

Christian Koenig / Jürgen Kühling, Bonn

Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf den Telekommunikationsmärkten

Eine Kritik am Sondergutachten der Monopolkommission*)

Nach § 81 Abs. 3 TKG legt die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) alle zwei Jahre mit ihrem Jahresbericht ein Gutachten der Monopolkommission vor. Darin bezieht die Monopolkommission Stellung zur Frage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten ebenso wie zu den sich daraus ergebenden legislativen und regulatorischen Konsequenzen. Das erste Sondergutachten der Monopolkommission vom 3.12.1999 fällt ernüchternd aus: Auf den Märkten für Sprachtelefondienste über Festnetzleitungen verneint die Monopolkommission die Existenz funktionsfähigen Wettbewerbs, selbst in Teilmärkten. Eine Deregulierung wird derzeit abgelehnt. Die Argumentation und das methodische Vorgehen der Monopolkommission begegnen jedoch erheblichen Zweifeln. Die Prämissen für die Qualifikationselemente eines „funktionsfähigen Wettbewerbs“ bleiben im Dunkeln. Der folgende Beitrag soll diese und einige weitere Schwachstellen des Gutachtens aufzeigen und nimmt dies zum Anlass, die Aufgabe der Monopolkommission im Rahmen des § 81 Abs. 3 TKG näher zu untersuchen.

I. Einleitung

In ihrem Gutachten nach § 81 Abs. 3 Satz 1 TKG zu der Frage, ob auf den Märkten der Telekommunikation ein *funktionsfähiger Wettbewerb*¹⁾ besteht, kann sich die Monopolkommission auch dazu äußern, ob die Markt- und Wettbewerbsentwicklung eine Änderung oder gar Aufhebung der Regulierungsinstrumente des TKG – insbesondere der Entgeltregulierung – erforderlich macht (§ 81 Abs. 3 Satz 2 und

*) Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten, Baden-Baden 2000 (Nomos-Verlagsgesellschaft). Dazu jetzt *Holthoff/Frank/Paulus*, MMR 2000, 187; *Gerpott*, MMR 2000, 191.

1) Hervorhebung durch die Verfasser.

3 TKG). Die Regelungen des TKG resultieren aus den Besonderheiten der Überführung ehemals monopolistischer Teilbereiche der Telekommunikationswirtschaft in den Wettbewerb.²⁾ Es ist daher folgerichtig, wenn mit dem sich einstellenden funktionsfähigen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten die sektorspezifischen und asymmetrischen Regulierungen des TKG zurückgeführt werden sollen.³⁾ In § 81 Abs. 3 TKG wird zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber ein sogenanntes „Phasing-out“ dieser Regulierung beabsichtigt.⁴⁾ Die Ausführungen der Monopolkommission zur Frage der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten und einem etwaigen legislativischen und regulatorischen Anpassungsbedarf sind daher von großer Bedeutung für die künftige Fortentwicklung des Ordnungsrahmens der Telekommunikationswirtschaft.⁵⁾

Die zu Beginn der vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes zwischen der Deutsche Telekom AG (DTAG) einerseits und den aktuellen und potenziellen Newcomern andererseits bestehenden gravierenden Unterschiede hinsichtlich der Marktmacht erforderten ein Regelwerk, das grundsätzlich asymmetrisch angelegt ist.⁶⁾ Der Grundsatz der asymmetrischen Regulierung – verstanden als Regulierung vorwiegend der marktbeherrschenden Unternehmen⁷⁾ – findet seine besondere Ausprägung in den zentralen Regulierungsinstrumenten des TKG, der Entgeltregulierung und den Vorschriften über den Netzzugang bzw. über die Netzzusammenschaltung (§§ 24 ff., 35, 37 TKG).⁸⁾ Die einzelnen Regulierungsinstrumente des TKG, um deren Überprüfung es geht, sind schon verschiedentlich dargestellt worden,⁹⁾ so dass sich diese Abhandlung ganz auf eine Bewertung des Beitrags der Monopolkommission zu der allgemeinen Methodik im Rahmen der Feststellung funktionsfähigen Wettbewerbs (II.) und auf die von der Monopolkommission angewandte Marktanalyse im Einzelnen (III.) unter besonderer Berücksichtigung der Doppelregulierung (IV.) beschränken kann. Das Ergebnis dieser Betrachtung wirft die Frage nach den Aufgaben der Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG mit Blick auf weitere Berichte auf (V.).

II. Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs als Maßstab für das Sondergutachten der Monopolkommission

§ 81 Abs. 3 S. 1 TKG verpflichtet die Monopolkommission, alle zwei Jahre in einem Sondergutachten zu untersuchen, ob „auf den Märkten der Telekommunikation ein *funktionsfähiger Wettbewerb* besteht“.¹⁰⁾ Dieser Begriff findet sich ferner in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, der als ein Ziel der Regulierung „die Sicherstellung eines chancengleichen und *funktionsfähigen Wettbewerbs*, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation“¹¹⁾ nennt. Es stellt sich daher die Frage,

2) Paulweber, Regulierungszuständigkeit in der Telekommunikation, 1999, S. 41; Gounalakis, K&R 1999, 541 (543); Scherer, NJW 1996, 2953 (2955); vgl. auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

3) Die Monopolkommission hat selbst schon auf den Übergangscharakter der sektorspezifischen Regelungen des TKG hingewiesen, Hauptgutachten XI, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, 1996, Ziff. 58; abrufbar im Internet (Stand 10.4.2000) unter <http://dip.bundestag.de/btd/13/053/1305309.asc>.

4) Hefekäuser, MMR 1999, 144 (151); vgl. Geppert, in: Beck'scher TKG Kommentar, 1997, § 81 Rdnr. 9.

5) Siehe in diesem Zusammenhang F.A.Z. vom 31.3.2000, S. 14: „Telekom-Regulierung zunächst unverändert“. Dort wird berichtet, dass das Bundeswirtschaftsministerium kurzfristig am Ordnungsrahmen für die Telekommunikationsmärkte festhalten will. Auf mittlere Sicht (bis 2002 und 2003) seien aber Änderungen möglich.

6) Kruse, in: Dehmer, Die Dynamik der Telekommunikationsmärkte als Herausforderung an die Wettbewerbspolitik, 1999, S. 107 (108).

7) Teilweise wird der Begriff der asymmetrischen Regulierung auch im Sinne von sektorspezifischer Regulierung gebraucht, so wohl Fuhr/Kerkhoff, MMR 1999, 213 (214). Dies entspricht jedoch nicht dem gängigen Verständnis, vgl. dazu Immenga, MMR 2000, 141 (141); Koenig/Loetz, K&R 1999, 298 (299); ausführlich zum Begriff der asymmetrischen Regulierung Engel/Knieps, Die Vorschriften des TKG über den Zugang zu den wesentlichen Leistungen, 1998, S. 66 ff.

8) Koenig/Braun, NVwZ 1999, 1056 (1057) m.w.N.

9) Vgl. zuletzt Scherer, NJW 2000, 772 (774 ff.) m.w.N.

10) Hervorhebung durch die Verfasser.

11) Hervorhebung durch die Verfasser.

wie dieser Begriff auszulegen ist und ob das Sondergutachten der Monopolkommission insoweit den Anforderungen des § 81 Abs. 3 S. 1 TKG genügt.

Der Terminus des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ ist keine kreative Begriffsschöpfung des Gesetzgebers. Mit diesem Begriff knüpft der Gesetzgeber vielmehr an ein bestimmtes wettbewerbstheoretisches Leitbild an.¹²⁾ Dies ergibt sich schon aus der ökonomischen Wortwahl des Gesetzes, das einen in der Volkswirtschaftslehre geprägten Begriff beinhaltet. Treffend heißt es in der juristischen Methodenlehre von *Bydlinski*: „Werden Begriffe aus dem Bereich anderer Wissenschaften als Rechtsbegriffe verwendet, so wird im Zweifel der hier maßgebende allgemeine Sprachgebrauch (zumindest im Ansatz) jener der fraglichen Wissenschaft sein; zum Beispiel für ‚Gesundheit‘ oder ‚Tod‘ die medizinische, für ‚Wettbewerb‘ die nationalökonomische Begriffsbestimmung.“¹³⁾ Von einer solchen Vermutung ist auch hier auszugehen. Mithin ist bei der Auslegung des Rechtsbegriffs des funktionsfähigen Wettbewerbs der Rückgriff auf die Grundannahmen des ökonomischen Leitbildes angezeigt.

In der deutschsprachigen ökonomischen Literatur wurde der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs vor allem durch *Kantzenbach* eingeführt.¹⁴⁾ Der Begriff ist eng verwandt mit dem angloamerikanischen „workable competition“-Konzept, das vor allem durch die Arbeiten von *Clark*¹⁵⁾ geprägt wurde.¹⁶⁾ Wettbewerb wird in diesem Rahmen als ein organisiertes und organisatorisch gestaltbares Funktionssystem behandelt, welches entscheidend durch die staatliche Wettbewerbspolitik und -kontrolle geformt wird.¹⁷⁾ Diesem Ansatz entsprechende Gedanken lassen sich auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs,¹⁸⁾ des EuGH¹⁹⁾ und in einer Reihe von Stellungnahmen der EG-Kommission²⁰⁾ nachweisen. Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs deutet im Übrigen auf die Funktionen des Wettbewerbs hin.²¹⁾ Im Einzelnen genannt werden die Freiheitsfunktion, die Verteilungsfunktion, die Entdeckungs- bzw. Fortschrittsfunktion, die Anpassungs- und die Allokationsfunktion.²²⁾

Trotz dieser Einsichten bleibt der Terminus des funktionsfähigen Wettbewerbs in Bezug auf die Auslegung der §§ 81 Abs. 3 S. 1; 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG recht vage.²³⁾ Die Funktion des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG ist vornehmlich die einer teleologischen Auslegungsdirektive für die einzelnen Bestimmungen des TKG. Bis auf wenig hilfreiche Grundannahmen, wie die, dass jedenfalls kein radikales Konzept der Wettbewerbsfreiheit verfolgt, sondern von einem Marktstruktur-, Marktverhal-

12) Vgl. in diesem Zusammenhang *Immenga*, WuW 1999, 949 (955), der allerdings skeptisch gegenüber einer Ableitung konkreter wettbewerbspolitischer Vorstellungen angesichts der Nennung dieses Leitbildes ist.

13) *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 438; ganz ähnlich *Rüthers*, Rechtstheorie, 1999, § 22 Rdnr. 741; *Vogel*, Juristische Methodik, 1998, S. 114, Fn. 8. Vgl. auch die berühmte Sentenz *Wittgensteins*: „Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache“ (*Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, Nr. 43).

14) *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl. 1967.

15) Grdl. *Clark*, The American Economic Review 30 (1940), 241 ff., auch abgedruckt in: Readings in the Social Control of the Industry, 1949, S. 452 ff.; s. auch *dens.*, Sicherheit in Freiheit, 1954, S. 86 ff.

16) Vgl. dazu die ausführliche Darstellung von *Hoppmann*, FS für Theodor Wessels zum 65. Geburtstag, 1967, S. 144 (151 ff.).

17) *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 66; *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 34. Vgl. auch *dens.*, a.a.O., S. 35 ff. zu verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die alternative Konzeption der neoklassischen Wettbewerbstheorie.

18) So heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahre 1963: „Ziel aller wirtschaftspolitischen Maßnahmen gegenüber oligopolistischen oder zum Oligopol neigenden Marktformen muss stets die Erhaltung oder Herstellung eines Mindestmaßes an Wettbewerb sein, eines Wettbewerbs etwa, wie er in den USA als workable competition bezeichnet worden ist“; BGHZ 41, 42 (51) unter Bezugnahme auf die Gesetzgebungsmaterialien des GWB, insbesondere hinsichtlich der Missbrauchsaufsicht nach § 22 GWB.

19) EuGH, Slg. 1977, 1875, Ziff. 20 – Metro; siehe dazu *Koenig/Braun/Lekar*, EuZW 1998, 5 (10).

20) Vgl. etwa Kommission der Europäischen Gemeinschaft, Fünfzehnter Wettbewerbsbericht, 1985, S. 11 (Einleitung); s. *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 34.

21) *Immenga*, WuW 1999, 949 (956).

22) *Immenga*, WuW 1999, 949 (956). In der Sache genauso, wenn auch mit zum Teil abweichender Terminologie: RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. 130.

23) S. auch *Mason*, The Yale Review 43 (1953), 381: „[...] there are as many definitions of ‚effective‘ or ‚workable‘ competition as there are effective or working economists“.

tens-, Marktergebnisparadigma ausgegangen wird,²⁴⁾ gibt der Begriff selbst nichts her. Vor diesem Hintergrund ist es höchst zweifelhaft, ob dem Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs zwingende positive Ableitungen für den vorliegenden Sachzusammenhang entnommen werden können. Dementsprechend ist in Bezug auf die Auslegung des unbestimmten Begriffs des funktionsfähigen Wettbewerbs von einem weiten Beurteilungsspielraum der Monopolkommission auszugehen.

Die Bemühungen der Monopolkommission um eine nähere Bestimmung des Begriffs des funktionsfähigen Wettbewerbs sind angesichts des festgestellten Konkretisierungsbedarfs und dem damit einhergehenden Beurteilungsspielraum der Monopolkommission äußerst spärlich. Ohne jede Begründung versteht sie in ihrem Sondergutachten funktionsfähigen Wettbewerb zunächst als einen „strukturell gesicherte[n] Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die wettbewerbsgestaltende Regulierung zurückgeführt wird“.²⁵⁾ In diesem Zusammenhang ist auf die für eine Beurteilung des Vorliegens eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten für Telekommunikation wichtige Unterscheidung zwischen Intrasystemwettbewerb und Intersystemwettbewerb hinzuweisen: Von Intrasystem- oder Dienstewettbewerb spricht man, wenn die Wettbewerber für das Angebot von Diensten (Vermittlungsleistungen, Mehrwertdienste oder Inhalte) keine eigene Netzinfrastruktur, sondern die Infrastruktur des ehemaligen Monopolisten oder anderer Infrastrukturanbieter nutzen. Beim Intersystem- oder Netzewettbewerb besteht dagegen auch Wettbewerb auf der Infrastrukturebene.²⁶⁾ Aus dem Zitat der Monopolkommission lässt sich folgern, dass funktionsfähiger Wettbewerb dann vorliegt, wenn der Wettbewerb aus sich selbst heraus fortbesteht, ohne dass es einer weiteren Regulierung bedürfte. Dies erlaubt eine Fokussierung auf die Ebene des Dienstewettbewerbs. Dann bedarf es aber nicht notwendigerweise eines funktionsfähigen Infrastrukturwettbewerbs, um eine zumindest partielle Deregulierung zu begründen. Einige Aussagen im Sondergutachten könnten hingegen anders gedeutet werden: So geht nach Auffassung der Monopolkommission „nachhaltiger Wettbewerbsdruck auf die DTAG [auf der Diensteebene?] nur von wenigen Unternehmen aus. Das sind insbesondere diejenigen, welche sich für den Aufbau einer möglichst flächendeckenden alternativen Infrastruktur entschieden haben und denen es gelungen ist, Geschäfts- und feste Privatkunden zu gewinnen“.²⁷⁾ Ist dies nun dahingehend zu verstehen, dass nur netzgestützter Wettbewerb funktionsfähigen Wettbewerb auf den Dienstleistungsmärkten und damit eine zumindest partielle Deregulierung ermöglicht? Diese unterschiedlichen Deutungsmöglichkeiten offenbaren eine entscheidende Schwäche des Sondergutachtens. Was genau die Monopolkommission unter dem Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs versteht, bleibt im Dunkeln. Wer – wie die Monopolkommission – den gesetzlichen Auftrag hat, das Bestehen von funktionsfähigem Wettbewerb zu untersuchen, sollte aber zunächst sein diesbezügliches

- 24) Dieses Paradigma wird in der Marktanalyse der RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. 130 ff., besonders deutlich; zum Konzept der Wettbewerbsfreiheit siehe die knappe Beschreibung bei *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Aufl. 1999, S. 9 f., mit dem im Übrigen auch hier zu berücksichtigenden wichtigen Hinweis, dass „die verschiedenen wettbewerbstheoretischen Konzepte nicht als strenge Gegensätze gedacht werden dürfen, sondern sich tatsächlich vielfältig überschneiden und häufig allenfalls idealtypisch unterscheiden lassen“; vgl. ferner *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 19 ff.
- 25) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3.12.1999, Ziff. 54; siehe etwa auch Ziff. 59 und Ziff. 73. Ein ähnlicher Ansatz findet sich bei *Dreyer*, MMR 2000, Editorial Heft 3, S. 121 (122): „Von einem gefestigten Wettbewerb kann jedoch nicht gesprochen werden, da der Markt immer noch äußerst sensibel auf äußere Eingriffe und Behinderungen, wie z. B. beim Call-by-Call, reagiert“.
- 26) Vgl. dazu von *Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 26; vgl. auch *dies.*, MMR 1999, 711 (712).
- 27) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3.12.1999, Ziff. 73; vgl. auch *Engel*, MMR-Beilage Heft 3/1999, 7 (8): „Nur Netzewettbewerb ist nämlich nachhaltig [...]. Nur Netzewettbewerb macht deshalb auf Dauer Regulierung überflüssig“ und *Hefekäuser*, MMR 1999, 144 (151). Einem solchen Verständnis steht offenbar die RegTP nahe: So heißt es in ihrem Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999) auf S. 130: „Wesentliches Kriterium für die Klassifizierung der zu beobachtenden Wettbewerbsarten sind die *Eigentumsverhältnisse an der erforderlichen Infrastruktur* zur Erbringung einer bestimmten Dienstleistung“ (Hervorhebung durch die Verfasser).

Begriffsverständnis offen legen und begründen. Andernfalls ist es unmöglich, Aussagen zu Einzelproblemen der Regulierung an diesem Verständnis zu messen. Erstaunlicherweise wird auch auf die wichtige Frage nach der Gewährleistung der angesprochenen Wettbewerbsfunktionen – im Unterschied zum Tätigkeitsbericht 1998/99 der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation²⁸⁾ – nicht explizit eingegangen.²⁹⁾

Im Gegensatz zur Monopolkommission nimmt die Regulierungsbehörde in ihrem Tätigkeitsbericht methodisch eine geradezu schulmäßige Prüfung hinsichtlich des Bestehens von funktionsfähigem Wettbewerb vor:³⁰⁾ Nach dem Hinweis auf die Wettbewerbsfunktionen bestimmt sie die einschlägigen Kriterien (Marktergebnisse, Marktverhalten, Marktstruktur) für die Prüfung, bevor diese einzeln erläutert werden. Im Anschluss daran werden anhand dieser Kriterien die relevanten Märkte für Sprachtelefondienst, Mietleitungen und Mobilfunk untersucht. Man kann das dabei zu Tage tretende Wettbewerbsverständnis der Regulierungsbehörde wie auch einzelne ihrer Schlussfolgerungen kritisieren. Doch im Unterschied zum Sondergutachten der Monopolkommission ist das Wettbewerbsverständnis der Regulierungsbehörde transparent und frei von inneren Widersprüchen.

Immenga hat der Monopolkommission in einer ersten Stellungnahme vorgeworfen, diese würde bei der Frage nach dem Bestehen eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf die Beurteilungskriterien für den Marktbeherrschungsbegriff zurückgreifen.³¹⁾ In der Tat stützt die Monopolkommission etwa ihre These, dass auch auf den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche noch kein funktionsfähiger Wettbewerb entstanden sei, vornehmlich auf die Vermutungskriterien des § 19 GWB für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung.³²⁾ Somit scheint dem Sondergutachten der Monopolkommission die Vorstellung zugrunde zu liegen, dass beim Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung funktionsfähiger Wettbewerb ausgeschlossen sei.

Eine solche Gleichsetzungsthese, die besagt, dass funktionsfähiger Wettbewerb dann und nur dann vorliegt, wenn marktbeherrschende Stellungen wegfallen, greift jedoch in zweifacher Hinsicht zu kurz. Zum einen ist es durchaus möglich, dass trotz fehlender marktbeherrschender Stellung eines Unternehmens auf dem jeweils relevanten Markt der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist und folglich Regulierungsbedarf besteht. Zum anderen könnte trotz fortbestehender marktbeherrschender Stellung eines Unternehmens ein solcher Regulierungsbedarf angesichts eines funktionsfähigen Wettbewerbs entfallen.³³⁾ Im Hinblick auf diesen zweiten Fall scheint die Literatur und die Praxis des Bundeskartellamts allerdings durchaus von einem engen Zusammenhang zwischen dem Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung und der mangelnden Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auszugehen. Das Bundeskartellamt stellt insoweit aber eine widerlegbare Vermutungsregel auf.³⁴⁾ Auch für den ersten Fall ist lediglich von einer solchen Vermutungsregel auszugehen, die widerlegt werden kann. So ist es etwa denkbar, dass trotz Abwesenheit einer marktbeherrschenden Stellung auf dem jeweils relevanten Markt z.B. die Allokationsfunktion oder die Innovationsfunktion (Entdeckungsfunktion) des Wettbewerbs unzureichend erfüllt wird.

28) RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. 130 ff.

29) S. auch die Kritik von *Immenga*, MMR 2/2000, S. V (V).

30) RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. 130 ff.; dabei zeigt sich auch deutlich die Orientierung am Ansatz des „workable competition“.

31) *Immenga*, MMR 2/2000, S. V (V); ähnlich *Knieps*, MMR 2/2000, S. VI (VII).

32) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3.12.1999, Ziff. 59.

33) Darauf wies auch der Vorsitzende des Unterausschusses für Telekommunikation und Post im Bundestag, *Klaus Barthel*, hin, F.A.Z. vom 12.4.2000, S. 17 f.

34) Vgl. dazu allerdings einen Beschluss des BKartA vom 18.3.1999, in dem es heißt: „In der Regel ist die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem bestimmten Markt [...] mit der Annahme, dass der Wettbewerb auf diesem Markt noch seine Steuerungsfunktion erfüllen könne, nicht zu vereinbaren“, WuW 1999, 615 (618). Ganz ähnlich wie das BKartA auch *Winkler*, in: *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 2. Aufl. 1992, § 100 Rdnr. 59; *Harms*, in: *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Bd. 1, 8. Aufl. 1998, § 100 Rdnr. 13.

So könnte die Entgeltregulierung auch unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle aufgrund der Struktur der deutschen Telekommunikationsmärkte zur Herstellung bzw. Aufrechterhaltung eines an den Allokations- und Innovationszielen – insbesondere mit Blick auf die TK-Infrastruktur – zu messenden funktionsfähigen Wettbewerbs erforderlich sein. Dies wird am Beispiel der umstrittenen EG-spezifischen Regulierungsschwelle der „beträchtlichen Marktmacht“³⁵⁾ betreffend Zusammenschaltungsentgelte diskutiert. Denn wenn auf dem relevanten Markt einerseits etwa regionale Netzbetreiber mit deutlich marktmächtigeren, aber dennoch nicht bereits über eine marktbeherrschende Stellung verfügenden Betreibern bundesweiter Telekommunikationsnetze Zusammenschaltungsvereinbarungen aushandeln müssen, und andererseits die Regulierungsbehörde – von dem ohnehin marktbeherrschenden Ex-Monopolisten abgesehen – noch keine Unternehmen mit (mindestens) „beträchtlicher Marktmacht“ ausgemacht hat, stellt sich die Frage, ob für Zusammenschaltungsentgelte eine Entgeltregulierung auch unterhalb der Schwelle von Marktbeherrschung bzw. beträchtlicher Marktmacht sinnvoll ist. Zwar wurde an anderer Stelle dargelegt, dass auf der Grundlage der Verweisung von § 39 TKG auf die §§ 24 ff. TKG³⁶⁾ nach geltendem Recht eine Regulierung unterhalb der Marktbeherrschungsschwelle rechtlich grundsätzlich möglich ist. Unabhängig von einer solchen Möglichkeit *de lege lata* oder eines etwaigen Anpassungsbedarfs *de lege ferenda*, läge damit ein Beispiel eines denkbaren Regulierungsbedarfs unabhängig von der bestehenden marktbeherrschenden Stellung vor, um so einen funktionsfähigen Wettbewerb zu sichern. Freilich birgt dieser Ansatz wieder die Gefahr einer Überregulierung in sich. Überdies ist zu fragen, ob eine solche Regulierung unterhalb der Marktmachtschwelle nicht den im TKG eingebauten Auto-Deregulierungsmechanismus konterkariert. Möglicherweise ließe sich das Problem daher besser durch eine am Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs orientierte Bestimmung und Auslegung des Marktbeherrschungsbegriffs lösen.

Der zweite Fall – funktionsfähiger Wettbewerb und damit Deregulierungsmöglichkeiten trotz partieller marktbeherrschender Stellungen – dürfte allerdings von ebenso großem Interesse sein und markierte bislang auch den Fokus der ersten Kritiken am Bericht der Monopolkommission.³⁷⁾ Jedenfalls enthält das TKG in seinen zentralen Regulierungsvorschriften über die Entgeltregulierung und den Netzzugang (§§ 24 ff.; 35 TKG) das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung jeweils als Tatbestandsmerkmal. Fällt die marktbeherrschende Stellung auf einem der Märkte der Telekommunikation weg, so entfallen mithin für die vormals marktbeherrschenden Unternehmen auch die besonderen Pflichten aus diesen Vorschriften. Gibt es – so ist der Ansatz des TKG wohl grundsätzlich zu verstehen – auf dem relevanten Markt kein marktbeherrschendes Unternehmen mehr, greift ohnehin die Vermutung funktionsfähigen Wettbewerbs. Allerdings kann es sich nach den bisherigen Darlegungen nur um eine widerlegbare Vermutung handeln. Für den Gesetzgeber und die Öffentlichkeit ist aus diesem Grunde dennoch die durch das Sondergutachten der Monopolkommission zu beantwortende Frage, ob auf den Märkten der Telekommunikation ein funktionsfähiger Wettbewerb

35) Vgl. zum Konzept der „beträchtlichen Marktmacht“ die Richtlinie 97/33/EG (EG-Zusammenschaltungsrichtlinie), ABl. L 199, S. 32. Nach Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten die Anwendung der auf Kostenorientierung und Transparenz ausgerichteten Entgeltregulierung für Zusammenschaltungen auf Unternehmen sicherzustellen, die von der nationalen Regulierungsbehörde als „Organisation mit beträchtlicher Marktmacht“ gemeldet wurden. Diese mitgliedstaatliche Pflicht erstreckt sich nicht auf andere Unternehmen. Freilich ist es den Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich gestattet, auch Unternehmen unterhalb der Schwelle „beträchtlicher Marktmacht“ einer Entgeltregulierung zu unterwerfen, z. B. um einen funktionsfähigen Wettbewerb sicherzustellen.

36) Auch rechtlich ergibt sich die Notwendigkeit einer Entgeltfestsetzung schlicht aus § 37 Abs. 1 S. 1 TKG, der die RegTP zum Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung verpflichtet. Angesichts der drohenden Intervention der RegTP nach § 37 TKG wird nämlich bei Verhandlungen über eine Zusammenschaltungsvereinbarung regelmäßig nicht die Frage, ob der Zusammenschaltung zugestimmt wird, streitig sein. Statt dessen wird primär gerade hinsichtlich der Frage, zu welchen Bedingungen, d. h. unter welchen Entgeltkonditionen dies geschehen soll, Dissens zwischen den beteiligten Unternehmen bestehen. Im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 S. 1 TKG wird die RegTP also eine Entscheidung über die Zusammenschaltungsentgelte treffen müssen, wenn letztere zwischen den Netzbetreibern streitig sind; dazu Koenig/Neumann, RTKOM 2000, 27.

37) Immenga, MMR 2/2000, S. V (V).

besteht, vor allem dann interessant, wenn überhaupt noch marktbeherrschende Stellungen bestehen. Die bloße Prüfung bestehender marktbeherrschender Stellungen läuft dagegen auf eine Untersuchung hinaus, die Aufgabe der Regulierungsbehörde bei der Subsumtion der genannten Tatbestände ist.

Wenn die Monopolkommission den Aspekt der Marktbeherrschung aber in den Vordergrund rückt, wäre eine nähere Erläuterung, wann von einer solchen auf Telekommunikationsmärkten auszugehen ist, besonders dringlich gewesen. Die Ausführungen der Monopolkommission deuten darauf hin, dass sie weitgehend den Marktbeherrschungsbegriff des GWB zu Grunde legt, wenn etwa auf die Vermutungskriterien des § 19 GWB abgestellt wird.³⁸⁾ *Immenga* hat jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass der Marktbeherrschungsbegriff des GWB keinesfalls ein einheitlicher ist, sondern je nach anwendbarer Norm variiert (statische Marktverhaltenskontrolle bei der Missbrauchsaufsicht, prospektiv angelegte Kontrolle bei Zusammenschlüssen).³⁹⁾ Dementsprechend ist auch für das TKG genau zu untersuchen, welche Prüfungsmaßstäbe Anwendung zu finden haben. Dies hat insbesondere Folgen für die Frage der Berücksichtigung zu erwartender Marktstrukturentwicklungen. Ausführungen zu diesen Fragen hätten der Monopolkommission die weiteren Begründungen zur Frage des Vorliegens eines funktionsfähigen Wettbewerbs ganz wesentlich erleichtert.

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass der Monopolkommission ein Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung dessen, was als funktionsfähiger Wettbewerb anzusehen ist, zukommt. Vor diesem Hintergrund ist ein von der Monopolkommission zugrunde gelegtes Wettbewerbsverständnis aus juristischer Sicht nicht angreifbar. Ihr Beurteilungsspielraum entbindet die Monopolkommission aber nicht davon, ihr Wettbewerbsverständnis offen zu legen und zu begründen. An beidem fehlt es in dem Sondergutachten. Diese Mängel – fehlende Transparenz der Grundannahmen und unzulängliche Begründungen – zeigen sich auch bei der Marktanalyse.

III. Kritik am methodischen Vorgehen der Monopolkommission bei der Marktanalyse

1. Funktionsfähiger Wettbewerb auf dem Markt für Auslandsgespräche über Festnetzleitungen?

Die Monopolkommission verneint in ihrem Gutachten die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf dem Markt für Auslandsgespräche. Unter dem Gesichtspunkt sachlicher Differenzierung verwundert bereits der Umstand, dass die Monopolkommission das Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Fern- und Auslandsgespräche nicht getrennt voneinander, sondern gemeinsam erörtert.⁴⁰⁾ Denn selbst wenn sich diese Daten für die beiden Märkte im Hinblick auf die Anteile der DTAG parallel entwickeln, ist mit Blick auf die unterschiedliche Notwendigkeit für die Wettbewerber, auf die Infrastruktur des Ex-Monopolisten zuzugreifen, eine differenzierte Untersuchung angebracht.⁴¹⁾

Am meisten irritiert jedoch der Umstand, dass die vierte Beschlusskammer der Regulierungsbehörde nur wenige Tage nach der Veröffentlichung des Sondergutachtens der Monopolkommission zu dem Schluss gelangte, die DTAG verfüge bezüglich der Vorleistungen für Verbindungen in internationale Telekommunikationsnetze nicht mehr über eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 Abs. 2 und 3 GWB.⁴²⁾ Die Regulierungsbehörde legte ihrer Entscheidung die Zahlen für das zweite Quartal des Jahres 1999 zugrunde, während die Feststellungen der

38) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 59.

39) *Immenga*, MMR 2000, 141 ff.

40) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 59.

41) So unterscheidet etwa auch OFTEL diese Märkte bei der Frage nach einer möglichen Deregulierung, vgl. dazu OFTEL's Statement on Competition in International Markets; abrufbar im Internet (Stand: 10. 4. 2000) unter <http://www.oftel.co.uk/competition/ciim0300.htm>.

42) Beschluss der RegTP vom 13. 12. 1999, BK 4e-99-019/30.4.99, Entscheidungsumdruck S. 1.

Monopolkommission überwiegend auf den Marktdaten bis einschließlich des ersten Quartals des Jahres 1999 beruhen. Es ist jedoch äußerst misslich, dass das alle zwei Jahre zu erstattende Sondergutachten der Monopolkommission in Teilbereichen schon wenige Tage nach seinem Erscheinen überholt ist.

Andererseits demonstriert die Entscheidung der Regulierungsbehörde zu Vorleistungen der DTAG für Verbindungen in internationale Telekommunikationsnetze den Regulierungsmechanismus des Telekommunikationsgesetzes: Sobald eine beherrschende Stellung eines Unternehmens auf einem der Telekommunikationsmärkte nicht mehr vorliegt, entfällt nach dem asymmetrischen Regulierungsansatz automatisch die Sonderregulierung für diesen Markt durch das Telekommunikationsgesetz. Die Regulierungsinstrumente des Telekommunikationsgesetzes deregulieren sich insofern zumindest teilweise selbst, ohne dass ein Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich wäre.⁴³⁾

2. Funktionsfähiger Wettbewerb auf dem Markt für Ferngespräche über Festnetzleitungen?

Die Monopolkommission vertritt in ihrem Sondergutachten apodiktisch die These, dass auf dem Markt für Ferngespräche kein funktionsfähiger Wettbewerb bestehe.⁴⁴⁾ Für diese Einschätzung werden eine Reihe von Gründen angeführt: Zwar habe die DTAG insbesondere in der Anfangsphase des Wettbewerbs Marktanteilsverluste hinnehmen müssen, doch bleibe ihre Marktstellung mit 65% nach Verkehrsminuten⁴⁵⁾ außerordentlich stark.⁴⁶⁾ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Monopolkommission in diesem Zusammenhang auf die Kriterien für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung abstellt.⁴⁷⁾ Des Weiteren argumentiert die Monopolkommission, die „teilweise deutlichen Preissenkungen [...] sind eine Folge des hohen Ausgangsniveaus der Ferngesprächsgebühren in Deutschland“.⁴⁸⁾ Mittlerweile kontrolliere die DTAG „das Marktgeschehen, [...] obwohl sie in ihren Preisen fast durchweg über den Wettbewerber“ liege. Die Markterfolge der Wettbewerber beruhten zudem vor allem auf Call-by-Call-Angeboten. Insoweit sei über Fakturierung und Inkasso⁴⁹⁾ eine zusätzliche Abhängigkeit von der DTAG entstanden. Die Monopolkommission geht davon aus, dass auch heute noch – zum Teil über Rückflüsse von den Vorleistungsmärkten (insbesondere über Zusammenschaltungsentgelte) – bis zu 90% der Gesamterlöse aus den Ferngesprächsmärkten an die DTAG fließen.⁵⁰⁾ Spürbarer Wettbewerbsdruck gehe daher für die DTAG nur von den wenigen Anbietern aus, die sich für den Aufbau einer möglichst flächendeckenden Infrastruktur entschieden haben; andere Wettbewerber würden dagegen zunehmend in Schwierigkeiten geraten.

Ob diese Begründungsstränge die These der Monopolkommission vom fehlenden

43) Vgl. dazu *Möschel*, Zwischen Konflikt und Kooperation: Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, in: XXXI. FIW-Symposium, Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?, 1998, S. 53 (54), der die Tatsache, dass sich die RegTP dadurch schrittweise überflüssig macht, ausdrücklich mit dem Prüfungsauftrag des § 81 Abs. 3 TKG in Verbindung bringt.

44) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 59.

45) Bei der Zurechnung der Nahverkehrsgespräche bis 20 km ergebe sich sogar eine Marktstellung von etwa 80%. Allerdings bleibt die Relevanz dieser Aussage unklar, solange nicht die Zurechenbarkeit des Marktes für Nahverkehrsgespräche zum Markt für Ferngespräche begründet wird.

46) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 59.

47) Siehe oben unter II., dort auch zur Kritik an diesem methodisch unhaltbaren Vorgehen.

48) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 59.

49) Die DTAG ist nach einer Entscheidung der RegTP noch bis Ende des Jahres verpflichtet, das Inkasso-Verfahren für die Wettbewerber durchzuführen, vgl. Pressemitteilung der RegTP vom 21. 2. 2000; abrufbar im Internet (Stand: 10. 4. 2000) unter http://www.regtp.de/aktuelles/start/fs_03.html. Zu einigen weiteren Aspekten der Inkasso-Problematik siehe *Scherer*, NJW 2000, 772 (781 f.); vgl. im Übrigen ausführlich *Koenig/Loetz*, K&R 2000, 153 (159 ff.), auch zu dem Umstand, dass die wenig überzeugende Inkasso-Entscheidung diese Abhängigkeit nur perpetuiert.

50) Wobei die Berechtigung dieser Ertragssummierung nicht unproblematisch erscheint, da hier möglicherweise verschiedene Märkte addiert werden. Die Monopolkommission hätte eine solche Addition erläutern müssen. Allerdings fehlt in dem Gutachten ohnehin eine ausführliche Begründung, welche Märkte voneinander abzugrenzen sind.

funktionsfähigen Wettbewerb auf dem Markt für Ferngespräche – die auch von der Regulierungsbehörde vertreten wird⁵¹⁾ – zu tragen vermögen, ist indes zweifelhaft.⁵²⁾ Bei der Beurteilung der Wettbewerbssituation rächt sich abermals die methodisch unzulängliche Definition des funktionsfähigen Wettbewerbs durch die Monopolkommission: Einigen der aufgeführten Argumente ist zwar eine gewisse Plausibilität nicht abzuspüren, doch bleibt deren Bezug zueinander und zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs weitgehend unklar.⁵³⁾

IV. Rückführung der doppelten Entgeltregulierung?

Nach § 81 Abs. 3 S. 2 TKG kann die Monopolkommission auf aus ihrer Sicht notwendige Konsequenzen insbesondere für die Regelungen der Entgeltregulierung (§§ 24 ff. TKG) eingehen. Auch wenn nach Einschätzung der Monopolkommission „in der Telekommunikation funktionsfähiger Wettbewerb“ nicht „entstanden ist“, meint sie, dass „gleichwohl [...] zu überprüfen [ist], ob die Entgeltregulierung in dem bisherigen Umfang aufrechterhalten werden muss oder ob ihre Intensität verringert werden kann“.⁵⁴⁾ Die Monopolkommission stellt dazu fest, dass es nach wie vor neben einer Regulierung der Entgelte auf den Vorproduktmärkten, insbesondere auf den Zusammenschaltungsmärkten, auch einer Regulierung der Entgelte für die Endkundenmärkte bedürfe.⁵⁵⁾ Der ehemalige Monopolist habe nach wie vor die Möglichkeit, wettbewerbsfeindliche Preisstrategien zu verfolgen, so dass die Regulierung auf den Endkundenmärkten als eine Art „Sicherheitsnetz oder ‚zweite Linie‘“ aufrechterhalten werden müsse.⁵⁶⁾ Die DTAG hatte vorgetragen, zumindest die Regulierung auf den Endkundenmärkten der Festnetztelefonie sei entbehrlich.⁵⁷⁾ In diesem Zusammenhang stellt sich in der Tat die Frage, inwiefern die Entgeltregulierung der Vorproduktmärkte eine Entgeltregulierung der Endkundenmärkte (sogenannte Doppelregulierung) überflüssig machen könnte.⁵⁸⁾ Dies könnte sich daraus ergeben, dass schon der Markt ein missbräuchliches Verhalten der DTAG bei der Endkundenpreisgestaltung nicht zulässt, jedenfalls aber das Auffangnetz der ex-post-Aufsicht nach dem GWB genügt.

Im Hinblick auf das Auffangnetz des GWB macht es sich die Monopolkommission in ihrer Argumentation zu einfach. Ausgehend von dem Umstand, dass bei einer Rückführung der Entgeltregulierung für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachtelefoniedienst an die Stelle der ex-ante-Regulierung – wie sie das TKG⁵⁹⁾ vorsieht – eine ex-post-Regulierung nach dem GWB⁶⁰⁾ treten würde, weist sie darauf hin, dass solche Preisaufsichtsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung sehr viel Zeit in Anspruch nehmen. Daher ist diese Art der Preisregulierung nach Ansicht der Monopolkommission für die Regulierung des dynamischen Telekommunikationsmarktes ungeeignet.⁶¹⁾ Ob allein mit diesem Argument die Option einer ex-post-Regulierung nach dem GWB verworfen werden kann, ist allerdings mehr als zweifelhaft, zumal es eine Untersuchung wert wäre, ob nicht das GWB gegebenenfalls auf die Bedürfnisse einer ex-post-Regulierung der Telekom-

51) RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. 138.

52) Vgl. auch *Immenga*, WuW 1999, S. 949 (956) und *Knieps*, MMR 2/2000, S. VI (VI f.), die die Auffassung vertreten, auf dem Markt für Ferngespräche herrsche bereits funktionsfähiger Wettbewerb.

53) Die Regulierungsbehörde hingegen bemüht sich in ihrem Tätigkeitsbericht 1998/99 um eine Rückbindung der durchgeführten Marktanalyse an das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs (S. 132–134). Zwar könnte man einige Schlussfolgerungen und Argumente der RegTP kritisieren. Methodisch ist das Vorgehen der RegTP jedoch einwandfrei.

54) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 60 ff.

55) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 63 ff., 69.

56) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 66.

57) Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 62.

58) So z. B. *Immenga*, WuW 1999, 949 (959); vgl. auch v. *Wichert-Nick*, MMR 1999, 711 (713 f.).

59) Vgl. § 25 Abs. 2 TKG (für die Lizenzklassen 2 und 3).

60) S. § 19 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB.

61) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 68.

munikationsmärkte zugeschnitten werden könnte.⁶²⁾ Das zweite Argument der Monopolkommission – eine nachträgliche Preisaufsicht sei immer schwer durchsetzbar⁶³⁾ – bringt ein Misstrauen gegenüber der Durchsetzungsfähigkeit des Kartellamts bzw. der Kartellgerichte zum Ausdruck, für dessen Begründetheit Praxisbelege fehlen.⁶⁴⁾

Doch selbst wenn man der Argumentation der Monopolkommission zur Frage einer partiellen Substitution der TKG- durch GWB-Regeln folgte, könnten die Endkundenpreise des ehemaligen Monopolisten einer effektiven Kontrolle unterliegen (und damit die Sonderregulierung durch das TKG überflüssig werden), wenn es sich bei den betreffenden Endkundenmärkten um bestreitbare Märkte handelte. Nach dem Konzept bestreitbarer Märkte⁶⁵⁾ entfällt die Notwendigkeit zusätzlicher regulierender Eingriffe, wenn der etablierte Wettbewerber über die Möglichkeit des „Hit-and-Run-Entry“⁶⁶⁾ diszipliniert wird.⁶⁷⁾ Neben anderen Bedingungen setzt dies idealtypisch voraus, dass der Zutritt zum Markt vollkommen offen, der Marktaustritt kostenlos ist und dass die bisher im Markt auftretenden Wettbewerber mit einer gewissen Verzögerung auf neue Marktzutritte reagieren.⁶⁸⁾ Besondere Bedeutung kommt nach diesem Konzept daher den so genannten „sunk costs“ als Markteintrittsbarriere zu.⁶⁹⁾

Die Monopolkommission hat in ihrem Gutachten die Endkundenmärkte als nicht bestreitbar eingestuft und auch auf Grund dieser Feststellung eine Rückführung der Entgeltregulierung abgelehnt.⁷⁰⁾ Dabei wird lediglich die mögliche Bestreitbarkeit der Endkundenmärkte für Fern- und Auslandsgespräche erörtert. Die Frage, inwieweit der Endkundenmarkt für Ortsgespräche bestreitbar sein könnte,⁷¹⁾ stellt die Monopolkommission erst gar nicht. Die im Zusammenhang mit der fehlenden Bestreitbarkeit der Märkte für Fern- und Auslandsgespräche präsentierte Argumentation greift zumindest in einem Punkt zu kurz: Letztlich müsste die Monopolkommission zumindest für die Möglichkeit des Marktangriffs über die offene Flanke desjenigen Teils des Call-by-Call-Marktes, bei dem auf eine Voranmeldung verzichtet wird und bei dem daher – was die Monopolkommission auch einräumt⁷²⁾ – geringe irreversible Kosten entstehen, Folgendes begründen: Die DTAG habe die Möglichkeit, durch Dumpingpreise Konkurrenten aus dem Markt zu drängen und entsprechende Defizite aus der „Verdrängungsphase“ in einer

62) Vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB für einen Fall des Zuschnitts einer GWB-Norm auf die Besonderheiten der Netzwirtschaften; beachte in diesem Zusammenhang auch den Vorschlag von *Gounalakis*, K&R 1999, 541 (543), der „Besonderheiten, die sich aus der Eigenart der Medien ergeben, durch eine Ergänzung der Tatbestände des allgemeinen Wettbewerbsrechts berücksichtigen“ will, „wie dies auch im Bereich der Presse mit den besonderen Aufgreifkriterien nach §§ 23 Abs. 1 S. 7, 24 Abs. 9 GWB der Fall ist“.

63) So wohl die Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 68 sowie Pressemitteilung, Ziff. 5.

64) Auf die anerkannt strikte Wettbewerbsorientierung und Unabhängigkeit des Kartellamts verweist *Möschel*, Zwischen Konflikt und Kooperation: Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, in: XXXI. FIW-Symposium, Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?, 1998, S. 53 (53).

65) Vgl. dazu *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, 1982, S. 1 ff. und 141 ff.; *Hegemann*, WISU 1986, 585 (585 ff.); v. *Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 91 f.; krit. dazu *Fehl*, ORDO 36 (1985), 253 (256 f.).

66) „Hit-and-Run-Entry“ beschreibt eine Situation, in der potenzielle Wettbewerber als Reaktion auf überproportionale Gewinne oder eine ineffiziente Produktion des Incumbents kurzfristig in den betreffenden Markt eintreten und nach Abschöpfung der Gewinne den Markt wieder verlassen, vgl. *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 70; v. *Wichert-Nick*, MMR 1999, 711 (711 f.).

67) *Willig*, in: Allison/Thomas, Telecommunications Deregulation, 1990, S. 103 (115); *Kruse*, in: Seidenfus (Hrsg.), Deregulierung – eine Herausforderung an die Wirtschafts- und Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, 1989, S. 1 (15); vgl. auch *Immenga*, WuW 1999, 949 (958), der insoweit von potenziellem Wettbewerb spricht.

68) *Baumol/Panzar/Willig*, Contestable Markets and the Theory of Industry Structure, 1982, S. 3; vgl. auch Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 67; zu den weiteren Voraussetzungen s. v. *Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 88 f.

69) „Sunk costs“ sind solche Kosten, die für den Marktzutritt notwendig sind, beim Marktaustritt jedoch nicht wieder realisiert werden können und daher irreversibel sind, vgl. v. *Wichert-Nick*, MMR 1999, 711 (721).

70) Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 67.

71) Mit dieser Frage setzt sich v. *Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 88 ff., näher auseinander.

72) Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 67.

anschließenden „Monopolphase“ zu kompensieren oder durch Monopolrenten aus anderen Bereichen zu subventionieren. Die Gegenbehauptung ginge nun dahin, dass der Genuss (aus der Sicht der DTAG) einer „Monopolphase“ nicht möglich sei, da angesichts der geringen Marktzutrittskosten und zahlreicher kapitalstarker potenzieller Konkurrenten sofort ein „Hit-and-Run-Entry“ erfolgte, der nur durch eine Preisanpassung der DTAG beendet werden könnte.⁷³⁾ Der Hinweis seitens der Monopolkommission auf die geplante Abschaffung des Inkassos durch die DTAG verfängt insoweit nicht. Dass die Regulierungsbehörde einem solchen Ansinnen vorerst einen Riegel vorschieben würde,⁷⁴⁾ war für die Monopolkommission vermutlich nicht absehbar. Möglicherweise unterliegt sie in ihrer Argumentation ebenso wie die Regulierungsbehörde in ihrer Inkasso-Entscheidung einem Irrtum: Regulierungsbehörde und Monopolkommission beachten nämlich nicht, dass das Ende des Inkassos nicht automatisch ein Ende des offenen Call-by-Calls bedeuten muss. Denn ein Inkassoverfahren könnte genauso gut von einem privaten Betreiber aus einer Hand für zahlreiche Call-by-Call-Anbieter – mit den entsprechenden Grenzkostenvorteilen des Mengengeschäfts – angeboten werden.⁷⁵⁾ Ein Markt ist jedoch nicht bestreitbar, wenn der Marktbeherrscher die Möglichkeit hat, auf Marktzutritte so schnell zu reagieren, dass dem Konkurrenten keine Zeit bleibt, seine Eintrittskosten zu decken. Die Monopolkommission geht auf diese Voraussetzung nur mit der rhetorischen Frage ein, was die DTAG daran hindern sollte, „auf Newcomer oder auf Wettbewerbsvorstöße etablierter Konkurrenten unmittelbar, falls notwendig am gleichen Tag zu reagieren“.⁷⁶⁾ Substantiierte Belege für diese Behauptung sucht man im Gutachten der Monopolkommission vergebens. Es erscheint mit Blick auf die Komplexität der Telekommunikationsmärkte vielmehr unwahrscheinlich, dass die DTAG zu derartig schnellen Reaktionen in der Lage wäre. Nicht eingegangen ist die Monopolkommission jedoch auf einen naheliegenden Einwand gegen das Vorliegen eines bestreitbaren Marktes: Die Bestreitbarkeit eines Marktes ist nur dann gewährleistet, wenn Kunden keine Präferenzen für einzelne Anbieter haben.⁷⁷⁾ Eine Präferenz der Kunden für die DTAG könnte jedoch der derzeitigen Ausgestaltung des Ferngesprächverkehrs immanent sein:⁷⁸⁾ Alle Kunden, die ihren Teilnehmeranschluss von der DTAG gemietet haben, telefonieren auch bei Ferngesprächen automatisch über die DTAG, sofern sie keine Verbindungsnetzbetreiberkennzahl vor der Teilnehmernummer wählen. Anders ist auch der Marktanteil der DTAG von 65% bei Ferngesprächen (1. Quartal 1999) trotz größtenteils deutlich höherer Preise als die der jeweiligen Preisführer nicht zu erklären.⁷⁹⁾

Doch unabhängig davon, ob die Voraussetzungen des Konzeptes der bestreitbaren Märkte vorliegen, hätte die Monopolkommission die Frage untersuchen müssen, inwiefern das Vertrauen auf die Selbstregulierung des Marktes im Sinne des Konzeptes der bestreitbaren Märkte überhaupt eine taugliche Regulierungsoption dar-

73) Der Frage nach der Wahrscheinlichkeit einer solchen „Achterbahn-Bepreisung“ durch die DTAG angesichts naheliegender Imageverluste und hoher Transaktionskosten soll hier nicht weiter nachgegangen werden; skeptisch insoweit auch *Immenga*, MMR 2/2000, S. V (V).

74) Die RegTP hat die DTAG allerdings noch bis Ende 2000 zur Durchführung des Inkassos für die Wettbewerber verpflichtet, vgl. Pressemitteilung der RegTP vom 21.2.2000; abrufbar im Internet (Stand: 10.4.2000) unter http://www.regtp.de/aktuelles/start/fs_03.htm. Vgl. auch *Scherer*, NJW 2000, 772 (781 f.).

75) So nämlich *Koenig/Loetz*, K&R 2000, 153 (159ff.), mit dem Hinweis auf entsprechende Bestrebungen in der Praxis.

76) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3.12.1999, Ziff. 67.

77) Vgl. die Nachweise bei *v. Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 89.

78) Auf die Bedeutung von Kundenpräferenzen für Markterfolge und -misserfolge weist auch *v. Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 59, hin.

79) Derlei Kundenpräferenzen könnten möglicherweise vermieden werden, wenn Kunden, die sich innerhalb einer bestimmten Frist nicht für einen Verbindungsnetzbetreiber – beispielsweise im Hinblick auf die Abwicklung von Ferngesprächen – entschieden haben, einem solchen zugewiesen werden. Die Kunden telefonieren dann bei allen Ferngesprächen über diesen Verbindungsnetzbetreiber, sofern sie keine andere Verbindungsnetzbetreiberkennzahl vorwählen. Die Auswahl kann anhand verschiedener Kriterien (Zufall, günstigster Preis etc.) und gegebenenfalls auch für jeden einzelnen Anruf erfolgen.

stellt. Immerhin ist das Konzept der bestreitbaren Märkte zum Teil auf entschiedene Ablehnung gestoßen.⁸⁰⁾ Letztlich scheint die Monopolkommission aber dem Aspekt der potenziellen Konkurrenz und einer dafür notwendigen differenzierten Analyse der Marktzutritts- und Austrittsbarrieren insgesamt einen unzureichenden Rang einzuräumen. Dies ist schon deshalb bedenklich, weil die Aspekte des potenziellen Wettbewerbs und der Marktzutrittschancen bei der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB ebenso berücksichtigt werden müssen wie die Marktanteile. Letztlich scheint die Monopolkommission im Ergebnis einer in den USA verstärkt vertretenen These anzuhängen, dass ein gesicherter Wettbewerb erst dann anzunehmen ist, wenn der ehemalige Monopolist Marktanteile unterhalb bestimmter Schwellen aufweist (meist wird hierbei von 50 Prozent ausgegangen⁸¹⁾) und eine adäquate Anzahl (etwa vier bis fünf) potenter Wettbewerber am Markt teilnehmen.⁸²⁾ Aufgabe der Monopolkommission wäre es jedoch gewesen, mit ihrem ökonomischen Sachverstand die Kriterien zu entwickeln, die eine Rückführung der Sonderregulierung des TKG zu begründen vermögen, um gemäß ihrem Auftrag aus § 81 Abs. 3 TKG die gesetzgeberische (Neu-)Entscheidung über die Entgeltregulierung vorzubereiten.⁸³⁾ In diesem Kontext wäre dann unter Umständen zu überlegen gewesen, ob nicht auch ein – angesichts möglicherweise bestreitbarer Märkte bestehender – potenzieller Wettbewerb als funktionsfähiger Wettbewerb im Sinne des TKG verstanden werden kann.⁸⁴⁾

V. Aufgabe der Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach dem genauen Umfang der Aufgabe der Monopolkommission. § 81 Abs. 3 Satz 1 TKG zielt nach seinem Wortlaut ausschließlich darauf ab, ob gegenwärtig funktionsfähiger Wettbewerb besteht, während der insoweit vergleichbare § 24b Abs. 3 Satz 1 GWB den dortigen Untersuchungsauftrag der Monopolkommission auch auf die „absehbare Entwicklung“ erstreckt.⁸⁵⁾ Die Prüfung des funktionsfähigen Wettbewerbs beinhaltet – wie bereits dargelegt – auch die Berücksichtigung bereits jetzt greifenden potenziellen Wettbewerbs. Fraglich ist aber, ob auch zukünftige Entwicklungen – wie etwa die alternativen Netzinfrastrukturen (z. B. Powerline) – in die Betrachtung mit einzubeziehen sind. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang eine Mitteilung des britischen Office of Telecommunications (OFTEL)⁸⁶⁾ vom Januar 2000, in dem dieses angekündigt hat, künftig bei der Beurteilung der Notwendigkeit der Entgeltregulierung die voraussichtliche Entwicklung in den nächsten vier

80) Vgl. die Nachweise bei *v. Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 59; s. ferner *Schmidt*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, S. 70; *Hegemann*, WISU 1986, 585 (587). Vgl. auch *The Economist*, May 2, 1998: „The Trustbusters' New Tools“; abrufbar im Internet (Stand: 10. 4. 2000) unter <http://www.britannica.com/bcom/magazine/article/0,5744,45121,00.html>.

81) Wobei im Fall AT & T die Federal Communications Commission festgestellt hat, dass trotz eines höheren Marktanteils AT & T keine marktbeherrschende Stellung auf den Fernleistungsmärkten mehr innehat (FCC 95-427, bekannt gegeben am 23. 10. 1995; FCC 96-209, bekannt gegeben am 9. 5. 1996; FCC 98-253, bekannt gegeben am 5. 10. 1998).

82) Vgl. exemplarisch *Shepherd*, *The Economics of Industrial Organization*, 4. Aufl. 1997, S. 411. Spätestens dann bedürfte es allerdings einer exakten Abgrenzung der verschiedenen Märkte.

83) Der Tätigkeitsbericht der RegTP und das Sondergutachten der Monopolkommission sollen nach dem Normzweck des § 81 TKG Entscheidungshilfen für den Gesetzgeber im Hinblick auf die zukünftige Regulierung der Telekommunikationsmärkte darstellen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Lampert*, WuW 1998, 27(37).

84) So etwa *Immenga*, WuW 1999, 949 (958).

85) § 24b Abs. 3 Satz 1 GWB lautet: „Die Monopolkommission soll in ihrem Gutachten den jeweiligen Stand der Unternehmenskonzentration sowie deren *absehbare Entwicklung* unter wirtschafts-, insbesondere wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten beurteilen und die Anwendung der §§ 22 bis 24a würdigen“ (Hervorhebung durch die Verfasser). Auf die Vergleichbarkeit der beiden Normen weist auch *Geppert*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 1997, § 81 Rdnr. 9, hin.

86) Üblicherweise wird OFTEL als die britische Regulierungsbehörde bezeichnet. Nach dem Telecommunications Act 1984 ist jedoch der Director General of Telecommunications (DGT) Träger diesbezüglicher Rechte und Pflichten, OFTEL hingegen unterstützt diesen lediglich, vgl. *Humpert*, K&R 1999, 457 (457).

Jahren zu berücksichtigen.⁸⁷⁾ In der Tat scheint angesichts der weiterhin ungebrochenen Dynamik der Telekommunikationsmärkte die Berücksichtigung der voraussichtlichen zukünftigen Entwicklung sinnvoll. Die Nichtberücksichtigung der zukünftigen Entwicklung erscheint auch deshalb misslich, weil erfahrungsgemäß zwischen dem Erstellen von Gutachten und dem Befassen der gesetzgebenden Körperschaften (s. § 81 Abs. 1 Satz 1 TKG) ein Zeitraum von mehreren Monaten vergeht. Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass die von der Monopolkommission verwendeten Marktdaten im Zeitpunkt der Verwertung durch Bundestag und Bundesrat fast ein Jahr alt und damit nahezu unbrauchbar sind. Eine entsprechende teleologische Interpretation der Gesetzesbestimmung und daran orientierte Ausführung des Auftrags hätte den Wert des Berichts folglich erheblich gesteigert.

Auch in einer anderen Hinsicht erscheint der Prüfungsansatz der Monopolkommission unnötig eingeschränkt. So ist der gesamte Bericht darauf angelegt zu prüfen, ob etwaige Bestimmungen des TKG zu streichen sind. Der Prüfungsumfang im Hinblick auf Konsequenzen für einzelne Bestimmungen des TKG darf aber keinesfalls ausschließlich „kassatorisch“ verstanden werden, auch wenn das für die Bestimmungen der Entgeltregulierung entsprechend formuliert ist. Dies stellt jedoch nur einen besonderen Fokus angesichts des Umstandes dar, dass gerade die Entgeltregulierung als Übergangslösung konzipiert ist.⁸⁸⁾ Vielmehr erscheint es genauso prüfenswert, ob nicht ein Änderungs- und Optimierungsbedarf im Hinblick auf einzelne Bestimmungen besteht. So konstatiert die Monopolkommission eine beklagenswert geringe Entwicklung des Infrastrukturwettbewerbs.⁸⁹⁾ Dann erscheint der Einwand der Kritiker einer umfassenden asymmetrischen Regulierung im Bereich der Festnetztelefonie allerdings erwägenswert, dass das TKG keine Anreize für den Aufbau von Infrastruktur schaffe.⁹⁰⁾ Die Gewährung von Netzzugangsrechten verbunden mit staatlich bestimmten Zusammenschaltungsentgelten hätte lediglich Anreize zur kurzfristigen Förderung des Dienstleistungswettbewerbs gesetzt. So blieben die Wettbewerber vom Zugang zu den Netzen der DTAG und damit von der Tätigkeit der Regulierungsbehörde abhängig.⁹¹⁾ Die einseitige Förderung des Dienstleistungswettbewerbs kann so zur Verfestigung der faktischen Infrastrukturmonopolsituation und zur Etablierung langfristig anhaltenden Regulierungsbedarfs beim Netzzugang führen.⁹²⁾ Dagegen befürwortet die Monopolkommission niedrige Vorleistungspreise.⁹³⁾ Diese haben aber zur Folge, dass weiterhin nur niedrige Anreize für den Aufbau von Infrastruktur durch die Wettbewerber gesetzt werden. Darin liegt ein Widerspruch zur primären Orientierung der Monopolkommission an der Gewährleistung eines Netzwettbewerbs. Es ist allerdings zu bedenken, dass einige Wettbewerber seit Marktöffnung in nicht unerheblichem Umfang in eigene Infrastruktur im Festnetzbereich investiert haben.⁹⁴⁾ Außerdem scheinen die Investitionen zum Aufbau alternativer Kommunikationsnetze sogar zur Überbrückung der letzten Meile (Powerline, Richtfunk) ebenfalls erheblich und kurz vor dem Durchbruch zu einer verbreiteten Anwendung.⁹⁵⁾ Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob der Infrastrukturwettbewerb künftig tatsächlich so gering ausgeprägt sein wird wie vielfach behauptet.

87) OFTEL strategy statement, „Achieving the best deal for telecoms consumers“, Januar 2000, S. 9/21: „Control of prices should be limited to those areas where competition is ineffective now and in prospect (4 year +)“; abrufbar im Internet (Stand: 10. 4. 2000) unter <http://www.oftel.gov.uk/about/strat100.htm#Chapter 4>.

88) Auf Letzteres weist die Monopolkommission explizit hin, Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 61.

89) Darauf weist *Knieps*, MMR 2/2000, S. VI (VII) hin.

90) *Hefekäuser*, MMR 1999, 144 (145); *Knieps*, MMR-Beilage 3/1999, 18 (18).

91) *Engel*, MMR-Beilage 3/1999, 7 (14); *Hefekäuser*, MMR 1999, 144 (147).

92) v. *Wichert-Nick*, MMR 1999, 711 (713).

93) Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 73, 75

94) Vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten vom 3. 12. 1999, Ziff. 45, und RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. III und 116; vgl. auch *Knieps*, MMR 2/2000, S. VI (VII): Ende 1999 verfügten 13 Anbieter über ein flächendeckendes Verbindungsnetz.

95) Vgl. dazu etwa *Süddeutsche Zeitung* vom 24. 2. 2000; abrufbar im Internet (Stand: 10. 4. 2000) unter http://userpage.fu-berlin.de/~dittbern/Telekom/Aus_Medien/67.html#SZ_1, ferner F.A.Z. vom 18. 3. 2000, S. 22.

Schließlich ist die Wahrnehmung der Prüfungsmöglichkeiten der Monopolkommission auch in einer dritten Hinsicht unbefriedigend. So hätten gewiss auch Aussagen dazu geholfen, inwiefern die Möglichkeiten einer „Deregulierung“ bzw. einer „light handed regulation“ im Rahmen des TKG selbst auszuschöpfen sind. Die Überprüfung der „notwendigen Konsequenzen für einzelne Bestimmungen“ des TKG umfasst nämlich nicht nur die Frage nach legislatorischen Modifikationsoptionen, sondern auch nach regulatorischer Neuorientierung bei der Anwendung der bestehenden Regulierungsinstrumente. Beispielsweise wäre zu prüfen gewesen, ob nicht eine weitere Verlagerung von der aufwendigen Einzelpreisgenehmigung zur Price-Cap-Regulierung angezeigt wäre.⁹⁶⁾ So sind Ausgangspunkt der Entgeltregulierung die „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“.⁹⁷⁾ An diesen haben sich gemäß § 24 Abs. 1 TKG die Entgelte zu orientieren. Neben dieser sehr aufwendigen Einzelpreisgenehmigung existiert die so genannte Price-Cap-Regulierung, die nicht an Einzelkostennachweisen, sondern an durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für die in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen ausgerichtet ist (§ 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG).⁹⁸⁾

VI. Fazit

Bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des funktionsfähigen Wettbewerbs sind die Grundannahmen des ökonomischen Leitbildes zu beachten. Die von der Monopolkommission implizierte Gleichsetzungsthese, die besagt, dass funktionsfähiger Wettbewerb dann und nur dann vorliegt, wenn marktbeherrschende Stellungen wegfallen, greift zu kurz. Funktionsfähiger Wettbewerb kann zum einen trotz bestehender marktbeherrschender Stellungen vorliegen und zum anderen trotz des Wegfalls der Marktdominanz von Unternehmen fehlen. In Bezug auf die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des funktionsfähigen Wettbewerbs kommt der Monopolkommission ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser Beurteilungsspielraum entbindet sie aber nicht davon, ihr Wettbewerbsverständnis offen zu legen und zu begründen. An beidem fehlt es in dem Sondergutachten. Diese Mängel – fehlende Transparenz der Grundannahmen und unzulängliche Begründungen – zeigen sich auch bei der Marktanalyse. Ein Ersatz für die derzeitige Entgeltregulierung der Endkundenmärkte könnte theoretisch zum einen über die ex-post-Regulierung nach dem GWB und zum anderen über den Markt selbst hergestellt werden. Die Monopolkommission hat es allerdings versäumt, die Frage zu untersuchen, ob und in welchem Umfang das Vertrauen auf die Selbstregulierung des Marktes im Sinne des Konzeptes der bestreitbaren Märkte gegenwärtig überhaupt eine taugliche Regulierungsoption sein kann. Aufgabe der Monopolkommission wäre es gewesen, diese wichtige Frage mit ihrem ökonomischen Sachverstand umfassend zu erörtern, um gemäß ihrem Auftrag aus § 81 Abs. 3 TKG die gesetzgeberische Entscheidung über die Aufrechterhaltung

96) Für einen solchen Abbau *Hefekäuser*, MMR 2000, Heft 3, S. XI f.; zur Kritik an der Korbbildung bei der Price-Cap-Regulierung *Schütz*, MMR 2000, Heft 3, S. XVI, der die Gefahr von Quersubventionsmöglichkeiten für die DTAG begründet sieht.

97) § 3 Abs. 2 der auf Grundlage des § 27 Abs. 4 Satz 1 TKG ergangenen Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) bestimmt: „Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.“ S. dazu die ausführliche Darstellung der RegTP, Tätigkeitsbericht 1998/99 (Dezember 1999), S. 42 ff.; zum Streit über die Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung vgl. *Doll/Wieck*, MMR 1998, 280 ff.; *Knieps*, MMR 1998, 598 ff.; *Vogelsang*, MMR 1998, 594 ff.; *Scherer*, NJW 2000, 772 (775).

98) S. zu dem Verfahren *Schütz/Müller*, MMR 1999, 128 (130); §§ 4 und 5 TEntgV; § 4 Abs. 1 und 2 TEntgV normiert: „(1) Die Regulierungsbehörde hat zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festzustellen. (2) Die Maßgrößen für die Genehmigung nach § 1 Abs. 2 umfassen 1. eine gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate, 2. die zu erwartende Produktivitätsfortschritttrate des regulierten Unternehmens und 3. Nebenbedingungen, die geeignet und erforderlich sind, die Einhaltung der Anforderungen nach § 24 Abs. 2 des Gesetzes zu gewährleisten.“ Die Beschränkungen der Preiskontrolle wirken sich besonders bei marktbeherrschenden Unternehmen aus, die sowohl auf den Vorleistungs- als auch auf den Endkundenmärkten einer Preisregulierung unterworfen sind (sog. Doppelregulierung), vgl. v. *Wichert-Nick*, MMR 1999, 711 (713); *Immenga*, WuW 1999, 949 (950).

des Regulierungsrahmens insbesondere hinsichtlich der Entgeltregulierung vorzubereiten. Die Berücksichtigung der voraussichtlichen zukünftigen – auf die Marktstruktur bezogenen – Entwicklung der Telekommunikationsmärkte durch die Monopolkommission wäre ebenfalls angezeigt gewesen, genauso wie weiterführende Überlegungen zu etwaigem Verbesserungsbedarf einzelner Normen des TKG. Schließlich wäre eine interpretatorisch zu leistende Neuausrichtung der *de lege lata* bestehenden Regulierungsinstrumente innerhalb des TKG zu erörtern gewesen.

Das Gutachten der Monopolkommission weist neben den genannten Mängeln und unnötigen Beschränkungen weitere Schwachstellen auf. So wäre beispielsweise die Berücksichtigung alternativer Regulierungskonzepte anderer Staaten begründenswert. Wenn jedoch nur selektiv auf den Misserfolg der „light-handed regulation“ in Neuseeland verwiesen wird,⁹⁹⁾ ist dies angesichts anderer Beispielstaaten mit erwägenswerten, alternativen Regulierungsstrategien, wie beispielsweise im Vereinigten Königreich, unzureichend.¹⁰⁰⁾ Die Frage, welcher Anpassungsbedarf im Hinblick auf das TKG besteht, ist damit weiter offen. Dabei muss jede Antwort berücksichtigen, dass Veränderungen des Regulierungsrahmens im Telekommunikationsrecht einerseits zunächst mit erneuter Rechtsunsicherheit für die Marktteilnehmer verbunden wären und andererseits die Gefahr ordnungspolitisch bedenklicher „package deals“ im Gesetzgebungsverfahren besteht. Änderungen wollen deshalb wohl überlegt sein. Ein fantasievollerer und gewissenhafterer Bericht der Monopolkommission hätte jedenfalls auf dem unbefestigten und daher vorsichtig abzuschreitenden Weg der Deregulierung dringend benötigte Orientierungshilfen geben können.

99) Monopolkommission, Sondergutachten vom 3.12.1999, Ziff. 64.

100) Gegenbeispiele (USA, Großbritannien, Kanada) werden etwa von *Knieps*, MMR 2/2000, S. VI (VII) genannt. Dabei sind allerdings die Regulierungssysteme sehr sorgfältig zu untersuchen. So zeichnet sich in Großbritannien gegenwärtig keine Deregulierung der Entgeltbestimmungen ab, vgl. *OFTEL*, Price Control Review März 2000; abrufbar im Internet (Stand 10.4.2000) unter <http://www.oftel.gov.uk/pricing/per0300.htm>