

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Amtliche Dokumente	LVII
Datenquellenverzeichnis	LXIII
Abbildungsverzeichnis	LXV

Einleitung	1
-------------------------	----------

Teil 1: Grundlagen	13
Kapitel 1: Wettbewerbsschutz durch wettbewerbsrechtliche Missbrauchskontrolle	14
Kapitel 2: Wettbewerb und Regulierung	36

Teil 2:	
Die Regulierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und der Schweiz	55
Kapitel 3: Der Telekommunikationssektor	56
Kapitel 4: Die Regulierung in Deutschland	76
Kapitel 5: Die Regulierung in der Schweiz	109
Kapitel 6: Wirksamkeit der Regulierung in Deutschland und der Schweiz	128

Teil 3:	
Gegenüberstellung des Telekommunikationssektors und der digitalen Ökonomie	191
Kapitel 7: Herausforderungen der digitalen Ökonomie	192
Kapitel 8: Gegenüberstellung der wettbewerbsökonomischen Besonderheiten	222

Teil 4:	
Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer Ex-ante-Regulierung?	229

Kapitel 9: Insuffizienz der wettbewerbsrechtlichen Ex-post-Missbrauchskontrolle?	230
Kapitel 10: Fazit	253
Rechtspolitische Implikationen für den schweizerischen Gesetzgeber	266
Ausblick	268
Chapitre 10: Conclusion	269
Implications politico-juridiques pour le législateur suisse	282
Perspectives	284
Chapter 10: Conclusion	286
Political and Legal Implications for the Swiss Legislator	298
Outlook	300
Zusammenfassung	301
Résumé	302
Resume	303
Anhang	304
Stichwortverzeichnis	313

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXXIII
Amtliche Dokumente	LVII
Datenquellenverzeichnis	LXIII
Abbildungsverzeichnis	LXV

Einleitung	1
A. Anlass und Untersuchungsgegenstand	1
B. Ziele der Untersuchung	5
C. Methodik und Eingrenzung	
des Untersuchungsgegenstands	6
I. Methodik	6
1. Rechtsvergleichende Elemente	6
2. Quantitativ-analytische Elemente	7
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands	8
D. Gang der Untersuchung	10

Teil 1: Grundlagen	13
---------------------------------	-----------

Kapitel 1: Wettbewerbsschutz durch wettbewerbsrechtliche	
Missbrauchskontrolle	14
A. Wettbewerb	14
I. Begriff	14
II. Grundzüge wettbewerbstheoretischer Schulen	16
1. Klassisch dynamischer Liberalismus	16
2. Neoklassisches Modell der vollkommenen Konkurrenz ..	17
3. Chicago und Post-Chicago School	18
4. Workable competition (funktionsfähiger Wettbewerb) ...	19
5. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	20
6. Ordo-liberale Schule	21
B. Missbrauchskontrolle in Deutschland und der Schweiz	21
I. Funktion und Systematik	22

II. Tatbestand	23
1. Marktbeherrschende Stellung	23
a) <i>Marktabgrenzung</i>	24
b) <i>Marktbeherrschung</i>	26
aa) <i>Einzelmarktbeherrschung</i>	26
bb) <i>Kollektivmarktbeherrschung</i>	28
2. Missbrauch	29
a) <i>Preissmissbrauch</i>	29
b) <i>Essential-Facilities-Doktrin</i>	33
3. Kausalität	35
C. Zwischenfazit	36

Kapitel 2: Wettbewerb und Regulierung	36
A. Regulierungstheorien	37
I. Normative Regulierungstheorie	37
II. Positive Regulierungstheorie	37
B. Normative Rechtfertigungsgründe der Regulierung	38
I. Wettbewerbsökonomische Besonderheiten	38
1. Natürliche Monopole	39
2. Externe Effekte	40
3. Informationsasymmetrien	41
II. (Politische) Zielkonflikte	42
1. Wettbewerb und Daseinsvorsorge	42
2. Dilemmathesen	43
C. Regulierung dynamischer Sektoren	44
I. Konflikt zwischen statischer und dynamischer Effizienz	44
II. Ex-post oder Ex-ante-Regulierung	46
D. Wirkungsanalyse von Regulierung in der Rechtssetzung	49
I. Prospektive Regulierungsfolgenabschätzung	49
II. Retrospektive Regulierungsfolgenabschätzung	51
E. Zwischenfazit	52

Teil 2:

Die Regulierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und der Schweiz	55
---	----

Kapitel 3: Der Telekommunikationssektor	56
A. Telekommunikation als Begriff der Netzwirtschaft	56

B. Technische Grundlagen	58
I. Backbones	58
II. Teilnehmeranschlussleitung und Teilnehmeranschlussnetz	58
III. Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (TAL)	62
1. Zugang zu Kupferanschlussnetzen	63
2. Zugang zu Glasfaseranschlussnetzen	64
C. Marktstufen	64
I. Vorleistungsmarkt	64
II. Endkundenmarkt	64
D. Dynamik	65
E. Rechtsquellen	66
I. Historie	66
II. Unionsrecht	67
1. Primärrecht	68
a) <i>Waren- und Dienstleistungsfreiheit</i>	68
b) <i>Wettbewerbsrecht</i>	68
c) <i>Art. 106 Abs. 3 und Art. 114 AEUV</i>	69
2. Sekundärrecht	70
a) <i>Richtlinienpaket 2002</i>	70
b) <i>Europäischer Kodex für elektronische Kommunikation</i>	71
c) <i>GEREK-Verordnung</i>	72
d) <i>Netzneutralitätsverordnung</i>	73
III. Nationales Verfassungsrecht	73
1. Deutschland: Art. 87f GG	74
2. Schweiz: Art. 92 BV	75
F. Zwischenfazit	75

Kapitel 4: Die Regulierung in Deutschland	76
A. Einführung in die grundlegenden Rahmenbedingungen des TKG	76
I. Aufbau und Systematik des TKG	77
II. Regulierungskonzepte des TKG	79
1. Dynamisch-transitorisches Regulierungskonzept	79
2. Technologieneutrales Regulierungskonzept	79
III. Institutionelle Ausgestaltung: BNetzA	80
IV. Normenkonkurrenz zum GWB und AEUV	82
B. Marktregulierung ex ante: Das Marktregulierungsverfahren	84

I. Regulierungsbedingungen	84
1. Marktdefinition	84
a) Wettbewerbsrechtliche Marktabgrenzung	84
b) Steuerungsinstrumente der Europäischen Kommission	86
aa) Leitlinien	86
bb) Märkteempfehlung	87
2. Marktanalyse	87
a) Drei-Kriterien-Test	88
b) Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht	89
3. Verhandlungsprimat	91
II. Zugangsregulierung	92
1. Zugangsbegriff	92
2. Asymmetrische Zugangsregulierung	93
a) Zugangsverpflichtungen	93
aa) Doppelhypothese	93
bb) Bestehende oder nicht finalisierte Regulierungsmaßnahmen	94
cc) Abwägungskriterien	95
dd) Auferlegbare Zugangsverpflichtungen	96
b) Flankierende Zugangsverpflichtungen	96
aa) Diskriminierungsverbot	97
bb) Transparenzverpflichtung	97
c) Sonstige Verpflichtungen	98
3. Symmetrische Zugangsregulierung	99
a) Marktmachtunabhängigkeit	100
b) Auferlegbare Verpflichtungen	100
aa) Zugangs- und Zusammenschaltungs- verpflichtung bei Kontrolle über Zugang zu Endnutzern	101
bb) Zugangsverpflichtung bei Hindernissen der Replizierbarkeit	102
4. Ermessensspielraum der BNetzA	103
5. Gerichtliche Kontrolldichte	105
III. Entgeltregulierung	105
C. Marktregulierung ex post:	
Besondere Missbrauchsaufsicht	107
D. Zwischenfazit	108

Kapitel 5: Die Regulierung in der Schweiz	109
A. Einführung in die grundlegenden Rahmenbedingungen des FMG	109
I. Aufbau und Systematik des FMG	110
II. Regulierungskonzepte des FMG	112
1. Dynamisch-transitorisches Regulierungskonzept	112
2. Technologiebezogenes Regulierungskonzept	112
III. Institutionelle Ausgestaltung: BAKOM und ComCom	113
IV. Normenkonkurrenz zum KG	115
B. Marktregulierung ex post: Die Zugangsregulierung nach FMG und FDV	116
I. Regulierungsbedingungen	117
1. Verhandlungsprimat (Kontrahierungszwang)	117
2. Verfügungsge such	118
3. Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung	118
II. Asymmetrische Zugangsregulierung	
gem. Art. 11 Abs. 1 FMG	118
1. Zugangs- und Entgeltbegriff	119
2. Zugangsregulierung	119
3. Zugangsbedingungen	120
a) Grundsätze bei der Verfügung von Zugangsbedingungen	120
aa) Markt- und Branchenüblichkeit	120
bb) Wettbewerbsfördernde Bedingungen und Auswirkungen auf konkurrierende Einrichtungen	121
b) Kostenorientierte Preise, Transparenzgebot, Diskriminierungsverbot und Entbündelungspflicht	122
aa) Kostenorientierte Preise (Entgeltregulierung)	122
bb) Transparenzgebot	123
cc) Diskriminierungsverbot	124
dd) Entbündelungspflicht von Diensten	124
4. Ermessensspielraum des BAKOM und der ComCom	125
5. Gerichtliche Kontrolldichte	126
III. Keine eigenständige Entgeltregulierung	127
C. Zwischenfazit	127

Kapitel 6: Wirksamkeit der Regulierung in Deutschland und der Schweiz	128
A. Einleitung	129
I. Ziel und Methodik	129
1. Ziel	129
2. Methodik	129
II. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	130
1. Zeitraum	130
2. Regulierungsinstrumente	131
3. Indikatoren	131
4. Relevanter Markt	131
a) Auswahl des Marktes	131
b) Abgrenzung des Marktes	132
aa) Sachlich	132
bb) Räumlich	134
B. Wirksamkeit der Regulierung	134
I. Sektorspezifische Problemstellungen und Regulierungsziele	134
1. Sektorspezifische Problemstellungen	134
a) Wettbewerbsökonomische Besonderheiten	134
aa) Kein pauschales Marktversagen	135
bb) Ursachen und Folgen des Marktversagens auf einzelnen Märkten	136
(1) Strukturelle Marktzutrittsschranken	136
(2) Strategische Marktzutrittsschranken	138
(3) Folgen für den Endkunden	138
b) Insuffizienz der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchskontrolle	139
aa) Schutzzweck	139
bb) Ex-post-Konzept	141
cc) (Durchsetzungs-)Instrumente	144
(1) Zugang zu wesentlichen Einrichtungen zu angemessenem Entgelt	144
(2) Fehlende Durchsetzungsinstrumente	146
c) Bipolarität des Telekommunikationssektors: Wettbewerb und Daseinsvorsorge	147
d) Zwischenfazit	148
2. Regulierungsziele	148
a) Deutschland	148
aa) Übergeordnete Kernziele	149

bb) Konkretisierung durch § 2 Abs. 2 TKG 2004	149
(1) Sicherstellung marktstufenübergreifend chancengleichen Wettbewerbs	150
(2) Förderung von Infrastrukturinvestitionen und Unterstützung von Innovation	151
(3) Sicherstellung einer flächendeckenden Grund- versorgung zu erschwinglichen Preisen	152
b) Schweiz	153
aa) Übergeordnete Kernziele	153
bb) Konkretisierung durch Art. 1 Abs. 2 FMG 2002	154
(1) Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs beim Erbringen von Fernmeldediensten	154
(2) Gewährleistung zuverlässiger und erschwinglicher Grundversorgung in allen Landesteilen	155
3. Indikatoren zur Bestimmung des Zielerreichungsgrads der Regulierungsziele	155
a) Auswahlkriterien	155
b) Ausgewählte Indikatoren	156
aa) Marktteilnehmer und Marktanteile	157
bb) Marktvolumen	157
cc) Preisniveau	157
dd) Innovationsdynamik	158
ee) Investitionshöhe und -häufigkeit	159
ff) Flächendeckungsgrad	159
c) Deutung der Indikatoren	161
II. Auswirkungen der Regulierung von 2004 bis 2020	162
1. Marktteilnehmer und Marktanteile	162
a) Deutschland	162
aa) Marktteilnehmer	162
bb) Marktanteile	162
b) Schweiz	165
aa) Marktteilnehmer	165
bb) Marktanteile	166
2. Marktvolumen	169
a) Deutschland	169
b) Schweiz	170
3. Preisniveau	170
a) Deutschland	170
b) Schweiz	172

4. Innovationsdynamik	174
a) <i>Deutschland</i>	174
b) <i>Schweiz</i>	176
5. Investitionshöhe und -häufigkeit	177
a) <i>Deutschland</i>	177
b) <i>Schweiz</i>	178
6. Flächendeckungsgrad	178
a) <i>Deutschland</i>	178
b) <i>Schweiz</i>	179
III. Bestimmung des Zielerreichungsgrads	180
1. Sicherstellung marktstufenübergreifend chancengleichen Wettbewerbs	180
a) <i>Niedriger Zielerreichungsgrad in Deutschland</i>	180
b) <i>Mittlerer Zielerreichungsgrad in der Schweiz</i>	183
2. Förderung von Infrastrukturinvestitionen und Unterstützung von Innovation	185
a) <i>Mittlerer Zielerreichungsgrad in Deutschland</i>	185
b) <i>Hoher Zielerreichungsgrad in der Schweiz</i>	186
3. Flächendeckender Netzausbau	186
a) <i>Hoher Zielerreichungsgrad in Deutschland</i>	187
b) <i>Hoher Zielerreichungsgrad in der Schweiz</i>	187
4. Erschwinglichkeit der Preise im Verhältnis zur angebotenen Qualität	187
a) <i>Hoher Zielerreichungsgrad in Deutschland</i>	187
b) <i>Hoher Zielerreichungsgrad in der Schweiz</i>	187
C. Thesen	187
I. Regulierung schützt die Machtposition des Incumbents auf dem Vorleistungsmarkt	188
II. Technologieneutrale Ex-ante-Regulierung hemmt Innovation	188
III. Wettbewerb oder Daseinsvorsorge	189

Teil 3:

Gegenüberstellung des Telekommunikationssektors und der digitalen Ökonomie	191
---	------------

Kapitel 7: Herausforderungen der digitalen Ökonomie	192
A. Digitale Ökonomie	192
I. Begrifflichkeiten	192

1. Daten	192
a) <i>Daten in der Informatik</i>	192
b) <i>Daten im wettbewerbsrechtlichen Kontext</i>	193
aa) <i>Personenbezogene Daten</i>	193
bb) <i>Daten nach der Art ihrer Erhebung</i>	194
cc) <i>Daten nach ihrer Struktur: «big data»</i>	194
2. Zwei- bzw. mehrseitige digitale Plattformen	195
3. Digitale Ökosysteme	197
II. Keine «klassischen» Marktstufen	199
1. Single-Market Approach	199
2. Multiple-Market Approach	201
B. Wettbewerbsökonomische Besonderheiten	202
I. Digitale Märkte	202
1. Zwei- bzw. Mehrseitigkeit digitaler Märkte	202
2. Wertschöpfung, Preissetzung und Kostenstruktur	203
3. Dynamik	205
II. Marktzutrittsschranken	206
1. Strukturelle Marktzutrittsschranken	206
a) <i>Daten</i>	207
aa) <i>Mangelnde Verfügbarkeit fremderhobener Daten</i>	208
bb) <i>Technologische Herausforderungen bei der Auswertung und Speicherung</i>	209
cc) <i>Überwindbarkeit der Marktzutrittsschranke?</i>	210
b) <i>Direkte und indirekte Netzwerkeffekte</i>	210
c) <i>Skaleneffekte</i>	211
d) <i>Datenbasierte Verbundvorteile</i>	211
e) <i>«Tipping»</i>	212
2. Strategische Marktzutrittsschranken	213
a) <i>Verweigerung des Datenzugangs</i>	214
b) <i>Zusammenführung von Daten</i>	214
c) <i>Verhinderung von Datenportabilität</i>	215
d) <i>Verhinderung von Interoperabilität</i>	216
e) <i>Selbstbevorzugung</i>	218
f) <i>Kopplung und Bündelung</i>	219
g) <i>Informationsasymmetrie</i>	220
3. Folgen für den Endkunden	220
C. Zwischenfazit	221

Kapitel 8: Gegenüberstellung der wettbewerbsökonomischen Besonderheiten	222
A. Gegenüberstellung	222
I. Marktstufen	222
II. Dynamik	223
III. Strukturelle Marktzutrittsschranken	223
IV. Strategische Marktzutrittsschranken	225
B. Zwischenfazit	226

Teil 4:

Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer Ex-ante-Regulierung?	229
--	------------

Kapitel 9: Insuffizienz der wettbewerbsrechtlichen Ex-post-Missbrauchskontrolle?	230
A. Marktabgrenzung	231
B. Feststellung von Marktmacht	234
C. Ex-post-Konzept	238
D. (Durchsetzungs-)Instrumente	242
I. Erfassbarkeit des Datenzugangs	242
1. Zugang zu wesentlichen Einrichtungen zu angemessenem Entgelt (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB und Art. 7 Abs. 2 lit. a KG)	243
2. Generalklausel (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB)	245
II. Erfassbarkeit weiterer strategischer Marktzutrittsschranken	246
III. Mangelnde Anwendung von Durchsetzungsinstrumenten	247
E. Bipolarität der digitalen Ökonomie: Wettbewerb und Daseinsvorsorge?	250
F. Zwischenfazit	251

Kapitel 10: Fazit	253
A. Grundlagen	253
B. Die Regulierung des Telekommunikationssektors in Deutschland und der Schweiz	255
C. Gegenüberstellung des Telekommunikationssektors und der digitalen Ökonomie	257
D. Digitale Ökonomie: Erforderlichkeit sektorspezifischer Ex-ante-Regulierung?	259

I. Normativ-regulierungstheoretische Erforderlichkeit	259
II. Insuffizienz der wettbewerbsrechtlichen Ex-post-Missbrauchskontrolle	260
III. Zweifel aus der Perspektive der Wettbewerbstheorie	261
IV. Zweifel aus der Perspektive des Telekommunikationssektors	263
Rechtspolitische Implikationen für den schweizerischen Gesetzgeber	266
Ausblick	268

Chapitre 10: Conclusion	269
A. Fondements	269
B. La régulation du secteur des télécommunications en Allemagne et en Suisse	271
C. Comparaison du secteur des télécommunications et de l'économie numérique	273
D. Économie numérique : nécessité d'une régulation ex ante sectorielle?	275
I. Nécessité au regard de la théorie normative de la régulation	275
II. Insuffisance du contrôle ex post des abus de position dominante en droit de la concurrence	276
III. Le doute dans la perspective de la théorie de la concurrence	277
IV. Le doute dans la perspective du secteur des télécommunications	279
Implications politico-juridiques pour le législateur suisse	282
Perspectives	284

Chapter 10: Conclusion	286
A. Fundamentals	286
B. The Regulation of the Telecommunications Sector in Germany and Switzerland	288
C. Comparison of the Telecommunications Sector and the Digital Economy	290
D. Digital Economy: Necessity of Sector-Specific Ex Ante Regulation?	291
I. Necessity in Relation to the Normative Theory of Regulation	292

II. Insufficiency of the Ex Post Abuse Control under Competition Law	292
III. Doubts from the Perspective of Competition Theory	293
IV. Doubts from the Perspective of the Telecommunications Sector	295
Political and Legal Implications for the Swiss Legislator	298
Outlook	300
Zusammenfassung	301
Résumé	302
Resume	303
Anhang	
Anhang 1: Marktanteile	
Deutschland	306
Schweiz	307
Anhang 2: Marktvolumen	308
Anhang 3: Preisniveau	309
Anhang 4: Innovationsdynamik	
Deutschland	310
Schweiz	311
Anhang 5: Investitionshöhe	312
Anhang 6: Flächendeckungsgrad	313
Stichwortverzeichnis	315