

Mehr Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt:

Richtlinienkonforme Umsetzung des Art. 52 EKEK in § 102 TKMoG

Der Europäische Kodex für die elektronische Kommunikation („EKEK“) verpflichtet den nationalen Gesetzgeber in Artikel 52 zur Wettbewerbsförderung in Frequenzvergabeverfahren. Die exakt am Wortlaut der europarechtlichen Vorgaben orientierte Umsetzung von Artikel 52 EKEK in § 102 TKMoG bietet die Chance, über mehr Wettbewerb bessere Infrastruktur und bessere Verbraucherbedingungen im Telekommunikationsmarkt zu etablieren. Im Rahmen der TKMoG-Verbändeanhörung wurden von Seiten der Mobilfunknetzbetreiber Kommentierungen zu § 102 TKMoG vorgenommen, die nicht den Vorgaben des EU-Gesetzgebers entsprechen und einer Einordnung bzw. Richtigstellung bedürfen.

I. Zugangsverpflichtungen sind auch ohne beträchtliche Marktmacht zulässig

Zugangsverpflichtungen unterliegen als schwerwiegende Eingriffe besonderen Anforderungen. Die Netzbetreiber behaupten in ihren Stellungnahmen zum Diskussionsentwurf des TKMoG aber fälschlicherweise, der Europäische Kodex sehe vor, dass allein bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht Zugangsverpflichtungen auferlegt werden können.

Diese Behauptungen sind falsch. Es existiert keine entsprechende Vorgabe – weder im EU-Recht noch im heutigen TKG. Das bestätigen auch BVerwG und die EU-Kommission.

Die EU-Kommission vertritt vielmehr allein im Rahmen der Marktregulierung den Grundsatz, dass Zugangsverpflichtungen nur auferlegt werden können, wenn beträchtliche Marktmacht festgestellt worden ist. Dieser Grundsatz erstreckt sich jedoch nicht auf den Bereich der Frequenzregulierung, in dem aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung weitergehende Möglichkeiten geschaffen wurden. Entsprechend dieses Zweiklangs aus Markt- und Frequenzregulierung wurde auch der aktuelle Diskussionsentwurf von den federführenden Bundesministerien fachlich korrekt sowie dem EKEK entsprechend vorgelegt.

„Denn er [TKMoG-Entwurf] sieht die Streichung des [...] Wettbewerbsbegriffs vor, wonach Eingriffe zur Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs nur bei Bestehen beträchtlicher Marktmacht zulässig sind.“ – Deutsche Telekom AG

„[...] dass solche Markteingriffe nur bei Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht in einem mehrstufigen Verfahren zulässig sind.“ – Vodafone GmbH

II. Marktregulierung und Zugangsregulierung unterliegen unterschiedlichen Regimen

Im Rahmen der Frequenzregulierung wird – anders als in der Marktregulierung – in Artikel 52 EKEK und im Diskussionsentwurf des TKMoG ausdrücklich eine weitere Möglichkeit vorgesehen, Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen. Dies soll gegenüber Mobilfunkunternehmen im Rahmen einer Frequenzvergabe unter bestimmten und klar definierten Voraussetzungen möglich sein. Die Netzbetreiber kritisieren diese richtlinienkonforme Umsetzung und lassen sich sogar zu der Behauptung hinreißen, dass § 102 TKMoG eine fehlerhafte Umsetzung des EU-Kodex darstellen würde.

§ 102 TKMoG in seiner jetzigen Form ist nahezu wortgleich mit Artikel 52 EKEK formuliert (Addendum). Der § 102 TKMoG stimmt daher gerade mit dem EKEK überein und die Einschätzungen der Mobilfunknetzbetreiber sind irreführend. Der Forderung nach einer Vollharmonisierung des EKEK, welche auch die Mobilfunknetzbetreiber immer proklamiert haben, kommt der § 102 TKMoG umfänglich nach.

„Eingriffe sollen nur zulässig sein, wenn kein wirksamer Wettbewerb im Sinne des Fehlens beträchtlicher Marktmacht besteht.“ – Deutsche Telekom AG

„Erheblich kritisch sieht Vodafone die Regelungen zur Wettbewerbsförderung in § 102 TKG-DiskE, welcher die Vorgaben des EU-Kodex fehlerhaft umsetzt.“ – Vodafone GmbH

III. Schlussfolgerung

Nur durch die richtlinienkonforme Umsetzung – wie sie im aktuellen Diskussionsentwurf vorgesehen ist – wird klar geregelt, unter welchen Voraussetzungen die BNetzA in zukünftigen Frequenzvergabeverfahren Zugangsverpflichtungen auferlegen und den Wettbewerb soweit erforderlich schützen kann.

Der § 102 TKMoG in seiner jetzigen Form muss beibehalten werden, um sowohl den europäischen Vorgaben zu entsprechen als auch der in Deutschland herrschenden Marktconstellation gerecht zu werden. § 102 TKMoG ist die größtenteils wortgetreue und daher richtlinienkonforme Umsetzung des Artikel 52 EKEK.

Addendum - Richtlinienkonforme Umsetzung

<p>Art. 52 Absatz 1 – 2a) EKEK</p>	<p>§ 102 Absatz 1 – 2a) TKMoG Diskussionsentwurf (Stand 02.11.2020)</p>
<p>(1) Bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste gemäß dieser Richtlinie fördern die nationalen Regulierungsbehörden und die anderen zuständigen Behörden einen wirksamen Wettbewerb und vermeiden Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt.</p> <p>(2) Bei der Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Frequenznutzungsrechten [...] können [...] Regulierungsbehörden [...] geeignete Maßnahmen ergreifen [...]</p> <p>a) [...] z. B. Gewährung des Vorleistungszugangs und nationales oder regionales Roaming in bestimmten Frequenzbändern oder Gruppen von Frequenzbändern mit ähnlichen Merkmalen;</p> <p>b) Reservierung eines bestimmten Abschnitts eines Funkfrequenzbands oder einer Gruppe von Funkfrequenzbändern für neue Marktteilnehmer, wenn dies angesichts der besonderen Lage auf dem nationalen Markt angemessen und gerechtfertigt ist;</p>	<p>(1) Bei der Zuteilung von Frequenzen für Telekommunikationsnetze und -dienste gemäß diesem Gesetz sowie der Änderung oder Verlängerung von Zuteilungen solcher Frequenzen fördert die Bundesnetzagentur einen wirksamen Wettbewerb und vermeidet Wettbewerbsverfälschungen im Binnenmarkt.</p> <p>(2) Zur Erreichung der in Absatz 1 genannten Ziele kann die Bundesnetzagentur geeignete Maßnahmen ergreifen. [...]</p> <p>1. [...] beispielsweise mit der Gewährung des Vorleistungszugangs und mit nationalem oder regionalem Roaming in bestimmten Frequenzbereichen oder in Gruppen von Frequenzbereichen mit ähnlichen Merkmalen,</p> <p>2. die Reservierung eines bestimmten Abschnitts eines Frequenzbereichs oder einer Gruppe von Frequenzbereichen für neue Marktteilnehmer, wenn dies angesichts der besonderen Lage auf dem nationalen Markt angemessen und gerechtfertigt ist, [...]</p>
<p>Art. 52 Absatz 2, Unterabsatz 2 EKEK</p>	<p>§ 102 Absatz 2 TKMoG Diskussionsentwurf (Stand 02.11.2020)</p>
<p>Bei ihrer Entscheidung stützen sich die nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, der Frage, ob solche Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, und der voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau. Dabei berücksichtigen sie den in Artikel 67 Absatz 2 beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen.</p>	<p>Bei ihren Entscheidungen stützt sich die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, der Frage, ob solche Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, und der voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau. Bei der Beurteilung berücksichtigt die Bundesnetzagentur den in § 9 Absatz 3 beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen. Sie kann hierzu allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.</p>
<p>Art. 67 Absatz 2 EKEK</p>	<p>§ 9 Absatz 3 TKMoG RefE (Stand 02.11.2020)</p>
<p>Bei der Durchführung der nach Absatz 1 vorgeschriebenen Analyse berücksichtigt die nationale Regulierungsbehörde in der Vorausschau Entwicklungen, die ohne eine auf diesen Artikel gestützte Regulierung in dem betreffenden Markt zu erwarten wären, und berücksichtigt dabei alle der folgenden Elemente:</p> <p>a) Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert, beeinflussen;</p> <p>b) alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quellen solcher Wettbewerbszwänge von elektronischen Kommunikationsnetzen, elektronischen Kommunikationsdiensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind;</p> <p>c) andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, einschließlich der nach den Artikeln 44, 60 und 61 auferlegten Verpflichtungen;</p> <p>d) eine auf den vorliegenden Artikel gestützte Regulierung anderer relevanter Märkte.</p>	<p>Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes nach Absatz 2 berücksichtigt die Bundesnetzagentur die Entwicklungen, die ohne eine Regulierung des betrachteten Marktes nach den Vorschriften dieses Abschnitts zu erwarten wären; sie berücksichtigt insbesondere:</p> <p>1. Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert, beeinflussen,</p> <p>2. alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quelle solcher Wettbewerbszwänge von Telekommunikationsnetzen und -diensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind,</p> <p>3. andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt sind und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, sowie</p> <p>4. eine auf eine Marktanalyse gestützte Regulierung anderer relevanter Märkte.</p>