

WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB

www.wuw-online.de


Competition Law and Economics

Herausgeber: Justus Haucap • Wolfgang Kirchhoff • Andreas Mundt • Rupprecht Podszun • Petra Pohlmann • Daniela Seeliger • Florian Wagner-von Papp • Daniel Zimmer

Aus dem Inhalt

KOMMENTAR

Frank Maier-Rigaud
Zur Fundierung eines Verhandlungsgebots 361

ABHANDLUNGEN

Mario Meier / Florian von Schreitter / Dennis Cukurov
War das ein Foul? Der sportkartellrechtliche Prüfungsmaßstab in der aktuellen Rechtsprechung 365

Jürgen Beninca / Peter Möckel / Nils Mutschall
Kann das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz Boykottaufrufe rechtfertigen? 372

Nicola Heusel / Thomas Hildebrand / Anselm Mattes
Empirie schlägt Vermutung: Vorschläge für eine bessere Nutzung ökonomischer Gutachten in Kartellschadensersatzverfahren 379

Oliver März
Abhilfemaßnahmen in vertikalen Zusammenschlüssen 388

ÖKONOMISCHES LEXIKON

Torben Stühmeier
Internalisierung von externen Effekten im Bereich des Klimaschutzes 395

ENTSCHEIDUNGEN UND ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

EU-Kommission – Musik-Streaming: Geldbuße gegen Apple wegen Anti-Steering-Klauseln (mit Anmerkung von *Björn A. Kuchinke / Jürgen Rösch*) 411

BGH – Google Automotive: Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kartellverfahren 418

LAG Hessen – GDL-Streik: Gründung einer Leiharbeitsgenossenschaft nicht kartellrechtswidrig 436

OLG Karlsruhe – SEP: Diskriminierung durch selektive Durchsetzung 437

LG Dortmund – Kartellschadensersatz: Zur kenntnisunabhängigen Verjährung 440

BKartA – Patente: Tolerierung der Licensing Negotiation Group der Automobilwirtschaft (mit Anmerkung von *Anne-Kathrin Lauer / Elena Wiese*) 442

INTERVIEW

Fünf Fragen an Linsey McCallum 444



KOMMENTAR | NACHRUF

Zur Fundierung eines Verhandlungsgebots

Frank Maier-Rigaud

WUW1464268

S. 361

Heike Schweitzer †

J. Tolkmitt / F. Wagner-von Papp / W. Wurmnest

WUW1464126

S. 363

ABHANDLUNGEN

War das ein Foul? Der sportkartellrechtliche Prüfungsmaßstab in der aktuellen Rechtsprechung

Mario Meier / Florian von Schreitter / Dennis Cukurov

WUW1464114

S. 365

Kann das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz Boykottaufrufe rechtfertigen?

Jürgen Beninca / Peter Möckel / Nils Mutschall

WUW1463928

S. 372

Empirie schlägt Vermutung: Vorschläge für eine bessere Nutzung ökonomischer Gutachten in Kartellschadensersatzverfahren

Nicola Heusel / Thomas Hildebrand / Anselm Mattes

WUW1463849

S. 379

Abhilfemaßnahmen in vertikalen Zusammenschlüssen

Oliver März

WUW1463490

S. 388

ÖKONOMISCHES LEXIKON

Internalisierung von externen Effekten im Bereich des Klimaschutzes

Torben Stühmeier

WUW1463331

S. 395

ENTSCHEIDUNGEN UND ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Über Erschaffer von Märkten und die allzu sichtbare Hand der Marktplatzverwalter: Apple Streaming

Björn A. Kuchinke / Jürgen Rösch

WUW1464311

S. 398

Erstmals grünes Licht für Licensing Negotiation Group

Anne-Kathrin Lauer / Elena Wiese

WUW1464312

S. 399

Lkw-Kartell: Klage auf Kartellschadensersatz nicht am Sitz der Muttergesellschaft der Käufer

EuGH, Urt. v. 04.07.2024 – C-425/22, MOL

WUW1464042

S. 400

RfI: Auskunftersuchen und Privatsphäre

EuGH, Beschl. v. 11.04.2024 – C-90/24 P(R), Vivendi/Kommission

WUW1463623

S. 403

Zinsen: Telekom gewinnt Streit gegen Kommission

EuGH, Urt. v. 11.06.2024 – C-221/22 P, Telekom-Zinsen

WUW1463918

S. 407

Servier: Pay for delay-Deals unzulässig

EuGH, Urt. v. 27.06.2024 – C-176/19 P, Kommission/Servier

WUW1464041

S. 410

Musik-Streaming: Geldbuße gegen Apple

EU-Kommission, Beschl. v. 04.03.2024 – AT.40437, Apple App Store Practices (music streaming)

WUW1464313

S. 411

Nach Rom dank KOM: Lufthansa/ITA mit Auflagen

EU-Kommission, Beschl. v. 03.07.2024 – M.11071, Deutsche Lufthansa/MEF/ITA

WUW1464331

S. 413

Kartell-OLG: Berufungszuständigkeit bei später Geltendmachung kartellrechtlicher Aspekte

BGH, Beschl. v. 09.04.2024 – KZB 75/22, Berufungszuständigkeit III

WUW1463917

S. 414

Google Automotive: Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Kartellverfahren

BGH, Beschl. v. 20.02.2024 – KVB 69/23, Google Geschäftsgeheimnisse

WUW1464163

S. 418

Bonn vs. Brüssel: Vertrauensschutz nach Marktdesign im EU-Fusionsverfahren

BGH, Beschl. v. 16.01.2024 – KVR 78/23, Kartellbehördliche Zuständigkeit

WUW1463622

S. 425

Fusionskontrollverfahren im Energiesektor: Keine Grundsatzfragen

BGH, Beschl. v. 28.05.2024 – KVR 81/23, EON/Rheinenergie

WUW1464039

S. 432

GDL-Streik: Gründung einer Leiharbeitsgenossenschaft nicht kartellrechtswidrig

LAG Hessen, Urt. v. 09.01.2024 – 10 GLa 16/24, GDL-Streik

WUW1463624

S. 436

SEP: Diskriminierung durch selektive Durchsetzung

OLG Karlsruhe, Urt. v. 11.10.2023 – 6 U 204/22 Kart, Selektive SEP-Durchsetzung

WUW1464124

S. 437

(Fortsetzung auf der nächsten Seite)

Kartellschadensersatz: Zur kenntnisunabhängigen Verjährung

LG Dortmund, Hinweisbeschl. v. 19.06.2024 – 8 O 34/22 [Kart], Kenntnisunabhängige Verjährung

WUW1463919

S. 440

Patente: Tolerierung der Licensing Negotiation Group der Automobilwirtschaft

BKartA, Vorsitzendenschreiben vom 10.06.2024 – B4-136/23, Vorsitzendenschreiben ALNG

WUW1464040

S. 442

Vollzug und Fusionsfreigabe: Vergütungsansprüche aus einer M&A-Mandatsvereinbarung

LG Frankfurt/M., Urt. v. 13.02.2024 – 3-06 O 21/23, M&A-Mandatsvereinbarung

WUW1463625

S. 442

INTERVIEW

Fünf Fragen an Linsey McCallum

WUW1464332

S. 444

IMPRESSUM

WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB

Competition Law and Economics

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Justus Haucap, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Vors. RiBGH Prof. Dr. Wolfgang Kirchhoff, Bundesgerichtshof
Andreas Mundt, Präsident des Bundeskartellamts
Prof. Dr. Rupprecht Podszun, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Prof. Dr. Petra Pohlmann, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster
RA Prof. Dr. Daniela Seeliger, Linklaters LLP, Düsseldorf
Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp, Helmut Schmidt Universität Hamburg
Prof. Dr. Daniel Zimmer, Universität Bonn

FACHBEIRAT

Mette Alfter, Frontier Economics, Brüssel
Marcel Balz, Bundeskartellamt
RA'in Dr. Ellen Braun, A&O Shearman, Hamburg
Christiane Dahlbender, Mars Inc., Köln
Prof. Dr. Ralf Dewenter, Helmut Schmidt Universität Hamburg
Dr. Daniel Dittert, Gerichtshof der Europäischen Union
Vors. RiOLG Prof. Dr. Ulrich Egger, OLG Düsseldorf
Prof. Dr. Jens-Uwe Franck, Universität Mannheim
RA Dr. Thomas G. Funke, Osborne Clarke, Köln

RA Dr. Wolfgang Heckenberger, München
Prof. Dr. Andreas Heinemann, Universität Zürich
RA Dr. Rolf Hempel, CMS Hasche Sigle, Stuttgart
Dr. Johannes Holzwarth, EU-Kommission – Generaldirektion Wettbewerb
Annette Kraus, Siemens AG, München
RA Prof. Dr. Rüdiger Lahme, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, Hamburg
Dr. Johannes Lübking, EU-Kommission – Generaldirektion Wettbewerb
Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud, ABC economics, Berlin/Brüssel/London/Paris
Vors. Ri'in OLG Dr. Christine Maimann, OLG Düsseldorf
Dr. Gero Meeßen, EU-Kommission – Juristischer Dienst
RA'in Dr. Silke Möller, Glade Michel Wirtz, Düsseldorf
RA Dr. Jens-Olrik Murach, Alston & Bird, Brüssel
Jörg Nothdurft, Bundeskartellamt
RA'in Merit Olthoff, Freshfields Bruckhaus Deringer
Dr. Thilo Reimers, Deutsche Bahn, Berlin
Prof. Dr. Viktoria Robertson, Wirtschaftsuniversität Wien
Ri'in BGH Dr. Stefanie Roloff, Bundesgerichtshof
Mariya Serafimova, Gerichtshof der Europäischen Union
Prof. Dr. Franziska Weber, Erasmus Universität Rotterdam
Dr. Hanno Wollmann, Schönherr Rechtsanwälte, Wien

SCHRIFTLEITUNG

Abhandlungsteil:

Prof. Dr. Florian Wagner-von Papp,
Fon 040 6541-3098
eMail WuW@hsu-hh.de

Entscheidungsteil:

Prof. Dr. Rupprecht Podszun
Fon 0211 81-12048
eMail ls.podszun@uni-duesseldorf.de

Abhandlungen und Entscheidungen können per eMail an schriftleitung@wuw-online.de übermittelt werden.

Die für die Einsendung eines Manuskripts (Rubriken: „Kommentar“, „Abhandlung“, „Entscheidungsanmerkung“) relevanten Autorenhinweise können unter: <https://www.wuw-online.de/kontakt/fuer-autoren/abgerufen-werden>.

REDAKTION

Ass. jur. Ruth Smith (v.i.S.d.P.)
Fon 0211 210911-53
eMail r.smith@fachmedien.de
Sekretariat
Fon 0211 210911-44
Fax 0211 210911-98
eMail wuw@fachmedien.de

INTERNET

www.wuw-online.de

VERLAG

Fachmedien Otto Schmidt KG
Neumannstraße 10
40235 Düsseldorf

Vertretungsberechtigte Gesellschafter:

Prof. Dr. Felix Hey, pHG
Fachmedien Otto Schmidt Geschäfts-
führungs-GmbH,
Gustav-Heinemann-Ufer 58, 50968 Köln,
Geschäftsführer:
Christoph Bertling, Dirk Baumann

KUNDENSERVICE

eMail kundenservice@fachmedien.de;
Inland: Fon 0800 000-1637 (kostenfrei),
Fax 0800 000-2959 (kostenfrei);
Ausland: Fon +49 211 210911-02
Fax +49 211 210911-92
Anschrift: Fachmedien Otto Schmidt KG
Kundenservice, Neumannstraße 10,
40235 Düsseldorf

BEZUGSPREIS

Einzelheft 41,00 € zzgl. Versandkosten.

JAHRESVORZUGSPREIS

484,- € inkl. MwSt. zzgl. 16,- € Versandkosten (inkl. 3 Online-Zugänge).
Abonnement für Studenten, Referendare und Berufseinsteiger (RA in den ersten zwei Jahren nach der Zulassung) gegen Vorlage einer gültigen Bescheinigung/Kopie der Zulassungsurkunde jährl. 258,- € zzgl. 16,- € Versandkosten (inkl. 3 Online-Zugänge).

AUSLANDSABONNEMENT

452,34 € zzgl. MwSt. und Versandkosten.
Angaben zu MwSt. und Versandkosten im Ausland unter www.fachmedien.de/bezugspreise.

Abonnementkündigungen sind mit einer Frist von 21 Tagen zum Ende des berechneten Bezugsjahres möglich.

WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB wird sowohl im Print als auch auf elektronischem Weg (z.B. Datenbank etc.) vertrieben.
Nachdruck und Vervielfältigung jeder Art sind nur mit Genehmigung des Verlags zulässig.

MEDIASERVICE

mediasales@fachmedien.de

Es gilt die Preisliste Nr. 76 vom 01.01.2024.

WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB erscheint monatlich zum Monatsanfang, 74. Jahrgang.

ISSN 0043-6151

SATZ

Main-Post GmbH, Berner Straße 2,
97084 Würzburg

HERSTELLUNG

Grafisches Centrum Cuno GmbH & Co. KG,
Gewerbering West 27, 39240 Calbe

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.



Zur Fundierung eines Verhandlungsgebots

Für die anstehende Vergabe von Frequenzen für den Mobilfunk in 2025 wird nicht nur auf ein Vergabeverfahren, sondern auch auf eine Diensteanbierverspflichtung („DAV“) verzichtet. Dies folgt aus dem Entwurf einer „Entscheidung über die Nichtanordnung eines Vergabeverfahrens und Verlängerung von Frequenzen in den Bereichen 800 MHz, 1.800 MHz und 2.600 MHz sowie einer Entschließung zur späteren Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens“ (BK1-22/001) der BNetzA. Die Stellungnahme des BKartA vom 08.07.2024 thematisiert die Frage, ob vor dem Hintergrund des Entwurfs 1&1 tatsächlich der von der BNetzA erhoffte Heilsbringer für den Mobilfunkmarkt sein kann. Auch wenn ein erfolgreicher Eintritt der 1&1 zu begrüßen wäre (zur Fehlentscheidung in *Telefónica/E-Plus* siehe *Maier-Rigaud/Schwalbe*, The European Commission's Decision in *Telefónica Deutschland/E-Plus*, WuW 2015, 732) und die Sorgen des BKartA berechtigt sind, gibt es keinen Grund, auf eine DAV und somit den Wettbewerb durch Diensteanbieter zu verzichten.

Anreize vertikal integrierter Netzbetreiber

Bei vertikal integrierten Netzbetreibern (Mobile Network Operators, „MNOs“) ist eine Vergabe von Frequenzen ohne Zugangsaufgaben für Diensteanbieter (Service Provider, „SP“) nicht sinnvoll (dazu *Maier-Rigaud/Block/Klein*, Wie geht Wettbewerb im Mobilfunkmarkt?, NZKart 6/2024). Es reicht ein Blick auf die Anreize von vertikal integrierten MNOs, um zu verstehen, dass ohne Zugangsaufgaben die bedeutsamen Chancen eines nicht allein durch MNOs getriebenen Wettbewerbs (und Netzausbaus) im Mobilfunkmarkt von vornherein vertan werden.

Das grundlegende Problem auf Mobilfunkmärkten sind die Kosten eines flächendeckenden Netzes und das begrenzte Frequenzspektrum. Da nicht unbegrenzt viele Netze betrieben werden können, sind besondere Auflagen bei der Frequenzvergabe als Alternative zu einer Trennung von Netzbetrieb und SPs zwingend erforderlich. Das hat auch nichts mit einer Einschränkung der Privatautonomie zu tun, sondern folgt § 105 Abs. 2 Satz 3 TKG, der die BNetzA verpflichtet „Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs“ zu treffen. Ohne strukturelle Trennung oder einer DAV entscheiden vertikal integrierte MNOs über den Zugang zu Vorleistungsprodukten und damit über die Intensität des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt und den Netzausbau. Es gibt keine Grundlage für die BNetzA, den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt und den Netzausbau zu Lasten der Verbraucher durch eine unsachgemäße Frequenzvergabe allein auf MNOs zu reduzieren. Das Verhandlungsgebot kann eine solche Fehleinschätzung nicht kaschieren. Dies zeigt sich auch daran, dass trotz eines abgeschlossenen Streitbeilegungsverfahrens (BK2-21/005) bisher kein diskriminierungsfreier Zugang zu Vorleistungsprodukten im Markt bekannt ist.

Verhandlungsgebot

Nach der Vorstellung der BNetzA, die den Entwurf in der Frage der Vorleistungsprodukte prägt, sind „die Teilnehmer am Mobilfunkmarkt grundsätzlich in der Lage [...], in privatautonomen Verhandlungen faire und diskriminierungsfreie Vereinbarungen über Vorleistungszugang zu treffen“ (S. 74).

Prof. Dr. Frank Maier-Rigaud ist Managing Director bei ABC economics, Professor am Department of Economics and Quantitative Methods der IESEG School of Management und der Université Catholique de Lille sowie am LEM-CNRS.

Kontakt: autor@wuw-online.de

Der Autor war für diverse Mobilfunkunternehmen, vor allem Netzbetreiber, aber auch Diensteanbieter, innerhalb und außerhalb von Deutschland in Regulierungs- und Wettbewerbsfragen tätig.



Der Kommentar ist online erschienen am 15.07.2024.

Dennoch geht die BNetzA davon aus, dass eine Neuauflage des „Verhandlungsgebots über die nichtdiskriminierende und technologieneutrale Mitnutzung von Funkkapazitäten“ (S. 68) notwendig ist. Laut BNetzA kann das „Verhandlungsgebot [...] hierfür Impulse setzen, indem es zu ergebnisorientierten Verhandlungen anhält und den Verhandlungspartnern im Streitfall die Möglichkeit eröffnet, die Bundesnetzagentur als Schiedsrichter hinzuzuziehen.“ (S. 74).

Es geht der BNetzA im Grunde also lediglich um einen „Impuls“, der die Verhandlungspartner zur Besinnung ruft und sie „anhält“, wieder auf den tugendhaften Weg einzuschwenken. Auch wenn es sich nur um einen „Impuls“ handeln soll, so entfaltet dieser gleichwohl erstaunliche Effekte. Das „Gebot, mit Diensteanbietern und MVNO über die Mitnutzung von Funkkapazitäten zu verhandeln, [ist] zur Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich. Es ist ein taugliches Instrument, um privatautonome Vereinbarungen über Vorleistungszugang im Mobilfunkmarkt voranzutreiben und den Wettbewerb zu fördern.“ (S. 74).

Die Aussagen der BNetzA und die Selbstverständlichkeit, mit der diese getroffen werden, sind bemerkenswert. Versucht die BNetzA tatsächlich das Zugangsproblem gleichzeitig als regulierungsrelevant und als keiner Regulierung benötigend zu beschreiben? Das Dilemma ist leicht erklärt. Die BNetzA kann aufgrund der erdrückenden Faktenlage nicht anders als ein Problem beim Netzzugang zu identifizieren und muss das Problem auch beim Namen nennen, um ein Verhandlungsgebot zu rechtfertigen. Gleichzeitig muss sie dieses Problem aber auch als Bagatelle abtun, da es ansonsten nicht ausreichen könnte, MNOs daran zu erinnern, man solle doch fair verhandeln. Ein Verhandlungsgebot kann jedenfalls nur Verhandlungen erzwingen, daher muss aus Sicht der BNetzA das Problem allein darin liegen, dass man sozusagen aus Versehen keine Verhandlungen begonnen hat. Das Verhandlungsgebot dient somit allein der Erinnerung an das, was im Rahmen der von der BNetzA so gepriesenen Privatautonomie ohnehin passieren würde, wenn man nicht „vergessen“ hätte zu verhandeln. Das Verhandlungsgebot ist insofern eine Art paternalistischer „Nudge“, der die Marktakteure dazu bewegen soll, doch das zu tun, was – laut BNetzA – in ihrem wohlverstandenen Eigeninteresse ist, nämlich die Gewährung eines fairen und diskriminierungsfreien Netzzugangs, der

sich aus „*privatautonomie[n] Vereinbarungen über Vorleistungszugang*“ ergeben würde.

Einer Regulierungsbehörde wie der BNetzA sollte klar sein, was vertikale Integration bedeutet und es schlicht keinen Grund gibt, darauf zu hoffen, dass privatautonome Verhandlungen, wie von einer unsichtbaren Hand geführt, einen diskriminierungsfreien Zugang zu Vorleistungsprodukten öffnen. Werden Vorleistungsprodukte angeboten, erhöht sich der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt. Die Marge auf Vorleistungsprodukte kann aber den Nachteil durch den erhöhten Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt nicht wettmachen. Entsprechend gibt es weder ein Interesse an Verhandlungen noch an Verhandlungsabschlüssen. Werden die besonderen Gründe, die in einem Fall zu einer Vereinbarung geführt haben, ausgeklammert, sucht man Zugangsvereinbarungen auf dem deutschen Markt vergeblich. Dies liegt daran, dass ein MNO auf dem Vorleistungsmarkt maximal so viel verlangen kann, wie SPs auf dem Endkundenmarkt an Profiten generieren können. Mehr ist nicht möglich, da sich sonst der Markteintritt nicht lohnt. Werden SPs aber auf dem Endkundenmarkt aktiv, führt dies zu einer Ausweitung des Angebots und niedrigeren Preisen auf diesem Markt. Wäre eine vergleichbare Erhöhung des Angebots für die MNOs profitabel, so hätten diese eine solche Erhöhung selbst durchgeführt. Da dies nicht der Fall ist, werden die MNOs durch den Eintritt der SP zwingend schlechtergestellt. Entsprechend sind die Verluste der MNOs auf dem Endkundenmarkt stets höher als die zusätzlichen Gewinne auf dem Vorleistungsmarkt. Es gibt somit überhaupt keine Möglichkeit, sich in Verhandlungen zu einigen. Anders ausgedrückt, die Nachfrage auf dem Vorleistungsmarkt ist eine abgeleitete Nachfrage, die allein von der Nachfrage auf dem Endkundenmarkt herrührt. Der Endkundenmarkt hat dabei eine größere Bedeutung als der Markt für Vorleistungsprodukte. Die Bedeutung ist sogar so groß, dass sich der Ausschluss von SPs sogar dann lohnt, wenn den MNOs noch freie Kapazitäten zur Verfügung stehen. Entsprechend werden MNOs weder freie Kapazitäten auf dem Vorleistungsmarkt anbieten noch in zusätzliche Kapazitäten investieren, um diese am Vorleistungsmarkt zu offerieren.

Letztlich versteht die BNetzA, dass die Interessen von MNOs und SPs beim Thema Vorleistungsprodukte diametral entgegengesetzt sind. Sie unterliegt aber dem Irrglauben, diese Gegensätze ließen sich mit einem Verhandlungsgebot ausgleichen: „*Das Verhandlungsgebot zugunsten von Diensteanbietern und MVNO (...) bringt gegenläufige Interessen der Marktteilnehmer zu einem möglichst schonenden Ausgleich, fördert den Wettbewerb und sichert eine effiziente und störungsfreie Nutzung der Frequenzen [...]*“ (S. 74 f.).

Dass die Interessen gegenläufig sind, wird von der BNetzA nur im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit offen ausgesprochen. Wie sich diese „*gegenläufigen Interessen*“ aber allein mit einem Verhandlungsgebot „*zu einem Ausgleich*“ bringen lassen sollen, muss genauso offenbleiben wie die Frage, was mit einem „*schonenden Ausgleich*“ gemeint sein könnte.

Ein Verhandlungsgebot ist ein Gebot zu verhandeln. Es ist kein Gebot eine Verhandlung auch abzuschließen. Auch dies bestätigt die BNetzA, wenn sie schreibt: „*Ein Abschluss- und Kontrahierungszwang ist hiermit zwar nicht verbunden. Allerdings geht aus dem Verhandlungsgebot für die Bundesnetzagentur die Befugnis hervor, in Fällen von Verstößen zum Schutz des Wettbewerbs einzugreifen.*“ (S. 79). Ohne Abschluss oder Kontrahierungszwang kann das Verhandlungsgebot auch nicht – wie die BNetzA konzediert (S. 73 f.) – zu Vertragsabschlüssen führen,

die nicht auch ohne das Gebot erfolgt wären. Da hilft auch der Hinweis auf die Möglichkeit nichts, in Fällen von Verstößen einzugreifen, da ein Verstoß sich immer nur darauf beziehen kann, dass nicht verhandelt wurde. Wenn aber das Verhandlungsgebot nur bedeutet, dass verhandelt werden muss, dann bedeutet dies auch, dass das Verhandlungsgebot keinerlei Effekt auf Vereinbarungen, also Verhandlungsergebnisse hat. Verhandeln kann man bis zum Sankt Nimmerleinstag. Die Anreize vertikal integrierter MNOs können durch ein Verhandlungsgebot nicht neutralisiert werden und folglich können die „*gegenläufigen Interessen*“ auch nicht im Rahmen „*privatautonom*“ Verhandlungen ausgeglichen werden. Es gibt mindestens 33 Interessenten ohne eigenes 5G-Netz (<https://fmos.link/22922>), von denen lediglich einige wenige überhaupt verzögerten Zugang erhalten haben und Angebote auf Basis von 5G-Vorleistungen anbieten. Ob dieser Zugang daher tatsächlich technisch und preislich diskriminierungsfrei ist, muss bezweifelt werden. Dass die BNetzA vor dem Hintergrund dieser erwartbaren, aber nicht minder katastrophalen Performance ihres Verhandlungsgebots im Entwurf folgende Wertung abgibt, entbehrt jeder Grundlage: „*Die Erkenntnisse aus der Studie und eigene Erfahrungen der Bundesnetzagentur mit der Umsetzung des Verhandlungsgebotes aus der Präsidentenkammerentscheidung 2018 zeigen aber, dass 5G-Vorleistungen in jüngerer Vergangenheit in zunehmendem Umfang durch Zuteilungsinhaber zur Verfügung gestellt worden sind.*“ (S. 71).

Konsequenzen für den Netzausbau

Wenn sich die Nachfrage nach Vorleistungsprodukten nicht manifestieren kann, da ein Angebot solcher Vorprodukte nicht im Interesse der Netzbetreiber ist, kann sich dies nur negativ auf den Netzausbau und die Frequenznutzung auswirken. Netzausbau ist kein Selbstzweck. Lohnt sich der Netzausbau nicht für das eigene Endkundengeschäft, dann ergibt sich ein Ausbau nur dann, wenn Vorleistungsprodukte die Investitionen rechtfertigen können. Selbst wenn Vorleistungsprodukte zu höheren Preisen verkauft werden können als der dafür notwendige Netzausbau an Kosten verursacht, ist ein solcher Ausbau für MNOs nur dann rational, wenn diese Marge nicht durch Verluste auf dem Endkundenmarkt wieder aufgefressen wird. Wäre der Zugang zu Vorleistungsprodukten über eine DAV zwingend vorgegeben, gäbe es deutlich mehr Anreize, den Netzausbau zu forcieren, da der Vorleistungsmarkt dann vom Endkundenmarkt auch für vertikal integrierte Netzbetreiber weitgehend entkoppelt zu betrachten wäre. Auch wenn durch den entsprechend erhöhten Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt die Preise für Verbraucher fallen und somit auch die Zahlungsbereitschaft für Vorleistungsprodukte sinken dürfte, würde der Netzausbau gegenüber einer Situation zunehmen, in der Vorleistungsprodukte aufgrund der vertikalen Integration der Netzbetreiber nicht angeboten werden.

In Bezug auf Investitionen ist die Situation also eindeutig. Bei gegebenen Ausbaukosten zählt allein die Nachfrage und diese ergibt sich aus der Summe der Nachfrage der eigenen Endkunden und – bei einer DAV – der Nachfrage nach Vorleistungsprodukten. Im Entwurf wird von guten Erfahrungen mit dem Verhandlungsgebot gesprochen, die, wie auch die vielen Hinweise auf „*eigene Beobachtungen*“, „*eigene Erkenntnisse*“, „*eigene Erfahrungswerte*“ und „*bisherige Erfahrungen*“, nicht weiter erläutert oder belegt werden und teilweise auch gar nicht belegt werden können. Eine fundierte Argumentation sieht anders aus.