

# Sascha Dietrich/Fabio Longo

## »Powerline Communication«

### Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt?

*Die Autoren untersuchen die Wirksamkeit von Wettbewerbsregeln auf dem Telekommunikations- und auf dem Strommarkt. Im Zentrum steht die Rolle der Stromkonzerne auf dem Telekommunikationsmarkt, die sich zu einem gesellschaftlichen Machtkartell entwickeln.*

*Die Red.*

#### *1. Einführung – die Regulierung der Märkte für Telekommunikation und Strom*

Ende der 90er Jahre wurden in Deutschland die Märkte für Telekommunikation und Elektrizität aufgrund von Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft liberalisiert. Durch diese Öffnung der Märkte sollen Monopole aufgelöst und Wettbewerb ermöglicht werden. Das funktioniert aber nicht von selbst. Dazu ist Regulierung erforderlich, durch die der Übergang von einem ehemals monopolistischen zu einem wettbewerblich organisierten Markt erreicht werden soll. Die Regulierung liberalisierter Märkte ist eine wesentliche Voraussetzung zur Sicherstellung eines *chancengleichen Wettbewerbs* und damit für eine vielfältige Unternehmenslandschaft, Kundenorientierung und Preisgünstigkeit.

Auf dem Markt für Telekommunikation hatte die Deutsche Bundespost, heute *Deutsche Telekom AG (DTAG)*, das alleinige Monopol inne. Im Strommarkt haben die großen Verbundunternehmen (VU) und die mit diesen konzernrechtlich verflochtenen, VU-nahen regionalen Energieversorgungsunternehmen (EVU) Gebietsmonopole besessen. Diese wurden – über das gesamte Bundesgebiet verteilt – durch Demarkationsverträge regional und Konzessionsverträge kommunal ausgestaltet. *DTAG* sowie *VU* und *EVU*, die Ex-Monopolisten des Telekommunikations- und Strommarktes, sind Normadressaten der mit dem *Telekommunikationsgesetz (TKG)* und dem *Energiewirtschaftsgesetz (EnWG)* geschaffenen Regulierung.

Der *Telekommunikationsmarkt* wird durch eine sektorspezifische Mißbrauchsaufsicht reguliert (V.). Sektorspezifisch heißt, daß für die Telekommunikationswirtschaft mit dem *TKG* ein eigenes Wettbewerbsrecht außerhalb des *Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*, dem sog. Kartellgesetz, geschaffen wurde. § 35 Abs. 1 S. 1 *TKG* i. V. m. § 33 Abs. 1 *TKG* verpflichtet marktbeherrschende Unternehmen (§ 19 Abs. 2, 3 *GWB*), Wettbewerbern Zugang zu ihrem Telekommunikationsnetz zu gewähren. Hierdurch sollen die Ziele des *TKG*, Auflösung der Monopole und chancengleicher Wettbewerb, erreicht werden. Über die Durchsetzung der Vorschriften des *TKG* wacht nicht das *Bundeskartellamt (BKartA)*, sondern die eigens für diesen Markt geschaffene *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)*.

Im *Strommarkt* gibt es keine behördliche Aufsicht über den Wettbewerb. Die Regelung der Details für den Netzzugang als Voraussetzung zur Verwirklichung freien

Wettbewerbs wird den Verbänden der Energiewirtschaft überlassen. Zur Durchsetzung der Regulierung werden im Strommarkt daher weichere Instrumente als im Telekommunikationsmarkt eingesetzt. Parallel zum TKG ist zwar mit den §§ 5 ff. EnWG auch für den Strommarkt ein sektorspezifisches Wettbewerbsrecht geschaffen worden. Da es jedoch entscheidend auf faire Netzzugangsregeln und eine effektive Mißbrauchsaufsicht ankommt, kann *chancengleicher Wettbewerb* mit der jetzigen Form der Regulierung im Strommarkt nicht erreicht werden.

Interessant wird die Gegenüberstellung dieser unterschiedlichen Wettbewerbsregeln für den Telekommunikations- und Strommarkt, wenn sich Unternehmen aus dem einen im anderen Markt engagieren. In dieser Abhandlung geht es um das Eindringen der Stromkonzerne in den Telekommunikationsmarkt. Die Frage ist dabei, ob das sektorspezifische Wettbewerbsrecht des TKG dazu geeignet ist, *chancengleichen Wettbewerb* sicherzustellen, falls die Stromkonzerne den Telekommunikationsmarkt erobern.

## II. Problemstellung – Regulierung vor neuer Herausforderung

Schon seit Beginn der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes hat die Stromwirtschaft den Markt für Telekommunikation als profitable Einnahmequelle entdeckt. Infolgedessen engagieren sich die großen VU auf diesem Markt. Sie haben an diesem Engagement schon deshalb ein großes Interesse, da es in absehbarer Zeit möglich sein wird, Stromkabel im Wege der »Digital-Powerline-Technologie« flächendeckend für die Übertragung von Telekommunikationsdienstleistungen zu nutzen. Dieser bevorstehende, revolutionäre Quantensprung in der Telekommunikationstechnik ist unter den Begriffen »Powerline Communication«, »Konvergenz der Netze« oder »Multi Utility« bekannt (III.).

Die »wirtschaftliche Multifunktionalität der Stromnetze« ist nach Ansicht von *Hermann Scheer* für die Stromwirtschaft »eine einzigartige Zugriffsmöglichkeit auf den Sektor, der für die moderne Industriegesellschaft und für die Gesellschaftskultur und die Demokratie als der künftig bedeutendste gilt: den der Telekommunikation und generell der elektronischen Medien.«<sup>1</sup> Die markstrategisch starke Stellung der großen VU im Strommarkt (IV.) und ihr dadurch begünstigtes sektorübergreifendes Engagement im Telekommunikationsmarkt (VI.) geben Anlaß, die Verwirklichung *chancengleichen Wettbewerbs* im Markt für Telekommunikation in Frage zu stellen.

Hintergrund für die folgende Erörterung ist das von *Scheer* umrissene Szenario des Heraufziehens einer gesellschaftslenkenden Macht von nicht gemeinwohlorientierten Großkonzernen. Als notwendige Voraussetzung für ein gemeinnütziges Wirtschaftssystem wird daher *chancengleicher Wettbewerb in einer vielfältigen Unternehmenslandschaft* angesehen (VII.1.). Auf dieser Grundlage untersucht der Beitrag die sektorspezifische Regulierung des TKG und schlägt *de lege ferenda* Konfliktlösungsmechanismen mit Blick auf die Multifunktionalität der Stromnetze vor (VII.2., VIII.).

1 Scheer, *Solare Weltwirtschaft – Strategie für die ökologische Moderne*, 1. Aufl. 1999, S. 61.

»Konvergenz der Netze« heißt, daß unter Anwendung der Digitaltechnik »ein und dasselbe Telekommunikationsnetz für die Erbringung unterschiedlicher Dienstleistungen benutzt und umgekehrt ein und dieselbe Informations- und Kommunikationsdienstleistung über unterschiedliche Netze erbracht werden kann«<sup>2</sup> – ein Quantensprung für die Telekommunikationswirtschaft. Während Telekommunikation früher nur über das analoge, dann digital modernisierte Fernsprechnetz der DTAG betrieben wurde, ist es heute möglich, konventionelle Stromleitungen oder auch Fernsehkabelnetze für die Übertragung von Telekommunikation zu nutzen. Jede Steckdose wird so zum Anschluß an die Datenautobahn, über den Telefonieren und Surfen im Internet ebenso möglich ist wie die Fernsteuerung der gesamten Haustechnik.<sup>3</sup>

#### 1. Kommunikation über Stromkabel – die »Digital-Powerline-Technologie«

Das Prinzip ist vom sog. »Babyphone« bekannt: Ein Sender wird an eine Steckdose im Kinderzimmer angeschlossen. Dieser ist dadurch nicht nur mit Strom versorgt, sondern kommuniziert gleichzeitig über die Stromleitung mit einem Empfangsgerät, das ebenfalls am Netz hängt. Mit der modernen Digitaltechnik ist es nun möglich, Stromkabel nicht nur für »Babyphones«, sondern überdies für die Übertragung anspruchsvoller Telekommunikationsdienstleistungen zu nutzen. Der Begriff »Telekommunikationsdienstleistungen« meint dabei nicht nur das normale Telefonieren, sondern auch andere Datendienste, wie den Internetzugang. Ebenso können Stromzähler fernabgelesen, Haushaltsgeräte oder Funktionen wie Licht und Heizung ferngesteuert werden (»Telemetrie« oder »Hausautomation«).<sup>4</sup> Dabei ist es prinzipiell möglich, Telefon, Internet oder andere Datendienste mit zehnmal schnellerer Geschwindigkeit als per ISDN über das Stromnetz zum Kunden zu transportieren.<sup>5</sup> Eingespeist und verteilt werden die Datenströme an der örtlichen Trafo- bzw. Verteilerstation.<sup>6</sup> Der Kunde braucht in seinem Haushalt nur noch ein spezielles Modem, welches die Daten aus der Stromleitung für seinen Computer und sein Telefon lesbar macht. Ein Beispiel für dieses System bietet die von VEBA (heute: e.on) entwickelte »Online-Box«. Dieses Gerät wird im Zählerschrank des Kunden installiert und stellt die Kommunikationsbrücke zwischen der örtlichen Trafostation und dem Kommunikationssystem im Haus dar.<sup>7</sup> Die Technik, mit der Stromnetze für den Transport von Telekommunikationsdienstleistungen nutzbar gemacht werden, ist unter der Bezeichnung »Powerline Communication« geläufig.<sup>8</sup> Unter Federführung der Stromkonzerne wird derzeit mit Hochdruck an der Marktreife der »Digital-Power-

<sup>2</sup> Scherer, CR 2000, S. 35 (39).

<sup>3</sup> Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10; Karepin, Handelsblatt Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13; [www.powerlinenet.de](http://www.powerlinenet.de); [www.ple-networks.com](http://www.ple-networks.com).

<sup>4</sup> Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10; Karepin, Handelsblatt Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13.

<sup>5</sup> Karepin, Handelsblatt Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13.

<sup>6</sup> Siehe die Illustration auf der Internet-Seite der RWE Powerline GmbH: [www.powerlinenet.de/de/information.htm](http://www.powerlinenet.de/de/information.htm).

<sup>7</sup> Handelsblatt Nr. 38 v. 23. 2. 2000, S. 60; zum Engagement von Energie Baden-Württemberg (EnBW): Karepin, Handelsblatt Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13; Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10.

<sup>8</sup> Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10; Kistner, DIE ZEIT Nr. 17 v. 16. 4. 1998, S. 35; Weisser/Meinking, WuW 1998, S. 831 (839); Koenig/Loetz, FAZ Nr. 34 v. 10. 2. 1998, S. B 8.

line-Technologie« gearbeitet.<sup>9</sup> Viele Unternehmen haben bereits organisatorisch die Weichen für den Zukunftsmarkt *Powerline Communication* gestellt. So hat etwa die *RWE Energie AG* ein zuständiges Tochterunternehmen, die *RWE Powerline GmbH*, gegründet.

## 2. Multifunktionalität der Stromnetze – der Machtfaktor *Powerline Communication*

Für das Angebot von *Powerline Communication* scheint das notwendige »Know how« eine untergeordnete Rolle zu spielen; die Marktreife ist nur noch eine Frage der Zeit. Entscheidend ist vielmehr, wer die Kontrolle über die Stromkabel bis zur örtlichen Trafostation und bis zum Hausanschlußkasten des Kunden ausübt. Hier kommt der Tatsache besondere Bedeutung zu, daß die VU aufgrund ihrer wirtschaftlichen Verflechtungen über Konzernunternehmen, den EVU, die Kontrolle über die Stromleitungen bis hin zum Endkunden innehaben.<sup>10</sup> Um ihre Wettbewerbsstellung im Telekommunikationsmarkt zu stärken, haben VU und EVU ein gesteigertes Interesse an der Multifunktionalität ihrer Stromnetze.<sup>11</sup> Wenn die Stromkonzerne demnächst die *Powerline Communication* flächendeckend anbieten, können sie jeden potentiellen Kunden über die Steckdose im Haus erreichen.<sup>12</sup> Dies wird den Telekommunikationsmarkt aufs Neue revolutionieren. Bislang sind die Kunden für Telekommunikationsdienstleistungen nämlich fast ausschließlich über das Ortsnetz der *DTAG* zu erreichen. Mit der Einführung der *Powerline Communication* wird zukünftig ein alternatives Telekommunikationsnetz zur Verfügung stehen, mit dem VU und EVU ihre Kunden selbständig einen *Teilnehmeranschluß* für Telekommunikationsdienstleistungen anbieten können. Damit wäre für sie das Problem der sog. »letzten Meile« gelöst.<sup>13</sup> Die Stromkonzerne könnten rasch eine starke Stellung im Markt für Ortsgespräche, Internet und damit auch im Zukunftsmarkt Internet-Telefonie<sup>14</sup> einnehmen. Bevor es losgehen kann, muß die *RegTP* allerdings noch die Nutzung der Frequenzen freigeben.<sup>15</sup>

Wenn der Teilnehmeranschluß flächendeckend über Stromleitungen realisiert sein wird, werden die Stromkonzerne eine echte Alternative zur *DTAG* darstellen. Dies wird die Wettbewerbssituation auf dem Telekommunikationsmarkt nachhaltig verändern.<sup>16</sup> Fraglich ist, ob das sektorspezifische, allein auf den Ex-Monopolisten *DTAG* zugeschnittene, Regulierungsmodell des *TKG*<sup>17</sup> auf diese Situation eingestellt ist. Dieser Frage soll im folgenden nachgegangen werden. Von besonderem Interesse ist hierfür, welche wirtschaftliche Ausgangsbasis die Stromkonzerne für ihr Engagement im Telekommunikationsmarkt mitbringen.

<sup>9</sup> Bayer, FR Nr. 79 v. 3. 4. 2001, S. 29; Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10; Karepin, Handelsblatt Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13; Handelsblatt Nr. 38 v. 23. 2. 2000, S. 1, 60; [www.powerlinenet.de](http://www.powerlinenet.de).

<sup>10</sup> EU-Kommission, Entscheidung v. 13. 6. 2000, Sache Nr. COMP/M. 1673-VEBA/VIAG, Rz. 15 ff.; BKartA, Beschluß zur Fusion von RWE und VEW v. 3. 7. 2000, B8-40000 – U – 309/99, Rz. 115 ff. (beide Entscheidungen sind im Internet unter [www.energierecht-news.de](http://www.energierecht-news.de) erhältlich).

<sup>11</sup> Handelsblatt Nr. 38 v. 23. 2. 2000, S. 1, 60; FAZ Nr. 45 v. 23. 2. 2000, S. 23; Karepin, Handelsblatt Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13; Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10.

<sup>12</sup> Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10.

<sup>13</sup> Horndasch, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10; vgl. Koenig/Kühling, WuW 2000, S. 596 (608).

<sup>14</sup> Weisser/Meinking, WuW 1998, S. 831 (839); vgl. Windthorst/Franke, CR 1999, S. 14 ff.

<sup>15</sup> [www.plc-networks.com](http://www.plc-networks.com).

<sup>16</sup> Koenig/Kühling, WuW 2000, S. 596 (608); vgl. Scheer (Fn. 1), S. 61–65.

<sup>17</sup> Telekommunikationsgesetz v. 25. Juli 1996 (BGBl. I, S. 1120 ff.).

Die Ausgangsposition der Stromkonzerne für ihre sektorübergreifende Betätigung im Telekommunikationsmarkt ist beachtlich. Im Strommarkt haben VU und EVU – legitimiert durch EnWG a. F. und GWB a. F. – Gebietsmonopole besessen. Diese wurden durch Demarkationsverträge regional und Konzessionsverträge kommunal ausgestaltet (§§ 103 Abs. 1, 103a Abs. 1 GWB a. F.).<sup>18</sup>

#### 1. Die Entwicklung auf dem Strommarkt

Der Strommarkt ist durch das neue EnWG<sup>19</sup> liberalisiert worden. Trotz dieser Liberalisierung kann von einem *chancengleichen Wettbewerb* auf dem Strommarkt nicht gesprochen werden. Dazu müßte für neue Anbieter die theoretische Möglichkeit bestehen, in einen Markt einzutreten, ohne Gefahr zu laufen, durch marktmächtige Unternehmen über unfaire Behinderungspraktiken wieder zum Marktaustritt gezwungen zu werden (Theorie der »bestreitbaren Märkte«).<sup>20</sup> Danach hätten neue Unternehmen die Chance, sich unabhängig von den Ex-Monopolisten erfolgreich im Markt zu platzieren. Die Wirklichkeit sieht jedoch so aus, daß die großen VU (*e.on* – Fusion aus VEBA und VIAG; *RWE* – Fusion aus RWE und VEW; und *EnBW*) den Strommarkt unter sich aufteilen. Im früheren Geltungsbereich der Gebietsmonopole sind die Ex-Monopolisten nach wie vor marktbeherrschend; ihre Vormachtstellung haben sie dort keinesfalls verloren.<sup>21</sup> Hierfür gibt es zahlreiche Gründe, die im folgenden dargestellt werden.

##### a) Zu wenig Regulierung des Strommarktes

Der Strommarkt wurde zwar liberalisiert. Die Ex-Monopolisten der Energiewirtschaft durften aber die mit staatlicher Unterstützung aufgebauten Netze und Leitungen in ihrem Eigentum behalten. Wettbewerb kann im Markt für Elektrizität nur entstehen, wenn die Netze und Leitungen auch von anderen Unternehmen und nicht ausschließlich von den Eigentümern genutzt werden können. Ansonsten bliebe es de facto bei der Monopolwirtschaft, da der alternative Leitungsbau zu kostenintensiv und damit nicht konkurrenzfähig ist. Wie im Telekommunikationsmarkt kommt es daher im Strommarkt darauf an, daß Wettbewerber einen Anspruch darauf haben, Netze und Leitungen des Ex-Monopolisten für eigene Angebote zu benutzen. § 6 Abs. 1 S. 1 EnWG begründet einen solchen Anspruch der Wettbewerber auf Benutzung der Leitungen – genannt Netzzugang oder Durchleitung. Entscheidend kommt es darauf an, welche Kosten für Wettbewerber bei der Benutzung von Netzen und Leitungen entstehen. Im Telekommunikationsmarkt werden die Netzzugangsgebühren von der *RegTP* festgesetzt. Eine ähnliche Regelung hat der Verordnungsgeber für den Strommarkt bisher versäumt (vgl. § 6 Abs. 2 EnWG).<sup>22</sup> So

18 Locher, in: Jarass, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1997, § 17 Rn. 17; Kühne/Scholtka, *NJW* 1998, S. 1902 (1903).

19 Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.4.1998 (BGBl. I, S. 730).

20 Gerpoit, *MMR* 2000, S. 191 (192).

21 Vgl. Brost, *DIE ZEIT* Nr. 8 v. 17. 2. 2000, S. 30; Scheer (Fn. 1), S. 250–256, 284–288.

22 Becker, *ZNER* 2000, S. 114 ff.; Scheer (Fn. 1), S. 63 f.

wird die konkrete Ausgestaltung des Netzzugangs und insbesondere die Festsetzung von Durchleitungsentgelten den Verbänden der Energiewirtschaft anvertraut (Verbändevereinbarung II<sup>23</sup>).<sup>24</sup> Der Staat überläßt damit den Akteuren selbst die Bestimmung der Spielregeln für den Wettbewerb. Mit dieser halbherzigen Wirtschaftspolitik untermauert die Bundesregierung das Recht der Stärksten in der Energiewirtschaft.<sup>25</sup> Davon profitieren die großen VU, die insbesondere von der Verbändevereinbarung II Vorteile haben, ihre Stellung abzusichern und zu stärken.<sup>26</sup> Und deren Dominanz ist enorm, wie hier gezeigt wird.

### b) Marktstrategische Ausgangsposition der VU im Strommarkt

Die überragende Marktstellung der großen VU zeigt sich daran, daß sie zusammen mit ihren Unternehmensbeteiligungen rund drei Viertel der Stromerzeugungskapazität<sup>27</sup> und rund zwei Drittel der Endverteilung<sup>28</sup> beherrschen. Sie bestimmen damit die gesamte Kette in der Elektrizitätswirtschaft vom Anfang, der Stromerzeugung, bis zum Ende, der Versorgung der Kunden.<sup>29</sup> Das EG-Recht bezeichnet Elektrizitätsunternehmen, die mindestens zwei der Funktionen Erzeugung, Übertragung oder Verteilung von Elektrizität wahrnehmen, als »vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen« (Art. 2 Nr. 18 Strombinnenmarkt-Richtlinie [EG-StromRL]<sup>30</sup>). Tatsache ist, daß sich durch die Liberalisierung des Strommarktes diese vertikale Integration durch Unternehmensaufkäufe und Fusionen weiter vergrößert hat.<sup>31</sup> Die Marktmacht der großen Stromkonzerne wächst, und hierfür gibt es Gründe.

Entscheidend ist die Finanzkraft der VU.<sup>32</sup> Je stärker die Finanzkraft eines Unternehmens ist, desto größer ist sein Handlungsspielraum, insbesondere für die Preisbildung und für den internen Verlustausgleich zwischen Tochterunternehmen auf verschiedenen Märkten (Quersubventionierung).<sup>33</sup> Die VU verfügen über eine immense, aus Monopolrenditen bezogene, Finanzkraft<sup>34</sup> – »anders als die jungen An-

<sup>23</sup> Verbändevereinbarung über Kriterien zur Bestimmung von Netzzugangsentgelten für elektrische Energie vom 13. 12. 1999 (VV Strom II), abgedruckt in: RdE 2000/1.

<sup>24</sup> Eickhof/Kreikenbaum, WuW 1998, S. 666 (673); Lösch, FAZ Nr. 273 v. 23. 11. 1999, S. B 4.

<sup>25</sup> Diese halbherzige Wirtschaftspolitik im Energiebereich ist zurückzuführen auf die Notwendigkeit zum Kompromiß zwischen den fortschrittlichen Ansätzen aus den rot-grünen Koalitionsfraktionen sowie dem Bundesumweltministerium einerseits und den bestandschützenden Abwehrreaktionen aus dem Bundeswirtschaftsministerium andererseits (vgl. Leinemann, DER SPIEGEL Nr. 9 v. 24. 2. 2001, S. 28). Dies wird zum Beispiel an dem Gezerre um eine Quotenregelung für die Kraft-Wärme-Kopplung deutlich (siehe Traube im Interview, FR Nr. 49 v. 27. 2. 2001, S. 30). Die erste rot-grüne Bundesregierung in der Geschichte der Bundesrepublik hat mit Bundesminister Dr. Werner Müller (parteilos) einen ehemaligen Energiemanager im Schlüsselressort für Wirtschaft und Technologie in ihren Reihen. Dieser macht sich als »Anwalt der Stromkonzerne« (Rosenkranz, DER SPIEGEL Nr. 9 v. 24. 2. 2001, S. 26) einen Namen.

<sup>26</sup> EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 120 ff.; vgl. Becker, ZNER 2000, S. 114 (117); Theobald/Wyl, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 3.

<sup>27</sup> EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 52 f., 69.

<sup>28</sup> Vgl. EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 115 ff.; Traube/Münch, ZNER 1997, S. 17 (19 ff., 25 f., 30, 34, 36); Locher (Fn. 18), Rn. 13; Schöer (Fn. 1), S. 62.

<sup>29</sup> Vgl. EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 115 ff.; Eickhof/Kreikenbaum, WuW 1998, S. 666 (673).

<sup>30</sup> RL 96/92/EG vom 19. 12. 1996.

<sup>31</sup> Jochum, FAZ Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 17; Brost, DIE ZEIT Nr. 8 v. 17. 2. 2000, S. 30; Böge (Präsident des BKartA) im Interview, DIE ZEIT Nr. 8 v. 17. 2. 2000, S. 30; Kainer/Spielkamp, FAZ Nr. 273 v. 23. 11. 1999, S. B 3; Becker, ZNER 1998, S. 51 (52 f.); Junker, FAZ Nr. 249 v. 27. 10. 1998, S. B 16. Zur »hochkonzentrierten« Struktur der Verbundwirtschaft: EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 48 ff.

<sup>32</sup> BGH BB 1998, S. 121 (122) – »Stromversorgung Aggertal«; Schöer (Fn. 1), S. 62.

<sup>33</sup> Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, S. 249; vgl. Eickhof/Kreikenbaum, WuW 1998, S. 666 (673).

<sup>34</sup> BKartA (Fn. 10), Rz. 117, 123. Zur Finanzkraft siehe allein die Rückstellungen der AKW-Betreiber für die Entsorgung in Höhe von 61,8 Mrd. DM (FR Nr. 59 v. 11. 3. 1999, S. 5), die nach Ansicht der deutschen

bieter zehren sie von ihrem Monopolspeck«.35 Dieser ermöglicht ihnen, umfangreiche Investitionen, etwa für den Aufbau einer eigenen Infrastruktur im Telekommunikationssektor, zu tätigen.36 Brisant wird dieser Aspekt in Anbetracht der Möglichkeit, über bereits bestehende Stromkabel kommunizieren zu können (*Powerline Communication*). Dadurch verringert sich der Investitionsbedarf für das Engagement der Stromkonzerne in der Telekommunikationswirtschaft; ihr Handlungsspielraum scheint dort langfristig gesichert zu sein.

Die wachsende Marktmacht der großen VU hängt zudem von den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen auf dem Strommarkt ab.37 Die Kosten für Unternehmen, die neu in den Strommarkt einsteigen wollen, sind horrend.38 So kostet der Aufbau einer nationalen Strommarke mindestens 50 Millionen Mark und deren nachhaltige Markenpräsenz jährlich 30 Millionen Mark; um erfolgreich Stromhandel betreiben zu können, wird ein Handelsvolumen von rund 50 Terawattstunden pro Jahr vorausgesetzt (fünf mal so viel wie der Verbrauch der Stadt Berlin).39

### c) Fazit

Die unzureichende Regulierung des Wettbewerbs im Elektrizitätsmarkt, die Eigentumsverhältnisse bei den Stromleitungen, der finanzielle Spielraum und die übrigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen begünstigen die Stromkonzerne, so daß diese ihre Marktmacht weiter ausbauen können. Sie müssen auch nicht befürchten, ihre *beherrschende Stellung in ihren ehemaligen Gebietsmonopolen* in naher Zukunft zu verlieren.40

Die Stromkonzerne haben für ihre sektorübergreifende Betätigung in der Telekommunikationswirtschaft also eine hervorragende Ausgangsbasis. Den Marktdurchbruch können sie im Telekommunikationssektor allerdings nur mit *Powerline Communication* schaffen. Da sie mit der Kommunikation über Stromkabel eine Alternative zum Teilnehmeranschluß der DTAG in der Hand haben, ist vor allem die Marktmacht der Stromkonzerne auf deren »letzter Meile«, dem sog. Stromversorgungsmarkt, von Interesse. Die Ausgangsbasis der Stromkonzerne für ihr Engagement im Telekommunikationsmarkt steht und fällt daher mit der Frage, wer im Stromversorgungsmarkt die Kontrolle über die Stromleitungen vom Verteilerkasten bis hin zur Steckdose im Haus des Endkunden innehat. Hier entscheidet sich, welche potentielle Marktmacht die Stromkonzerne mit *Powerline Communication* gegenüber der DTAG entfalten können.

Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, welche Marktmacht die VU und die VU-nahen EVU im für die *Powerline Communication* relevanten Stromversorgungsmarkt haben. Um die Macht und den Einfluß eines Unternehmens darzustellen und rechtlich greifbar zu machen, existiert im Wettbewerbsrecht die Kategorie der »marktbeherrschenden Stellung«. Diese ist in § 19 GWB definiert. Einem Unternehmen, welches auf einem Markt eine beherrschende Stellung einnimmt, ist die mißbräuchliche Ausnutzung seiner Marktmacht untersagt. Das Vorliegen einer marktbeherrschenden

Stadtwerke von den VU dazu genutzt werden, sich in die Kommunikationsbranche einzukaufen (Wille, FR Nr. 39 v. 15. 2. 2001, S. 4).

35 Brost, DIE ZEIT Nr. 8 v. 17. 2. 2000, S. 30.

36 Scheer (Fn. 1), S. 59, 62; ders., ZNER 2000, S. 159.

37 Zum Ganzen: Scheer (Fn. 1), S. 58 ff.

38 EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 112; Kainer/Spielkamp, FAZ Nr. 273 v. 23. 11. 1999, S. B 3.

39 Kainer/Spielkamp, FAZ Nr. 273 v. 23. 11. 1999, S. B 3.

40 Vgl. BKartA (Fn. 10), Rz. 78 ff. (81); Brost, DIE ZEIT Nr. 8 v. 17. 2. 2000, S. 30.

Stellung ist auch für das Eingreifen der Regulierung nach dem TKG relevant. §§ 33, 35 TKG knüpfen die Verpflichtung des Netzbetreibers, Konkurrenten Netzzugang zu gewähren, an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 19 GWB. Auf dieser gesetzlichen Grundlage wird im folgenden der Beherrschungsgrad der VU und der VU-nahen EVU auf dem Stromversorgungsmarkt untersucht.

## 2. Wettbewerbsrechtliche Situation der Stromkonzerne im für die *Powerline Communication* relevanten Stromversorgungsmarkt

Ob Unternehmen auf einem bestimmten Markt als beherrschend anzusehen sind, wird in einer zweistufigen Prüfung ermittelt. Zunächst ist der in sachlicher und räumlicher Hinsicht relevante Markt zu ermitteln, auf dem die Unternehmen ihre Ware oder Dienstleistung anbieten. Anschließend wird auf der Basis dieses Marktes untersucht, ob das Unternehmen einen der in § 19 GWB genannten Marktbeherrschungstatbestände erfüllt.<sup>41</sup>

Die folgende Darstellung berücksichtigt nur die in Rede stehende Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Stellung der Stromkonzerne im für die *Powerline Communication* relevanten Stromversorgungsmarkt. Als Grundlage wird hier die neuere Entscheidungspraxis von *BKartA* und *EU-Kommission* herangezogen.

### a) Sachlich relevanter Markt

Die Bestimmung des sachlich relevanten Marktes erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept.<sup>42</sup> Danach ist von einem Abnehmer auszugehen, der sich bereits für eine bestimmte Art von Waren oder Dienstleistungen entschieden hat, und zu fragen, welche Produkte für ihn ohne weiteres austauschbar sind.<sup>43</sup>

Im Bereich der Stromwirtschaft sind folgende sachlich relevanten Märkte zu unterscheiden: die *Erzeugung* von Elektrizität in Kraftwerken, die *Übertragung* von Elektrizität über Hochspannungskabel, die *Verteilung* von Elektrizität über Mittel- und Niederspannungsleitungen sowie die *Versorgung* von Endabnehmern mit Elektrizität.<sup>44</sup> Hinzu tritt der Markt des *Handels* mit Elektrizität.<sup>45</sup> Für das Angebot von *Powerline Communication*, der Telekommunikation über Stromkabel, kommt es vor allem auf die Direktverbindung zum Endkunden (»letzte Meile«) an. Wer also die Versorgungsleitungen für Elektrizität bis zum Haus des Abnehmers besitzt, kann auch die »Versorgung« mit *Powerline Communication* anbieten und hat damit den Fuß im Markt für Ortsgespräche. Damit ist für die weitere Untersuchung der *Stromversorgungsmarkt* (= *Endverteilung zum Endkunden*) sachlich relevant.

41 St. Rspr. BGH WuW/E BGH 2231 (2237) »Metrokauf«; WuW/E 1435 (1440) »Vitamin 12«.

42 St. Rspr. BGH WuW/E BGH 3026 (3028) »Backofenmarkt«; Möschel, in: Immenga/Mestmäker, GWB, 2. Aufl. 1992, § 22 Rn. 24.

43 Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, S. 234.

44 EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 11; siehe auch: BKartA (Fn. 10), Rz. 70 ff.

45 EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 11.

Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt nach Maßgabe der räumlich gegebenen Austauschmöglichkeiten des Produkts aus Sicht der Abnehmer.<sup>46</sup> Dabei ist zu untersuchen, inwieweit der Abnehmer sich das gewählte Produkt problemlos aus Angeboten unterschiedlicher Anbieter auswählen kann.

Für den räumlich relevanten Markt im Bereich der Stromversorgung (»letzte Meile«) kommen drei verschiedene Ebenen in Betracht: *regionale* Märkte (Bereich der ehemaligen Gebietsmonopole), *bundesweiter* Markt (Geltungsbereich des EnWG) sowie *gemeinschaftsweiter* Markt (Geltungsbereich der EG-StromRL). Aktuell werden für die Stromversorgung noch die regionalen Märkte als räumlich relevant angesehen, da die Marktöffnung in den ehemaligen Gebietsmonopolen noch nicht zu hinreichend homogenen Wettbewerbsbedingungen geführt hat. Es bestehen nach wie vor Eintrittsbarrieren in die Regionalmärkte.<sup>47</sup> In dem vom BKartA veranschlagten Prognosezeitraum von zwei bis drei Jahren ist zu erwarten, daß die Integration der bisher regionalen Versorgungsgebiete voranschreitet und sich in naher Zukunft ein nationaler Stromversorgungsmarkt herausbildet.<sup>48</sup> Eine darüber hinausgehende, gemeinschaftsweite Abgrenzung ist dagegen in absehbarer Zukunft ausgeschlossen.<sup>49</sup>

Für die vorliegende Untersuchung ist entscheidend, wie sich die Marktverhältnisse im Stromversorgungsmarkt darstellen, wenn die *Powerline Kommunikation* flächendeckend angeboten werden kann. Aufgrund der Erwartung, daß dies wohl frühestens in zwei Jahren der Fall sein wird, wird hier, dem BKartA folgend, von dem *bundesweiten* Stromversorgungsmarkt als räumlich relevantem Markt ausgegangen.

### c) Marktbeherrschung im bundesweiten Stromversorgungsmarkt

Ein Unternehmen gilt nach § 19 Abs. 2 GWB auf einem Markt als beherrschend, wenn es über eine Monopolstellung verfügt, keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine gegenüber ihren Konkurrenten überragende Marktstellung innehat. Eine überragende Marktstellung wird vermutet, wenn ein Unternehmen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat (§ 19 Abs. 3 S. 1 GWB). Auch mehrere Unternehmen können in ihrer Gemeinschaft marktbeherrschend sein, wenn sie ein Oligopol bilden. Voraussetzung für eine solche Oligopolstellung ist, daß zwei oder mehr Unternehmen einen Markt derartig kontrollieren, daß Wettbewerb im Innenverhältnis ausgeschlossen oder wesentlich beschränkt ist und im Außenverhältnis kein wesentlicher Wettbewerb besteht (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB).

Eine marktbeherrschende Stellung im bundesweiten Stromversorgungsmarkt könnten einerseits die *regionalen EVU* und andererseits die mit diesen konzernrechtlich verflochtenen *großen VU* einnehmen.

Bei den Regionalverteilern kann wegen der regionalen Aufsplittung bundesweit keine marktbeherrschende Stellung eines einzigen regionalen EVU in Betracht kommen. (In den heute noch räumlich relevanten Regionalmärkten sind sie hingegen nach wie vor marktbeherrschend.)

<sup>46</sup> KG WuW/E BGH 2231 (2237) »Metrokauf«; Ruppelt, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 7. Aufl. 1994, § 22 Rn. 25; Möschel, in: Immenga/Möschel, Kommentar zum Kartellgesetz, 2. Aufl. 1992, § 22 Rn. 18.

<sup>47</sup> BKartA (Fn. 10), Rz. 78 ff.

<sup>48</sup> BKartA (Fn. 10), Rz. 82 f.

<sup>49</sup> BKartA (Fn. 10), Rz. 88; EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 22 ff.

In bezug auf die großen VU hat das *BKartA* erst kürzlich unter Auflagen entschieden, daß diese auch nach den Großfusionen keine marktbeherrschende bzw. Oligopolstellung einnehmen.<sup>50</sup> Diese Entscheidungspraxis, die sich vor allem auf die Wettbewerbsstellung im Erzeugungs- und Übertragungsmarkt bezieht, wird hier zugrundegelegt. Wenn schon in diesen Märkten mit bundesweiter Bedeutung keine marktbeherrschende Stellung der dominierenden VU vorliegen soll, kann dies erst recht nicht für den von regionalen EVU geprägten Versorgungsmarkt gelten.

### 3. Zwischenergebnis

Weder regionale EVU noch die großen VU sind im bundesweiten Stromversorgungsmarkt beherrschend und werden dies in absehbarer Zukunft auch nicht sein. In den regionalen, durch die ehemaligen Gebietsmonopole geprägten Märkten haben die großen VU jedoch über ihre Beteiligungen an EVU eine marktbeherrschende Stellung inne. Dort kontrollieren sie zum einen selbst, zum anderen über konzernrechtliche Verflechtungen mit EVU sämtliche Teilnehmeranschlußleitungen zu den Stromkunden,<sup>51</sup> sofern nicht unabhängige Stadtwerke über diese verfügen; die Regionalmärkte sind jedoch räumlich nicht relevant. Im Falle der Marktreife der *Powerline Communication* könnten die Stromkonzerne den Teilnehmeranschluß nicht nur für Strom, sondern zusätzlich für Telekommunikationsdienstleistungen flächendeckend gewährleisten. Die Liberalisierung des Strommarktes führt also zu dem absurden Ergebnis, daß zwar die Marktmacht der Stromkonzerne wächst, diese Marktmacht aber von den Begriffen des allgemeinen Wettbewerbsrechts (»marktbeherrschende Stellung«) nicht mehr erfaßt wird. Das GWB könnte damit zum »zahnlosen Tiger« werden. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber die besondere Marktmacht der großen VU wenigstens bei der Regulierung des Telekommunikationsmarktes berücksichtigt hat.

### V. Wirtschaftsrechtlicher Hintergrund – Regulierung des Telekommunikationsmarktes

Der neue Markt für Telekommunikation findet bisher hauptsächlich im Telekommunikationsnetz des Ex-Monopolisten *DTAG* statt. Dieses mit öffentlichen Mitteln aufgebaute Netz ist von Wettbewerbern nur »schwer angreifbar«.<sup>52</sup> Die *DTAG* verfügt im gesamten Bundesgebiet über das Eigentum an den Teilnehmeranschlußleitungen. Um auf dem Telekommunikationsmarkt gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG *chancengleichen Wettbewerb* zu ermöglichen, wurde das Netz der *DTAG* für die Wettbewerber geöffnet. Zur Sicherstellung solchen Wettbewerbs innerhalb des offenen Netzes wird der Markt von der *RegTP* reguliert.

Die Regulierung des Telekommunikationsmarktes soll im Wege einer sektorspezifi-

<sup>50</sup> *BKartA* (Fn. 10), Rz. 104 ff. (siehe Tenor I. A. 1–6.); andere Ansichten sind vertretbar: vgl. Kainer/Spielkamp, FAZ Nr. 273 v. 23.11.1999, S. B 3; zur Oligopolstellung: Bechtold, NJW 1998, S. 2769 (2770 f.).

<sup>51</sup> Die großen VU verfügen über das langste und am weitesten verzweigte Netz: Die Länge des Freileitungsnetzes betrug 1997 492 000 km; das sonstige, für den Teilnehmeranschluß relevante Kabelnetz eine Länge von 1 077 000 km [Scheer (Fn. 1), S. 62].

<sup>52</sup> Vgl. Klimisch/Lange, WuW 1998, S. 15 (17 f.); Eickhof/Krcikenbaum, WuW 1998, S. 666 (672).

schen Mißbrauchsaufsicht erreicht werden.<sup>53</sup> § 35 Abs. 1 S. 1 TKG i. V. m. § 33 Abs. 1 TKG verpflichtet marktbeherrschende Unternehmen (§ 19 Abs. 2, 3 GWB), Wettbewerbern Zugang zu ihrem Telekommunikationsnetz zu gewähren (asymmetrische Regulierung).<sup>54</sup> Zudem haben die Wettbewerber der DTAG gemäß § 33 Abs. 1 TKG Anspruch auf Zugangsgewährung zu den Teilnehmeranschlußleitungen.<sup>55</sup> Diese stellen eine wesentliche, intern genutzte Leistung i. S. dieser Vorschrift dar.<sup>56</sup> Faktisch treffen die Netzzugangspflichten aus §§ 33, 35 TKG im Bereich des leitungsgebundenen Angebots von Telekommunikation heute ausschließlich den ehemaligen Monopolisten DTAG.

Auf den Märkten für Ortsgespräche und Teilnehmeranschlüsse (»letzte Meile«) verfügt die DTAG nach wie vor über einen Marktanteil von annähernd 100% und ist damit marktbeherrschend.<sup>57</sup> Demzufolge trifft die DTAG in dem für die *Powerline Communication* relevanten Markt gemäß § 33 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 TKG heute noch die Pflicht, Wettbewerbern Zugang zu den Teilnehmeranschlußleitungen zu gewähren. Diese Offenheit in der »letzten Meile« hat aber noch kaum zu Wettbewerb geführt. Das von den Wettbewerbern an die DTAG zu entrichtende Entgelt für den Zugang zur »letzten Meile« ist höher als der Preis für das komplette Dienstleistungsangebot der DTAG für ihre Kunden.<sup>58</sup> Diese Wettbewerbsnachteile werden für die Stromkonzerne wegfallen, wenn die Kommunikation über das Stromnetz zum Durchbruch kommt.

Fraglich ist, ob die Marktmacht der sektorübergreifend im Telekommunikationsmarkt tätigen VU durch dieses sektorspezifische, allein auf die DTAG zugeschnittene Wettbewerbsrecht des TKG berücksichtigt wird. Wenn die Stromkonzerne den Teilnehmeranschluß künftig über das Stromnetz anbieten können, steht ihnen ein Telekommunikationsnetz zur Verfügung, das viel weitverzweigter ist als das Festnetz der DTAG. Das Stromnetz reicht buchstäblich in jedes Zimmer.<sup>59</sup> Dadurch verfügen die Stromkonzerne über ein riesiges Übertragungspotential, welches es ihnen ermöglicht, im Markt für Telekommunikation eine ähnliche Stellung wie die DTAG zu erreichen. Das könnte die Regulierung der Aktivitäten der Stromkonzerne im Telekommunikationsmarkt erforderlich machen. Nach §§ 33, 35 TKG sind allein marktbeherrschende Unternehmen Adressaten der (asymmetrischen) Regulierung. Daher ist zu untersuchen, ob die Stromkonzerne nach der Konvergenz der Netze im Telekommunikationsmarkt beherrschend und damit neben der DTAG Adressaten der Zugangspflicht des TKG sein werden. Hierzu ist zunächst deren wettbewerbsrechtliche Einordnung in diesem Markt vorzunehmen. Erneut zeigt sich, daß die Begriffe des allgemeinen Wettbewerbsrechts über das Eingreifen der Regulierung entscheiden.

53 Tschentscher/Neumann, BB 1997, S. 2437 (2442, 2444 f.).

54 Schroeder, WuW 1999, S. 14 (22 f.); vgl. Weisser/McInking, WuW 1998, S. 831 (834 f.).

55 OVG Münster, NVwZ 2000, S. 697 (699); VG Köln, CR 1999, S. 79 (80); Hellermann, NVwBl. 2000, S. 41 (44).

56 OVG Münster, NVwZ 2000, S. 697 (699); VG Köln, CR 1999, S. 79 (80).

57 Monopolkommission, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten, Sondergutachten gem. § 81 Abs. 3 TKG und § 44 PostG (Sondergutachten 29), 2000; Holthoff-Frank/Paulus, MMR 2000, S. 187 (187, 189); vgl. Schreiter, FAZ Nr. 23 v. 31. 10. 2000, S. B 6; Blickpunkt Bundestag 9/2000, S. 58.

58 Schreiter, FAZ Nr. 253 v. 31. 10. 2000, S. B 6.

59 Kistner, DIE ZEIT Nr. 17 v. 16. 4. 1998, S. 35.

## VI. Stromkonzerne im Telekommunikationsmarkt – Wettbewerbsrechtliche Prüfung und Prognose

Die VU und EVU sind zum Teil über Telekommunikationstochterunternehmen »horizontal« im Telekommunikationsmarkt integriert. »Horizontale Integration« bedeutet nach Art. 2 Nr. 19 EG-StromRL, daß ein Elektrizitätsunternehmen von den Funktionen kommerzielle Erzeugung, Übertragung oder Verteilung von Elektrizität mindestens eine wahrnimmt und gleichzeitig eine weitere Tätigkeit außerhalb des Elektrizitätsbereichs ausübt. Dies trifft auf diejenigen Stromkonzerne zu, die sich im Telekommunikationsmarkt engagieren. Für die wettbewerbsrechtliche Prüfung ist zu beachten, daß VU und VU-nahe regionale EVU (die Stromkonzerne) wettbewerbsrechtlich als verbundene Unternehmen aufzufassen sind (§§ 33 Abs. 3, 35 Abs. 4 TKG i. V. m. § 37 Abs. 1 GWB).<sup>60</sup> Betätigt sich also ein Unternehmen aus dem Stromkonzern über ein Tochterunternehmen im Telekommunikationsmarkt, so ist der gesamte Stromkonzern horizontal im Telekommunikationsmarkt integriert. Um die Stellung der Stromkonzerne im Telekommunikationsmarkt zu bestimmen, ist zunächst der relevante Markt sachlich und räumlich abzugrenzen. Auf dem so bestimmten Markt ist der Beherrschungsgrad der VU festzustellen.<sup>61</sup> Dabei ist die gegenwärtige Wettbewerbssituation von derjenigen zu unterscheiden, die sich *nach der Konvergenz der Netze* ergeben wird, wenn über Stromnetze flächendeckend kommuniziert werden kann.

### 1. Sachlich relevanter Markt

Bei der Gesamtbetrachtung des Marktes für Telekommunikation ist zu berücksichtigen, daß die Kontrolle über die Verteilungswege und den Teilnehmeranschluß (»letzte Meile«) das Angebot auf den nachgelagerten Märkten, also die Dienstleistung von Telekommunikation (z. B. Ortsgespräche, Internet, Internet-Telefonie), erheblich vereinfacht.<sup>62</sup> Beide sind zwar nach dem engen Marktbegriff zwei getrennte Märkte.<sup>63</sup> Sie sind jedoch so eng miteinander verbunden, daß Unternehmen, die sich in beiden Märkten engagieren, über eine besonders große Macht auf dem Markt für Telekommunikation insgesamt verfügen. Mit der Entscheidung des Kunden für den Teilnehmeranschluß bei einem bestimmten Anbieter fällt gleichzeitig eine Vorentscheidung hinsichtlich der Telekommunikationsdienstleistung.<sup>64</sup> Das Angebot des Teilnehmeranschlusses ist daher der Schlüsselmarkt im Wettbewerb um Telekommunikation insgesamt.<sup>65</sup> Die Stromkonzerne werden auf der »letzten Meile« als erste das Monopol der DTAG gefährden können. Fraglich ist allerdings, ob der Teilnehmeranschluß über das Stromnetz (*Powerline Communication*) und der Teilnehmeranschluß über reine Telekommunikationsleitungen, wie dem der DTAG, zwei zu unterscheidende Märkte darstellen. Der Teilnehmeranschluß über Stromkabel ist – bei qualitativer Gleichwertigkeit – technisch möglich. Die Einführung der »Digital-Powerline-Technologie« wird von einigen Unternehmen für Mitte des Jahres 2001

60 Vgl. Schroeder, WuW 1999, S. 14 (26).

61 St. Rspr.: BGH WuW/E BGH 2237 (2237) »Metro-Kauf«; WuW/E 1435 (1440) »Vitamin B12«.

62 Schwintowski, CR 1997, S. 630 (634); Klümisch/Lange, WuW 1998, S. 15 (18); Hellermann, NWVBl. 2000, S. 41 (42).

63 Lampert, WuW 1998, S. 27 (30).

64 Schwintowski, CR 1997, S. 630 (634); Hellermann, NWVBl. 2000, S. 41 (42).

65 Zur Bedeutung des Teilnehmeranschlusses im Wettbewerb: VG Köln, CR 1999, S. 79 (83 f.).

geplant.<sup>66</sup> Eine flächendeckende Einführung ist zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu erwarten. Die Kosten des Teilnehmeranschlusses über Stromkabel dürften jedoch in absehbarer Zeit mit speziellen technischen Vorrichtungen, wie Modem und Adapter, von den Kosten für den Anschluß über klassische Leitungen nur unwesentlich abweichen. Nachfrager könnten dann ohne wesentliche Veränderung ihrer Konsumgewohnheiten den einen oder anderen Anschluß wählen.<sup>67</sup> Im Falle der *Konvergenz der Netze* wäre das Angebot des Teilnehmeranschlusses über Strom- bzw. reine Telekommunikationsleitungen substituierbar. Beide Angebote für den Teilnehmeranschluß würden einen einheitlichen Markt bilden; von einem solchen wird hier im folgenden ausgegangen. Sachlich relevant ist demnach der Markt des Teilnehmeranschlusses sowohl über klassische Kommunikationsleitungen als auch über das Stromnetz.

## 2. Räumlich relevanter Markt

Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes erfolgt nach Maßgabe der räumlich gegebenen Austauschmöglichkeit des Produkts aus Sicht der Abnehmer.<sup>68</sup> Entscheidend ist daher, inwieweit der Verbraucher die Möglichkeit hat, den Betreiber seines Teilnehmeranschlusses zu wechseln.

Nach der vom *OVG Münster*<sup>69</sup> bestätigten »last mile«-Entscheidung des *VG Köln*<sup>70</sup> kann sich der Verbraucher den Anbieter für den Teilnehmeranschluß bundesweit frei auswählen. Nach dem Konzept der *räumlichen Austauschbarkeit für den Verbraucher* könnte daher schon heute der bundesweite Markt für das Angebot von Teilnehmeranschlüssen räumlich relevant sein. Aufgrund der von den Wettbewerbern an die *DTAG* zu entrichtenden hohen Entgelte für den Zugang zu den Teilnehmeranschlußleitungen<sup>71</sup> kann von einer räumlichen Austauschbarkeit im bundesweiten Maßstab heute noch keine Rede sein. Dies gilt jedoch spätestens, sobald Telekommunikation über Stromleitungen angeboten werden kann. Durch das Angebot von *Powerline Communication* wird die Markteintrittsbarriere in die »letzte Meile« für die Stromkonzerne wegfallen. Unter dieser Voraussetzung ist der bundesweite Markt für das Angebot des Teilnehmeranschlusses räumlich relevant.

## 3. Marktbeherrschung im bundesweiten Markt für den Teilnehmeranschluß

Telekommunikationsunternehmen der *VU* verfügen zwar schon gegenwärtig über Anteile im Telekommunikationsmarkt; diese liegen jedoch weit unter einem Drittel (vgl. § 19 Abs. 3 S. 1 *GWB*). Die marktbeherrschende Stellung der *DTAG* gefährden

66 Bayer, *FR* Nr. 79 v. 3. 4. 2001, S. 29; Horndasch, *FAZ* Nr. 271 v. 21. 11. 2000, S. B 10; vgl. Karepin, *Handelsblatt* Nr. 33 v. 16. 2. 2000, S. B 13; *Handelsblatt* Nr. 38 v. 23. 2. 2000, S. 1, 60; *FAZ* Nr. 45 v. 23. 2. 2000, S. 23; [www.powerlinenet.de](http://www.powerlinenet.de); [www.plc-networks.com](http://www.plc-networks.com).

67 Die Monopolkommission ist hinsichtlich eines zeitnahen Durchbruchs der »Digital-Powerline-Technologie« eher zurückhaltend (Holthoff-Frank/Paulus, *MMR* 2000, S. 187 (187 f.)). Hier wird jedoch in Anbetracht der technischen Durchführbarkeit der *Powerline Communication* und der immensen Finanzkraft der *VU* von einer dynamischen Entwicklung ausgegangen (so auch Koenig/Kühling, *WuW* 2000, S. 596 (608)). In diesem Falle wäre eine gleichwertige Alternative zum Teilnehmeranschluß der *DTAG*, wie sie das *OVG Münster* noch verneinte (*NVwZ* 2000, S. 697 (698 f.)), gegeben.

68 *KG WuW/E OLG* 3577, 3588; Ruppelt (Fn. 46), § 22 Rn. 25; Möschel (Fn. 46), § 22 Rn. 18.

69 *OVG Münster, NVwZ* 2000, S. 697 (699 f.).

70 *VG Köln, CR* 1999, S. 79 (80).

71 Schreier, *FAZ* Nr. 23 v. 31. 10. 2000, S. B 6.

sie zur Zeit nicht. Bis heute sind die Endbenutzer auf der »letzten Meile« fast ausschließlich über das Netz der DTAG zu erreichen.<sup>72</sup>

Maßgeblich ist daher die Frage, wie sich der Wettbewerb auf dem Markt für den Teilnehmeranschluß entwickeln wird, wenn die Kunden durch *Powerline Communication* auf der »letzten Meile« über die Steckdose zu erreichen sein werden. Die großen VU beherrschen zu rund zwei Dritteln über Beteiligungen an regionalen EVU den Markt für die Endverteilung von Strom zum Kunden.<sup>73</sup> Werden Stromleitungen flächendeckend zum Teilnehmeranschluß für Telekommunikation nutzbar, verfügen die EVU als deren Betreiber über eine beträchtliche Infrastruktur für das Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen. Die VU können durch ihr Standbein in der Energiewirtschaft Investitionen im Telekommunikationsmarkt wenigstens zum Anschlag quersubventionieren.<sup>74</sup> Die DTAG hat im Gegensatz zu den VU ihr Monopol im Telekommunikationsmarkt mit Ausnahme des Ortsnetzes (»letzte Meile«) schon heute weitgehend verloren.<sup>75</sup> Im Telekommunikationsmarkt ist jedenfalls mehr Wettbewerb als im Strommarkt zu verzeichnen. Überdies ist zu beachten, daß die Konvergenz der Netze nicht umgekehrt für Telekommunikationsnetze gilt. Die Nutzung von Telefonkabeln für die Stromleitung ist technisch wesentlich schwieriger und kostenaufwendiger.<sup>76</sup> Die DTAG kann sich also nicht unter vergleichbar einfachen Bedingungen im Strommarkt engagieren wie die Stromkonzerne im Telekommunikationsmarkt.

Vor diesem Hintergrund könnte sich eine Situation ergeben, in der die jeweils über regionale Strom- und damit auch Telekommunikationsnetze verfügenden EVU im Markt für den Teilnehmeranschluß in echten Wettbewerb zu der bundesweit über Teilnehmeranschlußleitungen verfügenden DTAG treten. Dies könnte mittelfristig zum Verlust der marktbeherrschenden Stellung der DTAG in diesem Markt führen, ohne daß die Stromkonzerne nach § 19 Abs. 2 GWB eine marktbeherrschende Stellung erreichen würden. Zwischen den VU und der DTAG könnte sich so eine in etwa gleichrangige Marktstellung ohne Marktbeherrscher herauskristallisieren. Ergebnis der Wettbewerbsregulierung wäre, daß der Markt für Telekommunikation über das Festnetz von einigen wenigen marktführenden Unternehmen – allesamt Ex-Monopolisten – dominiert werden könnte. Das Ziel der TKG-Regulierung wäre scheinbar erfüllt, die DTAG hätte ihre marktbeherrschende Stellung verloren.

#### 4. Fazit

Es besteht das Risiko, daß nach der Konvergenz der Netze der Telekommunikationsmarkt über das Festnetz vordringlich unter Ex-Monopolisten aus der Telekommunikations- und Energiewirtschaft aufgeteilt sein wird. Es ist zu erwarten, daß unter

72 Holthoff-Frank/Paulus, MMR 2000, S. 187 (187, 189). Auf den Märkten für Ortsgespräche und den Teilnehmeranschluß verfügt die DTAG noch immer über einen Marktanteil von annähernd 100%, siehe oben V. Auf abschbare Zeit stellt der drahtlose Teilnehmeranschluß (»Wireless Local Loop« – WLL) für den Massenmarkt keine gleichwertige Alternative zum drahtgebundenen Teilnehmeranschluß dar (FR Nr. 285 v. 7. 12. 2000, S. 13). Im Gegensatz zur *Powerline Communication* müssen bei dem WLL nämlich umfangreiche Investitionen in den Aufbau einer Infrastruktur getätigt werden.

73 Vgl. EU-Kommission (Fn. 10), Rz. 113 ff.; Traube/Münch, ZNER 1997, S. 17 (19 f., 26 ff., Tab. 9, Abb. 3.).

74 Scheer (Fn. 1), S. 63; ders., ZNFR 2000, S. 159; vgl. Fiekhof/Kreikenbaum, WuW 1998, S. 666 (675).

75 Vgl. Immenga, WuW 1999, S. 949 (960 f.); FR Nr. 57 v. 8. 3. 2001, S. 12. Daß die DTAG in weiten Teilen ihr Monopol verloren hat, ist allein kein Grund, die Regulierung des TKG abzuschaffen. Von einem »selbsttragenden« Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt, also einem funktionsfähigen Wettbewerb auch ohne Regulierung, kann zur Zeit noch nicht ausgegangen werden. Die Regulierung ist deshalb (in novellierter Form) beizubehalten.

76 Scheer (Fn. 1), S. 62.

dieser Konstellation kein Unternehmen im räumlich relevanten bundesweiten Markt für Teilnehmeranschlußleitungen<sup>77</sup> einen Marktbeherrschungstatbestand gemäß § 19 Abs. 2 GWB erfüllt.

Mangels Marktbeherrscher wären dann die Eigentümer von Teilnehmeranschlußleitungen nicht mehr dazu verpflichtet, konkurrierenden Anbietern von Telekommunikationsdienstleistungen gemäß § 33 Abs. 1 TKG bzw. § 35 Abs. 1 S. 1 TKG Zugang zu ihren Einrichtungen zu gewähren. Die Regulierung wäre damit *de facto* abgeschafft. Für andere Telekommunikationsanbieter und Unternehmensneugründungen ist die Teilnahme am Wettbewerb jedoch ohne Zugang zur Telekommunikationsinfrastruktur nur schwer möglich. Der alternative Leitungsbau wird nur für sehr finanzkräftige Unternehmen eine wirkliche Alternative darstellen.<sup>78</sup> Kleine und mittelgroße Telekommunikationsunternehmen, die keine eigenen ausreichenden Telekommunikationsnetze besitzen, würden so aus dem Markt gedrängt.

Vor diesem Hintergrund wird bezweifelt, daß die sektorspezifische Regulierung des TKG auf das Zusammenwachsen von Telekommunikations- und Strommarkt eingestellt ist. Auf der Grundlage von Sinn und Zweck des TKG werden *de lege ferenda* Vorschläge für die ohnehin bevorstehende Novellierung der TKG-Wettbewerbsregulierung<sup>79</sup> angeregt.

### VII. Plädoyer für ein neues Regulierungsmodell im TKG

Sinn und Zweck des TKG ist es, »durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb zu fördern (...)« (§ 1 TKG). Dabei ist Ziel der Regulierung die »Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (...) auf den Märkten der Telekommunikation« (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). *Chancengleicher Wettbewerb* ist dabei nicht schon erreicht, wenn die marktbeherrschende Stellung der DTAG weggefallen sein sollte.<sup>80</sup> Das TKG baut als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht vielmehr auf der Zielsetzung des GWB auf, die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit derjenigen Unternehmen zu gewährleisten, die im Einflußbereich marktstarker und marktbeherrschender Unternehmen tätig sind.<sup>81</sup> Dazu muß für neue Anbieter die theoretische Möglichkeit bestehen, in einen Markt einzutreten, ohne Gefahr zu laufen, durch marktmächtige Unternehmen über unfaire Behinderungspraktiken wieder zum Marktaustritt gezwungen zu werden (Theorie der »bestreitbaren Märkte«).<sup>82</sup> *Chancengleicher Wettbewerb* kann danach nicht bedeuten, daß vordringlich Ex-Monopolisten den Markt unter sich aufteilen.<sup>83</sup> *Chancengleichheit* verlangt hingegen, daß Markteintritt und Marktpräsenz auch für Unternehmen möglich sein müssen, die nicht infolge eines staatlich geförderten Monopols eine starke Wettbewerbsstellung erlangt haben. Dies ist auch ein Gebot der durch Art. 12 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich garantierten Wettbewerbsfreiheit.<sup>84</sup>

<sup>77</sup> Siehe oben V. 2.

<sup>78</sup> Vgl. OVG Münster, NVwZ 2000, S. 697 (699); Hellermann, NVwBl. 2000, S. 41 (41).

<sup>79</sup> Scherer, CR 2000, S. 35 (35).

<sup>80</sup> Koenig/Kühling, WuW 2000, S. 596 (609).

<sup>81</sup> Weisser/Meinking, WuW 1998, S. 831 (845).

<sup>82</sup> Gerpott, MMR 2000, S. 191 (192).

<sup>83</sup> Die durch staatliche Rahmenbedingungen und Subventionen gewonnene marktstrategische Machtstellung der Ex-Monopolisten sollte durch die Liberalisierung gerade zugunsten der Unternehmensvielfalt abgebaut werden.

<sup>84</sup> Dazu grundlegend Papier, BB 1997, S. 1213 (1215, 1216 ff., 1220).

Wesentliche Voraussetzung des Markteintritts und der Marktpräsenz von neuen Telekommunikationsunternehmen, die nicht Ex-Monopolisten sind, ist der offene Zugang zu den Teilnehmeranschlußleitungen und Netzen. Ohne eine Nutzungsmöglichkeit der Teilnehmeranschlußleitungen und Netze können die neuen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen nicht im Wettbewerb bestehen. Ohne offenen Netzzugang gibt es also in absehbarer Zukunft keinen *chancengleichen Wettbewerb*. Wie oben prognostiziert, wird es nach der flächendeckenden Einführung der *Powerline Communication* keinen offenen Netzzugang und keinen Zugang zu den Teilnehmeranschlußleitungen mehr geben, da es nach den Begriffen des allgemeinen Wettbewerbsrechts kein marktbeherrschendes Unternehmen (§ 19 GWB) mehr gibt. Hier greift das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit als objektiv-rechtlich wirkender Verfassungsauftrag für den Gesetzgeber ein.<sup>85</sup> Nach diesem Verfassungsauftrag muß der Gesetzgeber Netzzugangstatbestände novellieren, wenn diese ihre Eignung zur Herstellung *chancengleichen Wettbewerbs* verlieren. Folgt der Gesetzgeber diesem Verfassungsauftrag nicht, könnten die Stromkonzerne ihre Marktmacht im Telekommunikationsmarkt weitgehend unbeschränkt ausdehnen. Eine solche Entwicklung würde die asymmetrische Regulierung des TKG als untaugliches Mittel zur Erreichung *chancengleichen Wettbewerbs* entlarven und damit Sinn und Zweck des TKG zuwiderlaufen. Doch nicht nur der Telos des TKG verlangt eine Novellierung der §§ 33, 35 TKG. *Chancengleicher Wettbewerb* hat nach dem hier zugrundeliegenden Wirtschaftsbegriff geradezu konstituierenden Charakter, was im folgenden erläutert wird.

### 1. Das Ziel des *chancengleichen Wettbewerbs* ist kein Selbstzweck

Die bestmögliche Umsetzung des hier zugrundeliegenden Wirtschaftsbegriffs als einem »gesellschaftlichen System (...), das die materiellen Bedürfnisse der Bürger durch Erzeugung und Verteilung von Produktionsmitteln und Waren und durch das Angebot von Dienstleistungen befriedigt«,<sup>86</sup> wird in einer sozialen Marktwirtschaft nur unter der Voraussetzung eines *chancengleichen Wettbewerbs in einer vielfältigen Unternehmenslandschaft* für möglich gehalten. Erst die Teilhabe möglichst vieler Unternehmen am Wettbewerb wirkt der Machtzusammenballung einzelner Unternehmen entgegen. Kontrollieren wenige Unternehmen die Märkte, kann die bestmögliche Befriedigung der materiellen Bedürfnisse der Bürger gerade nicht gewährleistet werden. Die Preise sind in diesem Fall vielmehr Ausdruck der Macht von Unternehmen und spiegeln nicht die wahren Kosten wider. Der hier vorausgesetzte Wirtschaftsbegriff läßt sich aus dem wirtschaftspolitisch neutralen Wirtschaftsverfassungsrecht des Grundgesetzes<sup>87</sup> nur schwerlich herleiten. Eine Wertgrundlage kann jedoch aus der Weimarer Reichsverfassung (WRV) gewonnen werden. Nach der Grundsatznorm des Weimarer Wirtschaftsverfassungsrechts soll »die Ordnung des Wirtschaftslebens (...) den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziel der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen« (Art. 151 Abs. 1 S. 1 WRV).<sup>88</sup> *Chancengleicher Wettbewerb in einer vielfältigen Unternehmenslandschaft* ist gewiß kein alleiniger Garant für eine »gerechte Ordnung des Wirt-

85 Vgl. Papier, BB 1997, S. 1213 (1216, 1220); Becker, ZNER 2005, S. 114 ff.

86 Frotischer, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl. 1999, Rn. 15.

87 Frotischer (Fn. 86), Rn. 24 ff.

88 Naher zur Wirtschaftsordnung der WRV: Frotischer (Fn. 86), Rn. 19 ff.; Frotischer/Pieroth, Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1999, Rn. 496.

schaftslebens« und ein »menschenwürdiges Dasein«. Ohne einen solchen Wettbewerb werden diese Werte in der sozialen Marktwirtschaft jedoch in jedem Fall verfehlt. *Chancengleicher Wettbewerb in einer vielfältigen Unternehmenslandschaft* ist damit die Grundvoraussetzung für die bestmögliche Umsetzung einer solchen Wirtschaftsordnung.<sup>89</sup> Dieses Leitbild ist durch die Verflechtung des Strommarktes mit dem Telekommunikationsmarkt gefährdet. Und es hat den Anschein, als würden Politik und Verwaltung, Bundesregierung und *BKartA*, diese Entwicklung billigen. Es sind jedenfalls keine Maßnahmen zu erkennen, die geeignet wären, einer Machtzusammenballung bei den Stromkonzernen entgegenzuwirken.<sup>90</sup> Ganz im Gegenteil: Den für die Kontrolle der Wirtschaft Verantwortlichen scheint es willkommen zu sein, daß gerade die Ex-Monopolisten die Märkte unter sich aufteilen, wohlmöglich, weil der Staat über diverse Verflechtungen mitverdient.

Aufgabe des Staates ist es, das Gemeinwohl über alle anderen Interessen zu stellen, soweit dabei die subjektiven Rechte Einzelner nicht verletzt werden. Sowohl diesem Gemeinwohlauftrag als auch dem oben skizzierten Wirtschaftsbegriff entspricht der Grundgedanke des Wettbewerbsrechts in *GWB*, *TKG* und *EnWG*. Ziel ist, die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit derjenigen Unternehmen zu gewährleisten, die im Einflußbereich marktstarker und marktbeherrschender Unternehmen tätig sind.<sup>91</sup> In diesem Sinne ist zu wünschen, daß der Staat seiner Verpflichtung aus dem Wettbewerbsrecht nachkommt und für *chancengleichen Wettbewerb in einer vielfältigen Unternehmenslandschaft* auch im Telekommunikations- und Strommarkt sorgt.

## 2. Das neue Regulierungsmodell

Im folgenden wird ein Regulierungsmodell vorgeschlagen, das wieder im Einklang mit Sinn und Zweck des *TKG* steht und Konfliktlösungsmechanismen angesichts der Netzkonvergenz und der Betätigung der Stromkonzerne im Telekommunikationsmarkt bietet. Die geltende *TKG*-Wettbewerbsregulierung ist auf die *DTAG* zugeschnitten und lebt von der Vorstellung, nur die *DTAG* verfüge über ein umfangreiches Telekommunikationsnetz und nur sie könne den Teilnehmeranschluß anbieten. Nach dieser Vorstellung hat die Regulierung ihre wettbewerbsrechtliche Aufgabe erfüllt, sobald der Marktbeherrscher, die *DTAG*, seine überragende Marktstellung verliert. Die hier vorgenommene Prognose kommt zu dem Ergebnis, daß die *DTAG* ihre marktbeherrschende Stellung verliert. Die gesetzlich bezweckte Folge des *chancengleichen Wettbewerbs* bleibt jedoch aus. Die *DTAG* verliert ihre marktbeherrschende Stellung auf Kosten der Ex-Monopolisten aus dem Strommarkt, ohne daß diese im Telekommunikationsmarkt zu einer marktbeherrschenden Stellung kommen. Der für *chancengleichen Wettbewerb* entscheidende offene Netzzugang gemäß §§ 33, 35 *TKG* müßte also weder von der *DTAG* noch von den im Telekommunikationsmarkt engagierten Stromkonzernen gewährt werden. Die Ex-Monopolisten würden den Markt unter sich aufteilen. Es wird offensichtlich, daß der Gesetzgeber ein solches Regulierungsergebnis mit der Liberalisierung nicht im Sinn gehabt haben kann. Die Regulierung sollte vielmehr zu einer Stärkung neuer Telekommunikationsunterneh-

<sup>89</sup> Dies kommt auch in Art. 164 *WRV* zum Ausdruck, der dem selbständigen Mittelstand staatliche Förderung und Schutz vor Überlastung und Aufsaugung verspricht.

<sup>90</sup> Zudem scheint sich herauszustellen, daß die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts – anschaulich beim Marktbeherrschungsbegriff (§ 19 *GWB*) – nicht mehr dazu taugen, chancengleichen Wettbewerb zu verwirklichen.

<sup>91</sup> Vgl. Weisser/McInking, *WuW* 1998, S. 831 (845).

men beitragen und für *chancengleichen Wettbewerb* dieser Unternehmen mit der DTAG sorgen. Der Gesetzgeber hat die Multifunktionalität der Stromnetze bei der Verabschiedung des TKG schlichtweg nicht bedacht sowie Möglichkeit und Potential der *Powerline Communication* nicht vorhergesehen. An die Stelle der von der Multifunktionalität der Stromnetze überholten Regulierung sollte eine Regulierung treten, die auch horizontale Verflechtungen frühzeitig berücksichtigt. Aus diesen Erwägungen ergibt sich folgender Redaktionsvorschlag<sup>92</sup> für eine Änderung des TKG:

§ 33. *Besondere Mißbrauchsaufsicht.* (1) 'Ein Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügt oder infolge eines auf gesetzlichen Grundlagen entstandenen tatsächlichen Monopols auf einem anderen, räumlich auf diesen Grundlagen abzugrenzenden, Markt außerhalb der Telekommunikation über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, hat Wettbewerbern auf dem Markt der Telekommunikation diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen am Markt angebotenen Leistungen (...) zu ermöglichen (...).

§ 35. *Gewährung von Netzzugang.* (1) 'Der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und auf einem solchen Markt oder infolge eines auf gesetzlichen Grundlagen entstandenen tatsächlichen Monopols auf einem anderen, räumlich auf diesen Grundlagen abzugrenzenden, Markt außerhalb der Telekommunikation über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügt, hat anderen Nutzern Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu Teilen desselben zu ermöglichen.

### VIII. Erläuterung des Regulierungsmodells

Nach Einführung dieses Novellierungsvorschlages gilt folgendes: Wenn Ex-Monopolisten, die im Markt ihres ehemaligen Monopols weiter marktbeherrschend sind, in den Telekommunikationsmarkt einsteigen, müssen sie anderen Anbietern Zugang zu ihren Teilnehmeranschlußleitungen und Netzen gewähren. Das Regulierungsmodell erlegt Ex-Monopolisten, wie den horizontal im Telekommunikationsmarkt integrierten Stromkonzernen, die Pflicht auf, Zugang zu ihren multifunktionalen Teilnehmeranschlußleitungen und Telekommunikationsnetzen zu gewähren, soweit sie im (Stromversorgungs-)Markt ihres ehemaligen (Gebiets-)Monopols marktbeherrschend bleiben. Das neue wettbewerbsrechtliche Instrument hierzu besteht in der gesetzlichen Fixierung eines räumlich relevanten Marktes außerhalb der Telekommunikation für den Fall, daß dieser Markt aufgrund zwar weggefallener, aber nachwirkender staatlicher Rahmenbedingungen (siehe IV.) von Ex-Monopolisten beherrscht wird. Das spezifische Wettbewerbsrecht des TKG würde eine sektorübergreifende Komponente erhalten, die erst dann überflüssig würde, wenn VU und EVU ihre marktbeherrschenden Stellungen in den Märkten ihrer ehemaligen Gebietsmonopole verlieren. Die Marktmacht der Stromkonzerne, die sie durch die Multifunktionalität der Stromnetze im Telekommunikationsmarkt gewinnen werden, würde mit diesem Regulierungsmodell angemessen berücksichtigt.

Sowohl die DTAG (aufgrund ihrer beherrschenden Stellung im Markt für Teilnehmeranschlüsse) als auch die Stromkonzerne (aufgrund ihrer beherrschenden Stellung

<sup>92</sup> Kursiv gesetzte Passagen zeigen die im folgenden vorgeschlagenen Änderungen des geltenden Rechts an.

im Stromversorgungsmarkt) müßten Wettbewerbern wenigstens vorübergehend Zugang zu den Teilnehmeranschlußleitungen gewähren (§ 33 Abs. 1 TKG). Neue und kleinere Telekommunikationsunternehmen würden damit in die Lage versetzt, ihre Position im Telekommunikationsmarkt zu festigen. So hätten auch andere Technologien zur Überwindung der »letzten Meile« (z. B. der drahtlose Teilnehmeranschluß – »Wireless Local Loop«) die Chance, sich unabhängig vom Festnetz der DTAG und dem multifunktionalen Stromnetz zu behaupten. Die marktbeherrschende Stellung der DTAG auf der »letzten Meile« könnte sich so im Wettbewerb mit mehreren Unternehmen und nicht nur mit Ex-Monopolisten langsam auflösen. Auf lange Sicht könnte ein selbsttragender Wettbewerb ohne Notwendigkeit der Regulierung entstehen.

Vor dem Hintergrund des Zusammenwachsens von Märkten durch die Multifunktionalität der Stromnetze ist das neue Regulierungsmodell viel eher dazu geeignet, *chancengleichen Wettbewerb* zu gewährleisten, weil es

- die sektorübergreifende Marktmacht der großen Stromkonzerne kontrolliert,
- den neuen Telekommunikationsunternehmen Eintrittschancen in den Telekommunikationsmarkt bietet sowie
- kleineren Unternehmen Wettbewerbschancen läßt und damit
- eine vielfältige Unternehmenslandschaft, Kundenorientierung und Preisgünstigkeit ermöglicht.

Durch die Erhaltung und Erweiterung von Netzzugangstatbeständen kann der Gesetzgeber im Bereich der Telekommunikationswirtschaft den hier zugrundeliegenden Wirtschaftsbegriff, der die materiellen Bedürfnisse der Bürger in den Mittelpunkt stellt,<sup>93</sup> in bestmöglicher Weise zur Geltung bringen. Das neue Regulierungsmodell dient dabei nicht nur der Eindämmung von Machtzusammenballung bei den Ex-Monopolisten, sondern zugleich dem wirtschaftspolitischen Ziel, der bestmöglichen Befriedigung der materiellen Bedürfnisse der Bürger durch die Teilhabe möglichst vieler Unternehmen am Wettbewerb. Erkennt der Gesetzgeber den hierzu erforderlichen Regulierungsbedarf, so kann der *Ernstfall* »Powerline Communication« den Weg zu wirklich *chancengleichem Wettbewerb* im Telekommunikationsmarkt eröffnen. Dies gilt allerdings nicht für den Strommarkt. Hier steht der Gesetzgeber – etwa mit dem *Erneuerbare-Energien-Gesetz* (EEG)<sup>94</sup> – gerade erst am Anfang, eine gemeinnützige Marktordnung herzustellen.<sup>95</sup>

93 Frotscher (Fn. 86), Rn. 15.

94 Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien vom 29. 3. 2000 (BGBl. I, S. 305 ff.), abgedruckt in: ZNER 2000, S. 7 ff.; zum EEG siehe die Abhandlung von Niedersberg, NVwZ 2001, S. 21 ff. m. w. N. Setzt die rot-grüne Regierungskoalition die mit dem EEG eingeleitete Dezentralisierung und Umwelterorientierung der Stromversorgung mit der geplanten Quotenregelung für die Kraft-Wärme-Kopplung nicht fort, wird der Umbau des Energierechts zu einer gemeinnützigen Marktordnung schon im Ansatz steckenbleiben (siehe hierzu Traube im Interview, FR Nr. 49 v. 27. 2. 2001, S. 30; Rosenkranz, DER SPIEGEL Nr. 9 v. 24. 2. 2001, S. 26 ff.).

95 Siehe Behrends, KJ 2000, S. 376 ff.; Scheer, ZNER 2000, S. 159; zum Aufbau einer dezentralen Energieversorgung durch eine neue Städtebaupolitik der Kommunen: Longo/Schuster, ZNER 2000, S. 118 ff.; Koch/Mengel, DVBl. 2000, S. 953 ff.; Zeiss/Longo, UPR 1998, S. 217 ff. Für eine dezentrale, auf erneuerbaren Energien basierende Energiewirtschaft eröffnet die *Powerline Communication* wiederum unverkennbare Chancen. Haushaltsgeräte, wie Waschmaschinen, und gewerblich genutzte Maschinen könnten vom Kraftwerk aus zu energiewirtschaftlich optimalen Zeiten angefahren werden (Kistner, DIE ZEIT Nr. 17 v. 16. 4. 1998, S. 35). Eine regenerative Energiewirtschaft könnte durch die Möglichkeit der zeitlichen Abstimmung des Stromeinsatzes mit dem Energieangebot, z. B. durch Solarstrahlung oder Windströmung, besonders effizient arbeiten. Das einzig problematische an der *Powerline Communication* ist, daß die fossil/atomare Stromwirtschaft diese Technik bestimmt nicht im Sinne einer Energiewende, sondern vielmehr zur Erweiterung ihrer Machtbasis einsetzen wird.

Der Novellierungsvorschlag für eine sektorübergreifende Regulierung entfaltet mit Blick auf das Zusammenwachsen von Telekommunikations- und Strommarkt vorübergehend ein Konfliktschlichtungspotential. Das Verschmelzen der Netze beschränkt sich jedoch nicht nur auf das Stromnetz. Parallel dazu entwickeln sich andere Konvergenzen.<sup>96</sup> So können auch Fernseekabelnetze zur Übertragung von Telekommunikationsdienstleistungen genutzt werden. Neben der Umsetzung des Reformvorschlags und langfristig als Ersatz für das spezielle Wettbewerbsrecht im TKG sollte daher ein *effektives* einheitliches Netzzugangsrecht im allgemeinen Wettbewerbsrecht geschaffen werden.<sup>97</sup> Auf dem Weg dahin ist der neue, an die Essential facilities-Doktrin des anglo-amerikanischen Wettbewerbsrechts angelehnte, § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB als erster vorsichtiger Schritt zu werten.<sup>98</sup> Für die in diesem Beitrag behandelte Problematik der horizontalen Integration der Stromkonzerne im Telekommunikationsmarkt durch die Möglichkeit von *Powerline Communication* kann § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB nicht zur Lösung beitragen. Dies liegt daran, daß die großen VU wohl weder im (räumlich relevanten, bundesweiten) Stromversorgungs- noch im Telekommunikationsmarkt eine marktbeherrschende Stellung einnehmen werden. Der besonderen Rolle der Stromkonzerne, als auf vielen Märkten dominierenden Ex-Monopolisten, muß wenigstens übergangsweise mit einer speziellen Wettbewerbsregulierung im TKG begegnet werden. Doch damit nicht genug: Die Abhandlung rückt ein Problem deutlich in das Blickfeld. Die herkömmlichen Instrumente des Wettbewerbsrechts vermögen eine Kontrolle der diffizilen Machtverhältnisse in der Energie- und Telekommunikationswirtschaft kaum noch zu gewährleisten. Die hier gegebene rechtspolitische Antwort auf dieses Problem (siehe oben VII. 2.) betrifft nur einen Ausschnitt und ist nicht geeignet, den Gesamtkomplex zu lösen. Weitere Antworten müssen folgen – schwierig genug in einem gesellschaftlichen Umfeld, das öffentliche Debatten zur Macht von Großkonzernen tunlichst zu unterbinden sucht.<sup>99</sup> Vor diesem Hintergrund verfolgt der Beitrag vor allem das Ziel, eine solche Debatte anzustoßen. Klar ist dabei: Gelingt es dem Gesetzgeber nicht, der sich ausweitenden Machtstellung der Stromkonzerne entgegenzutreten, setzt sich das von *Hermann Scheer* in dieser Frage so bezeichnete »beispiellose Versagen der öffentlichen Institutionen« fort.<sup>100</sup> Seine Voraussicht, die großen Stromkonzerne würden »die Macht über die konvergenten Netze übernehmen« und so »zu einem historisch einzigartigen gesellschaftlichen Machtkartell«<sup>101</sup> werden, wird als wahrscheinlich angesehen – ein wirkungsvolles Gegensteuern sollte zeitnah erfolgen.

96 Koenig, MMR-Beilage, 12/1998, S. 1 ff.; Koenig/Loetz, FAZ Nr. 34 v. 10. 2. 1998, S. B 8; Scheer (Fn. 1), S. 64 f.

97 Vgl. Schroeder, WuW 1999, S. 14 (16 f.).

98 Schwintowski, WuW 1999, S. 842 ff.; Bechthold, NJW 1998, S. 2769 (2772); zu Problemen der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im Telekommunikationsmarkt: Koenig/Loetz, EWS 2000, S. 377 (379 ff.).

99 Zu verzeichnen ist darüber hinaus eine zunehmende Verflechtung zwischen Rechtswissenschaft und der sektorübergreifend tätigen Stromwirtschaft. Ein aktuelles Beispiel unter vielen: »1<sup>st</sup> ZEI – VI Summer School On European Telecommunications« des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und VIAG Interkom (VI) (siehe Anzeige in: NJW 10/2001, S. LIX). Solche Verflechtungen sowie der Trend zur drittmittelfinanzierten Forschung sind einer unabhängigen und kritischen rechtswissenschaftlichen Betrachtung sicherlich nicht dienlich.

100 Scheer (Fn. 1), S. 65.

101 Scheer (Fn. 1), S. 64, 65.