

enreg. Institut für Energie- und Regulierungsrecht Berlin:
Workshop zum Regulierungsrecht
Effektives Verwaltungshandeln und effektiver Rechtsschutz:
Was leistet die Kategorie des „Regulierungsermessens“?

Kumulative und konkurrierende Zuständigkeiten des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur im TK-Regulierungsrecht

Berlin
29. Oktober 2015

Dr. Markus Wagemann

Bundeskartellamt
Vors. der 7. Beschlussabteilung



Gliederungsübersicht

2

- I. Einleitung
- II. Verhältnis Regulierungsrecht – Kartellrecht in der Missbrauchsaufsicht
- III. Zusammenarbeit BNetzA – BKartA
- IV. Jüngere Regulierungsverfahren – Beispiele für unterschiedliche Ermessens- und Abwägungsprozesse in TKG und GWB
- V. Deregulierung von TK-Märkten; „komplementäre“ Zuständigkeiten
- VI. Zusammenfassung

II. Verhältnis Regulierungsrecht – Kartellrecht in der Missbrauchsaufsicht

3

1. Verhältnis §§ 28, 42 TKG – Art. 102 AEUV

- Anwendung des Art. 102 AEUV durch EU-Kommission oder BKartA (§ 22 Abs. 3 GWB)
- Art. 102 AEUV ist als supranationales Recht nicht durch TKG eingeschränkt (Normenhierarchie), sondern parallel anwendbar.
- Zur Vermeidung von Doppelverfahren: „Praktische Subsidiarität“, vgl. *Mitteilung der KOM über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im TK-Bereich, ABl. EU C 265 v. 22.08.1998*

Kriterium (Rz. 58): Anwendung des Wettbewerbsrechts erübrigt sich, wenn die nationalen Regulierungsbehörden in formeller und materieller Hinsicht einen vergleichbar effektiven Rechtsschutz für alle Wettbewerber bieten (Frage des Aufgreifermessens)

2. Verhältnis § 42 TKG - § 19 GWB

§ 2 Abs. 4 TKG:

„Die Vorschriften des GWB bleiben, soweit nicht durch dieses Gesetz ausdrücklich abschließende Regelungen getroffen werden, anwendbar. Die Aufgaben und Zuständigkeiten der Kartellbehörden bleiben unberührt.“

- d.h. keine formelle Subsidiarität (Regelung wie § 111 EnWG fehlt).
- Aber Spezialität des TKG oder materielle Subsidiarität von § 19 GWB?

- Streitig im Schrifttum (vgl. Säcker, TKG. Kommentar, Einl. I, Rz. 44).
Wortlaut des § 2 Abs. 4 spricht gegen Spezialität, Wortlaut des § 42 Abs. 2 (\neq § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB) für Spezialität.
- Frage kann meistens offen bleiben angesichts der im TK-Bereich i.d.R. anzunehmenden zwischenstaatlichen Auswirkung eines Verhaltens auf einem bundesweiten TK-Markt und der damit möglichen Anwendung von Art. 102 AEUV.

3. Wann könnte Anwendung von Art. 102 AEUV relevant sein?

- BNetzA wird bei einem Missbrauchsverdacht (z.B. Zugangsverweigerung, überhöhte Entgelte, PKS) gar nicht tätig.
- BNetzA trifft eine aus Sicht des BKartA für den Wettbewerbschutz unzureichende Entscheidung
- BNetzA und BKartA eröffnen zu einem Missbrauchssachverhalt parallele Verfahren und stimmen sich ab; Entscheidung ggf. nur durch eine Behörde.

Voraussetzung stets:

Sektorspezifische Regulierung lässt dem marktbeherrschenden Unternehmen einen wettbewerblich nutzbaren Verhaltensspielraum

(vgl. State Action Doctrine des US-Rechts; EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Slg. 2010, I-09555 *Dt. Telekom/KOM*; Urt. v. 10.7.2014, ECLI:EU:C:2014:2062 *Telefonica/KOM*)

III. Zusammenarbeit BNetzA - BKartA

7

Grundsatz (§ 123 Abs. 1 Satz 4 TKG):

„Beide Behörden wirken auf eine einheitliche und den Zusammenhang mit dem GWB wahrende Auslegung dieses Gesetzes, auch beim Erlass von Verwaltungsvorschriften, hin.“

1. Einvernehmen (§ 123 Abs. 1 S. 1)

BNetzA entscheidet im Einvernehmen mit dem BKartA bei

- Marktdefinition und Marktanalyse (§§ 10, 11)
- Unbundling (§§ 40, 41)
- Flexibilisierung von Frequenzen (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 „keine Verzerrung des Wettbewerbs“)

2. Wechselseitiges **Stellungnahmerecht** (§ 123 Abs. 1 S.2u.3)

- für das BKartA in Zugangs- und Entgeltregulierungsverfahren der BNetzA (§§ 16ff., 27ff.) sowie in Verfahren nach § 77a; in der Praxis wird häufig von Stellungnahme abgesehen.
- für die BNetzA in Missbrauchsverfahren des BKartA im Bereich der Telekommunikation nach §§ 19,20 GWB, Art. 102 AEUV und in Hauptprüfverfahren Fusionskontrolle (§ 40 Abs. 2 GWB)
- jeweils: „rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens“

3. **Informationsaustausch** gem. § 50c Abs. 1 S. 1 GWB:

„Die Kartellbehörden, Regulierungsbehörden ... können unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, sowie diese in ihren Verfahren verwerten.“

- engere Zusammenarbeit als mit Bafin, Bundesbank, Landesmedienanstalten, vgl. § 50a Abs. 2 GWB!

4. **Informelle Zusammenarbeit** (z.B. im Rahmen der Versteigerung von Mobilfunkfrequenzen)

IV. Jüngere Regulierungsverfahren – Beispiele für unterschiedliche Ermessens- und Abwägungsprozesse in TKG und GWB

10

- Parallele Anwendung, aber ohne Entscheidung:

Verfahren gegen Deutsche Telekom wegen Verdachts einer Preis-Kosten-Schere beim Resale-Vorleistungsprodukt WIA DSL (im Verh. zu IP- Bitstrom)
- parallele Verfahrenseinleitung durch BNetzA und BKartA; Ermittlungen in enger Abstimmung
- positive und kostendeckende Preisdifferenz festgestellt
-> keine PKS;
Verfahren wurden eingestellt

(Fallbericht v. 7.6.2010, www.bundeskartellamt.bund.de)

Regulierungsverfahren 2013 - 2015

11

- Mobilfunkterminierung
- Bitstrom
- TAL, insbes. Vectoring am KVz
- Breitbandkooperationen

1. Bitstrom

12

- Marktanalyse (Juni 2015):
 - regulierungsspezifischer Ansatz \neq kartellrechtliche Marktabgrenzung
 - Regionalisierung bei 20 Städten aufgrund nachhaltigen Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt für Breitbandanschlüsse
 - 4 Marktstrukturparameter/Layer2Bitstrom-Bedingung: plausibel
- Zugangsregulierung (anhängiges Verfahren):
Layer3 ex post,
Layer2 ex ante (mit Maßstab des § 28 TKG)
- Layer2-Standardangebot (anhängiges Verfahren)

2. TAL, insbes. Vectoring am KVz

13

- TAL-Marktanalyse 2015:
mit Einvernehmen des BKartA

- Vectoring I (Aug. 2013): mit Stellungnahme des BKartA
 - Die in wettbewerblicher Hinsicht unschöne Exklusivität am KVz wird durch Prinzip des „Windhundrennens“ aufgefangen.
 - Ausgewogene Tenorierung: Bestandsschutz u. Ausnahmen
 - Führung der Vectoring-Liste durch die Deutsche Telekom enthält ein Missbrauchspotenzial; konzerninterne „Chinese Walls“ sind nicht wirklich kontrollierbar.

- Vectoring II (laufendes Verfahren):
↔ Beseitigung des Drittzugangs zur VDSL-TAL am HVt?

Unterschiedliche Ermessens- und Abwägungsprozesse:

- Schutzgut des Kartellrechts: Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs durch Offenhaltung der Märkte („eindimensional“); § 19 GWB: Aufgreifermessen, z.T. Interessenabwägung
≠ TKG-Regulierung: Abwägung von 9 Regulierungszielen
Hier u.a. § 2 II Nr. 2 Wettbewerb
§ 2 II Nr. 5 Beschleunigter Ausbau von NGA-Netzen
- Ad Nr. 2: Beeinträchtigung des Infrastrukturwettbewerbs?
Verzögerung des Glasfaserausbaus?
Mehr Wettbewerb gegenüber Kabelnetzen?
Zugang zu Ersatzprodukt mit höherer Geschwindigkeit?
- Ad Nr. 5: „Nettoeffekt“ erheblich oder nicht?
Ersatzprodukt akzeptabel oder nicht?
- Gewichtung der betroffenen Regulierungsziele

Verfahrensaspekte:

- langes, ermittlungsintensives Verfahren mit starkem Interesse von Öffentlichkeit und Politik
- BKartA steht in engem Kontakt zur zuständigen Beschlusskammer; stetiger informeller Meinungs austausch; formal: Stellungnahmerecht des BKartA nach § 123 TKG zum Entscheidungsentwurf
- Öffentlich-rechtlicher Vertrag BNetzA – Deutsche Telekom?
 - zwiespältige Erfahrungen des BKartA in der Fusionskontrolle
 - Vertrag birgt Risiken für die Entscheidungsfreiheit

3. Breitbandkooperationen

16

Kontingentmodell (NGA-Kooperationen):

DTAG – Telefonica (Layer3-Bitstrom):

BNetzA: Prüfung auf Missbräuchlichkeit der Entgelte
(eingestellt)

BKartA: Entscheidung nach § 32c GWB iVm § 1 GWB v.
5.11.2014 (www.bundeskartellamt.de): Keine bezweckte
oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung

DTAG – Vodafone (Layer2-Bitstrom; Verfahren anhängig)

V. Deregulierung von TK-Märkten; „komplementäre“ Zuständigkeiten

17

- Entlassung der meisten Endkundenmärkte aus der TKG-Regulierung + Reduzierung der regulierten Vorleistungsmärkte
- Regionalisierung + Entlassung von 20 lokalen Märkten für Layer3-Bitstrom aus der Regulierung ins allg. Kartellrecht (2015)
- Markt 1 der EU-Märkteempfehlung 2007 (Endkundenzugang Festnetz) :
2013 von BNetzA noch als regulierungsbedürftig angesehen, da DTAG weiterhin marktmächtiges Unternehmen;
ggf. demnächst anders zu würdigen, wenn sich Marktstruktur gegenüber den Zahlen von 2011 infolge des Wettbewerbsdrucks der Kabelnetzbetreiber wesentlich geändert haben sollte.
- Sondersituation: Sendeeinrichtungen für UKW-Sender
 - UKW-Antennen: Regulierung der Media Broadcast durch BNetzA (Marktöffnung für Drittdienstleister ab 2016!)
 - Sendemasten: TKG (-); lfd. Verfahren des BKartA gegen die Deutsche Funkturm GmbH nach §§ 19, 20 GWB

VI. Zusammenfassung

18

- Konkurrierende Zuständigkeiten sind im Gesetz angelegt, aber bislang nicht wirklich praxisrelevant geworden.
- Die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs (§ 2 II Nr. 2 TKG) sollte ebenso wie im Kartellrecht im Sinne einer Offenhaltung der Märkte verfolgt werden.
- In bestimmten (Vorleistungs-)Märkten ist Regulierung weiterhin unverzichtbar.
- Die von öffentlichkeitswirksamen Regulierungsverfahren geprägten Jahre 2013 - 2015 belegen die gute und verlässliche Zusammenarbeit BNetzA - BKartA.

BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V.

- gemeinsame Sitzung der BREKO-Arbeitskreise -

19



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Dr. Markus Wagemann
Bundeskartellamt
Vorsitzender B7