

Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten

Ökonomische und juristische Perspektiven
zum Umfang der Regulierung

von

Professor Dr. Christian Koenig, LL. M., Bonn
Professor Dr. Ingo Vogelsang, Boston

Dr. Jürgen Kühling, LL. M., Bonn
Sascha Loetz, Bonn
Andreas Neumann, Bonn

»IIP

Verlag Recht und Wirtschaft GmbH
Heidelberg

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	15
Tabellenverzeichnis.....	19
Einleitung.....	21

1. Teil: Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs

I. Wettbewerbliche Leitbilder.....	23
1. Das klassische Konzept des vollständigen Wettbewerbs.....	23
2. Das Konzept bestreitbarer Märkte und der disaggierte Regulierungsansatz.....	24
3. Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs.....	26
4. Der „industrial organization“-Ansatz und „workable competition“.....	28
5. Das Wettbewerbskonzept der Chicago-Schule.....	31
II. Der Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ im allgemeinen Wettbewerbsrecht.....	32
1. Der Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ im deutschen Wettbewerbsrecht.....	32
a) „Funktionsfähiger Wettbewerb“ als Schutzobjekt des GWB	32
b) Der Begriff in der Spruchpraxis des BGH.....	33
c) Das Verständnis des Bundeskartellamts.....	34
d) Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs in der wettbewerbsrechtlichen Literatur.....	36
e) Zwischenergebnis.....	38
2. Funktionsfähiger Wettbewerb im allgemeinen Wettbewerbsrecht der Europäischen Gemeinschaft.....	39
III. Allgemeine Kriterien für die Funktionsfähigkeit von Wettbewerb.....	43
1. Wettbewerbsfunktionen.....	43
2. Marktstrukturkriterien.....	44
3. Marktverhaltenskriterien.....	47
4. Marktergebniskriterien.....	49
5. Synthese und Zusammenspiel der Kriterien (Tradeoffs).....	51
6. Funktionsfähigkeit und Marktbeherrschung.....	57
7. Funktionsfähigkeit und Marktabgrenzung.....	63

2. Teil: Funktionsfähiger Wettbewerb im Sinne des Telekommunikationsgesetzes

1. Das telekommunikationsrechtliche Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs.....	65
--	----

1.	Der Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ im deutschen Telekommunikationsrecht.....	65
a)	„Funktionsfähiger Wettbewerb“ als Ziel des TKG-Gesetzgebers.....	65
b)	Die Auslegung des Begriffs in der gerichtlichen Spruchpraxis zum TKG.....	66
c)	Auslegung des Begriffs durch die Regulierungsbehörde...:	67
d)	Das Verständnis der Monopolkommission.....	70
aa)	Das erste Sondergutachten (1999).....	71
bb)	Das zweite Sondergutachten (2001).....	71
cc)	Zwischenergebnis.....	73
e)	Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs in der telekommunikationsrechtlichen Literatur.....	74
f)	Zwischenergebnis.....	78
2.	Funktionsfähiger Wettbewerb und vergleichbare Konzepte in anderen Telekommunikationsrechtsordnungen.....	79
a)	Vereinigte Staaten von Amerika.....	80
b)	Vereinigtes Königreich.....	83
aa)	Der Begriff der „effective competition“.....	83
bb)	Die Feststellung von „effective competition“.....	84
(1)	Marktanalyse.....	84
(2)	Indikatoren für „effective competition“.....	85
cc)	Zwischenergebnis.....	86
c)	Österreich...;...:	86
d)	Zwischenergebnis.....	89
II.	Funktionsfähiger Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten aus ökonomischer Sicht.....	90
1.	Ökonomische Besonderheiten der Telekommunikation als Netzwerk Wirtschaft.....	90
a)	Netzeigenschaft und Netzexternalität.....	90
b)	Nutzungsexternalität.....	91
c)	Skalenerträge und Verbundvorteile.....	91
d)	Versunkene Kosten.....	92
aa)	Exogene versunkene Kosten.....	92
bb)	Endogene versunkene Kosten.....	93
e)	Konvergenz der Medien und Netze durch schnellen technischen Fortschritt.....	94
f)	Engpässe im Vorleistungsbereich.....	95
2.	Funktionsfähigkeit und Regulierung im Telekommunikationssektor.....	96
a)	Begriff der Funktionsfähigkeit angesichts Regulierung.....	96
b)	Vorausschauende Betrachtung.....	97
c)	Regulierungsinstrumente zur Korrektur von Funktionsunfähigkeit.....	99

3.	Auswirkungen der ökonomischen Besonderheiten und der Regulierung auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor.....	100
4.	Funktionsfähigkeit von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb.....	106
III.	Rechtlicher Bedeutungsgehalt des Begriffs.....	111
1.	Funktionsfähiger Wettbewerb als unbestimmter Rechtsbegriff. . . .	111
a)	Verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen für die Verwendung unbestimmter Rechts begriffe.....	111
b)	Ökonomische Determinierung des Begriffs.....	113
2.	Marktabgrenzung und funktionsfähiger Wettbewerb.....	118
3.	Marktbeherrschung und funktionsfähiger Wettbewerb.....	120
ä)	Analyse des § 81 Abs. 3 TKG.....	120
b)	Ein beziehbarkeit der Wettbewerbsfunktionen in den Marktbeherrschungsbegriff.....	123
4.	Funktionsfähiger Wettbewerb als Deregulierungskriterium.	125
a)	Analyse des § 81 Abs.,3;TKG.....	126
aa)	Dauerhafte Abwesenheit marktbeherrschender Stellungen als Voraussetzung für den Abbau von Regulierungsinstrumenten?.....	127
bb)	Strukturelle Sicherung als Voraussetzung für den Abbau von Regulierungsinstrumenten.....	129
b)	Strukturelle Sicherung als Begriffsmerkmal des funktionsfähigen Wettbewerbs.....	131
c)	Strukturelle Sicherung als infrastrukturelle Sicherung?.....	133
d)	Zwischenergebnis.....	134
5.	Funktionsfähiger Wettbewerb als netzgestützter Wettbewerb.	134
6.	Übertragbarkeit kartellrechtlicher Kriterien zur Feststellung funktionsfähigen Wettbewerbs.....	135
7.	Funktionsfähiger Wettbewerb im System der Regulierungsziele.....	139
a)	Chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb im System der Regulierungsziele.....	139
aa)	Chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb als Mittel zur Erreichung der Regulierungsziele?.....	140
bb)	Instrumentalisierung der Regulierungsziele zur Wahrung der Nutzerinteressen als zentralem Ziel der Regulierung?.....	143
cc)	Zielkonflikte zwischen chancengleichem und funktionsfähigem Wettbewerb und den sonstigen Regulierungszielen?.....	144
b)	Das Verhältnis von chancengleichem zu funktionsfähigem Wettbewerb.....	147
c)	Zwischenergebnis.....	150

3. Teil: Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Märkten der Telekommunikation und deren zukünftige Regulierung

I.	Exemplarische Untersuchung relevanter Entwicklungen in den Vereinigten Staaten von Amerika und dem Vereinigten Königreich.....	151
	1. §271 des US-amerikanischen Telecommunications Act 1996.	151
	2. Oftel-Entscheidung zu „effective competition“ im Mobilfunkbereich.....	153
	3. Zwischenergebnis.....	155
II.	Auswirkungen des neuen gemeinschaftsrechtlichen Rahmens	156
	1. „Wirksamer Wettbewerb“ als Schlüsselbegriff des neuen Rechtsrahmens?.....	156
	a) „Wirksamer Wettbewerb“ als gemeinschaftsrechtliche Adaption der Gleichsetzungsthese?.....	157
	b) Autonome Bestimmung des Begriffs des wirksamen Wettbewerbs?.....	159
	c) Zwischenergebnis.....	162
	2. Verwendung des Steuerungskriteriums „funktionsfähiger Wettbewerb“ im Rahmen der mitgliedstaatlichen Umsetzung.	163
	a) Regulierung in Bezug auf Dienste für Endnutzer (Art. 17 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie).....	164
	b) Vorleistungsregulierung gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht (Art. 9-13 Zugangsrichtlinie).....	167
	c) Funktionsfähiger Wettbewerb als Steuerungskriterium für die Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde.....	171
	d) Konsequenzen für die Verwendung des Begriffs „funktionsfähiger Wettbewerb“ im Rahmen des geltenden TKG.....	171
	3. Zwischenergebnis.....	173
III.	Anpassungs- und Fortentwicklungsbedarf zentraler Regulierungsinstrumente.....	176
	1. Regulierungsinstrumente zur Erhöhung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs.....	177
	a) Endnutzerregulierung.....	177
	aa) Verbesserung der Price-Cap-Regulierung.....	177
	bb) Anschlussleitung als Dienst/Board-to-Board-Ansatz	180
	cc) Einzelgenehmigung.....	181
	b) Vorleistungsregulierung.....	186
	aa) Kostengerechtere Preissetzung (CBC).....	186
	bb) Price Caps für Vorleistungen	187
	cc) Sanktionen bei nicht fristgerechter oder diskriminierender Bereitstellung von Vorleistungen, Performance-Kontrolle der Qualität.....	189
	dd) Resale-Regulierung.....	191

ee) Langfristiger Bestandsschutz.....	191
ff) Einführung eines „necessary“- und „impair“-Standards. . . .	193
gg) Bewusste Politik der Infrastrukturduplizierung.....	194
hh) Vertikale Separierung von „Bottlenecks“.....	196
ü) Der Tradeoff zwischen Regulierungsinstrumenten.....	197
2. Alternative Entgeltregulierungsinstrumente im Endnutzerbereich bei Marktbeherrschung trotz bestehenden oder schon funktionsfähigen Wettbewerbs.....	198
a) Resale-Regulierung als Ersatz für Endnutzerregulierung.....	199
b) Ausnutzung der Korbbildung für Deregulierungsstufen.....	199
c) Zwischenlösung zwischen Ex-ante- und Ex-post-Regulierung bei voraussichtlich funktionsfähigen Märkten.....	199
aa) Behinderungsmisbrauch ex ante / Ausbeutungsmisbrauch ex post.....	200
bb) Price Floors anstelle von Price Caps.....	200
cc) Deregulierung der Standardtarife und Einzelregulierung von Options- und Bündeltarifen.....	200
dd) Laufende Informationspflichten trotz Ex-post-Regulierung.....	201
ee) Pönalen.....	201
Zusammenfassung.....	203
Thesen und Empfehlungen.....	212
Prüfungsschema „funktionsfähiger Wettbewerb“.....	215
Anhang 1: Struktur-, Verhaltens- und Ergebniskriterien für die einzelnen Funktionen	216
1. Preisliche Allokation.....	216
2. Verteilung.....	216
3. Kontrolle.....	216
4. Freiheit.....	216
5. Produktive Allokation.....	217
6. Anpassung.....	217
7. Innovation.....	217
Anhang 2: Abschätzung der Beständigkeit von Wettbewerb ohne Regulierung durch Oftel	218
Anhang 3: Workable Competition in the Telecommunications Markets	219
I. Introduction.....	219
II. The Concept of Workable Competition („funktionsfähiger Wettbewerb“).....	220
1. Concepts of Competition.....	220

- 2. The Term "Workable Competition" ("funktionsfähiger Wettbewerb") in General Competition Law.....220
- 3. General Criteria For Workability of Competition..... 221
- III. Workable Competition ("funktionsfähiger Wettbewerb") , ' in the Sense of the Telecommunications Act.....222
 - 1. The Telecommunications Law Concept of Workable Competition.....222
 - 2. Workable Competition ("funktionsfähiger Wettbewerb") in Telecommunications Markets ffrom an Economic Point of View ... 223
 - 3. Legal Meaning of the Term.....224
- IV. Workable Competition ("funktionsfähiger Wettbewerb") in the Telecommunications Markets and their Future Regulation.....226
 - 1. Exemplary Investigation of Relevant Developments in the USA and the United Kingdom.....226
 - 2. Repercussions of the New Community Law Framework.....226
 - 3. The Need for Adaptation and Further Development of Central Regulatcjry Instruments.....228
- V. Hypotheses and Recommendations.....229
- Assessment Diagram of Workable Competition
(„funktionsfähiger Wettbewerb“).....232
- Literaturverzeichnis.....233
- Sachregister.....252