

Kernforderungen der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG zur Novelle des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen (TKG-E)

Im Rahmen der derzeitigen Beratungen des deutschen Bundestages zur Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG-E) bittet die E-Plus Gruppe als deutschlandweit wettbewerbsaktivster Mobilfunkanbieter die nachfolgenden Kernforderungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigen.

1. Rufnummernmitnahme

- Jeder Kunde sollte jederzeit die Möglichkeit erhalten, seine Rufnummer zu einem anderen Anbieter von Telekommunikationsdiensten (Mobilfunk- oder Festnetzanbieter) mitzunehmen. Durch **§ 46 Absatz 4 Satz 3 TKG-E** wird den Kunden erstmals das Recht eingeräumt, jederzeit und unabhängig von der Vertragslaufzeit seine Rufnummer zu einem anderen Mobilfunkanbieter mitzunehmen. **E-Plus begrüßt diese Neuregelung zur Flexibilisierung der Rufnummernübertragbarkeit**, da sie zum Wohle des Verbrauchers regulatorische Wechselbarrieren beseitigt und einem unzufriedenen Vertragskunden die Möglichkeit bietet, unter erleichterten Umständen seinen Anbieter zu wechseln.

2. Die Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs

Beim Ausbau zukunftsfähiger mobiler Breitbandnetze stellt chancengleicher Wettbewerb den bestmöglichen Treiber für **Investitionen und Verbrauchernutzen** dar. Hierfür müssen jedoch die rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen erst geschaffen werden:

- Die „**Sicherstellung chancengleichen Wettbewerbs zum Wohle des Verbrauchers**“ ist daher zwingend als ein vorrangig zu berücksichtigendes Regulierungsziel zu verankern und auch bei zukünftigen Frequenzvergabeentscheidungen nach **§ 52 TKG-E** vorrangig zu berücksichtigen.
- Zudem sollte gesetzlich klargestellt werden, dass die Bundesnetzagentur zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 weiterhin jedwede **Frequenzen der Mobilfunknetzbetreiber verlagern** kann. Diese behördliche Praxis hat das Bundesverwaltungsgericht im Grundsatz bestätigt, jedoch die Frage aufgeworfen, ob auch bei ungleichwertigen Frequenzen eine Frequenzverlagerung zulässig ist. Eine Frequenzverlagerung kann jedoch gerade dann sinnvoll sein, wenn ungleichwertige Frequenzausstattungen unter den Mobilfunknetzbetreibern aufgrund zeitlich gestaffelter Einzelzuteilungen entstanden sind. Dies sollte in **§ 55 Absatz 6 TKG-E** klargestellt werden.
- In **§ 55 Absatz 9 Satz 3 TKG-E** muss klargestellt werden, dass Frequenzzuteilungen nur dann verlängert werden können, wenn dies der Förderung des Wettbewerbs dient. Denn bisher werden keine Vorkehrungen getroffen, um bei einer **Verlängerung von Frequenznutzungsrechten** negative Auswirkungen auf den Wettbewerb auszuschließen.
- Es sollte in **§ 61 Absatz 4 TKG-E** explizit formuliert werden, dass von der Bundesnetzagentur festgelegte **Versteigerungsbedingungen** der **vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit** unterliegen. Dies ist dringend notwendig, um einen effektiven Rechtsschutz und eine ausreichende demokratische Legitimierung bei solch weitreichenden Entscheidungen zu gewährleisten. Ansonsten besteht die Gefahr, dass Rechtsprechung und Verwaltung diese grundlegenden Prinzipien verfasserte Staatlichkeit sukzessive aushöhlen.

- **Chancengleicher Zugang zu Frequenzen** ist zentrale Voraussetzung für chancengleichen Wettbewerb. Je ähnlicher die Frequenzausstattung der Marktteilnehmer ist, desto intensiver ist der Wettbewerb. Dementsprechend sollte in **§ 61 TKG-E** unmissverständlich verankert werden, dass eine Versteigerung immer dann kein geeignetes Frequenzvergabeverfahren ist, wenn sie bestehende **Asymmetrien bei der Frequenzaufteilung** verstärken und damit weitere Wettbewerbsverzerrungen im deutschen Mobilfunkmarkt auslösen kann.
- Schließlich ist dringend erforderlich und daher begrüßenswert, dass in **§ 63 Absatz 1 Nummer 3 TKG-E** nun explizit klar gestellt wird, dass eine **Frequenzzuteilung auch widerrufen werden kann**, wenn nach der Frequenzzuteilung Wettbewerbsverzerrungen wahrscheinlich sind. Damit wird es der Bundesnetzagentur erleichtert, eine wettbewerbskonforme Umsetzung der geänderten EU-GSM-Richtlinie vorzunehmen.

3. Diensteanbieterverpflichtung

- Die in den Lizenzen der Mobilfunknetzbetreiber vorgeschriebenen **marktmachtunabhängigen Diensteanbieterverpflichtungen** sollten durch eine Streichung in **§ 150 Absatz 4 Satz 2 TKG-E** endlich aufgehoben werden. Mit der seit Anfang der 1990er-Jahre auferlegten Diensteanbieterverpflichtung, die unabhängig von der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gilt, unterliegen Deutsche Telekom, Vodafone und E-Plus der härtesten Mobilfunk-Zugangsregulierung in der gesamten Europäischen Union. Die EU-Kommission empfiehlt den Mitgliedstaaten demgegenüber, in diesem Bereich überhaupt nicht mehr zu regulieren. Marktmachtunabhängige Diensteanbieterverpflichtungen sind unverhältnismäßig und laufen insgesamt der Systematik des unionsrechtlichen Rahmens zuwider. Sie haben außerhalb von europarechtlich induzierten Sonderbereichen danach keinen Platz.
- Auch eine im Auftrag der E Plus-Gruppe erstellte **Studie (vgl. Anhang)** empfiehlt zur Stärkung des Wettbewerbs im Mobilfunk, den Bestandsschutz für Diensteanbieter Ende 2011 auslaufen zu lassen. Es sei *„geradezu paradox, wenn der Gesetzgeber Diensteanbieter schützt, jedoch den verpflichteten Unternehmen keinerlei Schutz zukommen lässt.“*

4. Zugang zu Glasfaserinfrastrukturen

- Es muss klargestellt werden, dass die Bundesnetzagentur die Möglichkeit hat, Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, die **Verpflichtung zum Zugang zu unbeschalteten Glasfasern** (dark fibre) aufzuerlegen, zum Beispiel in **§ 21 Absatz 3 Nr. 1 TKG-E**. Nur so kann der flächendeckende Ausbau von mobilen Breitbandnetzen gewährleistet werden.

5. Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes

- **Regulierungsentscheidungen** sollen zukünftig den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechend **gerichtlich überprüft** werden. Dazu sollte klargestellt werden, dass gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare Beurteilungs- und Ermessensspielräume im Telekommunikationsgesetz auch ausdrücklich als solche gekennzeichnet werden. Wenn dies nicht geschehen ist, sollte eine vollständige inhaltliche Prüfung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht durch das Gericht durchgeführt werden.

Die vollständige **Stellungnahme** der E-Plus Gruppe ist öffentlich verfügbar unter:

<http://www.udldigital.de/tkg-novelle-zwischen-breitbandausbau-verbraucherschutz-und-wettbewerb/>

Der gesetzliche Schutz der Diensteanbieter und seine Wirkungen auf den Wettbewerb. Handlungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber?

I. Der EU-Rechtsrahmen stellt das Resale im Mobilfunk auf den Prüfstand

Der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste von 2009 steht vor seiner Umsetzung in deutsches Recht.¹ Ein Vorschlag zur Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) ist im Gesetzgebungsverfahren.²

Der europäische Rechtsrahmen ist darauf ausgerichtet, die sektorspezifische Regulierung je nach Entwicklung des Wettbewerbs schrittweise abzubauen. Vorabverpflichtungen sollen nur dann auferlegt werden, wenn Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen und insofern kein wirksamer und nachhaltiger Wettbewerb besteht.³ Im Lichte der europäischen Vorgaben müssen deshalb marktmachtunabhängige Verpflichtungen, zumal wenn sie durch eine gesetzliche Regelung festgeschrieben sind, auf den Prüfstand gestellt werden. Eine derartige Verpflichtung besteht im Mobilfunk. Hier müssen Mobilfunknetzbetreiber Diensteanbietern (auch Service Provider genannt) diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Diensten eröffnen, damit diese ihre Produkte dann im Wege des Resale weiter vermarkten können.⁴ Die rechtlichen Grundlagen für diese Diensteanbietersverpflichtung finden sich in den Lizenzen der Mobilfunknetzbetreiber, die bisher nicht vom Grundsatz der asymmetrischen Regulierung erfasst werden. Das Telekommunikationsgesetz verhindert mit § 150 Abs. 4, der einen Bestandsschutz der Diensteanbietersverpflichtung vorsieht, die grundsätzlich angezeigte, wenn nicht sogar notwendige Überleitung der Lizenzen in das neue Regulierungsregime. Mit der anstehenden Novellierung des TKG steht der Gesetzgeber deshalb vor der Frage, ob ein bestimmtes Geschäftsmodell unabhängig von seiner wettbewerblichen Relevanz (weiterhin) geschützt werden soll. Diese Frage stellt sich umso dringlicher, weil das marktmachtunabhängige Resale in der Vergangenheit sich wiederholt als innovations- und damit auch wettbewerbshemmend erwiesen hat. Sofern sich der Gesetzgeber

* Die vorliegende Studie entstand auf Anregung der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG.

¹ Das Telekom-Paket der EU umfasst folgende Richtlinie: Änderungsrichtlinie „Bessere Regulierung“, Richtlinie 2009/140/EG vom 18.12.2009 (ABl. L 337/11) und Änderungsrichtlinie „Rechte der Bürger“, Richtlinie 2009/136/EG vom 18.11.2009 (ABl. L 337/37).

² Der Kabinettsentwurf vom 2.3.2011 ist abrufbar unter:
<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen,did=381892.html>.

³ Erwägungsgrund 5 der Richtlinie 2009/140/EG

⁴ Vgl. *Berlinger*, Resale im Mobilfunk, Kommunikation & Recht 2003, S. 16-21.

zu einer Änderung von § 150 Abs. 4 TKG entscheidet, griffe er auch die Marktentwicklungen seit 2004 angemessen auf.

Die folgende Analyse gliedert sich wie folgt: Zunächst werden die rechtlichen Grundlagen der Zusammenarbeit von Mobilfunknetzbetreibern und Diensteanbietern erläutert (II). Danach wird analysiert, wie das Diensteanbieter-Modell strukturiert ist und welche Konfliktpotentiale es beinhaltet (III). Damit sollen die wettbewerblich relevanten Konsequenzen des Modells dargelegt werden. Im nachfolgenden Abschnitt (IV) wird dargestellt, welche Bedeutung die Diensteanbieter im Markt haben. Vor dem Fazit mit seiner Handlungsempfehlung werden nochmals die hier relevanten Ziele des neuen europäischen Rechtsrahmens sowie der Vorschlag zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes erläutert (V).

II. Rechtliche Grundlagen des Diensteanbieter-Modells

1. Die GSM-Lizenzen begründeten das Diensteanbieter-Modell in Deutschland

Auf dem deutschen Mobilfunkmarkt verfügen vier Unternehmen über Lizenzen für die Errichtung und den Betrieb von GSM-Netzen. Zunächst erhielten 1990 auf Grundlage von § 2 Fernmeldeanlagengesetz (FAG)⁵ die Deutsche Telekom Mobilfunk (heute Telekom Deutschland) und Mannesmann Mobilfunk (heute Vodafone D2) entsprechende Lizenzen. Nachdem weitere Frequenzen für den digitalen zellularen Mobilfunk verfügbar waren, konnte sich 1993 die E-Plus Mobilfunk (E-Plus) erfolgreich für die E1-Lizenz⁶ bewerben.⁷ 1997 wurde dann die E2-Lizenz an die E2 Mobilfunk (heute Telefonica) erteilt. Bis auf die D1-Lizenz wurden die GSM-Lizenzen ausgeschrieben.

Angesichts hoher ökonomischer und rechtlicher Marktzutrittsbarrieren, die ihre Ursache in der Knappheit von Frequenzen und in Skaleneffekten haben, kann der infrastrukturbasierte Wettbewerb nur von wenigen Anbietern getragen werden.⁸ Damit besteht die latente Gefahr eines engen Oligopols. Der zum Infrastrukturwettbewerb komplementäre Wettbewerb der Dienste erlaubt indes den Zutritt einer größeren Anzahl von Unternehmen. Der

⁵ Gesetz über Fernmeldeanlagen. Das FAG trat mit Wirkung zum 31. Dezember 1997 außer Kraft. Mit dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes im Januar 1998 fiel auch das im Fernmeldeanlagengesetz (FAG) der Telekom staatlich garantierte Monopol für den Telefondienst in Deutschland.

⁶ Die E1-Lizenz basierte auf dem DCS-Standard (digital cellular system). Dies war ebenso wie der GSM-Standard ein europäischer Standard, der im Wesentlichen dieselben Dienste wie bei GSM ermöglicht. Der wesentliche technische Unterschied zu den GSM-900-Netzen liegt in der anderen Übertragungsfrequenz und in der geringeren Sendeleistung der Endgeräte.

⁷ Die GSM-Lizenzen von Telekom Deutschland, Vodafone D2 und E-Plus sind abgedruckt im Abl. BMPT 1994, Nr. 23 vom 5.12.1994, S. 866 ff.

⁸ Die Ermöglichung von Frequenzhandel hat hier zu keinen wesentlichen Veränderungen geführt.

Dienstwettbewerb könnte die Folgen eines engen Oligopols überwinden und somit den Wettbewerb intensivieren.⁹ Vor diesem Hintergrund entschied sich der Lizenzgeber, die D1-, D2- und die E1-Lizenz mit der Verpflichtung zu versehen, geeigneten Diensteanbietern ein Resale zu ermöglichen.¹⁰ Die erst 1997 erteilte E2-Lizenz wurde von der Regelung ausgenommen, um den Marktzutritt des letzten Mobilfunknetzbetreibers zu erleichtern.¹¹

Die GSM-Lizenzen definieren Diensteanbieter als Unternehmen, die Mobilfunkdienste ohne eigene (Netz-) Infrastruktur gegenüber Endkunden anbieten. Sie erhalten dazu Zugang zu den Diensten der Lizenznehmer, die sie dann im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben können. Darüber hinaus können sie Zusatzdienste entwickeln.¹² Die Lizenznehmer dürfen die Diensteanbieter nicht in ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einschränken.¹³ Eine exklusive Bindung eines Diensteanbieters an einen Lizenznehmer ist nicht gestattet. Des Weiteren dürfen die Lizenznehmer die Diensteanbieter hinsichtlich der Bereitstellung von Diensten nicht diskriminieren.

Mit dem Inkrafttreten des TKG von 1996 wurde an der Diensteanbieterverpflichtung in den Lizenzen festgehalten.¹⁴ Mit dem TKG von 1996 gab es aber insofern eine Neuerung, als Resale mit § 41 Abs. 1 TKG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Telekommunikationskutschenschutzverordnung (TKV) eine gesetzliche Grundlage erhielt. Danach mussten Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze unabhängig von Marktmacht Zugang zu Diensten ermöglichen.¹⁵

2. Die UMTS-Lizenzen und das TKG-2004 sichern das Diensteanbieter-Modell ab

Die im Jahr 2000 versteigerten UMTS/IMT-2000-Lizenzen¹⁶ enthielten ebenfalls Klauseln zur Zulassung und Nichtdiskriminierung von Diensteanbietern. In Teil C. unter der Überschrift „Hinweise“ wurde folgende Formulierung aufgenommen:

⁹ So hat ein ausgeprägter Dienstwettbewerb auch Effekte auf die Endkundenpreise.

¹⁰ Eine gesetzliche Grundlage im FAG gab es für die Verpflichtungen nicht.

¹¹ Über diese Ausnahme gab es über Jahre hinweg gerichtliche Auseinandersetzungen.

¹² Ziffer 17.1 der E1-Lizenz.

¹³ Ziffer 17.2 der E1-Lizenz.

¹⁴ § 97 Abs. 5 TKG-1996 bestimmte, dass für Verleihungen, die bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt waren, das TKG-1996 mit Ausnahme der Regelungen über die Lizenz Anwendung finden sollte, im Übrigen die Verleihungen jedoch wirksam bleiben. Vgl. *Arndt*, Zur Europarechtskonformität von § 150 Abs. 4 TKG, Gutachten für die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co.KG, Mannheim 2005.

¹⁵ Die TKV wurde 2007 außer Kraft gesetzt.

¹⁶ Vgl. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Entscheidung der Präsidentenkammer vom 10. Mai 1999 über das Verfahren zur Vergabe von Lizenzen für Universal Mobile Telecommunications Services (UMTS), Az. BK-1b-98/005.

„Auf folgende bestehende gesetzliche Beschränkungen oder besondere rechtliche Verpflichtungen wird zur Klarstellung besonders hingewiesen. ... Die LIZENZNEHMERIN darf [...] Diensteanbieter weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange an sich binden, noch hinsichtlich ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einschränken. Sie darf Diensteanbietern keine ungünstigeren Bedingungen einräumen als dem eigenen Vertrieb oder verbundenen Unternehmen, es sei denn, dass dies sachlich gerechtfertigt ist (§ 4 Abs. 2 TKV).“

Die Neufassung des europäischen Rechtsrahmens für Kommunikationsnetze und –dienste, die zwei Jahre nach der UMTS-Versteigerung erfolgte, sowie die Novellierung des TKG von 2004 modifizierten nochmals die gesetzlichen Grundlagen für das Resale. Grundsätzlich sahen die neuen EU-Richtlinien nunmehr vor, dass eine Verpflichtung zum Resale gemäß Art. 8 Abs. 2 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG¹⁷ nur für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht in Betracht kam. Die Diensteanbieterverpflichtung stand damit **nicht** im Einklang. Jedoch eröffnete der europäische Rechtsrahmen von diesem Grundsatz eine Ausnahme. Nach Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie und Art. 6 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG¹⁸ in Verbindung mit Teil B Nr. 7 des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie konnten dann marktmachtunabhängige Verpflichtungen auferlegt werden, wenn diese im Laufe eines auf Wettbewerb oder auf Vergleich beruhenden Auswahlverfahrens über den Erwerb von Frequenznutzungsrechten eingegangen wurden.¹⁹ Von dieser Möglichkeit machte der deutsche Gesetzgeber Gebrauch, um den Bestand der Diensteanbieterverpflichtung in den GSM- und UMTS-Lizenzen sicherzustellen. Es wurde die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 4 ins TKG eingefügt:²⁰

„Soweit Frequenznutzungs- und Lizenzrechte auf Märkten vergeben sind, für die auf Wettbewerb oder Vergleich beruhende Auswahlverfahren durchgeführt wurden, gelten die damit erteilten Rechte und eingegangenen Verpflichtungen fort. Dies gilt insbesondere auch für die im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen.“

¹⁷ ABl. EG Nr. L 108, 7 vom 24.4.2002.

¹⁸ ABl. EG Nr. L 108, 21 vom 24.4.2002

¹⁹ Vgl. Begründung zu § 148 TKG-E, Bundestags-Drucksache 15/2316, S. 107.

²⁰ Zur Entstehungsgeschichte vgl. Gramlich, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Stand 2007, § 150 TKG, Rn. 29 ff.

Ob diese Regelung mit den europarechtlichen Anforderungen vereinbar ist, ist aus guten Gründen bezweifelt worden.²¹ Strittig ist, ob die Lizenznehmer die Verpflichtung in den Ausschreibungen überhaupt eingegangen sind.²² Die Verpflichtung war nämlich aus konzeptionellen Gründen zur Stärkung des Dienstewettbewerbs gesetzt, so dass die Lizenznehmer diese Verpflichtung schlicht hinnehmen mussten.

Darüber hinaus wurde der Regulierungsgrundsatz ins TKG aufgenommen, dass eine Anordnung von ex-ante-Regulierungsmaßnahmen – und nichts anderes stellt die Diensteanbieterverpflichtung dar – die Durchführung einer Marktanalyse sowie die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht erfordert (Grundsatz der asymmetrischen Regulierung). Nach Inkrafttreten des TKG wurde der Vorleistungsmarkt, auf dem die Diensteanbieter als Nachfrager gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern auftreten, von der Bundesnetzagentur analysiert. Es handelt sich hierbei um den Markt für den Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen.²³ Die Bundesnetzagentur stellte nach Abschluss der Marktanalyse fest, dass keines der auf diesem Markt tätigen Unternehmen marktmächtig sei.²⁴ Dieses Ergebnis hatte vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung in § 150 Abs. 4 TKG jedoch keine Auswirkungen auf die Diensteanbieterverpflichtung. Sie blieb unverändert. Eine Überführung der lizenzrechtlichen Verpflichtungen in den neuen Rechtsrahmen unterblieb.

Um die Bedeutung des Dienstewettbewerbs und damit die der Diensteanbieter für einen funktionsfähigen Wettbewerb im Mobilfunk zu unterstreichen, verknüpft das TKG im Übrigen die Auferlegung der Betreiberwahl und –vorauswahl im Mobilfunk mit der Entwicklung des Dienstewettbewerbs. Gemäß § 40 Abs. 2 S. 2 TKG-2004 sollen diese Regulierungsinstrumente für den Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden, sofern nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht. Nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt wird dabei als ein chancengleicher

²¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Symio-Entscheidung die Frage der Vereinbarkeit von § 150 Abs. 4 TKG offen gelassen. Vgl. BVerwG 6 C 47.06 vom 18.12.2007. Kritisch zur Vereinbarkeit von § 150 Abs. 4 TKG mit dem EU-Recht: *Arndt*, Zur Europarechtskonformität von § 150 Abs. 4 TKG, Gutachten für die E-Plus Mobilfunk GmbH & Co.KG, Mannheim 2005.

²² Die gegenteilige Auffassung findet sich in *Berlinger*, Resale im Mobilfunk, Kommunikation & Recht 2003, S. 20 f. Vgl. auch *Piepenbrock, Attendorn*, § 21, BeckTKG-Kommentar, Rn. 149.

²³ Die Bundesnetzagentur hat hierbei drei Teilmärkte abgegrenzt: den Teilmarkt für Leistungen für virtuelle Mobilfunknetzbetreiber, den Teilmarkt für Leistungen für Diensteanbieter und den Teilmarkt für Leistungen für National Roaming. Vgl. *Bundesnetzagentur*, Festlegung der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen: Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen, Markt Nr. 15 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission, Bonn 2007.

²⁴ Vgl. *Bundesnetzagentur*, Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse im Bereich Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen vom 30. August 2006, Amtsblatt der BNetzA Nr. 17/2006, Mitteilung-Nr. 282/2006; *Bundesnetzagentur*, FN 23, S. 90 f.

Wettbewerb zwischen Diensten der öffentlichen Mobilfunknetzbetreiber und den Diensten der Mobilfunkdiensteanbieter definiert (§ 40 Abs. 2 S. 3 TKG).

3. Frequenznutzungsrechte seit 2010 beinhalten keine Verpflichtung mehr

Seit Inkrafttreten des TKG von 2004 gibt es keine Lizenzpflicht mehr. Vielmehr werden Frequenznutzungsrechte von der Bundesnetzagentur vergeben, die dabei keine technologische Bindung an einen Mobilfunkstandard, wie GSM oder UMTS, mehr enthalten. Neue Frequenznutzungsrechte in den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz versteigerte die Bundesnetzagentur im Jahr 2010 technologieneutral. An der Versteigerung nahmen nur die etablierten Mobilfunknetzbetreiber teil. Diensteanbieter beteiligten sich nicht.²⁵

Im Gegensatz zu der Versteigerung von 2000 enthielten die Frequenznutzungsrechte erstmals die marktmachtunabhängige Diensteanbieterverpflichtung nicht mehr.²⁶ Die Bundesnetzagentur begründete diesen Verzicht zu Recht damit, dass sie in einem Verfahren nach § 61 TKG gesetzlich nicht befugt sei, eine derartige Verpflichtung aufzuerlegen.²⁷ Erstmals seit 2002 kam damit der geänderte Rechtsrahmen auch tatsächlich hinsichtlich der Grenzen der Diensteanbieterverpflichtung zur Anwendung. Somit besteht nunmehr ein sehr uneinheitliches Regulierungsregime. Während die Mobilfunknetzbetreiber ein Resale von GSM- und UMTS-Dienste nach Auffassung der BNetzA ermöglichen müssen, entfällt diese Pflicht bei LTE-Diensten, die in wenigen Jahren den Markt prägen werden.²⁸

Die Verpflichtung von Telekom Deutschland, Vodafone D2 und E-Plus, Diensteanbietern diskriminierungsfrei Zugang zu GSM-Diensten zu gewähren wird in den entsprechenden GSM-Lizenzen geregelt. Telefonica besitzt bei GSM diese Verpflichtung nicht. Die UMTS-

²⁵ Bei der Versteigerung der UMTS/IMT-2000-Lizenzen war das noch anders. Dort bemühten sich Mobilcom und Debitel jeweils um eine Lizenz.

²⁶ *Bundesnetzagentur*, Entscheidung der Präsidentenkammer der BNetzA vom 7. April über die Anordnung und die Wahl des Vergabeverfahrens sowie über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, Vfg. 34/2008, Amtsblatt 7/2008, vom 23. April 2008 in Verbindung mit der Entscheidung der Präsidentenkammer über die Verbindung der Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 790 bis 862 MHz sowie 1710 bis 1725 MHz und 1805 bis 1820 MHz mit dem Verfahren zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten sowie über die Festlegungen und Regelungen für die Durchführung des Verfahrens zur Vergabe von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1,8 GHz, 2 GHz und 2,6 GHz für den drahtlosen Netzzugang zum Angebot von Telekommunikationsdiensten, Vfg. 59/2009, Amtsblatt 20/2009 vom 21.10.2009.

²⁷ Kritisch dazu: *Berger-Kögler*, Die Diensteanbieterverpflichtung im Rahmen der Vergabe neuer Mobilfunkfrequenzen, *Kommunikation & Recht* 2008, S. 346-351.

²⁸ LTE ist insbesondere für die Schließung der „weißen Flecken“ relevant. Vgl. dazu: *Sörries*, Die Ausweitung des Universaldienstes aus Sicht des Mobilfunks: Eulen nach Athen tragen?, 2011, i. E.

Lizenzen sämtlicher Betreiber beinhalten keine eigenständige Diensteanbieterverpflichtung. Die Lizenzen verweisen auf die zum Zeitpunkt der Vergabe gültige TKV, die 2007 außer Kraft gesetzt wurde.²⁹ Mit der Übergangsvorschrift § 150 Abs. 4 TKG, die das Lizenzregime auf die neue Rechtsordnung überleiten sollte, wird der Bestand der marktmachtunabhängigen Diensteanbieterverpflichtung sowohl bei GSM- als auch bei UMTS-Diensten geschützt. Obwohl die Bundesnetzagentur in der Analyse des relevanten Marktes keine Marktmacht feststellte, wurden die Lizenzen nicht der neuen Rechtslage angepasst. Die jüngsten Frequenzuteilungen enthalten keine Diensteanbieterverpflichtung mehr. Davon sind LTE-Dienste betroffen. Damit besteht kein einheitliches Regulierungsregime mehr.

III. Zwischen Kooperation und Konflikt: die Struktur des Diensteanbieter-Modells

Im Folgenden soll das Diensteanbieter-Modell in seiner ökonomischen Struktur analysiert werden. Hierbei ist relevant, dass die Mobilfunknetzbetreiber einerseits Vorproduktlieferanten für die Diensteanbieter sind, andererseits im direkten Wettbewerb zu den Diensteanbietern auf dem Mobilfunkendkundenmarkt auftreten. Daraus entstehen unterschiedliche Konfliktpotentiale, die für den Wettbewerb relevant sind.

1. Mobilfunknetzbetreiber sind die Vorproduktlieferanten für Diensteanbieter

Die Mobilfunknetzbetreiber und die Diensteanbieter arbeiten dem Grunde nach auf Basis eines Retail-Minus-Ansatzes zusammen. Die Netzbetreiber bieten den Diensteanbietern ihre eigenen Dienste mit einem prozentualen Abschlag auf den Endkundenpreis an. Je höher der Endkundenpreis ist, desto höher ist auch der absolute Abschlag, so dass Diensteanbieter, die die Vorprodukte selbständig weiter vermarkten können, ein vergleichsweise geringes Interesse an einem intensiven Preiswettbewerb haben. Darüber hinaus gewähren die Mobilfunknetzbetreiber Prämien für die Gewinnung von Neukunden sowie Zuschüsse zu Werbekosten. In der Regel werden Diensteanbieter nicht an den Einnahmen, die auf Vorleistungsmärkten wie der Anrufzustellung (Terminierung) entstehen, beteiligt.

Innerhalb des kommerziellen Modells ist für die Diensteanbieter die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes von zentraler Bedeutung. Um das Diskriminierungspotential der Mobilfunknetzbetreiber vorab einzuschränken, konnten sie durchsetzen, dass sie grundsätzlich im Vorfeld der Einführung neuer Tarife oder Produkte darüber informiert

²⁹ Deshalb gibt es gute Gründe für die Rechtsauffassung, dass auch bei UMTS-Diensten die Verpflichtung nicht mehr besteht.

werden. Damit wird ihnen eingeräumt, zeitgleich zu den Mobilfunknetzbetreibern vergleichbare Angebote am Markt zu platzieren. Ein weiteres, jedoch ungleich höheres und in der Regel erst nachträglich feststellbares Diskriminierungspotential besteht darin, wenn die Mobilfunknetzbetreiber ihrem eigenen Vertrieb günstigere Vorleistungskonditionen einräumen.³⁰

2. Wettbewerbsrelevante Konflikte auf der Vorleistungsebene

Als ein wesentliches Konfliktpotential auf der Vorleistungsebene hat sich die gleichzeitige Bereitstellung von Vorprodukten herausgestellt. Ein Beispiel hierfür war die Markteinführung von Symio,³¹ dem ersten allein im Internet vertretenen „No Frills-Angebot“³² in Deutschland. Seit 2005 bietet Symio seine Dienste exklusiv im E-Plus-Netz an. Die entsprechende Vorleistung hat E-Plus zunächst nur Symio zur Verfügung gestellt. E-Plus wollte die Innovation, die ein geringeres Preisniveau für Prepaid-Angebote beinhaltete, durch die Geheimhaltung bis zum Marktstart nicht gefährden. Symio sollte kurzzeitig ein Alleinstellungsmerkmal im Markt haben. Mit zeitlicher Verzögerung erhielten die Diensteanbieter vergleichbare Angebote. Die Diensteanbieter wurden somit von Symio überrascht. In der Folge unternahm ein Diensteanbieter, die debitel AG, den Versuch, diese Innovation mit dem Argument einer zeitlichen Diskriminierung zu stoppen. Sie verlangte einen temporären Markteintrittsstopp für Symio. Sowohl die Bundesnetzagentur,³³ das Verwaltungsgericht Köln³⁴ und das Bundesverwaltungsgericht bestätigten E-Plus in der Auffassung, dass es ihr nicht verwehrt sei, mittels einer Produktinnovation einen zeitlich begrenzten Wettbewerbsvorsprung zu erlangen.³⁵ Da sich der Rechtsstreit über Jahre hinweg zog, dauerte es, bis E-Plus über ausreichend Planungs- und Rechtssicherheit verfügte. Weitere Innovationen, wie beispielsweise die Kooperation von E-Plus mit Medion/ALDI wurden ebenfalls unter Berufung auf die Diensteanbieterspflichtung angegriffen. Aber auch hier hatten die Diensteanbieter keinen Erfolg. Jedoch ging von allen Regulierungsvorstößen ein Einschüchterungseffekt aus. Dieser Effekt besteht bis heute. Die verpflichteten

³⁰ Zur Eingrenzung dieser Möglichkeiten sehen die Lizenzen unterschiedliche Berichtspflichten der Mobilfunknetzbetreiber gegenüber der Bundesnetzagentur vor. Im Fall von E-Plus müssen beispielsweise Wirtschaftsprüfer jährlich die Einhaltung des Diskriminierungsverbots überprüfen. Die Testate sind der Bundesnetzagentur zu übermitteln.

³¹ E-Plus hielt zu diesem Zeitpunkt 90 Prozent der Anteile an der Symio GmbH.

³² Charakteristisch für diese Angebote ist ein sehr eingeschränktes Leistungsangebot. Darüber hinaus werden Endgeräte nicht subventioniert.

³³ Vgl. *Bundesnetzagentur*, Beschluss vom 12. Juli 2005, BK-3a 05/035, besprochen in: *Multimedia und Recht (MMR)*, 2005, S. 801 ff.

³⁴ *Verwaltungsgericht Köln*, Urteil vom 2.11.2006, Az. 1 K 4871/05.

³⁵ *Bundesverwaltungsgericht*, Urteil vom 18.12.2007, Az. 6 C 47.06.

Mobilfunknetzbetreiber müssen im Ergebnis im Vorfeld von Produktinnovationen intensive Prüfungen und Risikoabschätzungen vornehmen und sich letztendlich entscheiden, ob sie das Risiko nach mehreren Jahren vor Gericht unterliegen zu können tragen wollen. Da die Mobilfunknetzbetreiber nicht in gleicher Weise von der Verpflichtung erfasst werden, kann es zudem zu Wettbewerbsverzerrungen kommen.

Dieser Sachverhalt veranlasste die Europäische Kommission in ihrer Stellungnahme zur Analyse des Marktes für Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen einen entsprechenden Prüfauftrag zu formulieren. Sie forderte die Bundesnetzagentur auf zu analysieren, ob die Diensteanbieterverpflichtung in den GSM-Lizenzen von Telekom Deutschland, Vodafone D2 und E-Plus den Wettbewerb behindert.³⁶ Die Kommission betonte dabei die aus Art. 8 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG³⁷ abgeleitete Aufgabe der Regulierungsbehörden, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Im Übrigen wies die Kommission die Bundesnetzagentur darauf hin, dass sie die Möglichkeit hätte, die Rechte und Bedingungen in den Lizenzen zu ändern. Die Kommission gab der Bundesnetzagentur des Weiteren auf zu prüfen, ob einzelne Mobilfunknetzbetreiber dadurch diskriminiert werden, dass Telefonica bei GSM-Diensten nicht von der Verpflichtung erfasst wird. Explizite Untersuchungen, die die obigen Fragestellungen beinhalten, wurden aber nicht unternommen.

3. Konkurrenz auf dem Endkundenmarkt

Die Konkurrenzbeziehung ist für beide Parteien vergleichsweise unproblematisch, wenn die Diensteanbieter andere Kundensegmente oder Vertriebskanäle als der jeweilige Mobilfunknetzbetreiber ansprechen. In diesem Fall, der in der Wachstumsphase eines Marktes anzutreffen ist, profitieren beide Vertragsparteien von einer *komplementären* Zusammenarbeit. In nachfolgenden Marktphasen, insbesondere im Verdrängungswettbewerb, kommt es dagegen häufiger zu Interessengegensätzen, die von wettbewerblicher Bedeutung sind.

So bleibt das Diskriminierungsverbot nicht ohne Auswirkungen auf die Gewinnung von Kunden. Beteiligen sich beispielsweise Mobilfunknetzbetreiber und Diensteanbieter an Ausschreibungen von Geschäftskunden, so verhindert das Diskriminierungsverbot, dass die Mobilfunknetzbetreiber Diensteanbieter unterbieten können.

³⁶ Vgl. SG-Greffe (2007) D/203037, Schreiben vom 21.5.2007, S. 6.

³⁷ ABl. EG L 108/33 vom 24.4.2004.

Die Mobilfunknetzbetreiber sind einerseits dazu verpflichtet, Diensteanbieter zuzulassen. Andererseits stehen sie in direkter Konkurrenz zu den Diensteanbietern. In den vergangenen Jahren ist es wiederholt dazu gekommen, dass Diensteanbieter versucht haben, Produktinnovationen der Mobilfunknetzbetreiber unter Bezugnahme auf das Diskriminierungsverbot in den GSM-Lizenzen gerichtlich zu stoppen. Mit dem Diskriminierungsverbot besteht ein Drohpotential gegenüber den verpflichteten Mobilfunknetzbetreibern, was sich innovationshemmend auswirkt. Der vorstoßende Wettbewerb einzelner Mobilfunknetzbetreiber wurde somit zum Lackmustest für die Diensteanbieterverpflichtung im Hinblick auf ihre Verträglichkeit mit dem Wettbewerbsprinzip. Der Preis dafür waren teilweise langjährige Gerichtsverfahren, die Innovationen wettbewerbsschädlich verteuerten, schlimmstenfalls sogar verhinderten.

IV. Die Marktbedeutung der Diensteanbieter im Wandel

1. Frühphase des Mobilfunkmarktes

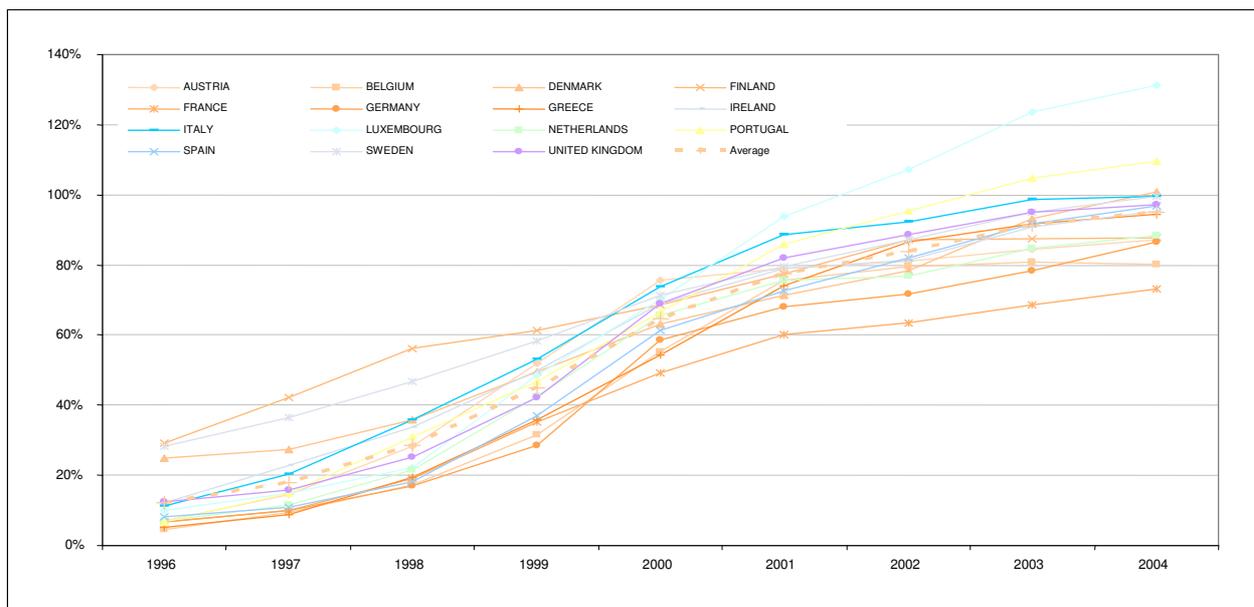
Die Diensteanbieter konnten sich in den 1990er Jahren schnell in Deutschland etablieren. 1993 erreichten sie einen Marktanteil bei den Endkunden von 60 Prozent.³⁸ Die vergleichsweise geringen Markteintrittsbarrieren nutzen mehr als 10 Anbieter.³⁹ Der Erfolg der Diensteanbieter lag darin, dass sie sich im Vergleich zu den Mobilfunknetzbetreibern vollständig auf die Vermarktung und den Vertrieb fokussierten (Distributionsfunktion).⁴⁰ Darüber hinaus konnten sie die Dienste und Tarife der Mobilfunknetzbetreiber aggregieren und somit ihren Kunden eine große Auswahl anbieten (Aggregationsfunktion). Diese Funktionen standen im Vordergrund. Ein Angebot von zusätzlichen Diensten, womit sich die Diensteanbieter von den Mobilfunknetzbetreibern hätten nachhaltig differenzieren können, unterblieb.

³⁸ Vgl. *Xonio*, Mobilfunk-Report 2002, München 2002, S. 83.

³⁹ Vgl. *Xonio*, Mobilfunk-Report 2002, München 2002, S. 68; Kruse, Das Verhältnis von Diensteanbietern und Netzbetreibern im deutschen Mobilfunk, Hamburg 1995, S. 20.

⁴⁰ Vgl. *Gries, Neumann*, Bedeutung der Diensteanbieter für den Wettbewerb im Mobilfunk, WIK-Studie für den VATM und die Mobilfunkdiensteanbieter im VATM, Bad Honnef 2006; *Neumann*, Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 230, Bad Honnef 2002, S. 11.

Abbildung 1: Penetrationsraten im Mobilfunk im Vergleich



Quelle: Terra 2005.

Anzumerken ist, dass die Penetrationsraten in Deutschland im europäischen Vergleich über Jahre hinweg trotz der Diensteanbieter, die es in anderen Märkten nicht gab, unterdurchschnittlich ausgeprägt waren (Abbildung 1). Die Diensteanbieter waren also kein Katalysator einer für eine schnellere Erschließung des Marktes.

2. Diensteanbieter verlieren im Verdrängungswettbewerb an Bedeutung

Mit der Marktsättigung, die heute bei ca. 130 Prozent liegt, verringerte sich das Teilnehmerwachstum im Gesamtmarkt dramatisch. Aktuell ist die Anzahl der SIM-Karten sogar rückläufig.⁴¹ Ein Verdrängungswettbewerb besteht seit Jahren. Die Mobilfunknetzbetreiber passten deshalb ihre Vertriebsaktivitäten an. Sie verfolgen seit einigen Jahren die Strategie, die Kundenbindung über den Ausbau eigener Vertriebskanäle zu erhöhen, die vergleichsweise besser zu steuern und zu kontrollieren sind. Dabei setzten einige Mobilfunknetzbetreiber sehr früh auch auf andere, nicht dem Unternehmen zuzurechnende Vertriebsnetze. Telefonica und E-Plus vermarkten seitdem insbesondere Prepaid-Produkte über Einzelhandelsketten. Sie konnten so schlagartig die Vertriebsoberfläche für diese Produkte kostengünstig ausweiten. Zudem unterstützten sie noch virtuelle

⁴¹ Dies geschieht vor allem dadurch, dass die Anbieter inaktive SIM-Karten ausbuchen. Vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010, Bonn 2011.

Mobilfunknetzbetreiber (MVNO)⁴² in den Markt einzutreten. Im Gegensatz zu Diensteanbietern verfügen MVNO über keine Zugangsansprüche. Die Mobilfunknetzbetreiber waren *freiwillig* bereit, ihre Netze für neue Anbieter zu öffnen.⁴³ Die MVNO unterscheiden sich von den Diensteanbietern auch noch dadurch, dass sie aufgrund ihrer eigenen Infrastruktur Einnahmen auf Vorleistungsmärkten (z.B. Terminierung) erzielen können. Das Geschäftsmodell ist damit breiter aufgestellt. Mit diesen Vertriebs- und Produktinnovationen wollten Telefonica und E-Plus ein nachhaltiges, profitables Teilnehmerwachstum auch in einem fast gesättigten Markt erzielen.⁴⁴ Die Wettbewerbsvorstöße veranlassten auch Telekom Deutschland und Vodafone D2 ihrerseits ebenfalls neue Angebote und Partner in den Markt zu bringen. So entwickelte sich das so genannte Discount-Segment in Deutschland, das mittlerweile fest etabliert ist. Die Bundesnetzagentur führt in ihrem Jahresbericht für 2010 aus, dass Ende des ersten Halbjahres 2010 mehr als 23 Mio. Kunden diesem Segment zuzuordnen sind.⁴⁵

Die neuen Vertriebsstrategien der Mobilfunknetzbetreiber hatten zur Folge, dass die Bedeutung der Distributionsfunktion der Diensteanbieter zurückging. Zusätzlich erhöhten die neuen Angebote den Preiswettbewerb bei Prepaid-Produkten. Der Wettbewerb wurde immer intensiver. Da in diesem Kundensegment die Diensteanbieter ihren Kundenschwerpunkt haben⁴⁶, kamen sie unter erheblichen Wettbewerbsdruck. Ihr Marktanteil ging infolge der geänderten Marktverhältnisse zurück. Ende 2010 betreuten Diensteanbieter nur noch 22 Mio. SIM-Karten.⁴⁷

⁴² Ein Mobile Virtual Network Operator (MVNO) hat kein eigenes Zugangsnetz. Er mietet dieses vom Mobilfunknetzbetreiber an. Je nach Ausprägung kann der MVNO aber über eigene Infrastrukturelemente (z.B. MSC (Mobile Switching Center), HLR (Home Location Register), IN-Plattform) verfügen. In diesen Fällen gewinnt der MVNO die Kontrolle über die Verkehrsströme, so dass er auch eigene Dienste anbieten kann. Er ist hier dann mit einem Mobilfunknetzbetreiber hinsichtlich der Wertschöpfungsstufe gleichgestellt. Im Vergleich zu einem Diensteanbieter ist der Gestaltungsspielraum eines MVNO durch den Zugriff auf Netzinfrastrukturelemente deutlich höher. Zur regulatorischen Einordnung siehe *Rickert, Regulatorische Einordnung virtueller Mobilfunknetzbetreiber, Kommunikation & Recht 2002*, S. 298 f.

⁴³ Die Bereitschaft, MVNO zuzulassen ist in Abhängigkeit vom Stand des Wettbewerbs und von den Differenzierungsmöglichkeiten von MVNO im fraglichen Markt abhängig. Siehe dazu *Dewenter, Haucap, Incentives to License Virtual Mobile Network Operators (MVNOs)*, in: *Dewenter, Haucap, Access Pricing. Theory and Practice*, Heidelberg 2007, S. 303-323.

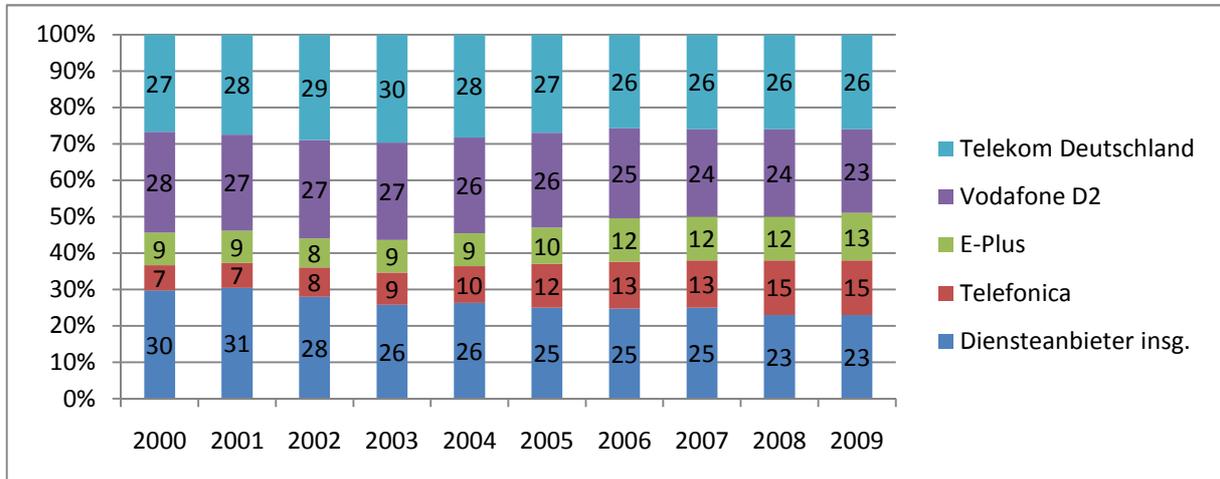
⁴⁴ Mit zeitlicher Verzögerung reagierten die beiden Marktführer auf diese Wettbewerbsvorstöße (z.B. Bild mobil, Congster).

⁴⁵ Vgl. *Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010*, Bonn 2011, S. 86. Ende 2007 waren es noch 12 Mio. Kunden Discount. Vgl. auch *Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2009*, Bonn 2010.

⁴⁶ Mobilcom debitel gab für 2009 einen Prepaid-Anteil (inkl. No-Frills-Kunden) am Gesamtbestand der Kunden von 60,2 Prozent. Der Marktdurchschnitt lag 2009 bei 56 Prozent. Vgl. *Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2009*, Bonn 2010.

⁴⁷ *Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2010*, Bonn 2011, S. 86.

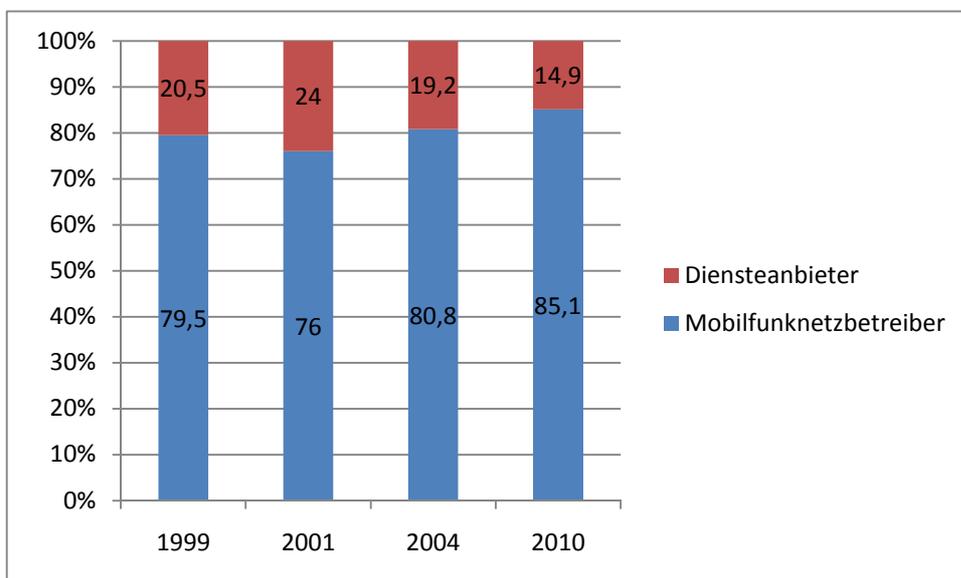
Abbildung 2: Teilnehmermarktanteile in Prozent (SIM-Karten)



Quelle: Bundesnetzagentur, Anbieter, eig. Berechnungen

Auch die Umsatzanteile, die Diensteanbieter auf sich vereinigen, sind seit einigen Jahren rückläufig.

Abbildung 3: Umsatzanteile Mobilfunknetzbetreiber und Diensteanbieter

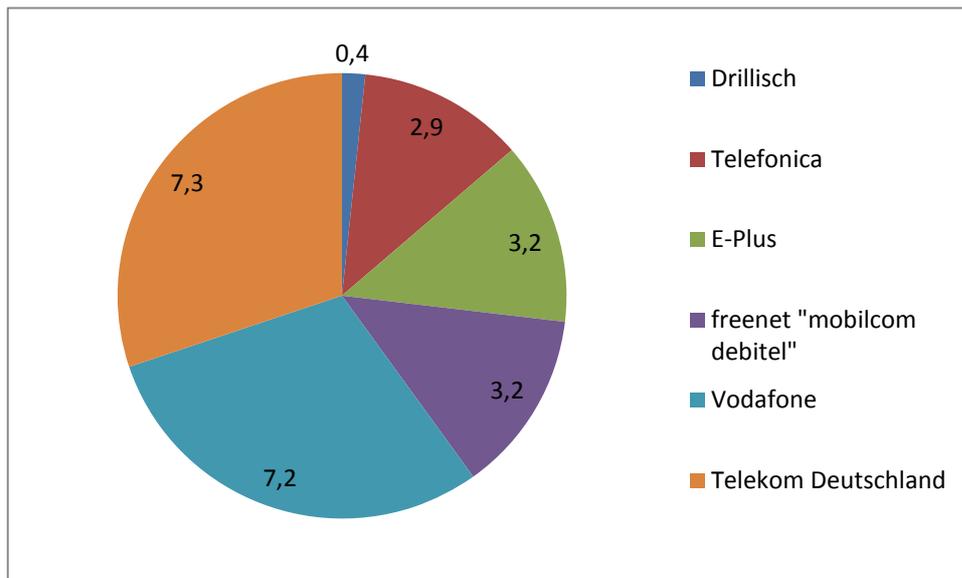


Quelle: WIK, Dialog Consult, eig. Berechnungen

Die Intensivierung des Wettbewerbs blieb nicht ohne Auswirkungen auf die Anzahl der Diensteanbieter. Seit 2005 vollzog sich eine Konsolidierung. Während einige Anbieter aus dem Markt ausschieden oder das Geschäftsmodell in Richtung Filialvertrieb ausrichteten (The Phonehouse), versuchten andere durch Fusionen und Aufkäufe Größenvorteile zu erlangen.

Die Vergrößerung des Kundenstamms sollte die Verhandlungsmacht des Diensteanbieters gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern verbessern, um günstigere Einkaufskonditionen zu erwirken. Mittlerweile sind nur noch zwei Gruppen, nämlich die freenet Group, die ihre Mobilfunkaktivitäten in der mobilcom debitel GmbH bündelt, und die Drillisch Gruppe am Markt vertreten.

Abbildung 4: Mobilfunkumsätze in Mrd. Euro nach Netzbetreiber und Diensteanbieter (Schätzung für 2010)



Quelle: Dialog Consult 2010.

mobilcom debitel verfügt dabei mit 15,65 Mio. Kunden in 2010 (2009 waren es 17,58 Mio. Kunden) über den größten Kundenanteil. Damit betreut das Unternehmen mehr Kunden als der zum Zugang verpflichtete Mobilfunknetzbetreiber E-Plus.

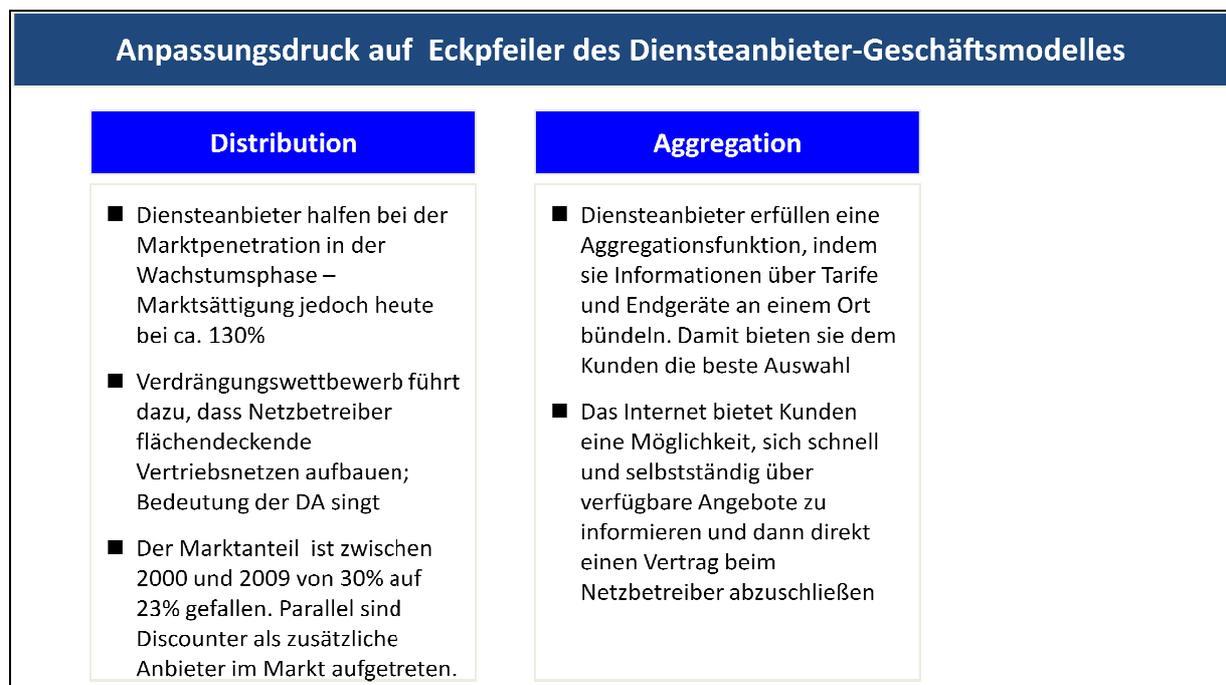
3. Ist das Geschäftsmodell der Diensteanbieter nachhaltig?

Das WIK nahm in einer Studie von 2006 an, dass die Diensteanbieter zukünftig die Treiber von Innovationen bei Diensten sein könnten, zumal sich die Wertschöpfung von den Netzen hin zu den Diensten bewegen würde. Nun sieht die Realität im Markt heute etwas anders aus. Zunächst ist festzustellen, dass die Bedeutung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs mit der Einführung neuer Mobilfunktechnologien wie HSPA (High Speed Packet Access) oder LTE (Long Term Evolution) nicht rückläufig ist. Die Mobilfunknetzbetreiber versuchen sich weiterhin über die Qualität ihrer Netze zu differenzieren, da diese immer noch wesentlich für die Kaufentscheidung der Kunden ist.⁴⁸ Der Dienstewettbewerb im Sinne von Tarifen hat sich

⁴⁸ Gerpott, Management von Kundenzufriedenheit in der Mobilfunkbranche, in: Homburg (Hrsg.), Kundenzufriedenheit, Wiesbaden 2008, S. 507-541.

in den vergangenen Jahren jedoch gewandelt. Flatrates haben in den letzten Jahren die klassischen Endkundertarife, die eine minutenbasierte Abrechnung der verschiedenen Verkehrsrichtungen vorsahen, immer mehr abgelöst. Damit ging die Vielfalt von Tarifmodellen zurück, so dass hier Differenzierungen im Markt immer weniger möglich sind. Unternehmen wie die Diensteanbieter, die auf eine Vielfalt von Angeboten setzen, müssen sich hier neu ausrichten. Zudem führen sinkende Endkundenpreise und damit geringere absolute Margen in Verbindungen mit einem geringen Teilnehmerwachstum dazu, dass die Einnahmen der Diensteanbieter zurückgehen, was zusätzlich Anpassungsdruck auf sie ausübt. Ein intensiver Preiswettbewerb ist für die Anbieter insofern kritisch, wenn er nicht die Chance bietet, die durch niedrigere Preise ausgelösten Einnahmeverluste durch zusätzliche Kunden zu kompensieren.

Abbildung 5: Anpassungsdruck auf Eckpfeiler des Diensteanbieter-Geschäftsmodells



Neben Flatrates sind Smartphones und die darüber angebotenen Applikationen (Apps) die weiteren Protagonisten des Wettbewerbs. Der Wettbewerb der Endgeräte und die zunehmenden Content-Angebote beflügeln nach Jahren der Stagnation wieder die Wachstumsfantasien der Anbieter. Hier stehen die Diensteanbieter jedoch außen vor. Sie können mit ihrem vertriebszentrierten Geschäftsmodell, das nicht darauf ausgelegt ist, eigene Dienste zu entwickeln, den Wettbewerb der Dienste oder Inhalte kaum Impulse verleihen. Die Prämisse, dass ein funktionsfähiger Wettbewerb auf einem optimalen Nebeneinander von

Dienste- und Infrastrukturwettbewerb beruht, mag heute noch stimmen.⁴⁹ Jedoch werden die relevanten Dienste nicht von den klassischen Diensteanbietern entwickelt. Gänzlich neue Unternehmen - z.B. die Endgerätehersteller und die Entwickler von Apps - sind die Treiber des Dienstewettbewerbs.

Auch die Analyse der Zusammensetzung der Gewinne zeigt, dass die Diensteanbieter im Vergleich zu Netzbetreibern und MVNO zurückbleiben. Während die letzteren Einnahmen auf Vorleistungsmärkten genießen können, sind die Diensteanbieter von ihrer Struktur auf Angebote auf dem Endkundenmarkt beschränkt.

Im Übrigen steht auch die Aggregationsfunktion der Diensteanbieter vor Herausforderungen. Die Bündelung von Informationen über Tarife und Endgeräte an einem Ort verliert mit der zunehmenden Nutzung des Internets seine Bedeutung. Dort können sich die Kunden ohne größere Transaktionskosten selbständig über die für sie relevanten Angebote informieren, um dann direkt beim Mobilfunknetzbetreiber einen Vertrag abzuschließen.

Die Veränderungen von Angebot und Nachfrage und des Nachfrageverhaltens haben dazu geführt, dass die Diensteanbieter de facto kaum Alleinstellungsmerkmale am Endkundenmarkt haben. Sie könnten diese aber erlangen, gingen sie beispielsweise exklusive Partnerschaften mit Mobilfunknetzbetreibern ein. Eine exklusive Zusammenarbeit mit einzelnen Netzbetreibern mit dem Ziel, sich von Wettbewerbern abzuheben, ist jedoch lizenzrechtlich nicht möglich. Damit ist die Diensteanbieterverpflichtung mittlerweile eine Fessel für die Weiterentwicklung der Unternehmen, die eigentlich von ihr profitieren sollen.

Das Geschäftsmodell der Diensteanbieter hat seine Eckpfeiler in der Kundengewinnung durch eine große Auswahl unterschiedlicher Dienste sowie einem vorteilhaften Netz von Vertriebskanälen. Unter den Vorzeichen flächendeckender Vertriebsnetze der Mobilfunknetzbetreiber sowie neuer Vertriebspartner, eines geringen Teilnehmerwachstums sowie sinkender Umsätze im klassischen Sprachgeschäft, steht das Modell seit einigen Jahren vor erheblichen Herausforderungen, wenn nicht sogar vor einer grundsätzlichen Legitimationskrise. Da es die Diensteanbieter versäumten, sich über eigene Dienste gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern abzuheben, blieb ihnen nur die Vertriebsleistung. Die in den letzten Jahren zu beobachtende Konsolidierung führte dazu, dass mit mobilcom debitel ein Anbieter heute mehr Kunden hat als ein verpflichteter Mobilfunknetzbetreiber hat. Die Marktentwicklung zeigt, dass das Diensteanbieter-Geschäftsmodell nur nachhaltig sein kann,

⁴⁹ *Gries, Neumann*, Bedeutung der Diensteanbieter für den Wettbewerb im Mobilfunk, WIK-Studie für den VATM und die Mobilfunkdiensteanbieter im VATM, Bad Honnef 2006, S. 29.

wenn es die Entwicklungen im Markt reflektiert. Der Dienstwettbewerb, der den Gesetzgeber in 2004 zum Schutz des Geschäftsmodells verleitete, wird aber nicht von den klassischen Diensteanbietern geprägt.

V. Das Diensteanbieter-Modell und die Novellierung des TKG

1. Europäischer Rechtsrahmen von 2009 ist offen für Marktentwicklungen

Um der Frage nachzugehen, ob die Diensteanbieterspflichtung heute noch grundsätzlich mit dem europäischen Rechtsrahmen vereinbar ist, hilft die Betrachtung derjenigen Regelungen und Ziele in den Richtlinien, die etablierte Regulierungsmuster abschaffen sollen.

Die in 2009 verabschiedeten Richtlinien haben einen Schwerpunkt im Abbau regulatorischer Barrieren, die einer Anpassung der Märkte an die Nachfrage sowie an technologische Entwicklungen im Wege stehen. Dies betrifft die Frequenzpolitik, die seit Jahren reformbedürftig erschien.⁵⁰ So konnte die Frequenzregulierung mit den sehr kurzen Innovationszyklen in der Technik nicht mehr Schritt halten. Ziel der EU ist es, eine nachfrage- und bedarfsgerechte Bereitstellung der knappen Ressource Frequenz jederzeit sicherzustellen.⁵¹ Aus diesem Grund wurde die Dienste- und Technologieneutralität in der Frequenzregulierung eingefügt. Frequenzen werden dem entsprechend heute nicht mehr an eine bestimmte Funktechnologie gebunden.⁵² Der Netzbetreiber soll vor dem Hintergrund der Nachfrage entscheiden, welche Technologie am effizientesten eingesetzt werden kann. Für den Frequenzbereich 900 MHz hat die Europäische Union mit der geänderten GSM-Richtlinie⁵³ die Liberalisierung der Frequenznutzung rechtlich bereits konkretisiert. Die Mobilfunknetzbetreiber können nunmehr eine Anpassung der GSM-Lizenzen an den neuen Rechtsrahmen verlangen.

Mit den Bemühungen der EU, die Marktpotentiale durch den Abbau regulatorischer Hemmnisse noch mehr als bisher zu fördern bzw. sich den Marktentwicklungen nicht zu verschließen, erscheint ein Festhalten an einer Verpflichtung, die wie die

⁵⁰ Auf EU-Ebene wurde von den Regulierungsbehörden in diesem Zusammenhang die WAPECS-Initiative ins Leben gerufen. Die Abkürzung WAPECS steht für "Wireless Access Platforms for Electronic Communication Services". Dies ist eine Umschreibung für drahtlose Zugangsplattformen für elektronische Kommunikationsdienste, unabhängig davon, welche Frequenzbänder und Technologien genutzt werden. In der Stellungnahme zu WAPECS stellt die RSPG (Radio Spectrum Policy Group) fest, dass Technologie- und Dienstneutralität politische Ziele zur Erreichung einer flexibleren Frequenznutzung sind und dass für die Nutzung der in der Stellungnahme genannten Frequenzbänder (u. a. die hier einschlägigen Frequenzbereiche) möglichst wenig einschränkende frequenztechnische Bedingungen gelten sollten. In Deutschland hatte die Regulierungsbehörde bereits im Jahr 2004 ihren strategischen Ansatz zur Ausschöpfung von Gestaltungsräumen mit einem Strategiepapier dokumentiert (abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/cae/servlet/contentblob/27514/publicationFile/2635/StrategiepapierId340pdf.pdf>).

⁵¹ Vgl. zur Reformierung der Frequenzregulierung: *Cave, Doyle, Webb*, Essentials of Modern Spectrum Management, 2007.

⁵² Vgl. Bundesnetzagentur, VfG. 34/2007, ABl. BNetzA Nr. 14/2007, S. 3115 ff.

⁵³ Richtlinie 2009/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.9.2009 zur Änderung der Richtlinie 87/372/EWG des Rates über die Frequenzbänder, die für die koordinierte Einführung eines europaweiten öffentlichen zellularen digitalen terrestrischen Mobilfunkdienstes in der Gemeinschaft bereitzustellen sind, ABl. L 274 vom 20.10.2009.

Diensteanbieterverpflichtung zudem mit dem grundsätzlichen Regulierungsansatz nicht konform geht, nicht mehr angebracht zu sein. Auch hier sollte es den Lizenznehmern möglich sein, auf die veränderten Erfordernisse im Markt einzugehen.

2. Der Kabinettsentwurf kommt ohne die Betonung des Dienstewettbewerbs aus

Die europäischen Neuregelungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl führen dazu, dass § 40 TKG gestrichen werden soll. Damit fallen auch die Regelungen zum Dienstewettbewerb ersatzlos weg. Der Kabinettsentwurf spiegelt damit die Marktgegebenheiten im Mobilfunk wider. Es wäre jetzt geradezu paradox, Diensteanbieter im Vergleich zu MVNO oder anderen Geschäftsformen weiter gesetzlich zu bevorzugen. So finden sich in den Tätigkeitsberichten der Bundesnetzagentur keine Hinweise darauf, dass in den letzten Jahren die Diensteanbieter den Wettbewerb signifikant (durch Dienste) stimulieren konnten. Vielmehr zeigen die Marktberichte, dass die neuen Angebote bzw. Geschäftsmodelle zu einer Intensivierung des Wettbewerbs beigetragen haben. Wie oben dargelegt versuchten einzelne Diensteanbieter, diese Intensivierung durch regulatorische Aktivitäten zu verhindern. Die war und ist nicht im Interesse der Nutzer. Eine Modifikation von § 150 Abs. 4 TKG würde insofern den geänderten Marktrealitäten Rechnung tragen.

Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass nach § 21 Abs. 7 TKG von einer Vorabverpflichtung abgesehen werden kann, wenn es freiwillige Angebote am Markt gibt. Auch diese Regelung könnte mit einer Änderung von § 150 TKG Abs. 4 TKG für den Mobilfunk tatsächlich greifen.

Der europäische Rechtsrahmen setzt weiterhin auf eine asymmetrische Regulierung. Zudem sollen die GSM-Lizenzen hinsichtlich ihrer Frequenznutzungsbestimmungen dem neuen Rechtsrahmen angepasst werden. Das Festhalten an einer marktmachtunabhängigen Diensteanbieterverpflichtung passt hier nicht mehr ins Bild. Der Kabinettsentwurf spiegelt mit der Streichung von § 40 Abs. 2 TKG nicht nur die geänderte Rechtslage wider, sondern ebenso die Marktrealitäten. Die Marktanalysen zeigen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Diensteanbieter maßgebliche Wettbewerbspulse geben. Eine Sonderstellung dieses Geschäftsmodells im TKG und nichts anderes bedeutet § 150 Abs. 4 TKG ist demnach kaum angezeigt.

VI. Fazit

Das ursprünglich intendierte Diensteanbieter-Modell, das ein Träger von Innovationen bei Diensten sein sollte, hat es in dieser Form nie gegeben. Vielmehr hat die Diensteanbieterverpflichtung nur zu einer Etablierung von Vertriebsunternehmen geführt. Ob dafür der regulatorische Rahmen ursächlich war, mögen historische Analysen zeigen. Für den deutschen Gesetzgeber stellt sich heute die Frage, ob es für den Wettbewerb sinnvoll ist, ein Modell gesetzlich vorzuschreiben, das in seiner Tendenz den Wettbewerb verringert. Aktuell befindet sich der Markt in einer Phase, in der der Dienstewettbewerb nicht wesentlich durch die Diensteanbieter beeinflusst wird. Es ist deshalb zu empfehlen, § 150 Abs. 4 TKG dahingehend zu ändern, dass der Bestandsschutz Ende 2011 ausläuft. Es wäre geradezu paradox, wenn der Gesetzgeber Diensteanbieter schützt, jedoch den verpflichteten Unternehmen keinerlei Schutz zukommen lässt. Ein Auslaufen des Bestandsschutzes übt zudem starke Anreize aus, dieses Geschäftsmodell marktkonform weiterzuentwickeln. Negative Auswirkungen auf den Wettbewerb sind somit nicht zu befürchten, ganz im Gegenteil. Im Übrigen werden bestehende Diskriminierungspotentiale unter den Mobilfunknetzbetreibern aufgelöst. Insgesamt verspricht der Wegfall der Diensteanbieterverpflichtung mehr vorstoßenden Wettbewerb, was im Interesse der Verbraucher – einem der Regulierungsziele des § 2 TKG – ist.