteanbieterverpflichtung trägt wesentlich zur Erfüllung des Regulierungsziels gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 7 TKG und zur Sicherung einer effizienten Nutzung der Frequenzen gemäß § 60 Abs. 2 TKG bei.

2.3 Wettbewerbsanalyse des Mobilfunkmarktes in Deutschland

Die folgende Analyse hat das Ziel, Aussagen über Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf dem deutschen Mobilfunkmarkt im Hinblick auf das Erreichen der drei Subkriterien der Effizienz zu treffen. Es geht an dieser Stelle nicht darum, eine marktbeherrschende Stellung eines oder zweier

⁶⁷ Vgl. Neumann (2002), Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, wik Diskussionsbeiträge, Nr. 230, Bad Honnef, S. 13, 15.

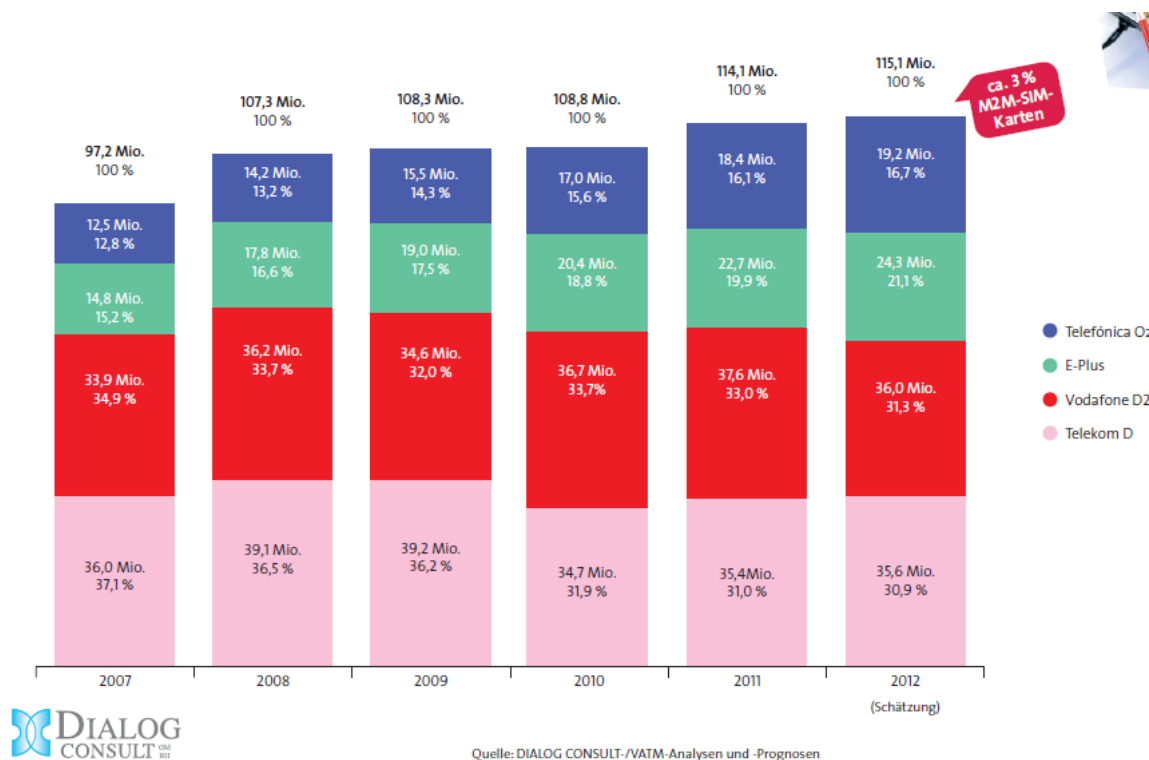
⁶⁸ Zur Erläuterung, dass mit effizienter Frequenznutzung sowohl die technologische als auch die ökonomische Effizienz gemeint ist, siehe Koenig, Koch (2002), Die Resale-Verpflichtung von Mobilfunknetzbetreibern nach dem neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen, MMR 2002, Heft 7, S. 439-445.

Spieler nachzuweisen. Dies ist bzgl. der zu beantwortenden Fragestellung aber auch nicht erforderlich.⁶⁹

2.3.1 Anzahl der Anbieter, Marktanteile, Konzentration

Auf dem deutschen Mobilfunkmarkt agieren derzeit neben den vier Netzbetreibern Telekom Deutschland (Mobilfunkbereich) (DT MD), Vodafone (VD2), E-Plus und Telefónica O2 im Wesentlichen drei unabhängige Mobilfunkdiensteanbieter, freenet, United Internet und Drillisch.⁷⁰ Die Marktanteile werden im Folgenden zum einen in SIM-Kartenanteilen und zum anderen in Mobilfunkumsatzanteilen gemessen.⁷¹ Die am Markt tätigen Zweitmarken der Netzbetreiber, wie blau, Congstar, Alditalk, Simyo, Yourphone, Fonice, otelo, als auch die Zweitmarken der Diensteanbieter wie klarmobil und Callmobile bleiben hier unberücksichtigt und sind ihrem jeweiligen Mutterunternehmen zugeordnet.

Abb. 1 Zahl der aktivierten SIM-Karten am Jahresende nach Mobilfunknetzbetreibern⁷²



⁶⁹ Auch der Regulierungsgrundsatz gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 6 muss hier nicht geprüft werden, da die Verpflichtungen nach Anhang B Nr. 7 GenehmigungsRL keine regulatorische Vorabverpflichtung nach § 2 Abs. 3 Nr. 6 bzw. Art. 8 Abs. 5 lit. F) RahmenRL sind (siehe CI und CII 2 des juristischen Gutachtens).

⁷⁰ Letztere werden in den Übersicht zu den Marktanteilen gemäß der Mobilfunkumsätze zusammengefasst. Der Grund dafür ist eine bessere Übersichtlichkeit über die Marktkräfte. Die Diensteanbieter bei dem heutigen regulatorischen Umfeld zwar in der Lage als eigenständige Wettbewerber aufzutreten, jedoch sind sie aufgrund ihrer Vorleistungsabhängigkeit von den Netzbetreibern teilweise in der Aggressivität ihres Vorgehens eingeschränkt.

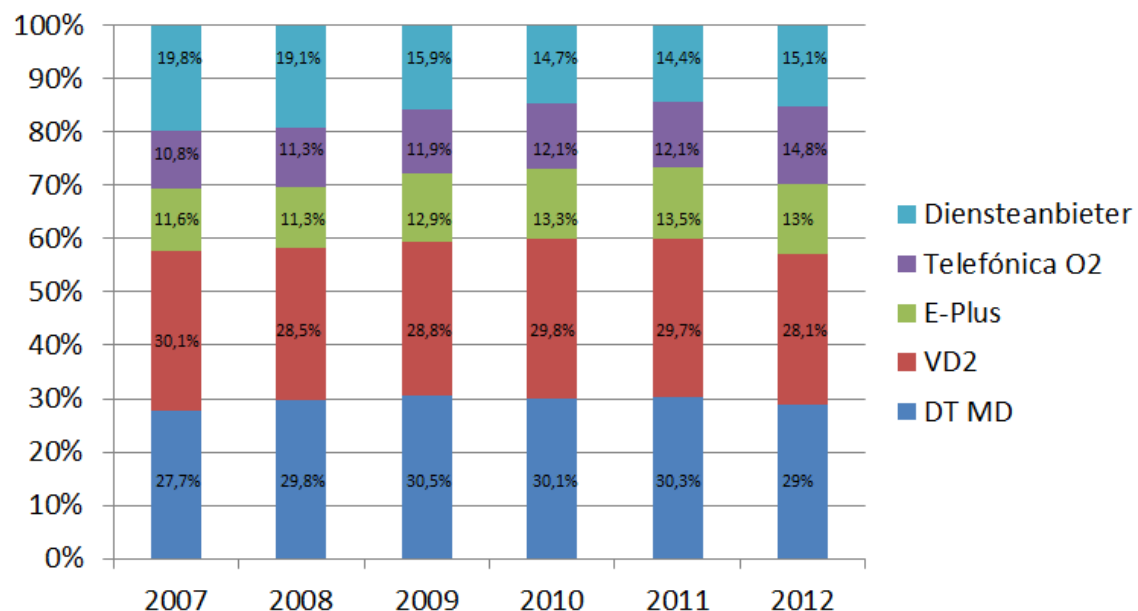
⁷¹ Gerpott (2010), Wettbewerbs- und Regulierungsimplicationen der 900 MHz-Frequenzausstattung von Mobilfunknetzbetreibern in Deutschland, Duisburg, <http://de.scribd.com/doc/39728505/Prof-Dr-Gerpott-Wettbewerbs-und-Regulierungsimplicationen-der-900-MHz-Frequenzausstattung-von-Mobilfunknetzbetreibern-in-Deutschland>, S. III.

⁷² Dialog Consult / VATM, 14. TK-Marktanalyse, Deutschland 2012, <http://www.vatm.de/uploads/media/tk-marktstudie-2012.pdf>, S. 20.

Die Marktanteile in SIM-Karten⁷³ von DT MD und VD2 zusammen überschreiten in der Zeit von 2007 bis 2012 konstant 60%. E-Plus und Telefónica O2 konnten ihren gemeinsamen Marktanteil in dieser Zeit um 9,8 Prozentpunkte auf 37,8% ausbauen. Dies entspricht einem Anstieg von durchschnittlich 1,96 Prozentpunkten pro Jahr. Von 2007 bis 2010 vergrößerten E-Plus und Telefónica O2 ihren gemeinsamen Marktanteil um 6,4 Prozentpunkte, d.h. jährlich durchschnittlich um 2,13 Prozentpunkte. Das zeigt, dass die Zuwachsraten nach 2010 wieder sinken. Es liegt trotz 19 (E-Plus) bzw. 15 Jahren (Telefónica O2, früher Viag Interkom) Jahren Marktstätigkeit der E-Netzbetreiber immer noch ein Marktanteilsabstand von über 20 Prozentpunkten zwischen den D- und den E-Netzen.

Allerdings zeigen die SIM-Karten basierten Marktanteile sogar ein für die E-Netze zu günstiges Bild. Für eine nachhaltige Wettbewerbsposition ist das werthaltige Erwirtschaften von Umsatz, aus dem sich ein Gewinn ergibt, erforderlich. Kunden, die entweder geringe oder gar keine Umsätze machen, führen nicht dazu, dass eine Wettbewerbsposition gehalten oder ausgebaut wird. Die Betrachtung der Mobilfunkumsätze zeigt zwar die gleiche Tendenz wie die Marktanteile nach SIM-Karten, nämlich steigende Marktanteile der E-Netze, allerdings in geringerem Umfang. Diese Betrachtung enthält auch die Diensteanbieter, was eine genauere Betrachtung erlaubt. Von 2007 bis 2012 haben die E-Netze ihren Marktanteil um 5,4 Prozentpunkte gesteigert, also jährlich durchschnittlich um 1,08 Prozentpunkte. Die D-Netze verloren unter Berücksichtigung der Diensteanbieter von 2007 bis 2012 nur 0,7%, jährlich durchschnittlich 0,14 Prozentpunkte.

Abb. 2 Mobilfunkumsätze nach Netzbetreibern und Diensteanbietern in Prozent



Eigene Darstellung auf der Datengrundlage Dialog Consult/VATM-Analyse Telekommunikationsmarkt Deutschland, (9.-14. Marktanalyse, 2007-2012)

Der geringe Verlust der Marktanteile der D-Netze bei dieser Betrachtung mag darauf zurückzuführen sein, dass die Diensteanbieter das wechselwillige E- und D-Netz Klientel, das i.d.R. den Low Users zuzuordnen ist, akquiriert hatten, welches im Lauf der Zeit zu den E-Netzbetreibern gewechselt ist. Es lassen sich folgende Beobachtungen und folgende Arbeitshypothese ableiten:

⁷³ Die verfügbare Datenlage berücksichtigt die bei Diensteanbietern aktivierten SIM-Karten nicht.

1. Beobachtung: Die Marktanteile der beiden D-Netze, bezogen auf die Umsätze der Kunden, die bei den Netzbetreibern gepflegt werden, sind im Zeitablauf nahezu stabil.
2. Beobachtung: Gerade bei dieser Betrachtung zeigt sich, dass die E-Netze nicht in der Lage sind, ihre Marktanteile signifikant zulasten der D-Netze zu erhöhen. Dies ist sogar von der Wettbewerbsstrategie der E-Netze unabhängig. Weder die Strategie der innovativen Netztechnik von Telefónica O2 noch die Low-Cost-Strategie von E-Plus hatte durchschlagenden Erfolg.
3. Arbeitshypothese: Der Wettbewerb durch die Diensteanbieter, der immerhin die Marktanteile der D-Netzbetreiber unter die Aufgreifschwelle des Tatbestands der gemeinsamen Marktbeherrschung drückt, ist aufgrund zweier Sachverhalte geschwächt:
 - a. Das Teilnehmerzahl-bezogene Wachstum des gesamten Mobilfunkmarktes ist erheblich geringer als zu Beginn der Betrachtung (2007)⁷⁴. 2007 betrug der Marktanteil der Diensteanbieter 19,8% statt 15,1% in 2012.
 - b. Die Vorleistungskonditionen sind teilweise diskriminierend, so dass die Diensteanbieter nicht so aggressiv als Wettbewerber auftreten können, wie es ihrem Potenzial entspricht.
4. Beobachtung: Auf jeden Fall aber haben die Diensteanbieter auf der Endkundenebene gemeinsam mehr Gewicht ein jeweils ein E-Netzbetreiber. Das zeigt den wichtigen, aber natürlich noch ausbaufähigen Beitrag der Diensteanbieter zum Wettbewerb. Hervorzuheben ist, gerade auch für weitere regulatorische Schlussfolgerungen, dass sie diesen Beitrag leisten, ohne zusätzliche Parallel-Infrastrukturen zu schaffen.

Konzentrationsmaß Hirschman-Herfindahl-Index (HHI)

Der HHI-Wert⁷⁵ für die Marktanteile der Netzbetreiber und der Diensteanbieter (diese wieder zusammengefasst) bezogen auf die Mobilfunkumsätze hat sich zwischen 2009 und 2012 von 2.315,3 auf 2.246,7 verringert. Bezogen auf die Marktanteile der Netzbetreiber an den SIM-Karten verringerte sich der Wert von 2.989,2 in 2009 auf 2.658,6 in 2012. Deutlich ist, dass die Konzentration des Marktes abgenommen hat. Allerdings bedarf es auch hier wieder eines genaueren Blicks. Hat sich der HHI bei dem für die Aussagekraft über die Wettbewerbsintensität unbedeutenderen Marktanteil an den SIM-Karten um 11% gesenkt und liegt er nur 6% von einer Gleichverteilung der Marktanteile entfernt, ist das Bild bei dem relevanteren Marktanteil an den Umsätzen weniger positiv. Hier hat sich der HHI nur um 3% verringert und er liegt noch 11% von der

⁷⁴ Das Wachstum des Mobilfunkmarktes nach Teilnehmerzahlen betrug von 2002 bis 2006 jährlich zwischen 8% bis 11%, von 2006 bis 2008 zwischen 10% und 13%, danach schwächte sich das Wachstum ab, zwischen 2008 und 2009 betrug es nur 0,9%, zwischen 2009 und 2010 waren die Zahlen nahezu gleich, zwischen 2010 und 2011 erfolgte noch einmal ein Anstieg um 4,8%, zwischen 2011 und 2012 sankt die Zahl geringfügig. Zwar kann dies auch am Ausbuchen inaktiver Karten gelegen haben, die Tendenz zu einem abgeschwächten Wachstum ist aber dennoch deutlich. Zu den den Prozentzahlen zugrundeliegenden Zahlen siehe Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2012, S. 78,

http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2013/Jahresbericht2012.pdf?__blob=publicationFile

⁷⁵ Der HHI misst die Konzentration eines Marktes als Summe der quadrierten Marktanteileswerte, hier multipliziert mit 10.000. Ein HHI von 10.000 tritt beim Monopol auf. Der niedrigste Wert des HHI beträgt (1/Anzahl der Unternehmen im Markt). Dieser Wert ergibt sich, wenn alle Unternehmen den gleichen Marktanteil haben. Für die Betrachtung der Marktanteile der Netzbetreiber an den SIM-Karten ist dies entsprechend ein HHI von 2.500 und für die Betrachtung der Marktanteile der Netzbetreiber und Diensteanbieter an den Mobilfunkumsätzen ist dies ein HHI von 2.000.

Gleichverteilung der Marktanteile entfernt. Dies bestätigt die bereits getätigte Beobachtung, dass die Wettbewerbsvorstöße der E-Netzbetreiber die D-Netzbetreiber nicht wesentlich beeinflussen.

Des Weiteren darf die Aussagekraft eines Konzentrationsmaßes nicht überbewertet werden. Für belastbare Aussagen zur Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist es unerlässlich auch die spezifischen Marktcharakteristika zu analysieren.⁷⁶

2.3.2 Innenwettbewerb zwischen DT MD und VD2

Um die Wirksamkeit der Marktkräfte genauer zu untersuchen, wird zunächst der Innenwettbewerb zwischen den sehr symmetrischen Netzbetreibern DT MD und VD2⁷⁷ mit den höchsten Marktanteilen betrachtet.

Marktanteile: Der Wettbewerb zwischen den beiden D-Netzbetreibern erscheint bezogen auf die Marktanteile gemäß Mobilfunkumsätzen unter Einbeziehung der Diensteanbieter nicht sehr ausgeprägt. Zwischen den Marktanteilen von DT MD und VD2 lagen in den Jahren zwischen 2007 und 2012 Marktanteilsabstände von 2,4 Prozentpunkten in 2007, 1,3 Prozentpunkten in 2008, 1,7 Prozentpunkten in 2009, 0,3 Prozentpunkten in 2010, 0,6 Prozentpunkten in 2011 und 0,9 Prozentpunkten in 2012.⁷⁸ Ein ähnliches Bild liefert die Betrachtung der Marktanteile anhand der aktivierten SIM-Karten. Hier liegen zwischen den Marktanteilen zwischen 2007 und 2012 Marktanteilsabstände von 2,2 Prozentpunkten in 2007, 2,8 Prozentpunkten in 2008, 4,2 Prozentpunkten in 2009, 1,8 Prozentpunkten in 2010, 2 Prozentpunkten in 2011 und 0,4 Prozentpunkten in 2012.

Produkteigenschaften; Markttransparenz und Elastizitäten der Preisabsatzfunktionen:

Grundsätzlich führen homogene Produkte und eine hohe vertikale Markttransparenz⁷⁹ zu einer hohen Preiselastizität der Preisabsatzfunktionen der einzelnen Unternehmen. Sind die Produkte austauschbar und kann der Nachfrager dies und die Preisunterschiede erkennen, wird er bereit sein, zu einem günstigeren Anbieter zu wechseln. Das macht eine Preisunterbietungsstrategie grundsätzlich erfolgreich, da der erwünschte Mengeneffekt eintritt. Trotz der Vielzahl von Tarifen kann auf dem deutschen Mobilfunkmarkt von einer hohen vertikalen Markttransparenz für einen verständigen Kunden ausgegangen werden. Bzgl. der Homogenität der Produkte „Mobilfunkdienstleistungen“ ist auf die Qualität der Netze einzugehen. Seit 2005 dominieren DT MD und VD2 den Connect Netztest, mit einer Ausnahme im Jahr 2010, hier hatte Telefónica O2 nach hohen Investitionen Platz 2 vor Vodafone (3. Platz) hinter DTMD (Platz 1) eingenommen, diesen aber in 2011 wieder aufgeben müssen.⁸⁰ 2012 ergab der Chip Online Netztest einen Vorsprung von DT MD (Platz 1) gegenüber Vodafone (Platz 2). Telefónica O2 erreichte Platz 3, allerdings mit schlechten Noten für den mobilen Datenzugang. In allen Bereichen abgeschlagen erhielt E-Plus Platz 4.⁸¹ Die

⁷⁶ Hunold, Laitenberger, Licht, Nikogosian, Stenzel, Ullrich, Wolf (2011), Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung (ZEW) GmbH, Mannheim, Modernisierung der Konzentrationsberichterstattung, Endbericht Gutachten für das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), S. 3.

⁷⁷ Siehe dazu auch Bundeskartellamt Az B 7 - 16/07, Ziffer 143.

⁷⁸ Siehe Abbildung 2.

⁷⁹ Transparenz zwischen Anbieter und Nachfrager, siehe z.B. Hahn (2001), Oligopolistische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle, Berlin, S. 232.

⁸⁰ <http://www.connect.de/ratgeber/der-netztest-in-der-historie-1432234.html>, 28.09.12

⁸¹ Bei Vodafone wurden allerdings hohe Fehlerraten bei der Telefonie kritisiert. Vgl. CHIP Online Netztest 2012, http://www.chip.de/artikel/Der-haerteste-Handy-Netztest-aller-Zeiten_57281029.html, 28.09.13.

gleiche Reihenfolge ergab der connect Netztest 2012.⁸² Es lässt sich zusammenfassen, dass die D-Netze hinsichtlich des Ausbaugrads und der Leistungsfähigkeit bzgl. des Datenverkehrs ähnlich und von hoher Qualität sind. Auch profitieren sie laut connect von ihrem guten Ruf bei den Kunden.⁸³ Somit kann davon ausgegangen werden, dass die D-Netze untereinander als relativ homogen und zu den E-Netzen als heterogen betrachtet werden (Heterogenitätsthese). Heterogene Produkte schränken die Wechselbereitschaft der D-Netzkunden zu den E-Netzen erheblich ein. Ein Wechsel innerhalb der D-Netze wäre wegen der Homogenität und der vertikalen Markttransparenz wahrscheinlicher. Die Heterogenitätsthese und die netzbezogenen Wanderungen der wechselnden Kunden werden durch folgende Daten von mobilcom-debitel eindrucksvoll empirisch belegt. Betrachtet werden diejenigen Post-Paid-Kunden, die von mobilcom-debitel abgehen und die Nummernportabilität (MNP) nutzen.⁸⁴ 67,70% der von mobilcom-debitel abgehenden MNP-Kunden, die dort das D1-Netz genutzt haben, wählten eines der beiden D-Netze. Nur 32,30% dieser Kunden machten von E-Netzangeboten Gebrauch. Ähnlich sieht es bei denjenigen MNP-Kunden aus, die bei mobilcom-debitel das D2-Netz genutzt haben. Für 65,30% dieser Kunden war eines der beiden D-Netze attraktiver. In eines der E-Netze wechselten nur 34,70%.

Zwar erscheint ein Wettbewerbsverstoß mit dem Ziel der Vergrößerung des Marktanteils eines Marktteilnehmers bei hoher horizontaler Markttransparenz⁸⁵ erfolgversprechend, aber er kann sofort vom anderen Spieler entdeckt werden. Dieser kann wiederum mit der gleichen Maßnahme reagieren, so dass ein ausgeprägter Preiswettbewerb schlussendlich keine Veränderungen der Marktanteile zur Folge hätte, sondern nur ein niedrigeres Preisniveau. Eine Marktanteilsvergrößerung durch die Akquisition neuer Teilnehmer, die zuvor keine Mobilfunkdienste genutzt haben, also bezogen auf die Anzahl der SIM-Karten, ist aufgrund der hohen Penetrationsrate nicht zu erwarten.⁸⁶

Natürlich könnte eingewendet werden, dass wir genau diese Folge eines ausgeprägten Preiswettbewerbs in Form der wenig veränderten Marktanteile von DT MD und VD2 und der sinkenden Preise⁸⁷ in Deutschland sehen. Dagegen spricht aber, dass DT MD und VD2 in Deutschland mehr als das Doppelte (für eine wesentlich geringere Bandbreite⁸⁸) für bestimmte, als „Smartphone Baskets“ bezeichnete, Tarifkörbe (zum Inhalt dieser Tarifkörbe siehe Abbildung 3) verlangen als in UK, wo die Wettbewerbsintensität aufgrund eines wirklich unabhängigen Spielers erheblich höher

⁸² Connect Netztest 2012, http://www.chip.de/artikel/Der-haerteste-Handy-Netztest-aller-Zeiten_57281029.html, 28.09.13

⁸³ Connect Netztest 2012, http://www.chip.de/artikel/Der-haerteste-Handy-Netztest-aller-Zeiten_57281029.html, 28.09.13

⁸⁴ Aufgrund der Größe von mobilcom-debitel können diese Kundenbewegungen als repräsentativ angesehen werden. Die Aufstellung legt die aufnehmenden Netze zugrunde, d.h. es werden unabhängig vom Anbieter (Diensteanbieter und jeweiliger Netzbetreiber) alle Bewegungen in die verschiedenen Netze erfasst. Angaben von mobilcom-debitel.

⁸⁵ Horizontale Markttransparenz bezeichnet die Markttransparenz zwischen Spielern auf einer Ebene, hier also die Markttransparenz zwischen den Netzbetreibern. Siehe z.B. Hahn (2001), Oligopolistische Marktbeherrschung in der Europäischen Fusionskontrolle, Berlin, S. 232.

⁸⁶ In 2012 betrug die Penetrationsrate 138%, auch werden die Veränderungen der absoluten Teilnehmerzahlen immer geringer, vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2012, http://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2013/Jahresbericht2012.pdf?__blob=publicationFile, S. 78.

⁸⁷ Zur sinkenden Preisentwicklung siehe nächster Abschnitt.

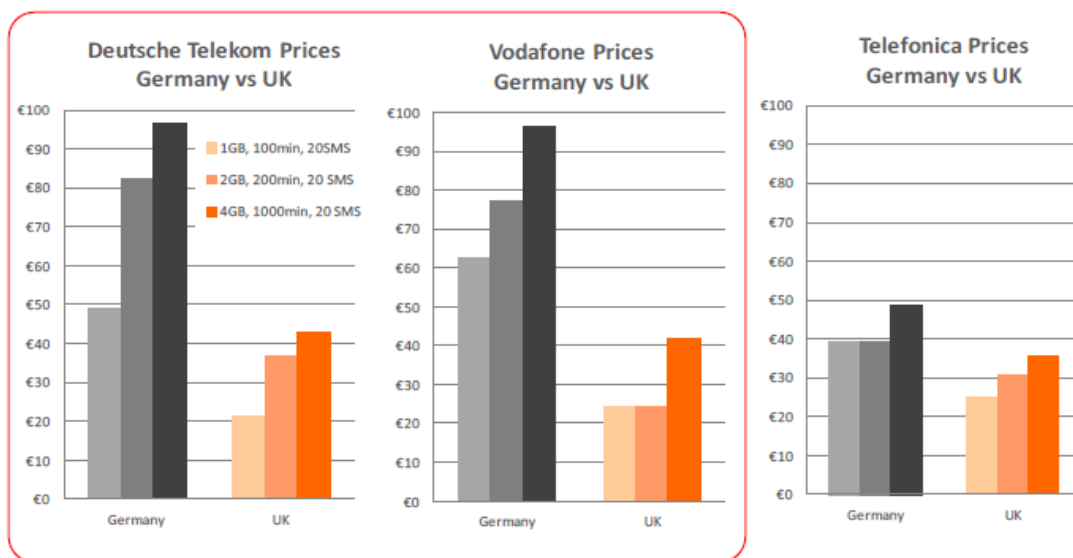
⁸⁸ Siehe dazu Rewheel Analysis, EU27 mobile data cost competitiveness report – May 2013, http://www.rewheel.fi/downloads/Rewheel_EU27_mobile_data_cost_competitiveness_report_May_2013_FINA_L.pdf, S. 55.

ist.⁸⁹ Dass das unterschiedliche Preisniveau nicht im Kern das Ergebnis verschiedener Rahmenbedingungen in den beiden Ländern ist, zeigt der Vergleich mit Telefónica O2, deren Preisunterschied zwischen den beiden Ländern wesentlich geringer ist (Abbildung 3). Diese Tatsache, verbunden mit den nahezu unveränderten Marktanteilen der D-Netzbetreiber bezogen auf die Mobilfunkumsätze inklusive Diensteanbieter spricht dafür, dass der offensichtliche Preiswettbewerb seitens der E-Netze nur in sehr beschränktem Umfang disziplinierende Auswirkungen auf die D-Netzbetreiber hat.

Abb. 3 Vergleich der Preise der Smartphone Tarifkörbe in UK und Deutschland

Exhibit 46 Smartphone basket prices of Deutsche Telekom, Vodafone and Telefonica in Germany vs UK

UK



Source: Rewheel analysis

Quelle: Rewheel Analysis, EU27 mobile data cost competitiveness report – May 2013, S. 54.

Preisentwicklung: Unumstritten ist, dass die Mobilfunkpreise in Deutschland sinken. Sie sinken auch stärker als die Festnetzpreise.⁹⁰ Den Trend sinkender Mobilfunkpreise zeigt auch der BITKOM auf. Während die Anzahl der abgehenden Mobilfunksprachminuten von 70 Mrd Minuten in 2007 auf geschätzt 113 Minuten in 2012 anstieg, sankt der Umsatz mit mobilen Sprachdiensten von 2011 von 13,3 Mrd € auf geschätzt 11,9 Mrd. € in 2013.⁹¹ Diese Aussagen greifen allerdings zu kurz, wenn daraus ein Bezug zur Wettbewerbsintensität hergestellt werden soll, da sinkende Preise keinen Hinweis über das bei hinreichendem Wettbewerb mögliche Preissenkungspotenzial geben. In diesem

⁸⁹ Siehe dazu Rewheel Analysis, EU27 mobile data cost competitiveness report – May 2013, http://www.rewheel.fi/downloads/Rewheel_EU27_mobile_data_cost_competitiveness_report_May_2013_FINA_L.pdf, S. 58 und Abbildung 3 in dieser Analyse.

⁹⁰ https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/Preise/Verbraucherpreisindizes/Tabellen/Telekommunikationspreise.html?cms_gtp=146542_slot%253D2%2526146546_list%253D1%2526146544_list%253D2&https=1, 28.10.13

⁹¹ BITKOM Präsentation zur Pressekonferenz 14.02.13, http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Pressekonferenz_Mobile_Kommunikation_Praesentation_14_02_2013.pdf, Chart 9.

Zusammenhang können länderbezogene Mobilfunkpreisvergleiche hilfreicher sein.⁹² Hier werden die Untersuchungen von Rewheel⁹³ und der ComReg⁹⁴ betrachtet. Im Rahmen dieser Analyse wird nur auf eine allgemeine Tendenz hingewiesen. Eine umfangreiche Betrachtung der Berechnungen der verschiedenen Organisationen⁹⁵ und der Rahmenbedingungen in den verschiedenen Ländern mit dem Ziel einer präzisen Vergleichbarkeit der Preise, die für genaue Aussagen erforderlich wäre, würde den Rahmen dieser Analyse sprengen. Die allgemeine Tendenz allerdings ist bei beiden Untersuchungen gleich. Im Rahmen von Ländervergleichen bezogen auf den Post-Paid-Bereich, der strukturell die Medium und High User enthält, liegt Deutschland auch im Jahr 2013 am oberen Ende der nach Preisen geordneten Länder.⁹⁶ Demgegenüber liegt Deutschland im Pre-Paid-Bereich sogar unter dem Durchschnitt der 22 betrachteten Länder.⁹⁷ Dies untermauert die These, die zuvor aus der Betrachtung der Marktanteile folgte. Die E-Netze können mit ihren wettbewerblichen Vorstößen die wechselwilligen Wenignutzer erreichen und damit im Pre-Paid-Bereich, in dem diese Kunden häufig anzutreffen sind, auch preissenkende Effekte erzielen. Darum steht Deutschland im Pre-Paid-Bereich im Ländervergleich besser da. Im Post-Paid - Bereich allerdings verfangen die Wettbewerbsvorstöße der E-Netze nicht, hier wird auf die Heterogenitätsthese verwiesen. Im Post-Paid-Bereich dominieren die D-Netze, deren Marktanteile unwesentlich gesunken sind. Der geringe Innenwettbewerb zwischen den D-Netzen führt zu einem beständig hohen Preisniveau im Ländervergleich. Der Vergleich mit dem Pre-Paid-Bereich ist nicht nur wegen der Heterogenitätsthese interessant, er zeigt auch, dass die hohen Mobilfunkpreise in Deutschland nicht nur das Ergebnis anderer Rahmenbedingungen sein können, sondern dass sie tatsächlich auf einen unzureichenden Innenwettbewerb der D-Netze zurückzuführen sind.

Anteil fixer, versunkener Kosten: Der Anteil der fixen, versunkenen Kosten eines Mobilfunknetzbetreibers ist hoch. Grundsätzlich haben die Unternehmen daher einen Anreiz, Kostendegressionseffekte über zusätzliche Nutzung zu generieren. Dies spricht c.p. für eine höhere Wettbewerbsintensität.⁹⁸ Allerdings zeigt der Tarifvergleich (Abbildung 3), dass DT MD und VD2 offensichtlich aufgrund der Realisierung anderer Vorteile das Preissenkungspotenzial ungenutzt lassen. Dies spricht für eine nur untergeordnete Bedeutung dieses Faktors für diese beiden Spieler. Das gilt allerdings nicht für die E-Netze, die aufgrund ihrer geringen Marktanteile Wettbewerbsvorstöße (mit dem aufgezeigten, begrenzten Erfolg) tätigen.

⁹² Natürlich sind Ländervergleiche nicht unproblematisch, vgl. zur Problematik von Vergleichsmärkten Berger-Kögler, Cornils (2013), Beck'scher TKG Kommentar 4. A., § 35, Rn. 29 und Geppert, Berger-Kögler (2013), Beck'scher TKG Kommentar, 4.A., § 38, Rn. 54ff.

⁹³

http://www.rewheel.fi/downloads/Rewheel_EU27_mobile_data_cost_competitiveness_report_May_2013_FINAL.pdf

⁹⁴ http://www.comreg.ie/_fileupload/publications/ComReg1387.pdf

⁹⁵ z.B. welche Anbieter ausgewählt werden (die von der ComReg verwendeten Tarifkörbe der OECD basieren z.B. auf den Preisen der zwei größten Netzbetreiber, nur falls diese Netzbetreiber weniger als 50% der Teilnehmer abdecken, werden andere Netzbetreiber einbezogen. Somit enthalten die Ergebnisse der OECD i.d.R. die niedrigsten Preise der beiden größten Betreiber, die natürlich nicht zwingend die niedrigsten Preise im Markt sind). Vgl. ComReg, (2013), S. 65. http://www.comreg.ie/_fileupload/publications/ComReg1387.pdf

⁹⁶ Vgl. Rewheel (2013), Analysis, EU27 mobile data cost competitiveness report – May 2013, S. 22, 34-36 und ComReg (2013), 66-68.

⁹⁷ Vgl. ComReg (2013), S. 69. Da Rewheel den Pre-Paid-Bereich nicht analysiert, wird hier nur auf ComReg verwiesen.

⁹⁸ Kruse (2003), Wettbewerb oder Regulierung in der mobilen Telekommunikation?, in: TKMR - Telekommunikations- & MedienRecht, Tagungsband zur Veranstaltung "Das neue TKG", 5.12.2002, Humboldt-Universität zu Berlin, S. 8-12, S. 10.

Fazit Innenwettbewerb: Die D-Netzbetreiber haben wenig Anreize, sich wechselseitig Konkurrenz zu machen. Beide haben ähnliche Marktanteile, relativ homogene Produkte, vergleichbar hohe Preise und sehen sich einer hohen Markttransparenz (sowohl vertikal wie auch horizontal) gegenüber. Höhere Nutzungsmengen lassen sich vor dem Hintergrund der hohen Penetrationsrate und der flatrategeprägten Tarifstruktur im Wesentlichen durch das Abwerben der Kunden vom Wettbewerber realisieren. Eine darauf ausgerichtete Strategie riskiert aber strafende Gegenmaßnahmen des Konkurrenten. Damit ist zu erwarten, dass beide D-Netzbetreiber letztlich keine Nettokundengewinne hätten, sondern nur wegen der niedrigeren Preise niedrigere Umsätze verbuchen könnten.⁹⁹ Soweit man den regulatorischen Auftrag auch darin sieht, zukünftige Veränderungen im Markt bereits voraus zu planen, ist ferner zu berücksichtigen, dass dieser fehlende Innenwettbewerb nach der Fusion von E-Plus und Telefónica sich auch auf die E-Netzbetreiber ausdehnen wird, falls dieser dritte Player aufgrund seiner mit den D-Netzbetreibern vergleichbaren Strukturen dem Innenwettbewerb zurechenbar sein wird. Der neue dritte Player wird insbesondere vergleichbare Kundenzahlen aufweisen, so dass in diesem Fall nicht davon auszugehen ist, dass der Innenwettbewerb der D-Netzbetreiber durch den dritten Player einen wettbewerblichen Impuls erhalten wird, sondern dass er ganz im Gegenteil noch weiter abgeschwächt wird.

2.3.3 Außenwettbewerb

Wenn nun ein Innenwettbewerb zwischen den D-Netzen allenfalls in geringem Umfang zu beobachten ist, könnte eine wünschenswerte, wettbewerbliche Disziplinierung - zumindest bis zur Vollendung der geplanten Fusion von Telefónica und E-Plus - durch den Außenwettbewerb der E-Netzbetreiber, durch potenzielle Konkurrenz neuer Mobilfunknetzbetreiber sowie der Diensteanbieter erfolgen.

Außenwettbewerb durch die E-Netzbetreiber

E-Plus und Telefónica O2 sind später als die D-Netzbetreiber in den deutschen Mobilfunkmarkt eingetreten. Die daraus resultierenden second-mover Nachteile und die Nachteile der kostenintensiveren Frequenzausstattung sind häufig analysiert worden.¹⁰⁰ Es war aus ökonomischer

⁹⁹ Die Strukturfaktoren EBITDA Margen, Finanzkraft und Wechselkosten sollen nicht unerwähnt bleiben. Bzgl. der EBITDA Margen wird auf Gerpott (2010), S. 12, 13 verwiesen, der die grundsätzlich korrekte Aussage der Monopolkommission in dem Sondergutachten 61, „Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern“, Ziffer 106 relativiert. Auf eine Betrachtung der Finanzkraft als ein Indikator für Wettbewerbsintensität wird hier verzichtet, da dieser in diesem Analysekontext eine untergeordnete Rolle spielt. Eine erhebliche Finanzkraft eröffnet dem Unternehmen Verhaltensspielräume, die aktuelle und potenzielle Wettbewerber von wettbewerblichen Handlungen abschrecken können. Vgl. Ruppelt in: Langen, Bunte, § 19 Rn.51. Dies ist hier nicht der Fall. Wechselkosten: Hohe Wechselkosten machen einen Anbieterwechsel für einen Kunden unattraktiv. Wechselkosten können z.B. darin bestehen, dass der Kunde seine Rufnummer verliert. Dies kann allerdings gegen Zahlung von ca. 25,95 € verhindern, wobei die Zahlung dieses Betrag auch den Wechselkosten zuzuordnen ist. Als Wechselkosten können auch in Geld bewertete Nutzeneinbußen aufgrund Netzqualitätsverschlechterungen verstanden werden. Diese Wechselkosten sind subjektiv, d.h. jeder Kunde bewertet sie nach seinen eigenen Präferenzen. Gerpott (2010), Wettbewerbs- und Regulierungsimplicationen der 900 MHz-Frequenzausstattung von Mobilfunknetzbetreibern in Deutschland, Duisburg, <http://de.scribd.com/doc/39728505/Prof-Dr-Gerpott-Wettbewerbs-und-Regulierungsimplicationen-der-900-MHz-Frequenzausstattung-von-Mobilfunknetzbetreibern-in-Deutschland>.

¹⁰⁰ Vgl. Gerpott (2010), Wettbewerbs- und Regulierungsimplicationen der 900 MHz-Frequenzausstattung von Mobilfunknetzbetreibern in Deutschland, Duisburg, <http://de.scribd.com/doc/39728505/Prof-Dr-Gerpott-Wettbewerbs-und-Regulierungsimplicationen-der-900-MHz-Frequenzausstattung-von-Mobilfunknetzbetreibern-in-Deutschland>. Obwohl im Rahmen der Frequenzauktion 2010 auch für die E-Netzbetreiber die Möglichkeit bestand, für die Fläche kostengünstigere Frequenzen im 800 / 900 er Bereich zu erwerben, hat zumindest E-Plus diese Chance nicht genutzt.

Sicht zu erwarten, dass die E-Netzbetreiber aufgrund der Asymmetrie zu den D-Netzbetreibern, insbesondere hinsichtlich der wesentlich geringeren Marktanteile und der ungünstigeren Kostenstrukturen, ein hohes Interesse an einem aggressiven Wettbewerb haben, um über zusätzliche Mengen in den Genuss von Kostendegressionseffekten zu kommen. Es ist unbestreitbar, dass insbesondere E-Plus eine solche Strategie ergriffen hat, (z.B. BASE, Simyo, alternative Vertriebswege, z.B. Aldi). Den (begrenzten) Erfolg dieser Strategie zeigen die Marktanteile nach SIM-Karten. Wie die Analyse der Marktanteile gemäß Mobilfunkumsätzen allerdings zeigt, hat die Strategie auf den wichtigeren Indikator „Umsatz“ weniger Auswirkungen.¹⁰¹ Dafür gibt es folgende Gründe:

- Auch die E-Netzbetreiber können aufgrund des geringen Marktwachstums bezogen auf die Teilnehmer im Wesentlichen nur Kunden von den Wettbewerbern abwerben, dies aber zu niedrigeren Preisen und damit ungünstigeren Margen.¹⁰²
- Die Leistungen der E- und D-Netze sind insbesondere in Bezug auf den wichtigen Datenverkehr nicht homogen. D.h., die lukrativen anspruchsvollen Kundengruppen sind auch bei einem niedrigeren Preis nicht bereit, zu den E-Netzen zu wechseln.¹⁰³

Der Preisvergleich zwischen den D-Netzbetreibern und Telefónica O2 bezogen auf die Smartphone Tarifkörbe, sowie der nach Post-Paid und Pre-Paid unterteilte Ländervergleich¹⁰⁴ zeigt, dass der offensichtliche Preiswettbewerb seitens der E-Netze keine in relevantem Umfang disziplinierende Auswirkung auf die D-Netzbetreiber hat.

Wenn allerdings die E-Netzbetreiber in der Zukunft auf Wettbewerbsvorstöße verzichten, aufgrund z.B. von Kostennachteilen gegenüber den D-Netzen oder da die Übernahme von E-Plus durch Telefónica O2 die Anreize dazu mindert, ist zu erwarten, dass sich der grundsätzlich auch heute schon schwache Außenwettbewerb seitens der E-Netzbetreiber noch wesentlich mehr abschwächt.¹⁰⁵ Dies wird das bislang bereits suboptimale Marktergebnis weiter verschlechtern und könnte in der Folge sogar zu Preiserhöhungen im deutschen Mobilfunkmarkt führen.

http://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Frequenzen/OeffentlicheNetze/Mobilfunknetze/Z_VergabeverfDrahtloserNetzzugang2010.html 30.09.13.

¹⁰¹ Siehe Seite 20, Beobachtungen 1 und 2.

¹⁰² Betrachtet man die Post-Paid ARPUs der Netzbetreiber, zeigt sich, dass die ARPUs der E-Netzbetreiber mittlerweile (Q2 2013) auf ca. 20,--€ pro Monat gesunken sind, demgegenüber liegt der ARPU der Telekom im gleichen Quartal bei knapp 27, -- € und der ARPU von Vodafone bei 25,-- €. Diese Zahlen folgender einer Tendenz und sind keine „Ausreißer“ eines Quartals. Da vor dem Hintergrund der Flat-Rates und der gestiegenen Anzahl der Mobilfunkminuten nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Ursache der sinkenden ARPUs geringere Nutzungsmengen sind, sind sie ein guter Indikator für das Preisniveau.

<http://www.kpn.com/corporate/aboutkpn/Investor-Relations/publications/Financial-publications.htm>,

http://www.telefonica.com/en/about_telefonica/html/publicaciones/historico_informes_anuales.shtml,

<http://www.telekom.com/presentationen>,

http://www.vodafone.com/content/index/investors/investor_information/financial_results.html.

¹⁰³ Diese Aussage wird, wie in Abschnitt 2.3.2, Teil Produkteigenschaften; Markttransparenz und Elastizitäten der Preisabsatzfunktionen bereits erläutert, auch durch das Verhalten der von mobilcom-debitel abgehenden Post-Paid-Kunden, die die Nummernportabilität (MNP) nutzen, gestützt. Z. B. wählten 67,70% der von mobilcom-debitel abgehenden MNP-Kunden, die dort das D1-Netz nutzen, eines der beiden D-Netze. Nur 32,30% dieser Kunden machten von E-Netzangeboten Gebrauch. Ähnlich sieht es bei denjenigen MNP-Kunden aus, die bei mobilcom-debitel das D2-Netz nutzen. Für 65,30% dieser Kunden war eines der beiden D-Netze attraktiver. In eines der E-Netze wechselten nur 34,70%. Diese Aufstellung legt die aufnehmenden Netze zugrunde, dabei sind alle Anbieter dieser Netze, nicht nur die Netzbetreiber erfasst. Angaben von mobilcom-debitel. Siehe Seite 21-22 und die dort beschriebenen und zitierten Connect-Testergebnisse von 2005 bis 2012, sowie Chip Online 2012.

¹⁰⁴ Siehe Seiten 23-25.

¹⁰⁵ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 61, „Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern“, Ziffer 110.

Außenwettbewerb durch neue Mobilfunknetzbetreiber - Markteintritt

Die Markteintrittsbarrieren für Netzbetreiber sind aufgrund der in Relation zum relevanten Marktumfang hohen Skaleneffekte und des hohen Anteils versunkener Kosten sehr hoch. Dem steht nicht entgegen, dass die nächste Frequenzauktion einen Markteintritt theoretisch ermöglicht. Der Markteintritt ist aus ökonomisch-betriebswirtschaftlicher Sicht nicht zu erwarten. Selbst wenn es zu einem Markteintritt käme und ein potenzieller Konkurrent damit zur aktuellen Konkurrenz würde, hätte er, wie uns sowohl die Erfahrung mit den E-Netzen als auch der Marktaustritt von Quam und mobilcom als UMTS Netzbetreiber lehrt, über einen noch nicht absehbaren Zeitraum mit gravierenden Späteinsteignachteilen zu kämpfen. Damit ist eine disziplinierende Wirkung durch potenzielle Konkurrenz sehr unwahrscheinlich.

Außenwettbewerb durch die Diensteanbieter

Die Diensteanbieter hingegen leisten einen wichtigen Beitrag zum Wettbewerb. Dies zeigt der gemeinsame Marktanteil bezogen auf die Mobilfunkumsätze, der größer ist als der Marktanteil jeweils eines E-Netzbetreibers. Die Diensteanbieter sind also offensichtlich grundsätzlich in der Lage, einen disziplinierenden Außenwettbewerb zu betreiben. Ihre Netzunabhängigkeit ist dabei ein erheblicher Vorteil, den sie vor den E-Netzbetreibern und grundsätzlich auch vor den D-Netzbetreibern haben. Zumindest diejenigen, die von Anfang an tätig waren, wie zum Beispiel mobilcom-debitel, haben natürlich auch keinen second-mover Nachteil. Da die unabhängigen Diensteanbieter eigene Produkte auf Basis aller Netze anbieten, schwächt auch die Heterogenitätsthese (bessere, nicht durch die E-Netze substituierbare Netzqualität der D-Netze aus Kundensicht) die grundsätzliche Wechselbereitschaft der High User nicht.

Ein aussagekräftiges Beispiel für einen disziplinierenden Außenwettbewerb durch mobilcom-debitel gegenüber einem wenig erfolgreichen Außenwettbewerb durch Telefónica O2 ist die Einführung und Verbreitung des Tarifs O2 Blue und der entsprechenden Tarife Flat 4 You und Flat Smart von mobilcom-debitel. Telefónica O2 führte im vierten Quartal des Jahres 2010 mit der Tarifwelt O2 Blue aggressive Smartphone Tarife ein. Die D-Netzbetreiber reagierten darauf überhaupt nicht und halten ihre bestehende Tarifwelt mit exorbitant höheren Endkundenpreisen aufrecht. mobilcom-debitel führte im ersten Quartal 2011 die eigenen aggressiven Smart-Phone Tarife Flat 4 You im D-Netz der Vodafone und Flat Smart im D-Netz von DT MD in Konkurrenz zu O2 ein. Darauf reagierten sowohl DT MD und VD2 innerhalb von sechs Monaten mit sogenannten „Aktionstarifen.“ Dies zeigt die wettbewerbliche Schlagkraft der Diensteanbieter, die sie nicht nur als Innovatoren sondern auch als Katalysatoren (Verbreitung neuer Tarife auf dem Markt) entfalten. Die Fähigkeit dazu ergibt sich zum einen aus der Netzunabhängigkeit und zum anderen aus der Vertriebskraft zumindest großer Diensteanbieter.

Die Tarife „Flat 4 You“ und „Flat Smart“ fügen sich in eine Innovationgeschichte ein und wurden hier herausgestellt, um das Verhalten der D-Netzbetreiber pointiert aufzuzeigen¹⁰⁶. Die gesamte Innovationgeschichte ist ein anschauliches Beispiel für die innovative Kraft der Diensteanbieter. Ab Juli 2010 positionierte der Diensteanbieter 1&1 die erste Allnet-Flat auf dem Mobilfunkmarkt zu sehr attraktiven Preisen in Höhe von 29,90 € und 39,90 € nach Ablauf von 24 Monaten. Dieses innovative, kundenfreundliche Angebot (vorher gab es nur einige Module in den Tarifen als Flatrate sowie auch

¹⁰⁶ Aus Gründen der Leserfreundlichkeit wird hier der bereits in 2.3.3, Abschnitt „Innovationen“, dargestellte Sachverhalt noch einmal aufgegriffen.

Minutenbudgets, die die Kunden teilweise mangels ad hoc Transparenz überfordern) wurde ausschließlich online vermarktet. Zu diesem Zeitpunkt gab es kein vergleichbares Angebot der Netzbetreiber. Allerdings hatte Telefónica O2 von diesem innovativen Angebot eines Diensteanbieters gelernt und bot etwa drei Monate später im vierten Quartal 2010 den bereits erwähnten Tarif O2 Blue an. Die ausbleibende Reaktion der D-Netzbetreiber wurde zuvor bereits beschrieben. mobilcom debitel bot im ersten Quartal 2011 nicht nur die Ausweitung dieser Tarifidee auf die D-Netze an, sondern lies auch die E-Netzkunden von den Tarifen Flat Clever und Flat Easy profitieren. Dieses Angebot wurde von den Kunden des größten Diensteanbieters stark frequentiert¹⁰⁷. Weiter setzte mobilcom debitel zur gleichen Zeit der echten Allnet-Flat von 1&1 die eigenen Allnet-Tarife in allen Netzen entgegen. Diese Tarife wurden auch am Point of Sale und nicht nur online, wie bei 1&1, verkauft. Es gab zwar zu diesem Zeitpunkt bereits Allnet-Tarife der Netzbetreiber, der Wettbewerbsimpuls der mobilcom-debitel Tarife besteht hier in der extremen Preisunterbietung. Die Allnet-Tarife von mobilcom-debitel lagen bei 29,90 € in den E-Netzen und 39,90 € in den D-Netzen. Die Netzbetreiber boten zu diesem Zeitpunkt ähnliche Tarife zu 89,95 € (Telekom Complete Mobil XL und Vodafone SuperFlat Internet Allnet), 70 € (O2 Blue unlimited) und zu 50 € (E-Plus Mein Base Allnet Flat + Internet) an. Dieses Beispiel zeigt eindrucksvoll, wie träge der Preiswettbewerb seitens der D-Netzbetreiber betrieben wird. Sie näherten sich erst ca. zwei Jahre später (Mitte 2013 mit 49 € DT MG und 39 € VD2) den Endkundenpreisen der 1 & 1 und der mobilcom-debitel an. Im September und Oktober 2013 führt nun die Telekom Deutschland einen Aktionstarif ein, der ebenfalls zum Preis von 29,90 € eine Allnet-Flat anbietet. Ohne die Tariffinovation des Diensteanbieters 1&1 und ohne die vertriebliche Schlagkraft von mobilcom debitel hätte der deutsche Mobilfunkmarkt zum Nachteil der Kunden auf diese durchschlagenden Wettbewerbsimpulse verzichten müssen.¹⁰⁸

Fazit Außenwettbewerb

Die Analyse hat gezeigt, dass die Diensteanbieter – anders als die E-Netzbetreiber - grundsätzlich in der Lage sind, einen disziplinierenden Außenwettbewerb zu betreiben. Das Marktergebnis hat sich aufgrund der innovativen und preisaggressiven Wettbewerbsvorstöße der Diensteanbieter in Bezug auf die allokativen und qualitativen Effizienz erheblich verbessert, fällt aber dennoch gegenüber vergleichbaren Märkten im europäischen Ausland ab. Der Beitrag der Diensteanbieter zum Wettbewerb ist allerdings noch erheblich ausbaufähig, wie die Betrachtung der Marktanteile gezeigt hat. Bei konsequenter Durchsetzung der Diensteanbieterspflichtung könnte das Marktergebnis in Deutschland erheblich verbessert werden.

3. Ergebnis und Zusammenfassung

Die Auferlegung einer Diensteanbieterspflichtung für alle diejenigen neu zu vergebenden Frequenzen, die für den mobilen, drahtlosen Netzzugang nutzbar sind, ist aus ökonomischer Sicht zwingend erforderlich, damit mittels eines Wettbewerbs zwischen einer hinreichend großen Anzahl heterogener Spieler ein effizientes Marktergebnis auf dem Mobilfunkkundenmarkt zustande kommt.

Aufgrund starker Skaleneffekte auf der Wertschöpfungsstufe Netz ist die mindestoptimale Betriebsgröße (die kleinste Betriebsgröße ab der die Skaleneffekte ausgeschöpft sind) im Verhältnis

¹⁰⁷ In kürzester Zeit wurden 500.000 dieser Tarife verkauft. Angabe von mobilcom debitel.

¹⁰⁸ Alle Angaben von mobilcom debitel.

zum relevanten Marktumfang groß. Wegen dieser Kostenstruktur können bei der heutigen und nach dem derzeitigen Kenntnisstand auch zukünftigen Nachfragesituation nur wenige Netzbetreiber unter Ausschöpfung der Skaleneffekte technisch effizient anbieten. Dies limitiert die Anzahl der Spieler auf der Netzebene und stellt grundsätzlich die Eignung dieses Marktes in Frage, ohne regulatorische Eingriffe ein effizientes Marktergebnis zu erreichen.

Die Marktanalyse des deutschen Mobilfunkkundenmarktes zeigt unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung auf, dass die Marktstrukturfaktoren und das Marktverhalten einiger Spieler dazu führen, dass insbesondere die Regulierungsziele der Realisierung des größtmöglichen Vorteils¹⁰⁹ in Bezug auf Auswahl, Preis und Qualität und der Sicherstellung einer effizienten Frequenznutzung im Sinne eines wohlfahrtsoptimalen, nicht durch Bottlenecks beschränkten Wettbewerbsergebnisses nicht in dem auf diesem Markt grundsätzlich möglichen Ausmaß erreicht werden. Zwar hat sich das Marktergebnis aufgrund der innovativen und preisaggressiven Wettbewerbsvorstöße der Diensteanbieter in Bezug auf die alloкатive und qualitative Effizienz erheblich verbessert, fällt aber gegenüber vergleichbaren Märkten im europäischen Ausland ab. Ist schon das heutige Marktergebnis sogar vor den Hintergrund der existierenden Diensteanbieterverpflichtung suboptimal, kann eine Verringerung der Anzahl der wettbewerbsbelebenden Spieler (durch Aufgabe der Diensteanbieterverpflichtung und durch die Übernahme von E-Plus durch Telefónica O2) das Marktergebnis nur erheblich verschlechtern.

Das suboptimale, aber noch grundsätzlich zu tolerierende Marktergebnis entsteht aus folgenden Gründen. Der Innenwettbewerb zwischen den D-Netzbetreibern, Telekom Deutschland (DT MD) und Vodafone (Vodafone D2) ist, wenn überhaupt vorhanden, wenig ausgeprägt. Die Anreize, sich gegenseitig Konkurrenz zu machen, sind angesichts der ähnlichen Markteinteile, der aus Kundensicht relativ homogenen Produkte, der vergleichbar hohen Preise und der hohen Markttransparenz gering. Höhere Nutzungsmengen lassen sich vor dem Hintergrund der hohen Penetrationsrate und der flatrategeprägten Tarifstruktur im Wesentlichen nur noch durch das Abwerben der Kunden vom homogenen Wettbewerber realisieren. Eine darauf ausgerichtete Strategie riskiert aber strafende Gegenmaßnahmen des Konkurrenten. Damit wäre zu erwarten, dass beide D-Netzbetreiber letztlich keine Nettokundengewinne hätten, sondern nur wegen der niedrigeren Preise niedrigere Umsätze verbuchen könnten. Ein Indiz für ein solches relativ gleichförmiges Verhalten bzgl. einer überhöhten Preissetzung zeigt der Preisvergleich der Smartphone Tarifkörbe in UK und Deutschland für diese beiden Spieler auf.

Grundsätzlich haben die Betreiber der E-Netze aufgrund ihrer im Vergleich mit den D-Netzbetreibern geringen Marktanteile und der für den Mobilfunknetzbetrieb typischen Kostenstruktur mit hohen Skaleneffekten und einem hohen Anteil fixer, versunkener Kosten einen Anreiz, ihre Marktanteile mittels Wettbewerbsverstößen zu vergrößern. Allerdings funktionieren die darauf durchaus ausgerichteten Strategien der E-Netzbetreiber nicht wirkungsvoll. Das gilt sogar strategieunabhängig, da weder die Strategie der innovativen Netztechnik von Telefónica O2 noch die Low Cost Strategie von E-Plus durchschlagenden Erfolg hatten. Den wenig erfolgreichen Außenwettbewerb der E-Netzbetreiber zeigen die relativ konstanten Marktanteile der D-Netzbetreiber bezogen auf die Mobilfunkumsätze unter Berücksichtigung der Diensteanbieter (Abbildung 2); die nicht auf den Post-Paid-Bereich übertragbaren Erfolge im Pre-Paid-Bereich und das auch im Vergleich zu UK niedrige

¹⁰⁹ Der Begriff „Nutzen“, der in § 2 TKG Abs. 2 Nr. 2 enthalten ist, wurde von der Verfasserin aus sprachlichen Gründen durch den Begriff „Vorteil“ ersetzt.

Preisniveau von Telefónica O2, das die Preissetzung der D-Netzbetreiber in Deutschland nicht diszipliniert (Abbildung 2).

Die typischen Kostenstrukturen auf der Netzebene und die erwartete Nachfragesituation (hohe Skaleneffekte, hoher Anteil fixer, versunkener Kosten, hohe MOB im Verhältnis zur relevanten Nachfrage) stellen erhebliche Markteintrittsbarrieren für neue Netzbetreiber dar. Selbst wenn ein Netzbetreiber die mittels der anstehenden Vergabe neuer Frequenzen theoretische Chance zum Markteintritt nutzen würde, hätte er, wie uns die Erfahrung mit den E-Netzen als auch die Marktaustritte von Quam und mobilcom als UMTS-Netzbetreiber lehren, über einen noch nicht absehbaren Zeitraum mit gravierenden Späteinsteignachteilen zu kämpfen. Somit kann auch von einer potenziellen Konkurrenz kein die D-Netze disziplinierender Außenwettbewerb ausgehen.

Die Diensteanbieter sind hingegen grundsätzlich in der Lage einen disziplinierenden Außenwettbewerb zu betreiben. Ihre Netzunabhängigkeit ist ein erheblicher Vorteil, den sie vor den E-Netzbetreibern und grundsätzlich auch vor den D-Netzbetreibern haben. Zumindest diejenigen, die von Anfang an tätig waren, wie mobilcom-debitel, haben keinen second-mover Nachteil. Da die unabhängigen Diensteanbieter eigene Produkte auf Basis aller Netze anbieten, schwächt auch die Heterogenitätsthese (bessere, nicht durch die E-Netze substituierbare Netzqualität der D-Netze aus Kundensicht) die Wechselbereitschaft der High User grundsätzlich nicht. Ein aussagekräftiges Beispiel für einen disziplinierenden Außenwettbewerb durch mobilcom-debitel gegenüber einer wenig erfolgreichen Außenwettbewerb durch Telefónica ist die Einführung und Verbreitung des Tarifs O2 Blue und der entsprechenden D-Netztarife Flat 4 You und Flat Smart von mobilcom-debitel. Während die D-Netzbetreiber auf den O2 Tarif O2 Blue nicht reagierten, zogen sie bei den mobilcom-debitel Tarifen innerhalb von sechs Monaten mit sogenannten „Aktionstarifen“ nach. Dies zeigt die Katalysatorfunktion der Diensteanbieter als Verbreitungsmedium neuer, kundenfreundlicher Tarife auf. Das bedeutet, dass die Diensteanbieter den Wettbewerb nicht immer nur mit völlig neuen Tarifen beleben, sondern den (Außen)wettbewerb auch mittels der Katalysatorfunktion und der Möglichkeit bestimmte Tarifinnovationen auch auf D-Netzen anzubieten beschleunigen. Wenn auch die disziplinierende Kraft der Diensteanbieter bei automatisch nicht diskriminierenden Konditionen noch stärker wäre, zeigt die Wettbewerbsanalyse, dass in Zukunft nicht auf die Diensteanbieterspflichtung verzichtet werden darf, wenn auf diesem Markt ein den Regulierungszielen entsprechendes, effizientes Marktergebnis erreicht werden soll.

Eine Beschränkung auf die Frequenzreserve könnte die Netzbetreiber dazu veranlassen, Diensteanbieter unter dem Vorwand, dass bestimmte neue Dienste oder Endgeräte gerade über andere Frequenzen funktionieren, die nicht der Verpflichtung unterliegen, von attraktiven Vorleistungen auszuschließen. Die Relevanz dieser Befürchtung zeigt sich zum einen grundsätzlich in der bei dem Verhältnis von Netzbetreiber und Diensteanbieter auf diesen Markt (Abhängigkeitsverhältnis des vorleistungsempfangenden Diensteanbieters vom vorleistungslieferenden Netzbetreiber, Konkurrenz beider auf dem Endkundenmarkt) immanenten Diskriminierungstendenz und zum anderen aktuell darin, dass zu beklagen ist, dass neue Dienste wie LTE den Diensteanbietern entweder gar nicht oder nur mit deutlichem Zeitverzug bereitgestellt werden. Eine Begrenzung der Verpflichtung auf die Frequenzreserve könnte als Legitimation eines solchen Vorgehens gewertet werden, auch wenn dies von der BNetzA - nach eigener Aussage - nicht gewollt ist. Dies wäre sehr gefährlich für den Wettbewerb, da die Diensteanbieter, wenn sie von neuen, innovativen, technikbasierten Produkten ausgeschlossen werden, ihre wettbewerbliche Schlagkraft nur sehr eingeschränkt nutzen können, so dass sich das Marktergebnis erheblich

verschlechtern würde. Daher sind alle diejenigen neu zu vergebenden Frequenzen, soweit sie für den mobilen, drahtlosen Netzzugang nutzbar sind, mit der Diensteanbieterverpflichtung zu versehen.

Die Diensteanbieter als unabhängige Spieler, die nicht-diskriminierende Konditionen genießen, fördern in idealerweise das Erreichen aller drei Effizienzkriterien. Ihr wettbewerbsförderndes Handeln führt in Richtung allokativer und qualitativer Effizienz durch preissenkenden Wettbewerb und das Angebot präferenzadäquater Produkte. Die Tatsache, dass sie keine parallele, ressourcenverschwendende Netzinfrastruktur benötigen, lässt die technische Effizienz weniger Netze bestehen. Letzterem würde eine alleinige Forcierung des Infrastrukturwettbewerbs komplett zuwider laufen.

Mit der dem Regulierungsgrundsatz gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 (Nicht-Diskriminierung) anzuwendenden Verpflichtung werden also die Regulierungsziele gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1, Wahrung der Nutzerinteressen, Abs.2 Nr. 2, größtmögliche Vorteile der Nutzer in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität erreicht, die nur mit den Marktaktionen der Netzbetreiber nicht in diesem Ausmaß erreichbar wären. Außerdem ist die Verpflichtung konsistent mit dem Regulierungsgrundsätzen in § 2 Abs. 3 Nr. 3, Schutz des Wettbewerbs zum Nutzen des Verbrauchers und Nr. 4, Förderung effizienter Investitionen und Innovationen. Weiter unterstützt sie das Regulierungsziel in § 2 Abs. 2 Nr. 7, die im ökonomischen Sinne verstandene effiziente Nutzung der Frequenzen. Auch trägt die Verpflichtung zum Regulierungsziel aus § 1 TKG, Förderung des Wettbewerbs, bei.