

Die Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen

Eine Analyse des gemeinschaftsrechtlichen Regulierungsrahmens für den Netzzugang unter besonderer Berücksichtigung wettbewerbsrechtlicher Regulierungsalternativen

Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Hamburg

vorgelegt von

Dirk Wieddekind

Rechtsanwalt in Hamburg

Erstgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem

Zweitgutachter: Prof. Dr. Karl-Heinz Ladeur

Tag der mündlichen Prüfung: 25. April 2007

Inhaltsübersicht

INHALTSVERZEICHNIS.....	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	X
VERZEICHNIS DER ABGEKÜRZT ZITIERTEN EUROPÄISCHEN RECHTSAKTE UND DOKUMENTE	XIII
§ 1 – ERKENNTNISINTERESSE UND GANG DER UNTERSUCHUNG.....	1
§ 2 – TRANSFORMATION DES TELEKOMMUNIKATIONSSEKTORS.....	4
§ 3 – DER EUROPÄISCHE RECHTSRAHMEN FÜR ZUGANG UND ZUSAMMENSCHALTUNG	60
§ 4 – REGULIERUNG UND DEREGULIERUNG DES ZUGANGS ZU TELEKOMMUNIKATIONSNETZEN	247
§ 5 – DIE UMSETZUNG DES KONZEPTS DER MARKTBEZOGENEN ERMITTLUNG DES REGULIERUNGSBEDARFS IM TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ	281
§ 6 – ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN.....	325
LITERATURVERZEICHNIS.....	341

Inhaltsverzeichnis

INHALTSÜBERSICHT	III
INHALTSVERZEICHNIS.....	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	X
VERZEICHNIS DER ABGEKÜRZT ZITIERTEN EUROPÄISCHEN RECHTSAKTE UND DOKUMENTE	XIII
§ 1 – ERKENNTNISINTERESSE UND GANG DER UNTERSUCHUNG	1
§ 2 – TRANSFORMATION DES TELEKOMMUNIKATIONSSEKTORS	4
A. EINFÜHRUNG.....	4
B. ZUM VERHÄLTNISS VON RECHTSWISSENSCHAFT UND ÖKONOMISCHER THEORIE.....	6
I. <i>Zum Verhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaften.....</i>	7
II. <i>Wirtschaftsrecht und Wirtschaftswissenschaft</i>	9
C. RECHTFERTIGUNG DES STAATSMONOPOLS.....	11
I. <i>Die ökonomische Perspektive.....</i>	12
1. Die wohlfahrtsökonomische Grundlegung staatlicher Einflussnahme auf die Wirtschaft.....	12
a) Vollständige Konkurrenz als Referenzsystem der paretianischen Wohlfahrtsökonomik	12
b) Das Konzept des Marktversagens und die normative Theorie der Regulierung	14
aa) Marktversagen und natürliches Monopol	15
bb) Die Regulierung des natürlichen Monopols.....	17
c) Die positive Theorie der Regulierung.....	18
II. <i>Politische und gesellschaftliche Faktoren.....</i>	19
III. <i>Eine Theorie der Deregulierung?.....</i>	20
D. INNOVATIONSINDUZIERTER VERÄNDERUNGSDRUCK	21
I. <i>Faktoren der De-Legitimation des Staatsmonopols.....</i>	21
II. <i>Die Aktivierung des Wettbewerbs als Antwort auf veränderte Anforderungen</i>	26
E. REGULATIVE UND ÖKONOMISCHE MARKTEINTRITTSBARRIEREN	27
I. <i>Ökonomische Analyse von Netzen – die Angebotsseite.....</i>	28
II. <i>Ökonomische Analyse von Netzen – die Nachfrageseite.....</i>	33
F. LIBERALISIERUNG DURCH RE-REGULIERUNG.....	34
G. „DE-REGULIERUNG DER RE-REGULIERUNG“?.....	36
I. <i>Die wirtschaftspolitische Forderung nach weiterer Deregulierung</i>	36
II. <i>Das Telekommunikationsgesetz als eine „Übergangsregulierung“ ?</i>	41
III. <i>Regulierungsbedingter Wettbewerb</i>	47
1. Die Wettbewerbsentwicklung: Empirische Feststellungen	48
a) Marktanteile	48
b) Der Konsolidierungsprozess in der Telekommunikation.....	51
2. Bestreitbarkeit von Telekommunikationsmärkten.....	53
3. Regulierungsbedingter vs. funktionsfähiger Wettbewerb	53
H. ZUSAMMENFASSUNG UND WÜRDIGUNG	57

§ 3 – DER EUROPÄISCHE RECHTSRAHMEN FÜR ZUGANG UND ZUSAMMENSCHALTUNG..... 60

A.	GEMEINSCHAFTSRECHTLICH INDUZIERTER ÖFFNUNG DER TELEKOMMUNIKATIONSMÄRKTE	60
I.	<i>Die Postreformen und das Telekommunikationsgesetz</i>	60
II.	<i>Der duale Regulierungsansatz zur Öffnung der europäischen Telekommunikationsmärkte</i>	61
B.	REVISION DES EUROPÄISCHEN TELEKOMMUNIKATIONSRECHTS	70
I.	<i>Revision und Revisibilität des Telekommunikationsrechts</i>	70
II.	<i>Revision des europäischen Regulierungskonzepts: Der Kommunikationsbericht 1999</i>	71
C.	STRUKTURELEMENTE DES NEUEN EUROPÄISCHEN REGULIERUNGSRAHMENS FÜR DEN KOMMUNIKATIONSSEKTOR	77
I.	<i>Überblick</i>	77
1.	Genese.....	77
2.	Systematik.....	79
3.	Ziele und Grundlinien des neuen Rechtsrahmens.....	80
II.	<i>Vereinfachung und Harmonisierung</i>	81
III.	<i>Der neue Rechtsrahmen als Reaktion auf Konvergenzphänomene</i>	83
1.	Von der Telekommunikationsregulierung zum europäischen Kommunikationsrecht.....	83
2.	Trennung der Regulierung von Inhalten und Infrastrukturen.....	85
3.	Wechselwirkungen zwischen Inhalte- und Infrastrukturegulierung	88
IV.	<i>Der neue Rechtsrahmen als Reaktion auf zunehmenden Wettbewerb und die Dynamisierung des Telekommunikationssektors</i>	88
1.	Der neue Rechtsrahmen als eine Übergangsregulierung?.....	89
2.	Die Regulierung dynamischer Märkte.....	91
3.	Flexibilisierung des Regulierungsrahmens	95
a)	Das Prinzip flexibler marktbezogener Definition des Regulierungsbedarfs.....	96
b)	Regulative Zielvorgaben und Entscheidungsspielräume im neuen Rechtsrahmen	97
4.	Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität	101
V.	<i>Der Grundsatz technologischer Neutralität</i>	101
VI.	<i>Liberalisierung des Marktzugangs: Die Genehmigungsrichtlinie</i>	103
D.	DAS KONZEPT BETRÄCHTLICHER MARKTMACHT ALS WESENTLICHES REGULIERUNGSKRITERIUM.....	104
I.	<i>Einführung: Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das Wettbewerbsrecht</i>	104
II.	<i>Das Marktdefinitionsverfahren</i>	109
1.	Die Empfehlung der Kommission.....	109
a)	Festlegen der regulierungsbedürftigen Märkte.....	110
aa)	Elemente des Marktdefinitionsverfahrens	110
bb)	Materielle Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes.....	112
b)	Abgrenzung der relevanten Märkte.....	116
aa)	Sachlich relevante Märkte	116
bb)	Räumlich relevante Märkte.....	121
c)	Zur Bindungswirkung der Empfehlung	121
2.	Marktdefinition durch die nationalen Regulierungsbehörden	123
a)	Prüfungsumfang der nationalen Regulierungsbehörden im Marktdefinitionsverfahren	123
b)	Räumliche und sachliche Markt-Abgrenzung	126
c)	Prozedurale Vorkehrungen	127
III.	<i>Das Marktanalyseverfahren</i>	128
1.	Funktion und Überblick.....	128
2.	Beträchtliche Marktmacht und wirksamer Wettbewerb.....	132
a)	Gleichsetzungsthese.....	132
b)	Bedenken.....	134

aa)	Widerspruch der Gleichsetzungsthese zu einer in Art. 16 Rahmenrichtlinie angelegten Zweistufigkeit des Verfahrens?	135
bb)	Widerspruch der Gleichsetzungsthese zu allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen?	137
c)	Stellungnahme	137
3.	Der Begriff der beträchtlichen Marktmacht	139
a)	Marktbeherrschung durch Einzelunternehmen	139
aa)	Bedeutung und Bestimmung von Marktanteilen	141
bb)	Die Bedeutung anderer Strukturelemente	144
cc)	Insbesondere: Positive Wettbewerbsprognose auf Grund technischer Innovationen?	147
b)	Kollektive Marktbeherrschung	148
aa)	Gemeinsame Marktbeherrschung auf Grund von strukturellen Verbindungen zwischen Unternehmen	150
bb)	Gemeinsame Marktbeherrschung durch stillschweigende Koordinierung	151
cc)	Gemeinsame Marktbeherrschung auf Märkten des Telekommunikationssektors	154
c)	Marktmacherstreckung auf Nachbarmärkte	156
aa)	Die Vorschrift des Art 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie	156
bb)	Kritik	161
IV.	<i>Zusammenfassung und Zwischenergebnis</i>	163
E.	INSTITUTIONELLE REGELUNGEN UND VERFAHRENSVORKEHRUNGEN IM NEUEN RECHTSRAHMEN	165
I.	<i>Institutionelle Regelungen</i>	166
1.	Die nationalen Regulierungsbehörden	166
2.	Institutionelle Foren für Kooperation und Abstimmung	167
II.	<i>Verfahrensregeln</i>	170
1.	Einrichtung einer Informationsordnung	171
a)	Das Anhörungsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie	172
b)	Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden zur Informationserhebung im Zusammenhang mit der Netzzugangsregulierung	175
c)	Pflichten zur Informationsübermittlung an die Kommission	176
d)	Förderung von Markttransparenz durch die Bereitstellung relevanter Informationen	177
2.	Harmonisierungsvorkehrungen: Prozedurale Beteiligungsrechte der Kommission	179
a)	Das Konsultationsverfahren nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie	181
b)	Vetoverfahren, Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie	184
c)	Eilverfahren	190
3.	Kritik und Würdigung	191
III.	<i>Streitbeilegung und Rechtsschutz</i>	194
1.	Streitbeilegungsverfahren im neuen Rechtsrahmen	194
2.	Grenzüberschreitende Streitigkeiten	197
3.	Rechtsschutzfragen	199
a)	Überblick	199
b)	Rechtsschutz bei Drittbetroffenheit?	200
4.	Würdigung	201
F.	DIE NEUKONZEPTION DER ZUGANGSREGULIERUNG	203
I.	<i>Anwendungsbereich der Zugangsrichtlinie</i>	203
II.	<i>Subsidiarität der Regulierung von Endnutzermärkten</i>	206
III.	<i>Verhandlungspflichten und der Vorrang der Selbstregulierung</i>	207
1.	Vorrang der privatautonomen Selbstregulierung?	207
a)	Die Systematik des neuen Rechtsrahmens	208
b)	Würdigung	209
2.	Förderung der Selbstregulierung durch Verhandlungs- und Kontrahierungspflichten	210
a)	Pflicht zur Verhandlung über die Zusammenschaltung	211
b)	Zugangspflichten und Kontrahierungszwang	212

3.	Regulierung der Selbstregulierung: Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörden bei der Regulierung des Netzzugangs	213
IV.	<i>Regulierung marktmächtiger Unternehmen</i>	214
1.	Voraussetzungen für die Auferlegung asymmetrischer Zugangsverpflichtungen.....	214
2.	Vollharmonisierung der Regulierungsbefugnisse im Bereich von Zugang und Zusammenschaltung?	216
3.	Die einzelnen Zugangsverpflichtungen	218
a)	Spezifische Zugangsverpflichtungen, Art. 12 Zugangsrichtlinie.....	219
aa)	Die Ermessensentscheidung der nationalen Regulierungsbehörde	219
bb)	Der Katalog möglicher Zugangsverpflichtungen	221
cc)	Ein Beispiel: Infrastruktur vs. Dienstwettbewerb	222
dd)	Würdigung	226
b)	Verpflichtungen zur Unterstützung der Selbstregulierung.....	227
aa)	Transparenz, Art. 9 Zugangsrichtlinie	227
bb)	Insbesondere: Das Standardangebot.....	228
cc)	Gleichbehandlung, Art. 10.....	231
dd)	Getrennte Buchführung, Art. 11.....	232
c)	Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten	234
d)	Evaluation und Anpassung der Zugangsverpflichtungen.....	235
4.	Übergangsregelungen.....	237
V.	<i>Regulierung nicht marktmächtiger Unternehmen</i>	239
1.	Regulierung von Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren	239
2.	Sonstige Verpflichtungen nicht marktmächtiger Betreiber	241
VI.	<i>Zusammenfassung: Das System des Netzzugangs im europäischen Recht</i>	243
§ 4 – REGULIERUNG UND DEREGULIERUNG DES ZUGANGS ZU TELEKOMMUNIKATIONSNETZEN		247
A.	DER NEUE RECHTSRAHMEN ALS MARKTÖFFNUNGSREGULIERUNG?	247
I.	<i>Bekanntnis zur weiteren Deregulierung</i>	247
II.	<i>Systematische Verankerung des Deregulierungsziels?</i>	248
III.	<i>Unzureichende Steuerungsleistung im Bereich des Marktdefinitionsverfahrens</i>	252
B.	ZUGANGSREGULIERUNG ZWISCHEN KARTELLRECHT UND SEKTORSPEZIFISCHER REGULIERUNG	255
I.	<i>Funktionsvergleich von Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung als Regulierungsvoraussetzung</i>	255
II.	<i>Zugang zu Telekommunikationsnetzen auf der Grundlage der Essential Facilities Doktrin</i>	256
1.	Die Essential-Facilities-Doktrin im amerikanischen Recht.....	257
2.	Die Essential-Facilities-Doktrin im europäischen Recht	260
3.	Würdigung – „Essential-Facilities-Doktrin“ als alternative Grundlage der Zugangsregulierung?	267
a)	Anforderungen an die Wesentlichkeit der Einrichtung bestimmen die Art des Wettbewerbs	267
b)	Zugang zur Markteröffnung	269
4.	Essential facilities und der neue Kommunikationsrechtsrahmen.....	271
III.	<i>Strukturelle Unterschiede der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht und der sektorspezifischen Netzzugangsregulierung</i>	274
§ 5 – DIE UMSETZUNG DES KONZEPTS DER MARKTBEZOGENEN ERMITTLUNG DES REGULIERUNGSBEDARFS IM TELEKOMMUNIKATIONSGESETZ		281
A.	DIE NOVELLIERUNG DES TKG	281
I.	<i>Der Weg zum neuen Telekommunikationsgesetz</i>	281
1.	Entstehungsgeschichte	282
2.	Überblick und Systematik	283
II.	<i>Die Neugestaltung des Systems der Marktregulierung</i>	284

1.	Netzzugang und -zusammenschaltung nach dem Telekommunikationsgesetz 1996.....	284
2.	Überblick über das neue System der Marktregulierung.....	287
3.	Weiterer Gang der Darstellung.....	289
B.	DAS VERFAHREN DER MARKTREGULIERUNG.....	291
I.	<i>Marktdefinition: Abgrenzung von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TKG.....</i>	<i>291</i>
1.	Der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ im Regierungsentwurf.....	292
2.	Vom funktionsfähigen Wettbewerb zu den Kriterien der Kommissionsempfehlung.....	295
3.	Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben.....	297
4.	Prüfungsumfang der Bundesnetzagentur.....	298
5.	Marktabgrenzung.....	301
6.	Der Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur.....	302
II.	<i>Das Marktanalyseverfahren im TKG.....</i>	<i>305</i>
1.	Überblick und Verfahren.....	305
2.	Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs.....	306
III.	<i>Verfahrensvorkehrungen und Beteiligungsrechte.....</i>	<i>307</i>
1.	Konsultations- und Konsolidierungsverfahren.....	307
a)	Nationales Konsultationsverfahren.....	307
b)	Europäisches Konsultationsverfahren.....	308
c)	Vetoverfahren.....	309
2.	Evaluations- und Revisionsvorgaben.....	311
a)	Regelmäßige Evaluation der Regulierungsnotwendigkeit.....	311
b)	Regulierung neuer Märkte?.....	312
3.	Abstimmung zwischen Bundesnetzagentur und BKartA – Vetorechte bei der Marktdefinition?.....	315
IV.	<i>Erlass einer Regulierungsverfügung.....</i>	<i>319</i>
C.	WÜRDIGUNG: UMSETZUNG DES PRINZIPS DER FLEXIBLEN MARKTBEZOGENEN ERMITTLUNG DES REGULIERUNGSBEDARFS IM TKG.....	320
§ 6 – ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN.....		325
LITERATURVERZEICHNIS.....		341

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AfP	Archiv für Presserecht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
API	Application Programming Interface (Anwendungsprogramm- Schnittstelle)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.	Beschluss
BAPT	Bundesamt für Post und Telekommunikation
BB	Betriebsberater
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. I bzw. II.	Bundesgesetzblatt (Teil I bzw. Teil II)
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Beschlusskammer
BKartA	Bundeskartellamt
BMPT	Bundesministerium für Post und Telekommunikation
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
DBP	Deutsche Bundespost
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Drs.	Drucksache
DSL	Digital Subscriber Line
DTAG	Deutsche Telekom AG
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
ECLR	European Competition Law Review
EG	Europäische Gemeinschaft
Endn.	Endnote
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz

EPG	Electronic Program Guide (Elektronischer Programmführer)
EU	Europäische Union
EuG.....	Gericht erster Instanz
EuGH.....	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuR.....	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG.....	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAG.....	Gesetz über Fernmeldeanlagen
FCC	Federal Communication Commission
Fn.....	Fußnote
geänd.	geändert
GewArch.....	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.....	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GWB.....	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.....	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
IuK-Technologien	Informations- und Kommunikationstechnologien
i. V. m.	in Verbindung mit
insbes.	insbesondere
IR.....	InfrastrukturRecht
i.S.d.....	im Sinne des / im Sinne der
ISDN.....	Integrated Services Digital Network, diensteintegrierendes digitales Fernmeldenetz
ISP	Internet Service Provider
JbNPÖ.....	Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie
K&R	Kommunikation und Recht
Kap.	Kapitel
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	MultiMedia und Recht
N&R	Netzwirtschaften und Recht
Nachdr.	Nachdruck
NJW.....	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.....	Nummer
NVwZ.....	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZV.....	Netzzugangsverordnung (Verordnung über besondere Netzzugänge)
NZVe	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG.....	Oberlandesgericht
ONP.....	Open Network Provision
OVG	Oberverwaltungsgericht
PostG	Postgesetz
Rdnr.	Randnummer
RegTP.....	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL.....	Richtlinie
Rs.....	Rechtssache

RTkom.....	Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation
S.	Seite / Siehe
s.	siehe
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
Slg.....	Sammlung
sog.	sogenannte/sogeannter
TAL.....	Teilnehmeranschlussleitung
TKG.....	Telekommunikationsgesetz
TKMR.....	Telekommunikations- & Medienrecht
TKV.....	Telekommunikations-Kundenschutzverordnung
Tz.	Textziffer
UAbs.....	Unterabsatz
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnlichem / und ähnliches
Urt.....	Urteil
v. H.	von Hundert
verb.....	verbundene
Verf.....	Verfasser
VerwArch	Verwaltungsarchiv
Vfg.....	Verfügung
VG.....	Verwaltungsgericht
vgl.....	vergleiche
VwGO.....	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfg.....	Verwaltungsverfahrensgesetz
WLL	Wireless Local Loop (drahtloser Teilnehmeranschluss)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Ziff.....	Ziffer
ZPO	Zivilprozessordnung
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht
ZUM.....	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Verzeichnis der abgekürzt zitierten europäischen Rechtsakte und Dokumente

Betreiberauswahl-Richtlinie	Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24. September 1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreibervorauswahl, ABl. EG Nr. L 268 v. 03.10.1998, S. 37.
Datenschutzrichtlinie	Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG Nr. L 201 v. 31.7.2002, S. 37.
Diensterichtlinie	Richtlinie 90/388/EWG der Kommission v. 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 192 v. 24.07.1990, S. 10.
E-Commerce-Richtlinie	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1.
Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte	Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, ABl. EG Nr. L 114 v. 8.5.2003, S. 45.
Empfehlung Zusammenschaltungsentgelte	Empfehlung der Kommission vom 22. Februar 2002 zur Änderung der Empfehlung 98/195/EG, zuletzt geändert durch die Empfehlung 2000/263/EG, zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt (Teil 1 — Zusammenschaltungsentgelte), ABl. L 58 v. 28.2.2002, S. 56.
Endgeräte-Wettbewerbsrichtlinie	Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte, ABl. EG Nr. L

	131, S. 73.
Ergebnisse der Anhörung zum Kommunikationsbericht	Mitteilung der Kommission vom 26. April 2000, Die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung zum Kommunikationsbericht 1999 und Leitlinien für den neuen Rechtsrahmen, KOM(2000) 239 endg.
Frequenzentscheidung	Entscheidung des Parlaments und des Rates über einen Rechtsrahmen für die Frequenzpolitik in der EG, Entscheidung Nr. 676/2002/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. März 2002 über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft (Frequenzentscheidung), ABl. EG Nr. L 108 v 24.4.2002, S. 1.
Genehmigungsrichtlinie	Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 21.
Genehmigungsrichtlinie-alt	Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 117 vom 7.5.1997, S. 15.
Grünbuch Konvergenz	Europäische Kommission, Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen, KOM (97) 623.
Grünbuch Liberalisierung	Europäische Kommission, Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte, KOM (87) 290 endg.
Kabelfernsehnetzrichtlinie II	Richtlinie 1999/64/EG der Kommission v. 23.06.1999 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG im Hinblick auf die Organisation ein- und demselben Betreiber gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehnetze in rechtlich getrennten Einheiten, ABl. EG L 175/39 v. 10.07.1999, S. 39.
Komitologie-Beschluss	Beschluss des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (1999/468/EG), ABl. Nr. L 184 v. 17.7.1999, S. 23.
Kommunikationsbericht 1999	Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Ministerrat, den Wirtschafts- und

	Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, Kommunikationsbericht 1999, COM(1999) 539.
Konsolidierte Wettbewerbsrichtlinie	Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABl. EG Nr. L 249 v. 17.9.2002, S. 21.
Leitlinien zur Marktanalyse	Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (2002/C 165/03), ABl. EG Nr. C 165 v. 11.7.2002, S. 6.
Mietleitungsrichtlinie	Richtlinie 92/44/EWG des Rates v. 5. Juni 1992 zur Einführung eines offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABl. EG Nr. L 165 v. 19.06.1992, S. 27.
Notrufnummer-Entscheidung	Entscheidung 91/396/EWG des Rates vom 29. Juni 1991 zur Einführung einer einheitlichen europäischen Notrufnummer, ABl. EG Nr. L 217 v. 6.8.1991, S. 31 f.
ONP-Rahmenrichtlinie	Richtlinie 90/387/EWG des Rates v. 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP), ABl. EG Nr. L 192 v. 24.07.1990, S. 1.
ONP-Rahmenrichtlinie 1997	Richtlinie 97/51/EG des Rates und des Parlamentes v. 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 90/387/EWG und 92/44EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABl. EG Nr. L 295 v. 29.10.1997, S. 23.
Rahmenrichtlinie	Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 33.
Sprachtelefonrichtlinie 1995	Richtlinie 95/62/EG des Rates und des Parlamentes v. 13. Dezember 1995 zur Einführung eines offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst, ABl. EG Nr. L 321 v. 30.12.1995, S. 16.
Sprachtelefonrichtlinie 1998	Richtlinie 98/10/EG des Rates und des Parlamentes vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des

	offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und dem Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. EG Nr. L 101 v. 01.04.1998, S. 24.
TAL-Verordnung	Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. EG Nr. L 336 v. 30.12.2000, S. 4.
Universaldienstrichtlinie	Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 51.
Vorwahlnummer-Entscheidung	Entscheidung 92/264/EWG des Rates v. 11. Mai 1992 zur Einführung einer gemeinsamen Vorwahlnummer für den internationalen Fernspreverkehr in der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 137 v. 20.5.1992, S. 21 f.
Wettbewerbsrichtlinie 1990	Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 192 v. 25.9.1990, S. 10.
Zugangsmitteilung	Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, ABl. EG Nr. C 265 v. 22.8.1998, S. 2.
Zugangsrichtlinie	Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und dazugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7.
Zusammenschaltungsrichtlinie	Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG Nr. L 199 v. 24.11.1997, S. 32.

§ 1 – Erkenntnisinteresse und Gang der Untersuchung

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Regulierung des Zugangs zu und der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen. Nur wenige Jahre nach der Öffnung der Telekommunikationsmärkte für den Wettbewerb liegt mit dem neuen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für den Telekommunikationssektor und dem entsprechend novellierten Telekommunikationsgesetz ein weitgehend neugestaltetes Regulierungsregime vor. Die Regulierung des Telekommunikationssektors war von Beginn an begleitet von ordnungspolitischen Auseinandersetzungen, in deren Mittelpunkt die Frage nach der Legitimation einer besonderen bereichsspezifischen Regulierung der Kommunikationsmärkte steht. Diese Auseinandersetzungen mündeten im Vorfeld der ersten grundlegenden Revision des Telekommunikationsrechts nach der Marktöffnung auf europäischer und nationaler Ebene in die Diskussion um den Fortbestand oder die weitgehende Rückführung der sektorspezifischen Regulierung. Die Arbeit stellt sich die Aufgabe, vor dem Hintergrund dieser Auseinandersetzungen um Regulierung und Deregulierung des Telekommunikationssektors die neu geschaffene Systematik der Zugangsregulierung und insbesondere den neu geschaffenen Mechanismus der Marktregulierung darzustellen und einer kritischen Würdigung zu unterziehen. Im Zentrum der Betrachtung steht die Frage, inwieweit sich der neue Rechtsrahmen die Deregulierungsforderungen zu Eigen macht und tatsächlich einen Schritt in Richtung einer weiteren Deregulierung der Kommunikationsmärkte und die Übergabe der Regulierung an das allgemeine Wettbewerbsrecht darstellt. Zentrale These der Arbeit ist dabei, dass der neue Rechtsrahmen entgegen anders lautender Bekenntnisse nicht allein der Überführung der ehemals monopolistischen Märkte in den Wettbewerb dient, sondern auf die zunehmende Komplexität der Kommunikationsmärkte tatsächlich mit einer tendenziellen Erweiterung der Eingriffsbefugnisse im Bereich der Zugangsregulierung reagiert.

Die Arbeit zeichnet zunächst in § 2 vor dem Hintergrund der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte die ökonomischen Grundlagen der Netzzugangsregulierung nach. Diese Darstellung mündet in die wirtschaftspolitische Auseinandersetzung um den Fortbestand oder den Abbau der sektorspezifischen Regulierung des Netzzugangs. Den Kern der Arbeit bildet die vor dem Hintergrund dieser regulierungstheoretischen Grundlegung erfolgende Darstellung und kritische Würdigung des neuen kommunikationsrechtlichen

Regulierungsrahmens für den Netzzugang. Dabei wendet sich die Untersuchung zunächst den europarechtlichen Vorgaben zu (§ 3). Für das Verständnis des neuen Regulierungskonzepts ist dessen Genese im Rahmen des Review-Prozesses auf europäischer Ebene von erheblicher Bedeutung. Es wird herausgearbeitet, dass der neue Rechtsrahmen sich zum Konzept einer marktöffnenden, transitorischen Regulierung des Kommunikationssektors bekennt und viele der Strukturelemente des neuen Rechtsrahmens maßgeblich von der Wahrnehmung der Wettbewerbsentwicklung zum Zeitpunkt seines Entstehens in den Jahren 1999 und 2000 geprägt sind. Viele der optimistischeren Erwartungen aus dieser Zeit haben sich nicht erfüllt. Im Zentrum der Betrachtung steht dann der neugeschaffene und für den weiteren Bestand und den zukünftigen Umfang der asymmetrischen bereichsspezifischen Regulierung maßgebliche Mechanismus zur marktbezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs. Im Anschluss an diese Erörterungen werden die eigentlichen Bestimmungen zur Zugangsregulierung vorgestellt, die den nationalen Regulierungsbehörden im Interesse einer marktnahen Regulierung zunehmend dynamischer Märkte ein umfassendes und abgestuftes Instrumentarium an Eingriffsmöglichkeiten zur Verfügung stellen. Angesichts der den nationalen Regulierungsbehörden mit dem Ziel der Flexibilisierung eingeräumten weitgehenden Entscheidungsspielräume kommt – insbesondere mit Blick auf das Bedürfnis nach einer ausreichend harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens – dessen komplexen institutionellen und verfahrensrechtlichen Vorkehrungen, die insbesondere der Kommission weitgehende Beteiligungs- und Mitentscheidungsbefugnisse einräumen, erhebliche Bedeutung zu.

Vor dem Hintergrund der Ergebnisse dieses ersten Hauptteils wird die Frage näher untersucht, ob das Bekenntnis des neuen Rechtsrahmens zu einer weiteren Deregulierung, in deren Zusammenhang der Sektor allmählich ganz dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterstellt werden soll, Eingang in die materiellrechtlichen Regelungen der einzelnen Richtlinien gefunden hat (§ 4 A.). Die Untersuchung gelangt zu dem Ergebnis, dass die neu geschaffene Systematik der Markt- und Zugangsregulierung eine Ausweitung der marktunterstützenden Regulierung auf sich neu stellende wettbewerbliche Probleme ebenso erlaubt wie eine Rückführung der Regulierung. Sie stellt die These auf, dass die optimierungsfähige Steuerungsleistung zentraler Elemente der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Verfahren der Marktregulierung darauf zurückzuführen sind, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber vordergründig an der Deregulierungsperspektive festgehalten und es deswegen versäumt hat, ein geschlossenes Konzept von Aufgabe und Funktion der Zugangsregulierung in einem liberalisierten und damit dynamisierten Umfeld zu entwerfen.

Auch Märkte, deren Strukturmerkmale grundsätzlich eine besondere asymmetrische Regulierung rechtfertigen können, sollen nach dem neuen Rechtsrahmen nur dann einer solchen Regulierung unterworfen werden, wenn das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um die dort festgestellten Probleme zu bewältigen. Ein Funktionsvergleich beider Regulierungsregime wird damit zum entscheidenden Kriterium für die Abgrenzung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierung. Aus diesem Grund wird unter § 4 B. ein Überblick über die im Zusammenhang des Art. 82 EGV diskutierte Essential-Facilities-Doktrin als die auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zur Verfügung stehende wettbewerbsrechtliche Alternative zur Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen gegeben. Dabei kommt es nicht auf eine umfassende Darstellung dieses Rechtsinstituts an. Vielmehr sollen dessen wesentliche Strukturen dargestellt werden, um vor deren Hintergrund erste Kriterien für die relative Leistungsfähigkeit von allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Missbrauchsaufsicht und sektorspezifischer Zugangsregulierung zu entwickeln.

In einem letzten Hauptteil (§ 5) wendet sich die Untersuchung der Umsetzung dieses zentralen Regulierungsverfahrens im Rahmen der Novelle des Telekommunikationsgesetzes¹ zu. Es wird herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber die durch das gemeinschaftliche Sekundärrecht nur unzureichend konturierte Prüfung des Regulierungsbedarfs auf einzelnen Märkten, durch die Aufnahme der Maßstäbe der strukturellen und dynamischen Regulierungsbedürftigkeit in das TKG verdichtet und in diesem Zusammenhang der nationalen Regulierungsbehörde ausdrücklich aufgibt, die relative Leistungsfähigkeit von allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung zu untersuchen. Es gelingt der Novelle aber nicht vollständig, das im neuen Rechtsrahmen angelegte und zuvor herausgearbeitete Steuerungsdefizit in diesem Punkt zu beseitigen. Die Arbeit schließt mit einer thesenhaften Zusammenfassung der Ergebnisse (§ 6).

¹ Telekommunikationsgesetz (TKG) vom 22. Juni 2004, BGBl. I 1190; vgl. zuvor den Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG), BR-Drs. 755/03 v. 17.10.2003 (im Folgenden: TKG-E).

§ 2 – Transformation des Telekommunikationssektors

A. Einführung

Gesetzliche Regeln über den Zugang zu Netzen finden sich vor allem dort, wo ehemals monopolisierte Infrastruktureinrichtungen für den Wettbewerb geöffnet werden sollen. Neben den hier behandelten Vorschriften über den Zugang zu Telekommunikationsnetzen (§ 33 ff. TKG-alt bzw. §§ 16 ff i.V.m. §§ 9 ff. TKG) entstanden für eine Reihe anderer Wirtschaftsbereiche eine Vielzahl weiterer spezialgesetzlicher Normen, die den Zugang zu Märkten mit Netzwerkstrukturen zum Gegenstand haben.² Im Bereich des Schienenverkehrs verpflichtet etwa § 14 Abs. 1 S. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz – AEG³ Eisenbahninfrastrukturunternehmen zur diskriminierungsfreien Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen. Betreibern von Energieversorgungsnetzen legt § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG die Verpflichtung auf, jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren.⁴ Das Postgesetz von 1997 schließlich enthält in seinem 6. Abschnitt Vorschriften über das Angebot von Teilleistungen, die strukturell den Netzzugangsvorschriften des TKG-alt verwandt sind.⁵ Anlass all dieser Regelungen sind bestimmte ökonomische Eigenschaften der jeweiligen Märkte und die fortbestehende Dominanz des ehemaligen Monopolisten. Grundlegende gesetzgeberische Annahme ist dabei, dass sich unter den spezifischen Bedingungen der vormals kartellierten oder monopolisierten

² Einen Überblick über die verschiedenen spezialgesetzlichen Regelungen für den Netzzugang geben etwa *Martenczuk/Thomaschki*, RTkom 1999, 15, 18 ff.; *Theobald*, NJW 2003, 324, 325 ff. und – mit Blick auf das Verhältnis zur allgemeinen Vorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB – *Immenga/Mestmäcker-Möschel*, § 19 Rdnr. 220 ff; eingehend zur Regulierungsstruktur unterschiedlicher Netzwirtschaften *Kühling*, Netzwirtschaften, S. 65 ff.

³ Eingefügt durch Art. 5 ENeuOG (vgl dazu etwa *Eiermann*, NJW 1998, 1846 ff; *Fehling*, AöR 121, 59 ff.; *Frotscher/Kramer*, NVwZ 2001, 24 ff., 29 f.); die Vorschrift wurde mit Wirkung zum 30.4.2005 durch die AEG-Novelle 2005 neu gefasst (Gesetz v. 27.4.2005, BGBl. I S. 1138), dazu etwa *Frenzel*, NZVe 2006, 57, 61; *Kramer*, NVwZ 2006, 26, 31; *Kühling/Ernert*, NVwZ 2006, 33 ff.; *Ruge*, AöR 131, 1.

⁴ Das Energiewirtschaftsgesetz vom 7.7.2005, verkündet als Art. 1 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts (BGBl. I 2005 S. 1970) stellt bereits die dritte Neuordnung des Regulierungsregimes für den Energiemarkt seit 1998 dar, vgl. *Scholtka*, NJW 2005, 2421, 2422 ff.; *Kühne/Brodowski*, NVwZ 2005, 849 ff.; *Stumpf/Gabler*, NJW 2005, 3174 ff. Das Gesetz löst die durch Art. 1 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts (BGBl. 2003 I, 686), in Kraft getreten am 24.5.2003, umgesetzte erste Novelle ab, vgl. dazu etwa *Kühne/Brodowski*, NVwZ 2003, 769 ff.; *Breuer*, NVwZ 2004, 520 ff.

⁵ Dazu *Martenczuk/Thomaschki*, RTkom 1999, 15, 19; *Gramlich*, NJW 1998, 866 ff.; zur besonderen Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG *Habersack*, K&R 2001, 121 ff., 177 ff.

Märkte der erwünschte Wettbewerb nicht von alleine einstellen wird, sondern auf eine regulative Unterstützung angewiesen ist.

In einer solchen Vorstellung einer gesetzgeberischen „Geburtshilfe“ für den Wettbewerb ist bereits ein Argument für die zeitliche Begrenzung einer sektorspezifischen Regulierung⁶ angelegt. Denn die anfängliche Aufgabe einer Stimulierung des Wettbewerbs, so ließe sich argumentieren, verliert mit allmählich zunehmender Wettbewerbsintensität immer weiter an Bedeutung. Ist schließlich durch den regulatorischen Eingriff ein sich selbst tragender Wettbewerb entstanden, so würde Regulierung ganz überflüssig und sollte abgeschafft werden. Ein auf diese Weise geschaffener funktionierender Markt für Telekommunikationsdienstleistungen und -infrastrukturen wiese keine Besonderheiten auf, die spezielle gesetzliche Regelungen erforderlich machen. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs könnte dann alleine mit den Mitteln des allgemeinen Wettbewerbsrechts geschützt werden.

Ob eine solche Betrachtungsweise tatsächlich eine innerhalb eines absehbaren Zeithorizontes realistische Perspektive darstellt oder vorläufig ein fortbestehendes Bedürfnis nach einer sektorspezifischen Regulierung des Netzzugangs anzuerkennen ist, kann nicht beurteilt werden, ohne auf die Wurzeln des Telekommunikationsgesetzes in dem Prozess der Liberalisierung des ehemals staatlich verwalteten Telekommunikationssektors einzugehen. Denn der Ablauf dieses Prozesses und seine ökonomischen Grundlagen sind wesentlich für das Verständnis der gegenwärtigen Modelle der Zugangsregulierung. Die Förderung von Wettbewerb unter den Bedingungen der fortdauernden Dominanz des ehemaligen Monopolisten ist dabei unzweifelhaft eine der vordringlichsten Aufgaben des gegenwärtigen Regelungsrahmens.⁷ Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der ökonomischen Betrachtung des Telekommunikationssektors zu. Ökonomische Argumente

⁶ Zum Begriff der Regulierung im TKG vgl. *Ladeur*, K&R 1998, 479 ff.; *ders.* CR 2000, 433, 434; *Trute*, Regulierung, S. 170 ff.; allgemein *Kühling*, Netzwirtschaften, S. 11 ff.; *von Danwitz*, DÖV 2004, 977 ff.; *Bullinger*, DVBl. 2003, 1355, 1358 ff.

⁷ Gem. § 1 TKG-alt war Zweck des Gesetzes, „durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation den Wettbewerb zu fördern“. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG-alt sah als gesetzliches Ziel „die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation“ vor. Zwar werden hier die besonderen wettbewerblichen Probleme, die sich aus der Liberalisierung eines vormaligen Monoporsektors ergeben, nicht angesprochen. Die Begründung macht aber deutlich, dass der Gesetzgeber gerade aufgrund der durch einen ehemaligen Monopolisten dominierten Marktstruktur eine sektorspezifische Regelung in Ergänzung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht für erforderlich gehalten hat, vgl. BT-Drs. 13/3609, S. 33 f. Ähnlich auch das BVerwG, Urt. v. 25.6.2003 – 6 C 17.02, MMR 2003, 734, 736. In § 1 TKG wird der Zielkanon getreu den neuen europäischen Vorgaben um den Begriff der „technologieneutralen“ Wettbewerbsförderung

wurden in der Vergangenheit zur Rechtfertigung der Monopolisierung des Sektors ebenso herangezogen, wie sie später zur Unterstützung der Forderung nach seiner Überführung in den Wettbewerb genutzt wurden. Auch der gegenwärtigen Regelung des Netzzugangs und ihren unterschiedlichen Deutungsversuchen liegen – teils ausdrücklich, teils unausgesprochen – bestimmte ökonomische Modelle zugrunde, die in der Diskussion um die angemessene Form der Regulierung von Netzzugang und -zusammenschaltung aufzudecken und kritisch auf ihren Erkenntnisgehalt für die rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung zu befragen sind.

B. Zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und ökonomischer Theorie⁸

Ein solcher Rückgriff auf die Ergebnisse wirtschaftswissenschaftlicher Analysen wirft eine Reihe methodischer Fragen auf, die von der grundsätzlichen Zulässigkeit der juristischen Verwertung sozialwissenschaftlicher Wissensbestände bis hin zu Art und Voraussetzungen einer möglichen Rezeption dieser Befunde reichen. Im vorliegenden Zusammenhang ist es weder erforderlich noch möglich, in eine umfassende Diskussion des Verhältnisses von Rechts- und Sozialwissenschaften mit ihren zahlreichen methodologischen und wissenschaftstheoretischen Problemen einzutreten. Allerdings ist angesichts der Tatsache, dass in der Debatte um die Regulierung der Telekommunikationsmärkte regelmäßig auch auf ökonomische Argumente zurückgegriffen wird, eine knappe eigene methodische Positionsbestimmung als Grundlage für die weiteren Erörterungen unerlässlich.

Recht ist bei der Einwirkung auf eine unendlich komplexe Lebenswirklichkeit immer auf Modellbildung angewiesen. Modelle der Wirklichkeit sollen deren Komplexität reduzieren und sie damit handhabbar für den rechtlichen Steuerungsversuch machen. Für das Regulierungs- und Wettbewerbsrecht können solche Modelle vor allem durch die Wirtschaftswissenschaft bereitgestellt werden; jedenfalls wird eine solche Modellbildung regelmäßig wirtschaftswissenschaftlich informiert sein.

Angesichts einer zunehmend feststellbaren Überforderung des Staates und seines imperativen Rechts kommt es zudem verstärkt zu einer Verlagerung von ehemals in öffentlicher Verantwortung wahrgenommenen Aufgaben in den privaten Sektor – etwa im Rahmen eines

erweitert; nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG dient die Regulierung gerade auch dem Ziel, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu schaffen.

regulativen Konzeptes, das vor allem die Voraussetzungen für eine erfolgreiche gesellschaftliche Selbstregulierung zu schaffen versucht. Ein solches Konzept regulierter Selbstregulierung⁹ lenkt den Blick notwendig auf die Leistungsfähigkeit derjenigen Mechanismen, die im außerstaatlichen Bereich zur Zielerreichung aktiviert werden sollen. Als ein besonders leistungsfähiger Modus der Selbstregulierung hat sich der marktwirtschaftliche Wettbewerb erwiesen. Die Fähigkeit des Marktes zur dezentralen Koordination der autonomen Entscheidungen Einzelner, hat bereits die klassische Nationalökonomie beschrieben.¹⁰ Für die rechtswissenschaftliche Analyse von Regelungskonzepten, die den Marktmechanismus schützen oder aktivieren wollen, ist ein grundlegendes Verständnis dieses Mechanismus in den Kategorien der Wirtschaftswissenschaft unerlässlich.¹¹

I. Zum Verhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaften

Die Debatte um die Rezeption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse im Recht wurde häufig politisch aufgeladen und gelegentlich polemisch geführt. Sie manifestierte sich etwa in der Debatte um die Reform der Juristenausbildung in den siebziger Jahren,¹² setzt sich aber in versachlichter Form unter verschiedenen Vorzeichen bis heute fort.¹³ Dabei erfolgt die Auseinandersetzung um die Verwendung sozialwissenschaftlicher Wissensbestände in unterschiedlichen Rechtsgebieten durchaus mit unterschiedlicher Intensität. Die Diskussion um die Verwendung fachfremden Wissens besitzt insbesondere im Bereich des Wettbewerbs- und Kartellrechts eine längere Tradition und findet selbstverständlicher statt. Hier fanden wirtschaftswissenschaftliche Modelle Eingang in Rechtssetzung und Rechtsanwendung. Kartellrechtler beteiligen sich an wirtschaftswissenschaftlichen Debatten; etwa um das richtige Wettbewerbskonzept.¹⁴ Aufgrund seines Regelungsgegenstandes weist auch das

⁸ Vgl. zu den folgenden Ausführungen bereits *Wiedekind*, Innovationsforschung, S. 137 ff.

⁹ Dazu die Beiträge in *Regulierte Selbstregulierung*, Beiheft 4 zu *Die Verwaltung* 2001.

¹⁰ Vgl. *Recktenwald*, Adam Smith, S. 126 f.

¹¹ Ausführlich zur Frage der Rezeption wirtschafts- und anderer sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Rechtswissenschaft sogleich u. § 2 B II, S. 9 ff.

¹² Dazu *Hoffmann-Riem*, Verwendungstauglichkeit, S. 75 ff.

¹³ Vgl. etwa die Auseinandersetzung um die Integration von Rechts- und Sozialwissenschaft im Rahmen der Debatte um eine Reform des Verwaltungsrechts, kritisch etwa *Möllers*, *VerwArch* 90 (1999), 187 ff., 203 ff.; *Schulte*, Handlungsformen, S. 343 ff., m.w.N.

¹⁴ Vgl. etwa die Nachweise zu dem – inzwischen wohl historischen – rechtswissenschaftlichen Streit um den Wettbewerbsbegriff bei *Immenga/Mestmäcker-Zimmer*, § 1, Rdnr. 134 ff.: „Heute besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass der Wettbewerb als reales Phänomen sich einer begrifflichen

Telekommunikationsrecht, jedenfalls im Hinblick auf seine Vorrangigkeit der Regulierung von Marktprozessen dienenden Bestimmungen, eine hohe Anschlussfähigkeit an Befunde der ökonomischen Forschung auf.

Recht besitzt immer einen finalen Charakter. Dieser finale Charakter spielt in der juristischen Methodik im Topos des „Telos der Norm“ eine entscheidende Rolle. Die Ermittlung des Normzwecks und die daran ausgerichtete Interpretation einer Vorschrift ist eine anerkannte, ja sogar die dominante Auslegungsmethode.¹⁵ Dieser Finalität liegt aber notwendig eine bestimmte Vorstellung über das Zusammenwirken von Realität und Regelung zugrunde, die geeignet sein soll, den gesetzgeberischen Zweck zu verwirklichen. Eine solche Wirkungsannahme setzt aber die modellhafte Konstruktion von Wirklichkeit ebenso voraus wie bestimmte Annahmen bezüglich der Wirkungen von Normen auf diese Wirklichkeit. Eine solche Modellbildung kann auf Alltagswissen beruhen, oder sie kann insoweit wissenschaftlich informiert sein, als eine andere Wissenschaft Aussagen über den entsprechenden Realbereich bereitzustellen im Stande ist. Jedenfalls erweist sich, dass eine Autarkie des Rechts in dem Sinne, dass alle juristischen Entscheidungen aus dem Rechtssystem selbst deduktiv erzeugt werden können, eine Fiktion darstellt.

Mit der Feststellung, dass Recht auf die Rekonstruktion von sozialer Wirklichkeit angewiesen ist und hier eine Einbruchstelle auch für sozialwissenschaftliche Erkenntnisse liegt, ist jedoch noch nicht allzu viel gewonnen. Denn die eigentliche Problematik liegt weniger bei der Frage, ob das Recht sozialwissenschaftliche Forschung überhaupt zur Kenntnis nehmen soll, als vielmehr bei der Art und Weise einer solchen Rezeption. Auch die gegen eine Öffnung der Rechtswissenschaft für fachfremdes Wissen vorgebrachten Argumente wenden sich weniger gegen die Verwendung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisbestände als solcher. Im Kern ihrer Kritik liegt vielmehr die Sorge um die eigenständige juristische Methodik, die durch eine „Versozialwissenschaftlichung“ des Rechts preisgegeben werden könnte.¹⁶ Eine Aufweichung der Bindung des Rechtsanwenders an Recht und Gesetz zugunsten eines beliebigen Rückgriffs auf solche Theoriebestände, welche die jeweils eigene Ergebniserwartung bestätigen, wird befürchtet.¹⁷

Festlegung entzieht und kein normatives Element enthält. [...] Auf eine rechtliche Erfassung des Wettbewerbsbegriffs ist daher zu verzichten“.

¹⁵ Palandt-*Heinrichs*, Einleitung, Rdnr. 38.

¹⁶ Vgl. *Schulte*, Handlungsformen, S. 343 f.

¹⁷ Zur entsprechenden Verwendung sozialwissenschaftlicher Befunde in politischen Auseinandersetzungen *Hoffmann-Riem*, Medienforschung, S. 17 f.

Diese Sorgen sind nicht unberechtigt und können nur zerstreut werden, wenn die rechtswissenschaftliche Rezeption sozialwissenschaftlicher Befunde transparent gemacht, und über die Art ihrer Verwendung methodische Klarheit hergestellt wird. Als erster Ansatzpunkt hierfür kann die sozialwissenschaftliche Verwendungsforschung dienen, die nach der Art der Rezeption von Sozialwissenschaften in praktischen Verwendungsfeldern fragt.¹⁸ Danach haben Rechtswissenschaft und Rechtspraxis die Angebote der Sozialwissenschaften zur Interpretation von Realvorgängen, aber gelegentlich durchaus auch von Normen, ausschnittsweise besehen, zum Teil für brauchbar befunden und begrenzt in ihre Handlungszusammenhänge integriert.¹⁹ Im Rahmen dieser Übertragung werden sozialwissenschaftliche Befunde allerdings ihres ursprünglichen Verwendungszusammenhangs entkleidet. Bei der Verwendung in juristischen Zusammenhängen erfahren sie einen Funktionswandel, der von Seiten der Sozialwissenschaft häufig als Banalisierung oder Trivialisierung wahrgenommen wird.²⁰ Eine solche Reformulierung des verwandten Wissens wird vor allem durch die besonderen Bindungen, denen der Rechtsanwender unterliegt, gerechtfertigt. Denn die Modellbildung als Rekonstruktion von Wirklichkeit, zu der die Sozialwissenschaft beitragen kann, erfolgt im rechtswissenschaftlichen Kontext immer bezogen auf normative Vorgaben. Die Bindung an Recht und Gesetz legitimiert, jedenfalls im Bereich der Rechtsanwendung, den selektiven Zugriff auf sozialwissenschaftliche Erkenntnisse.²¹ Denn nur die Erkenntnisse, die sich in den normativen Zusammenhang einpassen, passieren den Filter einer juristischen „Verwendungstauglichkeit“, können also für die Beurteilung juristischer Fragen in Praxis und Rechtswissenschaft fruchtbar gemacht werden. Theorien, welche die Zielvorstellungen des Gesetzgebers nicht teilen, können rechtspolitisch von Interesse sein, bleiben für die Rechtsanwendung aber folgenlos. Sie haben angesichts einer gesetzgeberischen Wertung, die ihre Prämissen nicht teilt, keine Aussagekraft.

II. *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftswissenschaft*

Im Bereich des Wirtschaftsrechts, insbesondere des Wettbewerbs- und Kartellrechts, wurden diese Fragen bereits früher diskutiert, weil es die Verwendung mannigfaltiger

¹⁸ *Bonß*, Theorientransfer, S. 437 ff.; *Hoffmann-Riem*, Verwendungstauglichkeit, S. 88 m.w.N.

¹⁹ *Hoffmann-Riem*, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht, S. 85, der auch darauf hinweist, dass eine solche Rezeption vor allem für den Bereich der empirischen Sozialforschung erfolgte.

²⁰ *Hoffmann-Riem*, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht, S. 85.

wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe durch den Gesetzgeber²² nahe legt, diese unter Einbeziehung des aktuellen und historischen ökonomischen Forschungsstandes zu definieren und anzuwenden. Es stellt sich die Frage, ob mit wirtschaftswissenschaftlichen Begriffen auch deren wirtschaftswissenschaftliche Deutungsmuster in die rechtliche Analyse übernommen werden sollten. Angesichts einer in sich häufig zerstrittenen wirtschaftswissenschaftlichen Lehre hieße dies allerdings, dass der Jurist sich zum Gutachter über widerstreitende ökonomische Theorien aufwerfen müsse.²³ Bereits angesichts dieses Befundes verbleibt nur die Alternative einer eigenständigen rechtlichen Begriffsbildung, in deren Rahmen wirtschaftswissenschaftliche Kenntnisse lediglich, aber doch immerhin, als ein Element der Begriffsbestimmung herangezogen werden.²⁴

Allerdings reichen die Probleme der Verwendung wirtschaftswissenschaftlichen Wissens bei der Rechtsanwendung und -auslegung tiefer als die Unmöglichkeit, über die „richtige“ ökonomische Theorie zu befinden. Ein Theorientransfer wird vor allem durch die den ökonomischen Modellen möglicherweise zugrunde liegenden apokryphen normativen Annahmen erschwert, die durch das Recht nicht notwendigerweise geteilt werden. Solche unausgesprochenen Wertungen erschweren die Rationalitätskontrolle für den Juristen, wenn er von den Wirtschaftswissenschaften nur objektive Befunde und Gesetzmäßigkeiten erwartet, die normativen Zielvorstellungen auf dieser Grundlage dagegen selbst entwickeln will.²⁵ Der Zugriff auf ökonomische Wissensbestände wird darüber hinaus durch den anderen Verwendungszusammenhang erschwert, dem sie entstammen. Denn der wirtschaftswissenschaftliche Begriff will mit Hilfe typisierender Begriffsbestimmung ökonomische Zusammenhänge darstellen.²⁶ Er dient der Modellbildung mit dem Ziel der theoretischen Richtigkeit.²⁷ Außerhalb dieses Referenzrahmens – und angewendet auf den Einzelfall – kann er seinen Erkenntnisgehalt verändern oder ganz verlieren.

²¹ Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht, S. 85.

²² Beispiele bei Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe, S. 361 ff.

²³ Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe, S. 361; Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs, S. 213 f.

²⁴ Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe, S. 361.

²⁵ Raisch/K. Schmidt, Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, S. 158.

²⁶ Borrmann/Finsinger, Markt und Regulierung, S. 1; Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe, S. 368.

²⁷ Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs, S. 214 f.

Vor diesem Hintergrund herrscht im wirtschaftsrechtlichen Schrifttum weitgehende Einigkeit über die Eigenständigkeit der juristischen Begriffsbildung.²⁸ Das, was andernorts als Verwendungsfiter bezeichnet wurde, deckt sich weitgehend mit der Feststellung, dass juristische Begriffe ungeachtet ihres Ursprungs nach den Regeln der juristischen Methodik auszulegen und anzuwenden sind. Im Rahmen einer solchen Verwendung fremder Wissensbestände erfahren diese allerdings eine Transformation, die durch den normativen Zusammenhang und damit zuvorderst durch den Zweck der Norm bestimmt wird.²⁹ Er ist es, der letztlich über die Verwendungstauglichkeit „fremder“ Wissensbestände entscheidet. Damit ist aber lediglich die Verbindlichkeit ökonomischer Befunde in Frage gestellt, keinesfalls jedoch ihre generelle Verwendungstauglichkeit. Der Jurist, der Wirtschaftsrecht anzuwenden hat, kann an der ökonomischen Theorie mit ihren Erklärungen der wirtschaftlichen Phänomene, ihren Kategorisierungen und Systembildungen schwerlich vorbeigehen. Ihre Bedeutung muss aber vor allem darin liegen, wirtschaftliche Zusammenhänge klarzustellen und deren besseres Verständnis für Rechtssetzung und Rechtsanwendung zu ermöglichen.³⁰ Welche Folgerungen auf der Ebene der Rechtsanwendung aus ökonomischen Deutungsangeboten zu ziehen sind, bleibt ebenso eine originär juristische Entscheidung wie die Beurteilung der Frage, ob bestimmte ökonomische Befunde in einem gegebenen Normzusammenhang verwendungsfähig sind.

C. Rechtfertigung des Staatsmonopols

Die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen war in Deutschland – ebenso wie zunächst in anderen Nationen – über etwa einhundert Jahre dem Staat vorbehalten. Im Telekommunikationssektor war Wettbewerb durch das Staatsmonopol, das rechtlich durch § 1 FAG³¹ abgesichert war, weitgehend ausgeschlossen. Für die Begründung des Monopols ebenso wie für seine Verteidigung gegenüber Liberalisierungsbestrebungen wurden politische ebenso wie ökonomische Rechtfertigungen angeführt. Letztere stehen in der vorliegenden Betrachtung im Vordergrund. Denn während die politischen Argumente für den Ausschluss

²⁸ Immenga/Mestmäcker-Immenga, Einl. Rdnr. 67; Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 235.

²⁹ Vgl. Rinck, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe, S. 367; ähnlich Immenga/Mestmäcker-Immenga, Einl. Rdnr. 67.

³⁰ Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs, S. 215.

³¹ Gesetz über Fernmeldeanlagen in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 1989 (BGBl. I S. 1455).

des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor weitgehend überwunden sind, hält die Diskussion um die ökonomischen Charakteristika der Telekommunikationsmärkte und deren Folgen für eine mögliche Rolle des Staates weiter an. Dabei bleibt auch die wirtschaftstheoretische Rechtfertigung des Telekommunikationsmonopols und deren allmähliche Erosion für die Diskussion um die zukünftige Regulierung folgenreich.

I. Die ökonomische Perspektive

1. Die wohlfahrtsökonomische Grundlegung staatlicher Einflussnahme auf die Wirtschaft

Ausgangspunkt der klassischen ökonomischen Betrachtung ist die Knappheit der Ressourcen, die den Wirtschaftssubjekten zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse zur Verfügung stehen. Dieser beschränkten Verfügbarkeit von Ressourcen versuchen sie durch Erhöhung der Produktivität, also der Verbesserung des Verhältnisses von Mitteleinsatz zu Produktionsergebnis, zu begegnen. Eine solche Produktivitätssteigerung ist nur durch ein arbeitsteiliges Wirtschaften zu erreichen. Dabei ergibt sich zwangsläufig das Bedürfnis einer Koordination der Wirtschaftssubjekte. Es entstehen gegenseitige Abhängigkeiten, weil kaum ein Mitglied der Gesellschaft noch etwas von den Gütern produziert, die es selbst nachfragt. Eine solche arbeitsteilige Wirtschaft wirft eine Reihe von Ordnungs-, Allokations- und Verteilungsfragen auf, in deren Mittelpunkt die ökonomische Grundfrage steht, welche Güter mit den knappen Ressourcen in welcher Menge hergestellt werden soll, von wem, wo, wann, wie und für wen.³² Die Wohlfahrtsökonomik versucht Antworten auf diese Fragen zu geben und so „Lösungsbedingungen für das Knappheitsproblem bei arbeitsteiliger Produktion“ bereitzustellen.³³ Zielvorstellung ist dabei die Herstellung eines sozialökonomischen Optimums, das bei bestmöglicher Allokation der knappen Ressourcen erreicht ist.³⁴

a) Vollständige Konkurrenz als Referenzsystem der paretianischen Wohlfahrtsökonomik

Als Maßstab für die Effizienz der Ressourcenallokation dient dabei das sog. Pareto-Kriterium. Danach ist eine bestimmte Ressourcenverteilung dann optimal, wenn kein Individuum besser

³² Duff, *Economics of Governments*, S. 3.

³³ Streit, *Theorie der Wirtschaftspolitik*, S. 3.

³⁴ P. Müller, *Telekommunikation*, S. 36 f.

gestellt werden kann, ohne die Nutzenposition eines anderen Individuums zu verschlechtern.³⁵ Ein solcher Zustand wird als pareto-optimal bezeichnet. Es handelt sich dann um die effizienteste Ressourcenallokation, die ausgehend von einer gegebenen Verteilung erreicht werden kann. Denn anhand des Pareto-Kriteriums kann keine Aussage über die Qualität der Allokation von Ressourcen zu bestimmten Individuen oder gar der gesellschaftlichen Erwünschtheit einer bestimmten Verteilung getroffen werden. Ein interpersoneller Nutzensvergleich wird als unmöglich angenommen. Eine Veränderung der gegebenen Verteilung wird also (nur) dann akzeptiert, wenn das Nutzenniveau jedes Individuums zumindest erhalten bleibt.³⁶ Umverteilungsmaßnahmen als Mittel zur Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt scheiden damit aus.³⁷

Entscheidend für die Rolle des Staates innerhalb dieses Modells ist der Mechanismus, durch den eine solche Ressourcenallokation erreicht wird: Grundannahme des neoklassischen Modells ist es, dass die Marktakteure immer danach streben, ihren eigenen Nutzen zu vermehren. Dabei handeln sie rational, sie richten also jede Entscheidung am Ziel der Gewinnmaximierung aus. Die frei handelnden Marktteilnehmer werden auf dem Markt nur solche Austauschbeziehungen eingehen, die ihnen nutzensteigernd erscheinen.³⁸ Durch eine Reihe solcher Austauschbeziehungen wird sich von alleine ein Zustand einstellen, in dem niemand mehr seinen persönlichen Nutzen steigern kann, ohne einem anderen zu schaden. Das Ergebnis des Strebens nach Nutzenmaximierung wird also ein pareto-optimaler Zustand sein. Auf diese Weise werden private mit gesamtgesellschaftlichen Zielen in Übereinstimmung gebracht. Die „unsichtbare Hand“ des Marktes führt zu einer optimalen Ressourcenallokation und damit zu einer Maximierung der allgemeinen Wohlfahrt.³⁹ Das Wirtschaftsergebnis lässt sich durch einen staatlichen Eingriff nicht verbessern – eine regulative Interferenz kann den auf einen Zustand der wohlfahrtsökonomisch erwünschten optimalen Verteilung zustrebenden Marktprozess nur stören.

Staatliche Regulierung kann unter diesen Bedingungen allenfalls unter verteilungspolitischen Gesichtspunkten begründet werden. Sie dient dann dazu, eine als ungerecht beurteilte

³⁵ *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 25 f.; *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 3, 16.

³⁶ *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 26.

³⁷ *Bergeijk/Haffner*, Privatization, S. 44 f.; *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, aaO., die daraus das liberale Vorurteil ableiten: Sofern keine begründeten Gegenargumente vorliegen, erhöht individuell eigennütziges Handeln die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt.

³⁸ *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 26.

Einkommensverteilung zu korrigieren.⁴⁰ Wohlfahrtsökonomische Kriterien können hier keine Aussagen treffen, da sie von einer gegebenen Ressourcenverteilung ausgehen und für alternative (Um-)Verteilungen keine Bewertungsmaßstäbe bereitstellen können. Daher muss Verteilung als eine separate Aufgabe neben der Effizienz gemessen werden.⁴¹ Dabei liefert die ökonomische Theorie allerdings keine ähnlich konsentierten Grundsätze wie für die Effizienz. Verteilungspolitische Fragen stellen sich im Telekommunikationssektor insbesondere im Bereich des Universaldienstes; sie werden im vorliegenden Zusammenhang nicht behandelt.

b) Das Konzept des Marktversagens und die normative Theorie der Regulierung

Damit der Markt seine Koordinationsfunktion im Sinne einer optimalen Ressourcenallokation erfüllen kann, muss er allerdings bestimmte Merkmale aufweisen. Für die Wohlfahrtsökonomik sind diese im Modell der vollständigen Konkurrenz erfasst. Dieses Referenzmodell der Wohlfahrtsökonomik, das trotz vielfältiger Weiterentwicklungen und Debatten um den „richtigen“ Wettbewerbsbegriff bis heute wohl als Standard-Modell der ökonomischen Theorie gelten kann,⁴² formuliert eine Reihe von restriktiven Annahmen. Dazu gehören:

- eine gegebene Ressourcenausstattung,
- eine konstante Produktionstechnik (keine Verfahrensinnovationen) und konstante Produktpalette (keine Produktinnovationen),
- gegebene und konstante Präferenzen der Konsumenten,
- die formale Freiheit der Wahl zwischen Alternativen (Produktionsfreiheit, Investitionsfreiheit, Freiheit der Berufswahl, freie Konsumwahl),
- die Homogenität der Güter (keine sachlichen, persönlichen oder räumlichen Präferenzen),
- eine atomistische Marktstruktur (sehr viele kleine Anbieter und Nachfrager mit jeweils geringem Marktanteil),
- vollständige Markttransparenz (vollständige und kostenlose Information sämtlicher Marktakteure über Gutseigenschaften und Preise),

³⁹ Dazu *Train*, *Optimal Regulation*, S. 1; *Baumol*, *Welfare Economics*, S. 55; *P. Müller*, *Telekommunikation*, S. 38; *Bergeijk/Haffner*, *Privatization*, S. 44 f.

⁴⁰ *Knieps*, *Regulierung und Entregulierung*, S. 39.

⁴¹ *J. Müller/Vogelsang*, *Staatliche Regulierung*, S. 34.

⁴² So ausdrücklich *Fritsch/Wein/Ewers*, *Marktversagen*, S. 26 a.E.; ähnlich *Finsinger*, *Wettbewerb und Regulierung*, S. 2, und *Borrmann/Finsinger*, *Markt und Regulierung*, S. 1: „wegen seiner Einfachheit und gedanklichen Klarheit wohl bedeutendste Modellgebäude der Wirtschaftswissenschaften“.

- die unbegrenzte Mobilität sämtlicher Produktionsfaktoren und Güter; insbesondere freier Marktein- und -austritt,
- die unbegrenzte Teilbarkeit sämtlicher Produktionsfaktoren und Güter (insbesondere keine Marktzutritts- und -austrittskosten),
- unendliche Reaktionsgeschwindigkeit (kein Zeitbedarf für Anpassungsprozesse),
- keine unfreiwilligen Austauschbeziehungen (Abwesenheit technologischer externer Effekte).⁴³

Sind diese Voraussetzungen gegeben, wird sich im neoklassischen Modell ein pareto-effizienter Gleichgewichtszustand einstellen. Werden dagegen zentrale Annahmen des Modells der vollständigen Konkurrenz verletzt, so kann es zu einem Marktversagen kommen. Der Koordinationsmechanismus des Marktes kann seine Aufgabe nicht mehr erfüllen, die „unsichtbare Hand“ des Wettbewerbs führt nicht zu einer wohlfahrtsökonomisch optimalen Allokation.⁴⁴ Muss der Markt hier aus strukturellen Gründen versagen, so kann wohlfahrtsökonomisch ein staatliches Eingreifen gerechtfertigt sein.⁴⁵ Nur in diesem Fall ist es grundsätzlich möglich, dass durch eine Intervention des Staates die Ressourcenallokation verbessert und die allgemeine Wohlfahrt gesteigert wird.⁴⁶ Das „Marktversagen“ wird in der ökonomischen Theorie so zum Rechtfertigungsgrund für staatliche Intervention.

aa) Marktversagen und natürliches Monopol

Dabei unterscheidet die ökonomische Literatur eine Reihe von Fallgruppen des Marktversagens. Die für den Telekommunikationsbereich traditionell bedeutsamste Variante ist das Konzept des natürlichen Monopols. Ein solches liegt dann vor, wenn ein einzelner Anbieter den Markt kostengünstiger bedienen kann als eine Mehrzahl von Anbietern.⁴⁷ Wettbewerb auf solchen Märkten ist strukturell nicht möglich. Voraussetzung für das Bestehen eines natürlichen Monopols ist eine sog. subadditive Kostenfunktion.⁴⁸ Diese liegt vor, wenn die durchschnittlichen Kosten für die Produktion eines Gutes je Einheit mit

⁴³ Aufzählung nach *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 28, Übersicht 2.1.; ähnlich *Finsinger*, Wettbewerb und Regulierung, S. 2 und *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 1 f.

⁴⁴ Insgesamt kritisch dazu *Stiglitz*, The Roaring Nineties, S. 13: „one of the reasons that the invisible hand may be invisible is that it simply is not there“.

⁴⁵ *Knieps*, Regulierung und Entregulierung, S. 39; *Finsinger*, Wettbewerb und Regulierung, S. 142 f.

⁴⁶ *Duff*, Economics of Governments, S. 15; *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 6.

⁴⁷ *Knieps*, Regulierung und Entregulierung, S. 41; *Krakowski*, Grundlagen der Regulierung, S. 27.

⁴⁸ Vgl. *Antonelli*, Networks versus natural monopoly, S. 113 f.; *Train*, Optimal Regulation, S. 11 f.; *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 25 ff., 77; *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 122 f.;

zunehmender Produktion oder Leistung kontinuierlich sinken.⁴⁹ Ursache hierfür können Größen- und/oder – im Mehrproduktefall, wenn etwa ein Netzbetreiber auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette tätig wird – Verbundvorteile (Economies of scale bzw. Economies of Scope) sein.⁵⁰

Größenvorteile können zu kontinuierlich abnehmenden Durchschnittskosten insbesondere dann führen, wenn hohe Fixkosten existieren, die sich mit zunehmendem Auslastungsgrad auf eine größere Output-Menge verteilen.⁵¹ Eine solche Fixkosten-Degression ist auch im Bereich der Telekommunikations-Festnetze zu beobachten: Ist ein Telekommunikationsnetz erst einmal eingerichtet, können neue Teilnehmer mit geringen Anschlusskosten in das Netz eintreten. Der Anteil der einzelnen Anschlüsse an den Kosten für die ursprüngliche Netzeinrichtung wird mit zunehmender Anschlusszahl kleiner.⁵² Solange die Netzkapazität nicht ausgeschöpft ist, würde die Bereitstellung einer alternativen Infrastruktur eine volkswirtschaftlich unerwünschte Kostenduplikation darstellen.⁵³ Damit ist zugleich auf den Zusammenhang von Größenvorteilen und Nachfrageentwicklung hingewiesen:⁵⁴ Steigt die Nachfrage in einem Maße an, das erhebliche zusätzliche Investitionen erforderlich macht – etwa, weil die Nachfrage die vorhandenen Netzkapazitäten übersteigt –, so steigen die langfristigen Stückkosten wieder an; das natürliche Monopol kann obsolet werden.

Verbundvorteile (Economies of Scope) entstehen bei der Produktion oder Bereitstellung verschiedener Güter oder Dienstleistungen durch die Nutzung gemeinsamer, bei nur einem Gut unterausgelasteter, Kapazitäten.⁵⁵ Sie führen dazu, dass ein einzelner Anbieter die Nachfrage nach zwei unterschiedlichen Gütern zusammen kostengünstiger befriedigen kann als getrennte Unternehmen, die jeweils nur in einem Marktsegment tätig sind.⁵⁶ Verbundvorteile wurden im Telekommunikationsbereich sowohl für die integrierte

⁴⁹ *Busch*, Regulierung, S. 6 f.; *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 25 ff.; *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 45 f.; *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 122.

⁵⁰ *Kruse*, Ordnungstheoretische Grundlagen 1989, S. 13; *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 185 ff.

⁵¹ *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 181 f.; *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 45.

⁵² *Busch*, Regulierung, S. 7.

⁵³ *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 25; *Fuest*, Privatisierungstrend, S. 9 f..

⁵⁴ Dazu *Busch*, Regulierung, S. 7; *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 27 ff.; *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 184 f.; *Knieps*, Regulierung und Entregulierung, S. 44; *Fuest*, Privatisierungstrend, S. 10.

⁵⁵ *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 27.

⁵⁶ *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 113; vgl. zu diesem Mehrproduktefall *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 185.

Bereitstellung von Infrastruktur und Dienstleistungen als auch für die ausschließliche Bereitstellung von Telekommunikationsendgeräten durch den staatlichen Monopolanbieter geltend gemacht.⁵⁷

bb) Die Regulierung des natürlichen Monopols

Im Konzept der normativen Theorie der Regulierung legitimiert ein natürliches Monopol einen staatlichen Eingriff unter zwei verschiedenen Aspekten: Die Regulierung dient zum einen der *Kontrolle* und zum anderen dem *Schutz* des staatlichen Monopolisten.⁵⁸

Das Erfordernis der Kontrolle des Monopolisten erscheint offensichtlich: Die durch das Monopol erlangte Marktmacht muss diszipliniert werden. Denn geschützt vor Wettbewerb besteht die Gefahr, dass der Monopolist seine Leistungen nur zu überhöhten Preisen anbietet. Die zur Gewinnmaximierung gesetzten Preise sind höher und die produzierten Mengen geringer als die allokativ effizienten Preise und Mengen.⁵⁹ Zum Schutz der Konsumenten wird im Rahmen der normativen Theorie daher eine Regulierung des Monopolanbieters erforderlich. Die Regulierungseingriffe können dabei auf unterschiedlichen Ebenen wie Marktzugang, Produktqualität, Lieferkonditionen und Kontrahierungszwang ansetzen. Immer dienen sie dazu, die Marktmacht des Monopolisten zu begrenzen.⁶⁰

Weniger offensichtlich ist, warum einem Monopolisten auf einem Markt, auf dem ein funktionsfähiger Wettbewerb strukturell ohnehin nicht möglich sein soll, zusätzlich regulativer Schutz gewährt, das natürliche Monopol also durch ein Legalmonopol abgesichert wird. Aus ökonomischer Sicht rechtfertigt es die Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs, den Markteintritt eines Konkurrenten des Monopolisten zu verbieten.⁶¹ Die Gefahr des ruinösen Wettbewerbs ergibt sich aus den Kostenverläufen im Falle des natürlichen Monopols: Bei einer im Bereich der relevanten Nachfrage ständig sinkenden Kostenkurve erfordert die Erstellung einer zusätzlichen Einheit des Gutes weniger Aufwand als für die bereits erstellte

⁵⁷ Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 9, S. 94; *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 27.

⁵⁸ *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 83. Zu den ordnungspolitischen Fragestellungen der Monopolregulierung im Telekommunikationssektor auch *Möschel*, Monopole, S. 398 ff.

⁵⁹ *Kruse*, Ordnungstheoretische Grundlagen 1989, S. 14; *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 47; *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 186 f.

⁶⁰ *J. Müller/Vogelsang*, Staatliche Regulierung, S. 37, 45 f.; *Knieps*, Regulierung und Entregulierung, S. 42; *Busch*, Regulierung, S. 9.

⁶¹ Dazu *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 209 ff; *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 45 f.

Menge pro Stück anfiel.⁶² Die Grenzkosten – also die jeweiligen Kosten für die Herstellung einer weiteren Einheit des Gutes – liegen damit unter den Durchschnittskosten. Durch Wettbewerb wird sich der Preis den Grenzkosten annähern. Diese im Normalfall zu einer effizienten Allokation führende Funktion versagt bei Vorliegen eines natürlichen Monopols, da das Angebot zu Grenzkostenpreisen ein Defizit für die Produzenten bedeutet. Der Wettbewerb ist für die Anbieter ruinös. Da letztlich doch nur ein Unternehmen überleben kann,⁶³ sollte der Staat zur Verhinderung von Ressourcenverschwendung diesen sinnlosen Wettbewerb durch eine regulative Beschränkung des Marktzutritts verhindern. Aus dem ökonomischen (natürlichen) Monopol wird so ein Legalmonopol.

c) Die positive Theorie der Regulierung

Die Vertreter des normativen Konzepts des neoklassischen Regulierungseingriffs schlossen vom Versagen der „unsichtbaren Hand“ des Marktes ohne weiteres auf eine bessere Eignung der „sichtbaren Hand“ der Regulierung. Eine Vielzahl von ökonometrischen Studien ließ aber Zweifel an der Eignung staatlicher Regulierung zur Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt im Sinne des Pareto-Kriteriums aufkommen.⁶⁴ Die vorgebrachte Kritik setzte auf zwei Ebenen an: Angezweifelt wurde sowohl die Effizienz des staatlichen Eingriffs zur Kompensation des Marktversagens als auch die Motivation der regulierenden Instanz, die in Wirklichkeit nicht dem Gemeinwohl, sondern ihren eigenen Partikularinteressen verpflichtet sei.⁶⁵ Aus dieser festgestellten Diskrepanz zwischen Theorie und Praxis der Regulierung entwickelten sich eine Reihe von Ansätzen zur Erklärung der tatsächlichen Motivation der Regulierung und der regulierenden Behörden.⁶⁶ Grundlegend für die Ansätze der positiven Theorie wurde die These von *Stigler*⁶⁷ und *Peltzmann*⁶⁸, nach der Regulierung dort entsteht, wo relativ gut organisierte Minderheiten den Staat veranlassen können, durch einen

⁶² *Fritsch/Wein/Ewers*, Marktversagen, S. 185 ff; 209; *Finsinger*, Wettbewerb und Regulierung, S. 79 ff.

⁶³ Vgl. *P. Müller*, Telekommunikation, S. 42 ff, 44.

⁶⁴ *J. Müller/Vogelsang*, Staatliche Regulierung, S. 101.

⁶⁵ *Klodt* begründet die Gefahr einer Verfestigung der Regulierung etwa damit, dass mehrere tausend Arbeitsplätze bei der nationalen Regulierungsbehörde vom Fortbestand der Regulierung abhängig seien und es wenige Vorbilder dafür gebe, dass sich eine große Behörde durch ihr eigenes Handeln jemals selbst überflüssig gemacht hätte (Transitorische Regulierung, S. 3).

⁶⁶ Übersicht über die verschiedenen Ansätze bei *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, S. 195 ff.

⁶⁷ *Stigler*, *Bell Journal of Economics*, Vol. 2 [1971], S. 3 ff.

⁶⁸ *Peltzmann*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 19 [1976], S. 211 ff.

Regulierungseingriff Einkommen von der Mehrheit zu ihren Gunsten umzuverteilen.⁶⁹ Regulierung werde also nachgefragt; es entstehe ein Markt für Regulierung.⁷⁰

Das Verdienst der positiven Theorie der Regulierung ist es, das Augenmerk auf die spezifischen Interessen einzelner Gruppen an einer Regulierung oder Deregulierung gelenkt zu haben.⁷¹ Sie scheint allerdings nicht im Stande, Kriterien zu liefern, nach denen beurteilt werden könnte, inwieweit politische Entscheidungen Ergebnisse eines vernünftigen Interessenausgleichs oder einer Einflussnahme bestimmter Interessengruppen sind. Ebenso wenig ist sie in der Lage zu erklären, warum eine bestimmte Branche reguliert wird, eine andere dagegen nicht.⁷² Während die positive Theorie der Regulierung also Erklärungsansätze für das tatsächliche Verhalten von Regulierungsbehörden bietet, lassen sich aus ihr keine qualitativen Aussagen über Art und Motivation von Regulierungsmaßnahmen ableiten.⁷³ Sie ist damit im Zusammenhang der vorliegenden Arbeit nur begrenzt weiterführend. Ihr Erkenntnisgehalt beschränkt sich auf das Aufzeigen der Schwierigkeiten, denen der Versuch gezielter staatlicher Einflussnahme in der Form der Wirtschaftsregulierung gegenübersteht.

II. Politische und gesellschaftliche Faktoren

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die ökonomische Rechtfertigung der Staatsmonopole, um ihr die veränderten ökonomischen Bedingungen in einer liberalisierten und damit hoch differenzierten Wirtschaftsstruktur und deren Auswirkungen für die Anforderungen an die Regulierung des Telekommunikationssektors gegenüberzustellen. Dieser Blickwinkel darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die ökonomischen Besonderheiten des Telekommunikationssektors nur *einen* der zur Rechtfertigung der Beschränkung der privaten Tätigkeit in diesem Wirtschaftssektor herangezogenen Faktoren darstellten. Daneben treten eine Reihe anderer Einflussfaktoren, die im Folgenden allerdings nur angedeutet werden können. Zu ihnen gehört etwa die Anerkennung der besonderen staatspolitischen und militärischen Bedeutung der Kommunikationsinfrastruktur, die bereits auf die Zeit des Taxis'schen Postwesens zurückgeht. Die Existenz eines leistungsfähigen Kommunikationssystems war ein Instrument zur Herrschaftssicherung und für das

⁶⁹ *Knieps*, Regulierung und Entregulierung, S. 56.

⁷⁰ *Stigler*, *The Citizen and the State*, S. XI.

⁷¹ *Knieps*, Regulierung und Entregulierung, S. 57.

⁷² *Posner*, *Bell Journal of Economics and Management Science* 1974, S. 335 ff., 347; *Knieps*, *Theorie der Regulierung und Entregulierung*, S. 55 f.

Funktionieren eines wachsenden, territorial ausdifferenzierten Verwaltungsapparates unverzichtbar.⁷⁴ Mit dieser grundsätzlichen Bedeutung verbunden war die Vorstellung, entsprechende Kommunikationsmittel seien ihrer Natur nach nur für Staaten bestimmt und dürften nicht in andere Hände geraten.⁷⁵ Neben solche strategischen Erwägungen der inneren und äußeren Sicherheit traten zunehmend verteilungspolitische Zielsetzungen wie die der Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung mit Infrastrukturleistungen zu einheitlichen und sozialverträglichen Preisen.⁷⁶ Eine wesentliche Rolle spielten daneben wirtschaftspolitische Erwägungen der Konjunktur- und Beschäftigungspolitik, der Regionalpolitik, sowie der Forschungs- und Technologiepolitik.⁷⁷

III. Eine Theorie der Deregulierung?

Während die normative Theorie der Regulierung beschreibt, wann der Staat – aus ökonomischer Sicht – regelnd eingreifen sollte, liefert die positive Theorie der Regulierung Erklärungsmuster für das tatsächliche Entstehen von Regulierung und deren Defizite. Vor diesem Hintergrund ließe sich fragen, ob auch die ökonomischen Umstände und legislatorischen Motivationen, die Anlass zum Abbau bestehender Regulierung geben, einer theoretischen Beschreibung zugänglich sind. Der regulierungskritische Ansatz der positiven Theorie kann dies nicht leisten. Zwar setzt er die wohlfahrtsökonomischen Rechtfertigungsgründe für staatliche Eingriffe unter Druck, indem er auf die tatsächlichen Defizite des staatlichen Eingriffes zum Ausgleich von Marktversagen hinweist. Er kann aber darüber hinaus keine Kriterien bereitstellen, die im konkreten Fall eine Delegitimation der bestehenden Regulierung begründen können.

Aus Sicht der normativen Theorie hingegen ist ein eigenständiger Erklärungsansatz für Maßnahmen der Deregulierung entbehrlich: Da der Markt grundsätzlich als das überlegene Instrument der Koordination von Güterbereitstellung und Allokation angesehen wird, können staatliche Interferenzen nur ausnahmsweise bei Vorliegen der umschriebenen Regulierungsgründe in Form des Marktversagens in Kauf genommen werden. Entfallen diese,

⁷³ Graack, Telekommunikationswirtschaft, S. 92.

⁷⁴ Dazu Noam, Telecommunications in Europe, S. 8 ff.; Eifert, Grundversorgung, S. 31 ff.

⁷⁵ Vgl. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 271 f.

⁷⁶ Zum Gemeinwohlbezug des Post- und Fernmeldemonopols, auch aus historischer Perspektive, ausführlich Eifert, Grundversorgung, S. 31 ff.

⁷⁷ Vgl. Graack, Telekommunikationswirtschaft, passim.

so ist auch dem auf ihnen aufbauenden regulatorischen Eingriff die Legitimationsgrundlage entzogen; die Regulierung sollte aufgehoben werden.⁷⁸

D. Innovationsinduzierter Veränderungsdruck

I. Faktoren der De-Legitimation des Staatsmonopols

Welche Umstände haben also die Desintegration des Staatsmonopols beschleunigt und schließlich zu seiner Ablösung durch die Leistungserbringung im Rahmen einer Wettbewerbsordnung geführt? Die Faktoren sind vielfältig und können hier nicht im Einzelnen beschrieben werden. Für das Verständnis der Hintergründe der gegenwärtigen Regulierung und damit die weitere Konturierung auch der zukünftigen Regulierungsaufgabe ist es ausreichend, auf die wesentlichen Entwicklungen hinzuweisen, die einen Liberalisierungsdruck erzeugten, der schließlich in den Initiativen für eine legislatorische Marktöffnung auf politischer Ebene mündete.

Über Jahrzehnte hinweg blieb das sozio-technische Funktionssystem Telekommunikation in der Bundesrepublik weitgehend stabil.⁷⁹ Durch das Fernmeldemonopol vor Wettbewerb geschützt, konnte die DBP auf der Grundlage einer technisch relativ scharf konturierten Zuständigkeit ihrer Infrastrukturaufgabe nachkommen. Mit dem Fernmeldewesen trug sie die Verantwortung für die elektronische Nachrichtenübermittlung. Sie baute zunächst das technische Großsystem eines hierarchisch gegliederten und zentral geplanten Telekommunikationsnetzes auf. Technische Evolution vollzog sich innerhalb dieses Rahmens. Auch von politischer Seite sah sich die Fernmeldeverwaltung keines Veränderungsdrucks ausgesetzt. Es waren vor allem die um die DBP herum gruppierten Akteursnetzwerke, die das Fernmeldewesen gegen politische Turbulenzen abschirmten. Postverwaltung und Gerätehersteller standen in einer engen Beziehung, die in Deutschland

⁷⁸ Vgl. *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 96; *Kühling*, Netzwirtschaften S. 35; *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 6: „in der marktwirtschaftlichen Ordnung stellt die sektorspezifische Regulierung eine zu begründende Ausnahme dar“.

⁷⁹ *Werle*, Telekommunikation in der Bundesrepublik, S. 19 ff.; *Beck*, Telefongeschichte als Sozialgeschichte, S. 52 ff.; zur soziologischen Perspektive der Telekommunikationsnutzung vgl. etwa die Beiträge in *Lange/Beck/Zerdieck*, Telefon und Gesellschaft und *Garbe/Lange*, Technikfolgenabschätzung in der Telekommunikation.

durch ein hohes Maß an Informalität und Intransparenz geprägt war.⁸⁰ Die Handlungsorientierung der Akteure wurde durch eine vorwiegend technische Rationalität bestimmt; es dominierte zentralistisches Planungsdenken.⁸¹

Der bestimmende Faktor, der zur Überforderung der DBP und letztlich zur Desintegration des Systems führte, war die sich seit Anfang der achtziger Jahre immer weiter beschleunigende Innovationsrate im Bereich der Informationstechnik. Zu den für den Telekommunikationssektor wesentlichen Innovationen gehörten insbesondere Fortschritte im Bereich der Mikroprozessortechnik, der Übertragungstechnologien und der Softwareentwicklung.⁸² Sie ermöglichten die fortschreitende Digitalisierung von Netzen und Vermittlungszentralen.⁸³ Die Digitalisierung schaffte die Grundlage für einen Prozess, der für absehbare Zeit ein beherrschendes Motiv in der fernmelde- wie medienpolitischen Diskussion sein sollte: Der Begriff der Konvergenz betrat die politische Bühne. Während heute vor allem die Konvergenz verschiedener Medien mit je unterschiedlichen regulatorischen Rahmenbedingungen im Mittelpunkt des Interesses steht,⁸⁴ war für die Entwicklung des Fernmeldewesens das Zusammenwachsen von Nachrichtentechnik und Datenverarbeitung die entscheidende Herausforderung.⁸⁵ Denn durch die immer weniger trennscharf mögliche Unterscheidung von Fernmeldenetz und Rechnerleistung wurde die Aufgabenstellung der Telekommunikation erheblich erweitert. Neben die reine Übertragung trat die Verarbeitung

⁸⁰ *Lehmbruch*, Telekommunikation: Ein Politikfeld im Wandel, S. 11. Diese Situation war international keineswegs einzigartig, vielmehr bildeten sich in den westlichen Industrienationen überwiegend ähnliche Konstellationen, in denen der Monopolist das Netz betrieb und weitgehend exklusiv mit einer geringen Anzahl von Unternehmen zusammenarbeitete, die die entsprechenden Geräte und Systeme herstellten, Vgl. *Mansell*, New Telecommunications, S. 15 f.

⁸¹ Vgl. *Eifert*, Grundversorgung, S. 121 ff.

⁸² Vgl. *Wagener*, Die Neuordnung der Telekommunikation, S. 70 f.; *Boehringer/G. Vogelsang*, Telekommunikation – eine Branche im Wandel, S. 16 ff.; *Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 31 m.w.N.

⁸³ Vgl. dazu *Mansell*, New Telecommunications, S. 16 ff. sowie aus Sicht der Medienregulierung *Ladeur*, CR 1996, 614, 615.

⁸⁴ Siehe aus der gegenwärtigen Diskussion insbesondere *Europäische Kommission*, Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen, KOM (97) 623, sowie aus der wissenschaftlichen Diskussion *Ladeur*, RTkom 1999, 68 ff.; *Hoffmann-Riem/Schulz/Held*, Konvergenz und Regulierung; *Holznapel*, NJW 2002, 2351 ff.; *ders.* Beilage MMR 9/1998, 12 ff.; *Hoffmann-Riem/Vesting*, Ende der Massenkommunikation?, S. 11 ff.; *Trute*, Informationsrecht, S. 328 ff.; *Stögmüller*, CR 1998, 733 ff.; *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikationsmärkte, S. 5 ff.; *Department of Trade and Industry*, Regulating Communications, S. 7 ff.

⁸⁵ Vgl. *Wagener*, Die Neuordnung der Telekommunikation, S. 71; *Larouche*, Competition Law and Regulation, S. 334; *Noam*, Interconnecting the Network of Networks, S. 7; *Van Miert*, WuW 1988, 7, 9.

von Daten.⁸⁶ Dies führte zu einer Diversifikation des Angebots mit einer Vielzahl neuer, leistungsfähiger Kommunikationsformen.⁸⁷ Die Optionenvielfalt beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen hatte sich erhöht. Zugleich wurde die Erstellung dieser Leistung in einem administrativ planbaren System erheblich erschwert.⁸⁸ Nicht nur die Bereitstellung der von den Konsumenten gewünschten, auch die Auswahl der technologisch ebenso wie ökonomisch erfolgreichen Optionen überforderte das monopolistische System.⁸⁹

Nun wurde zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass technologische Entwicklung allein nicht unvermittelt auf die Organisation eines Politikfeldes durchschlägt und zu einer Umstrukturierung anhand neuer Bedürfnisse führt.⁹⁰ Aber die Konvergenz führte neue Akteure in den bisher abgeschlossenen Bereich des Fernmeldewesens ein, die – ausgestattet mit wirtschaftlicher und politischer Durchsetzungsfähigkeit – gleichsam zu institutionellen Sachwaltern der technologischen Veränderungen wurden.⁹¹ Auf der Produzentenseite gehörten zu diesen Gruppen die Vertreter der Informationstechnologieindustrie. Ihr Einfluss machte sich vor allem deswegen bemerkbar, weil der Zugang von Akteuren aus kommerziellen Umwelten mit schwächerer Regulierung der Telekommunikation ihre Exklusivität nahm und damit die traditionelle Autonomie des Sektors und die privilegierte Stellung seiner Akteure untergrub.⁹² Auf Nachfrageseite begannen vor allem die geschäftlichen Nutzer der Informations- und Kommunikationstechnik Einfluss zu nehmen. Beide Gruppen hatten gleichermaßen ein Interesse an leistungsfähigen Telekommunikationsnetzen und günstigen Netznutzungsgebühren,⁹³ da die Anwendungsmöglichkeiten und damit die Marktaussichten der von ihnen angebotenen Dienste und Geräte maßgeblich von den ordnungspolitischen Rahmenbedingungen im

⁸⁶ *Regierungskommission Fernmeldewesen*, Neuordnung der Telekommunikation, S. 22; *Stehmann*, Network Competition, S. 145.

⁸⁷ *Jäger*, Postreform, S. 44. Zum Anstieg der Nachfrage gewerblicher Nutzer nach entsprechenden Mehrwertdiensten siehe *Stoetzer*, Business demand, S. 13 ff.

⁸⁸ Dazu *Noam*, System of Systems, S. 52.

⁸⁹ Vgl. *Wagner*, Die Neuordnung der Telekommunikation, S. 73; sowie das Beispiel der Einführung des analogen Vermittlungssystems EWS, dazu *Werle*, Telekommunikation in der Bundesrepublik, S. 249 ff.

⁹⁰ *Lehmbruch*, Telekommunikation: Ein Politikfeld im Wandel, S. 11.

⁹¹ Vgl. ausführlich zur Bedeutung privater Akteure und Interessen für das Voranschreiten des Liberalisierungsprozesses *Sarkar*, Akteure, S. 31 ff., 202 ff. und passim.

⁹² *Dyson*, Die Entwicklung der Telekommunikationspolitik in Westeuropa, S. 43; ähnlich *Mansell*, New Telecommunications, S. 15 ff.

⁹³ Zu den gestiegenen Anforderungen der Nachfrager als Triebfeder des Strukturwandels vgl. *Stehmann*, Network Competition, S. 147 f.; *Boehringer/Vogelsang*, Telekommunikation – eine Branche im Wandel, S. 22 f.; zur Nachfrageentwicklung bei Mehrwertdiensten *Stoetzer*, Business demand, S. 13 ff.

Telekommunikationssektor beeinflusst wurden.⁹⁴ Erst durch den Eintritt dieser Gruppen in die Diskussion um die richtige Fernmeldepolitik wurde eine kritische Masse an politischem Veränderungswillen erreicht, der schließlich tatsächliche Reformen durchsetzen konnte.⁹⁵

Zugleich begünstigten die technologischen Veränderungen die weitere Internationalisierung des Sektors.⁹⁶ Über Jahrzehnte waren die Telekommunikationsmärkte durch die nationalen Kartelle der Monopolisten und der mit ihnen verbundenen Gerätehersteller weitgehend gegen internationale Konkurrenz abgeschottet. Während die Konvergenzprozesse nun neue Märkte im Bereich der Mehrwertdienste und der Datenkommunikation eröffneten, stiegen zugleich die technischen Anforderungen an die Kommunikationssysteme. Die neuen Marktchancen erforderten deshalb eine erhebliche Erhöhung der Aufwendungen für Forschung und Entwicklung.⁹⁷ Diese Kosten waren auf den früher weitgehend abgeschlossenen Heimatmärkten aber kaum zu amortisieren. Um neue Märkte zu erschließen kam es daher vermehrt zu internationaler Kooperation, joint ventures und grenzüberschreitenden Fusionen.⁹⁸

Mit der Internationalisierung ist bereits einer der zahlreichen exogenen Faktoren angesprochen, die das nationale PTT-System unter Druck setzten. Denn während in der Bundesrepublik das staatliche Monopol bis zur ersten Postreform 1989 weitgehend unangetastet blieb, war die Liberalisierung des Sektors in anderen führenden Volkswirtschaften bereits wesentlich weiter fortgeschritten. Eine Vorreiterrolle spielten die Vereinigten Staaten von Amerika. Dort wurde das private Fernmeldemonopol mit der Zerschlagung von AT&T bereits 1982 für den Wettbewerb geöffnet.⁹⁹ Auch Japan und Großbritannien hatten bereits wesentliche Schritte zur Eröffnung von Wettbewerb im Telekommunikationssektor eingeleitet. Angesichts der innovationsfördernden Wirkungen

⁹⁴ *Jäger*, Postreform, S. 51; ausführlich auch *Sarkar*, Akteure S. 202 ff.

⁹⁵ *Sarkar*, Akteure, S. 210, spricht von einer „Anti-DTAG Koalition“.

⁹⁶ Die Wechselwirkungen von Globalisierung einerseits und Liberalisierung der Netzinfrastrukturen andererseits betont auch *van Miert*, WuW 1998, 7, 13 f.

⁹⁷ Nach *Jäger*, Postreform, S. 49, übersteigt der Entwicklungsaufwand für ein digitales Vermittlungssystem den für ein traditionelles analoges System um den Faktor 5 - 10, bei einer gleichzeitig um etwa die Hälfte herabgesetzten Lebensdauer.

⁹⁸ *Dyson*, Telekommunikationspolitik in Westeuropa, S. 43; *Berger*, Postreform II, ZögU, Beiheft 19, 1996, S. 36 ff., 38; *Jäger*, Postreform, S. 49; *Stehmann*, Network Competition, S. 148 f.

⁹⁹ Ausführlich zur Entwicklung des Telekommunikationssektors in den USA vgl. etwa *Sarkar*, Akteure, S. 38 ff.; *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 98 ff.; *Fuest*, Privatisierungstrend, S. 15 ff.; *Vogelsang*, Deregulierung und Infrastruktur, ZögU, Beiheft 19, 1996, S. 137 ff.; *Janisch*, Telecommunications Industry, S. 300 ff.

dieses Wettbewerbs zeichnete sich bald ab, dass die BRD in ihrer informationstechnologischen Entwicklung weiter ins Hintertreffen geraten würde, hielte sie am bestehenden System fest. Die Bedeutung der Informations- und Kommunikationstechnologien als Schlüsseltechnologien für die volkswirtschaftliche Entwicklung in der herausziehenden Informations- und Wissensgesellschaft wurde zum Leitmotiv der Liberalisierungsbefürworter.¹⁰⁰ Weiterhin waren aber erhebliche Widerstände derjenigen Interessengruppen zu überwinden, die über Jahrzehnte von den stabilen Akteursnetzwerken des PTT-Systems profitiert hatten. Dass diese Widerstände letztlich in bemerkenswert kurzer Zeit beseitigt werden konnten, war vor allem der aktiven Rolle eines neuen Akteurs im Bereich der Telekommunikation zu verdanken, der in den bisherigen Politiknetzwerken des Sektor keine prominente Rolle gespielt hatte, gleichwohl aber institutionell in der Lage war, Veränderungen durchzusetzen, und dabei nicht in der gleichen Weise wie nationale Akteure dem Einfluss bestimmter national organisierter Interessengruppen ausgesetzt war. Dieser Akteur war die Europäische Gemeinschaft, später die Europäische Union.¹⁰¹ Kommission und Ministerrat setzten sich auf Ebene der EG für eine Änderung des status quo in den Mitgliedsländern in Richtung Liberalisierung ein.¹⁰² Entsprechend den Zielen der europäischen Verträge verfolgte die EU dabei vor allem industriepolitische Interessen. Die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Gemeinschaft sollte gesteigert und die wirtschaftliche Entwicklung der Mitgliedsländer gefördert werden.¹⁰³

Mit der Einsicht in die wirtschaftspolitische Notwendigkeit einer Liberalisierung ging zugleich ein Zerfall der bisherigen ökonomischen Rechtfertigung der Marktmonopolisierung einher, der eine Umsetzung des Wunsches nach Marktöffnung auch politisch erleichterte. In den Auseinandersetzungen um eine Reform des Sektors kamen die alten Rechtfertigungsmuster des Staatsmonopols aus volkswirtschaftlicher Sicht immer mehr unter

¹⁰⁰ Darauf, dass das Recht nicht allein die von ihm vorgefundenen ökonomischen und technologischen Entwicklungen nachvollzieht, sondern ebenso durch Veränderungen des Ordnungsrahmens weitreichende technologische und ökonomische Entwicklungen angestoßen oder jedenfalls ermöglicht werden können, weist zu Recht *Trute*, Informationsrecht, S. 315 f. hin.

¹⁰¹ Noch im Jahr 1995 attestierte *Möschel* der Bundesrepublik Deutschland im Sektor Individualkommunikation ordnungspolitisch den „Stand eines Entwicklungslandes“ und behalf sich allein mit dem „Vertrauen auf die Durchsetzungskraft des europäischen Gemeinschaftsrechts“, vgl. *Monopole*, S. 408 f.

¹⁰² Vgl. *Trute*, Informationsrecht, S. 317 ff.; *Jäger*, Postreform, S. 71; *Stehmann*, Network Competition, S. 147 ff.; *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft, S. 145 ff.

¹⁰³ Siehe bereits Europäische Kommission, Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte, KOM (87) 290 endg.

Druck. Die Annahme eines umfassenden natürlichen Monopols im Telekommunikationssektor wurde bereits in den achtziger Jahren für den Bereich der Endgeräte widerlegt.¹⁰⁴ Aber auch im Bereich der Übertragungsinfrastruktur ließen technologische Innovation und Veränderungen in der Marktstruktur Zweifel an der Unangreifbarkeit des Monopols aufkommen. Der sich beschleunigende technische Fortschritt entwertete etwa die bestehenden technischen Anlagen und senkte so die durch versunkene Kosten begründeten Markteintrittsschwellen zunehmend ab.¹⁰⁵ Die Diversifikation der Telekommunikationsdienstleistungen eröffnete – etwa im Mobilfunksegment – völlig neue Märkte, deren wettbewerbliche Strukturierung allein regulative Markteintrittshindernisse verhinderten. Schließlich stellte eine exponentielle Zunahme der Nachfrage nach Telekommunikationsdienstleistungen auch die generelle Annahme einer subadditiven Kostenfunktion im Infrastrukturbereich in Frage. Denn die Erbringung zusätzlicher Leistungen ist nur solange mit degressiven Kosten möglich, wie die Kapazität eines Netzes oder einzelner Teile davon nicht ausgeschöpft ist. Nähert sich eine steigende Nachfrage den quantitativen oder qualitativen Grenzen einer bestehenden Infrastruktur, so werden weitere Investitionen erforderlich, um die Nachfrage befriedigen zu können. Eine Duplizierung der Infrastruktur ist an diesem Punkt nicht mehr volkswirtschaftlich unerwünscht; der Eintritt alternativer Netzbetreiber wird möglich.¹⁰⁶

II. Die Aktivierung des Wettbewerbs als Antwort auf veränderte Anforderungen

Die Überforderung des monopolistischen Systems und die Delegitimation überkommener ökonomischer Rechtfertigungsmuster der ausschließlich staatlichen Leistungserbringung ebneten den Weg für eine umfassende Umgestaltung des Telekommunikationssektors. Die Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen in einem wettbewerblich strukturierten Umfeld sollte den veränderten Anforderungen an einen inzwischen zum Schlüsselsektor für die volkswirtschaftliche Entwicklung in der Informations- und Wissensgesellschaft avancierten Wirtschaftsbereich Rechnung tragen. Denn nur das Koordinationsverfahren des Marktes konnte die durch Komplexität und Dynamik bedingte Ungewissheit hinreichend

¹⁰⁴ Vgl. dazu *Knieps/von Weizsäcker*, Telekommunikation, S. 467 ff. und 485 f.

¹⁰⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 20, S. 53 ff.; *Fuest*, Privatisierungstrend, S. 11; zweifelnd auch *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 123. Ausführlich zur Funktion von versunkenen Kosten als Markteintrittsbarriere unten unter § 2 E. I., S. 30 ff.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *von Weizsäcker*, Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbs, S. 23; sowie oben § 2 C. I. 1. a) aa), S. 15 f.

verarbeiten und im Sinne des *von Hayek*'schen Entdeckungsverfahrens das dezentralisierte Wissen der Marktakteure im Sinne eines beständigen Such- und Auswahlverfahrens für eine innovationsoffene Technologieentwicklung aktivieren. Der Telekommunikationssektor wandelte sich auf diese Weise von einem hoch zu reglementierenden Monopolbereich unter staatlicher Aufsicht zu einem Musterfall für die positiven Wirkungen des Marktes als Entdeckungsverfahren.¹⁰⁷

E. Regulative und ökonomische Markteintrittsbarrieren

Die Erosion des Staatsmonopols vollzog sich allmählich und von den Rändern her. Der Prozess, der auf nationaler Ebene in den unterschiedlichen Stufen der Postreform den Monopolbereich der Bundespost nach § 1 FAG immer weiter beschnitt, braucht hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet zu werden.¹⁰⁸ Entscheidend für das Verständnis der gegenwärtigen Regulierung ist allein, dass die bloße Abschaffung der rechtlichen Markteintrittsschranken für die Etablierung von Wettbewerb nicht ausreichend sein konnte.

Denn auch nach dem Wegfall der Legitimation einer Monopolisierung der Leistungserbringung in staatlicher Hand weisen die Märkte im Telekommunikationssektor bestimmte Charakteristika auf, die das Entstehen von Wettbewerb allein durch die Aufhebung gesetzlicher Monopolrechte nicht zulassen.¹⁰⁹ Diese besonderen Eigenschaften von Netzen haben in der wirtschaftswissenschaftlichen Diskussion in neuerer Zeit viel Aufmerksamkeit gefunden. Dabei können zwei Perspektiven der Betrachtung der ökonomischen Eigenschaften von Netzen unterschieden werden. Die bereits im Rahmen der Diskussion der Monopolrechtfertigung angesprochene klassische Regulierungstheorie konzentriert sich auf die *Angebotsseite* und begründet Regulierungsbedarfe vorrangig mit dort bestehenden Größen- und Bündelungsvorteilen. Demgegenüber wenden sich neuere Ansätze, die insbesondere in der US-amerikanischen Literatur unter dem Sammelbegriff der „Netzwerkökonomie“ (*network economics*) zusammengefasst werden, stärker den in Netzen anzutreffenden *nachfrageseitigen* Effekten zu, die unten ausführlicher dargestellt werden. Im gegenwärtigen Zusammenhang soll lediglich aufgezeigt werden, dass aus beiden Perspektiven

¹⁰⁷ Eifert, Gewährleistungsstaat, S. 148.

¹⁰⁸ Vgl. dazu insbesondere Eifert, Gewährleistungsstaat, S. 152 ff. und unten § 3 A. I., S. 60 ff.

¹⁰⁹ Vgl. Trute, Informationsrecht, S. 319.

bestimmte Charakteristika der Märkte für Telekommunikationsinfrastrukturen festzustellen sind, die gegebenenfalls ein regulatives Eingreifen zur Wettbewerbsöffnung erforderlich erscheinen lassen können.

I. Ökonomische Analyse von Netzen – die Angebotsseite

Netze lassen sich definieren als raumübergreifende, komplex verzweigte Transport- und Logistiksysteme für Güter, Personen oder Information.¹¹⁰ Als wesentliches Element einer angebotsseitigen Betrachtung wird die Existenz von Größenvorteilen bei der Erbringung von infrastrukturbasierten (Telekommunikations-)Dienstleistungen angesehen:¹¹¹ Es ist weniger als doppelt so teuer, doppelt so viele Güter, Personen oder Informationen zu transportieren. Dies folgt aus der bereits im Rahmen der Rechtfertigung des Staatsmonopols angesprochenen degressiven Kostenfunktion, die in unterschiedlichem Maße in allen Netzen besteht,¹¹² gerade in Telekommunikationsnetzen aufgrund der immateriellen Natur der transportierten Informationen aber besonders ausgeprägt sein kann.¹¹³

Diese Größenvorteile können unterschiedliche Ursachen haben. Genannt werden dabei zunächst erhebliche Bündelungsvorteile, die sich aufgrund der räumlichen Natur von Netzen ergeben.¹¹⁴ Mit der Zahl der an das Netz angeschlossenen Teilnehmer sinken die pro-Kopf Kosten der Einrichtung des Netzes für jeden Teilnehmer.¹¹⁵ Solche Bündelungsvorteile sind in Ortsnetzen besonders ausgeprägt. Hier sorgen Dichteeffekte dafür, dass mit der Anzahl der angeschlossenen Haushalte die Infrastrukturkosten pro Haushalt sinken.¹¹⁶ Bündelungsvorteile können auf diese Weise dazu führen, dass ein einziger Netzanbieter eine bestimmte Region kostengünstiger bedienen kann als eine Mehrzahl von Anbietern.¹¹⁷ Ist dies der Fall, so besteht in diesem Bereich weiterhin ein natürliches Monopol. Aber auch unterhalb

¹¹⁰ von Weizsäcker, Wettbewerb in Netzen, WuW 1997, 572. Diese Definition ist in der juristischen Literatur vielfach aufgegriffen worden, vgl. Hohmann, Die essential facilities doctrine, S. 215 f. sowie ausführlich Kühling, Netzwirtschaften S. 42 ff., ferner Monopolkommission, Hauptgutachten 11, Tz. 49.

¹¹¹ Dazu Monopolkommission, Hauptgutachten 11, Tz. 48 bis 50.

¹¹² von Weizsäcker, Wettbewerb in Netzen, WuW 1997, 572, 573.

¹¹³ Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen, S. 254 f. Diese extreme Stückkostendegression ist nicht allein ein Merkmal der „eigentlichen“ Netzwerkindustrien, sondern findet sich allgemein in den „digitalen Industrien“, dazu G. Müller/Eymann/Kreutzer, Vernetzte Wirtschaft, S. 298 ff.

¹¹⁴ Dazu etwa Gabelmann, Netzzugang, S. 30 ff.

¹¹⁵ Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen, S. 256 f.; vgl. auch das Beispiel zur Trinkwasserversorgung bei Blankart/Knieps, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 74.

¹¹⁶ Klodt/Laaser/Lorz/Maurer, Wettbewerb und Regulierung, S. 50.

einer solchen den Wettbewerb faktisch ausschließenden Situation können sich Wettbewerbsprobleme für neu eintretende Marktteilnehmer ergeben. Denn aus bestehenden Bündelungsvorteilen folgt in vielen Netzen eine erhebliche Distanzkostendegression: Die durchschnittlichen Kosten pro Kilometer sinken mit der Entfernung, die über das Netz überwunden werden muss.¹¹⁸

Schließlich wird zur Begründung von Größenvorteilen auf sog. stochastische Durchmischungseffekte hingewiesen. Netze sind in der Regel über die Zeit nicht gleichmäßig ausgelastet. Es bestehen Nachfragespitzen, die über die vorzuhaltenden Netzkapazitäten entscheiden. Mit der Größe des Netzes ergeben sich Durchmischungseffekte, da mehr Teilnehmer an das Netz angeschlossen sind, die auch außerhalb der Spitzenzeiten Netzleistungen in Anspruch nehmen. Es kommt zu einer Glättung der Nachfragekurve, das Netz ist besser ausgelastet und es brauchen im Verhältnis zur Nutzerzahl geringere Reservekapazitäten vorgehalten zu werden.¹¹⁹ Diese Größenvorteile werden auch durch den beschriebenen technologischen Wandel nicht vollständig entwertet.¹²⁰

In der ökonomischen Literatur wird allerdings häufig geltend gemacht, dass einem etablierten Anbieter trotz der bestehenden Kostenvorteile keine Marktmacht zukommen muss, die eine Regulierung rechtfertigt. Theoretische Grundlage für diese Argumentation ist die Theorie bestreitbarer Märkte, die im Folgenden noch ausführlicher zu behandeln sein wird. Nach dem Wettbewerbsmodell dieser Theorie kann im Falle des natürlichen Monopols tatsächliche Konkurrenz durch den Markteintritt neuer Wettbewerber unter bestimmten Bedingungen durch potentielle Konkurrenz ersetzt werden.¹²¹ Voraussetzung ist aber das Vorliegen einer Reihe restriktiver Annahmen. Dazu gehören:

- (i) Freier Marktzutritt. Eine ausreichend große Anzahl potenzieller Wettbewerber existiert und besitzt zu identischen Konditionen Zugang zur gleichen Technologie wie der existierende Anbieter.

¹¹⁷ Blankart/Knieps, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 75.

¹¹⁸ Klimisch/Lange, WuW 1998, 15, 16; von Weizsäcker, Wettbewerb in Netzen, WuW 1997, 572, 573.

¹¹⁹ Klodt/Laaser/Lorz/Maurer, Wettbewerb und Regulierung S. 50; Blankart/Knieps, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 74; Klimisch/Lange, WuW 1998, 15, 16.

¹²⁰ Klodt/Laaser/Lorz/Maurer, Wettbewerb und Regulierung, S. 50.

¹²¹ Blankart/Knieps, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 74; Finsinger, Wettbewerb und Regulierung, S. 141 ff.; Kühling, Netzwirtschaften, S. 37 f.

- (ii) Abwesenheit von irreversiblen Kosten. Ein Marktaustritt ist jederzeit möglich, die aufgewandten Investitionen sind in diesem Fall nicht verloren, sondern lassen sich vollständig wieder verwenden.
- (iii) Bertrand-Nash Verhalten. Die Marktteilnehmer besitzen vollständige Information. Die Nachfrager haben keine Suchkosten und reagieren bereits auf kleine Preisveränderungen mit einer Verlagerung der gesamten Nachfrage zum günstigsten Anbieter. Gleichzeitig passen die Anbieter ihre Preise bereits bei kleinen Kostenunterschieden an.¹²²

Sind diese drei Voraussetzungen gegeben, so geht die Theorie der bestreitbaren Märkte davon aus, dass sich ein effizientes Marktergebnis einstellen wird.¹²³ Verlangt der etablierte Anbieter nämlich Monopolpreise, so werden sofort Konkurrenten in den Markt eintreten und ihn unterbieten. Passt er daraufhin seine eigene Preisgestaltung an, verlassen die Konkurrenten den Markt wieder. Die Möglichkeit der Erzielung solcher „Hit-and-Run“ Gewinne durch potentielle Konkurrenten wird den eingesessenen Anbieter – so das Modell – von vornherein von einer missbräuchlichen Preissetzung abhalten.¹²⁴ Bereits potentieller Wettbewerb reicht danach also aus, um das Entstehen nennenswerter Marktmacht zu verhindern.

Die restriktiven Modellannahmen werden auf den Telekommunikationsmärkten allerdings kaum anzutreffen sein.¹²⁵ Insbesondere weisen zahlreiche Märkte im Telekommunikationssektor erhebliche irreversible Kosten auf. Irreversible oder versunkene Kosten sind Aufwendungen, die für einen Markteintritt unbedingt erforderlich sind, bei einer Verwendung außerhalb dieses Marktes aber einen signifikant geringeren Wert aufweisen oder ganz verloren sind.¹²⁶ Das ist im Telekommunikationsbereich vor allem bei der Investition in neue Infrastrukturen der Fall, trifft aber auch auf Lizenzkosten oder Frequenzgebühren zu:¹²⁷ In beiden Fällen sind die Investitionen im Falle des Marktaustritts verloren. Etablierte Unternehmen, insbesondere der Ex-Monopolist, haben diese Investitionen bereits getätigt und

¹²² Vgl. *Knieps*, disaggregierter Regulierungsansatz, S. 11; ähnlich *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, S. 25, Tz. 27.

¹²³ *Blankart/Knieps*, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 75.

¹²⁴ *Train*, Optimal Regulation, S. 304; *Klodt/Laaser/Lorz/Maurer*, Wettbewerb und Regulierung, S. 38.

¹²⁵ *Klodt/Laaser/Lorz/Maurer*, Wettbewerb und Regulierung, S. 38 f.

¹²⁶ *Kruse*, Monopolregulierung, S. 60; *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung, S. 110 ff.

¹²⁷ *Martenczuk/Thomaschki*, RTkom 1999, 15, 16 f.

brauchen sie in der Regel nicht erneut vorzunehmen.¹²⁸ Aus diesem Grund hat er geringere entscheidungserhebliche Kosten als potentielle neue Anbieter. Er kann sie so mit der glaubhaften Androhung eines Verdrängungswettbewerbs vom Markteintritt abschrecken.¹²⁹ Daneben verhindert das Erfordernis der für den Marktzutritt erforderlichen Investition in versunkene Kosten die Realisierung von Hit-and-Run Gewinnen, von der die wesentliche disziplinierende Wirkung des lediglich potentiellen Wettbewerbs ausgeht.

Neben der Existenz von Irreversibilitäten wird auch das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Modells des potentiellen Wettbewerbs auf bestreitbaren Märkten in Zweifel gezogen. Ein Blick auf die Tarifgestaltung der unterschiedlichen Telekommunikationsunternehmen etwa im Mobilfunkbereich zeigt, dass die Märkte von vollständiger Transparenz weit entfernt sind. Eine sofortige Nachfragewanderung scheidet nicht nur an der Trägheit der Konsumenten, sondern auch an der üblichen Vertragsgestaltung, die regelmäßig hohe Prämien in der Form subventionierter Endgeräte im Austausch für langfristige Vertragsbindungen vorsieht. Darüber hinaus können Netzwerkeffekte erhebliche Wechselkosten begründen und damit zu einem *lock-in* des Kunden in einmal gewählten Netzarchitekturen führen, die einen Anbieterwechsel zusätzlich erschweren.¹³⁰

Vor diesem Hintergrund ist der Erklärungsgehalt der Theorie der bestreitbaren Märkte vor allem darin zu sehen, dass Netzarchitekturen in Abhängigkeit von den jeweils existierenden Marktzutrittsschranken wettbewerbstheoretisch einen unterschiedlich hohen Regulierungsbedarf aufweisen können. Besonders *Knieps* hat in einem als „disaggregierten Regulierungsansatz“ bezeichneten Modell immer wieder darauf hingewiesen, dass ein Regulierungsbedarf nur für diejenigen Netzkomponenten bestehe, die die Grundannahmen der Theorie der bestreitbaren Märkte in besonders hohem Maße verletzen, dort also, wo sich weiterhin monopolistische Engpassbereiche identifizieren ließen.¹³¹ Dies sei nur dort der Fall, wo erhebliche Bündelungsvorteile mit versunkenen Kosten zusammenträfen. Im Telekommunikationssektor gelte dies lediglich für den Bereich der festen Ortsnetze; allein hier bestünde deshalb Regulierungsbedarf.

¹²⁸ Etwas anderes kann beim Aufbau völlig neuer Infrastrukturen wie etwa Mobilfunknetzen gelten. Aber auch hier kann sich für den etablierten Anbieter ein Kostenvorteil ergeben – beispielsweise bei der Nutzung existierender Sendemasten.

¹²⁹ *Train*, Optimal Regulation, S. 305; *Martenczuk/Thomaschki*, RTkom 1999, 15, 17.

¹³⁰ Vgl. *G. Müller/Eymann/Kreutzer*, Vernetzte Wirtschaft, S. 302; *Zerdick et al.*, S. 160; *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 103 ff.; und sogleich unter § 2 E. II., S. 33 ff.

¹³¹ Etwa *Blankart/Knieps*, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 76 ff.; *Knieps*, Preisregulierung, S. 32 ff.

Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass der Erklärungswert der Theorie der bestreitbaren Märkte für die Frage nach der fortbestehenden und der zukünftigen Regulierung auch davon abhängt, welches Wettbewerbsbild der Regulierung des Telekommunikationssektors zugrunde liegt. Denn selbst wenn potentieller Wettbewerb die Preissetzungsspielräume eines etablierten Unternehmens im Einzelfall – bei Vorliegen der restriktiven Modellvoraussetzungen – disziplinieren kann, so bleibt die Frage, ob das Gesetz allein diesen Zweck verfolgt. Denn ob von einer potentiellen Konkurrenz neben einer Disziplinierung der Preispolitik eines Unternehmens auch ein Innovationswettbewerb unter Ungewissheitsbedingungen ausgehen kann, dessen Zweck die Entdeckung und Erprobung neuer technologischer und organisatorischer Optionen ist, erscheint fraglich. Sollte dies aber ein Ziel des Telekommunikationsgesetzes sein, so erscheint es denkbar, dass das TKG den tatsächlichen Eintritt neuer Wettbewerber anstrebt, ihm also ein Wettbewerbsbild zugrunde liegt, dem eine nur potentielle Konkurrenz nicht entspricht.

Die angesprochenen Wettbewerbsprobleme verschärfen sich noch, wenn der etablierte Anbieter vertikal integriert ist. Denn in diesem Fall besitzt er einen Anreiz, die durch Größenvorteile und Irreversibilitäten begründete Marktmacht auf andere vor- oder nachgelagerte Märkte zu erstrecken, die ihrer Struktur nach grundsätzlich angreifbar wären. Dieses Problem stellt sich auf Märkten mit Netzwerkstrukturen mit besonderer Schärfe, da die entsprechende Infrastruktur Grundlage für die Erbringung vielfältiger und unterschiedlicher Dienstleistungen sein kann. Ist im Falle der vertikalen Integration der Inhaber der Infrastruktur auch auf den abgeleiteten Märkten tätig, so besitzt er einen Anreiz, einem auf diesem abgeleiteten Markt tätigen Wettbewerber entweder gar keinen Zugang zur Infrastruktur zu gewähren oder diesen nur zu nachteiligen, gegenüber den eigenen Konditionen diskriminierenden Bedingungen bereitzustellen. Eine effiziente Verhandlungslösung für den Netzzugang ist dann nicht zu erwarten.¹³² Um dieses Missbrauchspotential auszuschalten, wird auf Märkten mit Netzwerkstrukturen gelegentlich die strukturelle Trennung von Netz- und Diensteebene vorgeschlagen.¹³³ Letztlich wurde das bestehende Festnetz im Rahmen der Postreform II allerdings auf die Deutsche Telekom AG

¹³² *Martenczuk/Thomaschki*, RTkom 1999, 15, 17.

¹³³ Zu entsprechenden Forderungen etwa im Bereich des Schienenverkehrs s. *Theobald*, NJW 2003, 324, 325. Angesichts anhaltender Wettbewerbsdefizite hat sich die Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien, Viviane Reding, jüngst erneut für eine entsprechende Aufspaltung der europäischen Telekommunikationskonzerne im allgemeinen und der Deutschen Telekom AG im besonderen ausgesprochen, vgl. etwa *Handelsblatt.com*, Meldung v. 30. Juni 2006, 10:47.

(DTAG) übertragen.¹³⁴ Das deutsche Telekommunikationsrecht hat damit eine Entscheidung für die vertikale Integration von Netzbetreibern und Diensteanbietern getroffen. Aus dieser ordnungspolitischen Grundsatzentscheidung folgt das Bedürfnis nach einer besonderen Wettbewerbsaufsicht, um den spezifischen Missbrauchspotentialen einer solchen Marktstruktur zu begegnen.

II. *Ökonomische Analyse von Netzen – die Nachfrageseite*

Die erhöhte wissenschaftliche Aufmerksamkeit, die Netzwerkindustrien und den in ihnen zu beobachtenden ökonomischen Phänomenen in den letzten Jahren zuteil geworden ist, lässt sich durch die zunehmende volkswirtschaftliche Bedeutung der entsprechenden Wirtschaftssektoren erklären. Zunehmend steht dabei eine nachfrageseitige Betrachtungsweise im Vordergrund. Telekommunikationsnetze und andere Infrastrukturnetze stellen komplexe Verbindungen zwischen verschiedenen an das Netz angeschlossenen Teilnehmern her. Insbesondere bei solchen Netzen, die nicht lediglich Verteilnetze sind, die also – wie bei Telekommunikationsnetzen regelmäßig der Fall – rückkanalfähig sind, steht die Vermittlung des Zugangs zu den anderen Mitgliedern des Netzwerkes ganz im Vordergrund des Zweckes des Netzes. Dann ist aber der individuelle Nutzen eines Netzwerkes für den einzelnen Teilnehmer nicht lediglich abhängig von der – angebotsseitig zu bestimmenden – technischen Qualität des Netzwerkes oder dem Preis, zu dem die Nutzung der Infrastruktur und der auf ihrer Grundlage angebotenen Dienste gewährt wird. Er wird vielmehr zu einem erheblichen Teil bestimmt durch die Gesamtzahl der angeschlossenen Teilnehmer und damit der Nachfrage nach dem Anschluss an das Netzwerk.¹³⁵ Die Tatsache, dass der individuelle Nutzen eines Netzwerkes mit der Zahl der Netznutzer steigt, beschreibt das Phänomen der positiven Netzwerkexternalitäten, das im Zentrum der nachfrageorientierten Betrachtung der Netzwerkökonomik steht.¹³⁶ Netzwerkeffekte begründen eine Reihe von potentiellen Wettbewerbsproblemen, auf die später zurückzukommen sein wird. Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem relevant, dass Netzwerkeffekte als Markteintrittsbarriere für

¹³⁴ H.-W. Moritz, CR 1998, 13, 16, hält dies wegen Verstoßes gegen Art. 87 f Abs. 2 GG für verfassungswidrig.

¹³⁵ Vgl. G. Müller/Eymann/Kreutzer, *Vernetzte Wirtschaft*, S. 301; David, *Network Technology Evolution*, S. 55 f.; Shapiro/Varian, *Information Rules*, S. 179 ff.; Gabelmann, *Netzzugang*, S. 32 f.

¹³⁶ Liebowitz/Margolis, *Journal of Economic Perspectives* 8 [1994] S. 133 ff.; Katz/Shapiro, *American Economic Review* 1985, S. 424 ff.

Newcomer wirken können.¹³⁷ Wenn nämlich der Nutzen eines Netzwerkes mit der Zahl der angeschlossenen Teilnehmer steigt, so ist der Nutzen einer neu errichteten, konkurrierenden Netzinfrastruktur zunächst gering – ein Telekommunikationsnetz, das keine Teilnehmer hat, ist nicht attraktiv. Selbst bei einer technologischen Überlegenheit einer alternativen Infrastruktur besteht kein Anreiz für einen Teilnehmer des bestehenden Einheitsnetzes, dieses Netz zu verlassen und in das konkurrierende Netz einzutreten. Es kann auf diese Weise zu einem sog. „lock-in“ in einer inferioren Technologie kommen.¹³⁸ Um ein alternatives Netz erfolgreich aufzubauen, ist daher eine kritische Masse von Teilnehmern erforderlich.¹³⁹ Diese kann – je nach Anwendung des Netzes – unterschiedlich hoch sein. Während im Falle etwa eines unternehmenseigenen Datennetzes bereits eine minimale Anzahl von Teilnehmern ausreichen kann, kann im Falle der öffentlichen Datenkommunikation oder des öffentlichen Sprachtelefondienstes die kritische Masse prohibitiv hoch sein. Ein Marktzutritt wird dann nur möglich, wenn der etablierte Netzbetreiber den Zugang zu seinem Netz gewährt, um dort Verbindungen aus dem alternativen Netz des Konkurrenten zu terminieren oder Verbindungen aus seinem Netz dem neuen zuzuführen. Der Anreiz für die Gewährung eines Netzzugangs ist aber dann gering, wenn der neue Anbieter auf denselben sachlichen und räumlichen Märkten tätig wird wie der etablierte Betreiber. Um sich vor entstehender Konkurrenz zu schützen und neue Marktzutritte zu verhindern wird er daher möglicherweise den Netzzugang verweigern oder nur zu Bedingungen gewähren, die den neuen Konkurrenten benachteiligen. Aus diesem Grund kann ein Bedürfnis entstehen, den Netzzugang, und die Zusammenschaltung als dessen Unterfall, regulativ sicherzustellen.¹⁴⁰

F. Liberalisierung durch Re-Regulierung

Größenvorteile auf Angebotsseite, hohe versunkene Kosten und Netzwerkeffekte stellen Barrieren für den Eintritt neuer Wettbewerber auf der Grundlage der Errichtung einer eigenen, konkurrierenden Netzinfrastruktur dar. Soll ein Mindestmaß an Wettbewerb auf allen Stufen der Wertschöpfungskette im Telekommunikationssektor geschaffen werden, so wäre ohne den

¹³⁷ *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 184 ff.; *Shapiro*, Geo. Mason L. Rev. 7 [1999], S. 3 ff.

¹³⁸ *Zerdick et al.*, S. 160; *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 103 ff.; *G. Müller/Eymann/Kreutzer*, Vernetzte Wirtschaft, S. 302.

¹³⁹ *Noam*, Tragedy of the Common Network, S. 53; *Blankart/Knieps*, Netzökonomik, JbNPÖ Nr. 11 (1992), S. 73, 79 ff.

Zugang zu bestehenden Netzeinrichtungen der Aufbau einer vollständigen alternativen Infrastruktur erforderlich. Dies ist aber ökonomisch unmöglich und aufgrund des Aufbaus von Überkapazitäten in einzelnen Netzteilen tatsächlich auch nicht wünschenswert. Ein Marktzutritt wird aus diesem Grund nur erfolgen, wenn sich der neue Anbieter auf Teilmärkte, also einzelne Netzsegmente beschränken kann. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass er komplementäre Elemente des bestehenden Netzes zu nicht diskriminierenden Bedingungen nutzen kann. Die Gewährung von Netzzugang wird so zur unabdingbaren Prämisse für die Entstehung von Wettbewerb auf ehemals monopolisierten Märkten mit Netzwerkstrukturen.

Entsprechend den Vorgaben des europäischen Rechts¹⁴¹ ist es Ziel des deutschen Telekommunikationsgesetzes, Wettbewerb durch Regulierung zu fördern. Im Mittelpunkt steht dabei die Notwendigkeit, den Markteintritt neuer Anbieter durch Disziplinierung des dominanten Anbieters zu fördern.¹⁴² Eine solche Liberalisierungsstrategie akzeptiert die vertikale Integration des ehemaligen Monopolisten. Damit steht sie vor der Aufgabe, die durch eine von einem dominanten Anbieter geprägte Marktstruktur erzeugten und durch Netzwerkeffekte verschärften Wettbewerbsprobleme regulatorisch zu bewältigen. Es stellt sich dann die Frage nach Wahl der angemessenen regulativen Instrumente. Der Gesetzgeber des Jahres 1996 war beim Erlass des TKG-alt der Auffassung, dass die allgemeine kartellrechtliche Wettbewerbsaufsicht nicht in der Lage sein würde, die für das Entstehen von Wettbewerb erforderlichen regulativen Rahmenbedingungen zu schaffen. Die wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen des GWB würden nämlich grundsätzlich die Existenz eines funktionsfähigen Wettbewerbs unterstellen und eine Verhaltenskontrolle nur bei Vorliegen von Missbräuchen marktbeherrschender Unternehmen vorsehen.¹⁴³ Im liberalisierten Telekommunikationssektor müsse Wettbewerb jedoch zunächst geschaffen werden. Für diese Aufgaben seien die Vorschriften der allgemeinen Wettbewerbsaufsicht aber unzureichend. Aus diesem Grund wurden sektorspezifische Regelungen zur Ergänzung des

¹⁴⁰ *Noam*, Tragedy of the Common Network, S. 59 ff.

¹⁴¹ S. dazu unten § 3 C., S. 76 ff.

¹⁴² Vgl. die Begründung zum TKG, BT-Drs. 13/3609, S. 33 f.

¹⁴³ BT-Drs. 13/3609, S. 34.

allgemeinen Wettbewerbsrechts für erforderlich gehalten.¹⁴⁴ Diese Vorschriften wurden zunächst mit den Bestimmungen des vierten Teils des TKG-alt geschaffen.¹⁴⁵

G. „De-Regulierung der Re-Regulierung“?

Das TKG-alt trat im Jahre 1996¹⁴⁶, seine Vorschriften über Errichtung, Sitz, Organisation und Verfahren der Regulierungsbehörde erst in den Jahren 1997 und 1998 in Kraft (§ 100 Abs. 1 S. 1 TKG-alt). Gleichzeitig schloss § 100 Abs. 1 S. 2 TKG-alt die Geltendmachung der sich aus § 6 TKG-alt ergebenden Rechte auf Erteilung einer Lizenz zum Angebot von Sprachtelefondiensten vor dem 1. Januar 1998 aus. Erst nach diesem Zeitpunkt kam es deshalb zu einer vollständigen Liberalisierung des Telekommunikationssektors. Bereits kurz nach der vollständigen Beseitigung des staatlichen Monopols wurden bereits nachdrücklich Forderungen nach der baldigen Rückführung des neu geschaffenen Regulierungsrahmens erhoben, die im Zusammenhang mit der Revision des europäischen Kommunikationsrechtsrahmens und der anschließenden Novellierung des deutschen Telekommunikationsrechts erneut an Aktualität gewannen.

I. Die wirtschaftspolitische Forderung nach weiterer Deregulierung

Die Forderung nach einem zügigen Abbau der bestehenden gesetzlichen Instrumente kann ebenso wie deren Entstehen vor dem Hintergrund der ökonomischen Regulierungstheorie analysiert werden. Grundsätzlich ist danach die Rückführung bestehender Aufsichtsinstrumente erforderlich, wenn die sie rechtfertigenden besonderen Wettbewerbsprobleme entfallen, also kein „Marktversagen“ mehr vorliegt.¹⁴⁷ Für den Telekommunikationssektor wird die These aufgestellt, dass fortschreitende technische Innovation die noch bestehenden Zugangsbarrieren für die unterschiedlichen Märkte erodieren wird. Zugleich werde der zunehmende Wettbewerb die Marktmacht des ehemaligen Monopolisten und Netzinhabers weiter beschränken. Auf diese Weise entstünde mit der Zeit

¹⁴⁴ BT-Drs. 13/3609, S. 34.

¹⁴⁵ In der Begründung werden die Vorschriften des offenen Netzzugangs ausdrücklich als spezialgesetzliche Ergänzung zu dem allgemeinen Diskriminierungsverbot der §§ 22, 26 GWB a.F. bezeichnet, vgl. zu § 32 TKG BT-Drs. 13/3609, S. 45.

¹⁴⁶ Am Tag nach seiner Verkündung, dem 1.8.1996, § 100 Abs. 1 S. 2 TKG-alt.

¹⁴⁷ Vgl. dazu bereits oben unter § 2 B. III., S. 20.

ein funktionsfähiger, selbststabilisierender Wettbewerb. Besondere regulative Vorkehrungen seien dann nicht mehr erforderlich. Das allgemeine Wettbewerbsrecht könne – wie in anderen Wirtschaftssektoren auch – etwaige wettbewerbsgefährdende Verhaltensweisen sanktionieren. Ist dieser Zustand erreicht, sollte die sektorspezifische Regulierung so schnell wie möglich abgebaut werden, da – wie von der ökonomischen Regulierungstheorie begründet – jeder regulative Eingriff in den Markt, der nicht unbedingt erforderlich ist, nur schädlich sein kann und damit die Entwicklung des Wettbewerbs behindere.

Auch für den Bereich der Netzzugangsregulierung wurde von wirtschaftswissenschaftlicher Seite die Forderung nach einer zügigen weiteren Deregulierung theoretisch begründet.¹⁴⁸ Auf der Grundlage der Theorie bestreitbarer Märkte wird argumentiert, dass ein Regelungsbedarf nur in Netzteilen bestehe, die den Charakter einer monopolistischen Engpasseinrichtung („monopolistic bottleneck“) besitzen.¹⁴⁹ Voraussetzung für die Existenz einer solchen monopolistischen Engpasseinrichtung ist das Zusammentreffen von Größen- oder Bündelungsvorteilen mit versunkenen Kosten.¹⁵⁰ Märkte, die diese beiden Merkmale nicht aufwiesen, seien angreifbar im Sinne der Theorie der bestreitbaren Märkte.¹⁵¹ Dies gelte auch dann, wenn sie ausgeprägte Netzwerkstrukturen aufwiesen. Diese allein würden keine Marktmacht vermitteln.¹⁵²

Im Telekommunikationssektor werden solche regulierungsbedürftigen *bottlenecks* allein im Bereich kabelgebundener Ortsnetze anerkannt.¹⁵³ Alle anderen Teilmärkte im Telekommunikationssektor seien bestreitbar. Das ist unbestritten für Herstellung und Vertrieb von Endgeräten. Zwar wurde auch hier unter Geltung des Staatsmonopols lange Zeit die Existenz von Verbundvorteilen mit dem Netzbetrieb und der Bereitstellung von

¹⁴⁸ *Knieps*, MMR 1998, 275 ff.; *ders.*, MMR 2000, 266 ff.; *ders.*, MMR 1999, 460 ff.; *ders.* KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325 ff.; *ders.*, Netzspezifische Marktmacht, S. 89 ff.; *ders.*, Bottleneck-Regulierung; *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 51 ff. und passim.

¹⁴⁹ *Knieps*, Preisregulierung, S. 34; *ders.*, MMR 1998, 275; *ders.* KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 326; *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 20 ff.

¹⁵⁰ *Knieps*, MMR 1998, 275, 276 f.; *ders.*, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 327 f.; *ders.* Netzspezifische Marktmacht, S. 91; *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 20 ff.; *Kruse*, Regelungsbedarf, S. 73 ff.

¹⁵¹ Dazu im einzelnen oben, § 2 D. I. 1., S. 28 ff.

¹⁵² *Knieps*, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 327; *ders.*, Preisregulierung, S. 33 f.

¹⁵³ *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 37; *Knieps*, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 326; *ders.*, MMR 1998, 275, 277, 279; *ders.* Bottleneck-Regulierung, S. 105 ff.

Telekommunikationsdienstleistungen behauptet. Bereits zu Beginn der achtziger Jahre konnte diese Annahme aber überzeugend widerlegt werden.¹⁵⁴

Im Bereich der *Telekommunikationsinfrastrukturen* wird unterschieden zwischen funkbasierten terrestrischen und satellitengestützten Netzen einerseits, und kabelgebundenen Fern- und Ortsnetzen andererseits. Im Falle der drahtlosen Infrastrukturen wird die Abwesenheit versunkener Kosten angenommen.¹⁵⁵ Für den Bereich der drahtgebundenen Fernnetze wird die Existenz von irreversiblen Kosten dagegen zwar anerkannt. Allein auf Ebene der Ortsnetze ergebe sich aber in Verbindung mit den dort feststellbaren Größen- und Bündelungsvorteilen ein regulierungsbedürftiger Engpass. Der Betrieb von Fernnetzen sei dagegen nicht durch erhebliche Größenvorteile gekennzeichnet. Es stelle sich hier daher kein Problem undisziplinierter Marktmacht.¹⁵⁶

Bei der Erbringung von *Telekommunikationsdienstleistungen* einschließlich des Sprachtelefondienstes existierten zwar Größenvorteile auf Angebots- und Nachfrageseite. Da aber zum Markteintritt keine irreversiblen Kosten aufgewendet werden müssten, stellten sie keine „monopolistischen Bottlenecks“ dar. Dies gelte zunächst für Telekommunikationsdienstleistungen auf den Fernnetzen.¹⁵⁷ Aber auch die Dienstleistungsmärkte auf lokalen Netzen seien grundsätzlich bestreitbar. Dies setze zwar voraus, dass fremde Infrastrukturen zur Erbringung der eigenen, konkurrierenden Dienstleistungen eines (potentiellen) Wettbewerbers in Anspruch genommen werden könnten. Sei dies aber der Fall, so wären keine versunkenen Kosten für den Markteintritt aufzuwenden und die Voraussetzungen für die Existenz potentiellen Wettbewerbs gegeben.

Im Rahmen der hier beschriebenen Betrachtungsweise kommt es damit allein auf die Frage an, ob Märkte bei einer von den vor- bzw. nachgelagerten Wertschöpfungsstufen getrennten Analyse als angreifbar betrachtet werden können. Dem „disaggregierten

¹⁵⁴ Erneut von *Weizsäcker*, Fernmeldemonopol, S. 134.

¹⁵⁵ Vgl. Tabelle 5 in *Knieps*, MMR 1998, 275, 277. Dies erscheint in einzelnen Bereichen zweifelhaft. Bau und Start von Satelliten oder die mit teilweise erheblichen Kosten verbundene Ersteigerung von Mobilfunklizenzen stellen Aufwendungen dar, die im Falle des Marktaustrittes nicht wiedererlangt werden können.

¹⁵⁶ *Knieps*, MMR 1998, 275, 277, Tabelle 5; *ders.*, Netzzugang, S. 35. *Engel/Knieps*, Zugang zu wesentlichen Leistungen, S. 23 f., begründen die Angreifbarkeit von Fernnetzen mit der Existenz von tatsächlichem Wettbewerb. Ebenso betonen *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 45 f. die Intensität des Wettbewerbs auf bestimmten Fernnetz-Segmenten. Dabei bleibt allerdings offen, ob dieser Wettbewerb Ergebnis der existierenden Regulierung ist und weiterhin deren Unterstützung bedarf.

¹⁵⁷ *Knieps*, Bottleneck-Regulierung, S. 103; dazu auch *Kruse*, Entgeltregulierung, S. 120 ff.

Regulierungsansatz¹⁵⁸ geht es gerade darum, allein diejenigen Märkte einer Regulierung zu unterwerfen, in denen strukturell Marktmacht verortet ist. Deren Auswirkungen auf vor- oder nachgelagerte Märkte werden alleine auf dieser Stufe bekämpft. Für die Telekommunikationsdienstleistungsmärkte gilt dann: Da diese Märkte keine wesentlichen Eintrittsbarrieren in der Form versunkener Kosten aufweisen, ist eine mögliche Marktmacht etwa der DTAG das Ergebnis der Inhaberschaft eines monopolistischen Bottlenecks auf der vorgelagerten Stufe des Netzbetriebes. Regulierung sollte sich dann auf die Neutralisation dieser Marktmacht beschränken, indem sie allen Marktteilnehmern einschließlich des Inhabers einen gleichen Zugang zu der Engpasseinrichtung garantiert. Eine zusätzliche Regulierung der Märkte für Telekommunikationsdienstleistungen, insbesondere der Endkundenmärkte,¹⁵⁹ ist überflüssig.

Soweit also in einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen oder Netzinfrastrukturen oder deren Komponenten nach dem oben Ausgeführten kein „monopolistischer Engpass“ auszumachen sei, wäre ein regulatorischer Eingriff überflüssig. Dies soll nicht alleine für die Fälle des vertikalen Netzzugangs gelten, bei denen ein Unternehmen Zugang zu einem komplementären Element der Infrastruktur eines Wettbewerbers nachfragt. Vielmehr soll auch auf eine horizontale Regulierung der Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen verzichtet werden können.¹⁶⁰ Probleme der horizontalen Zusammenschaltung ergeben sich vor allem dort, wo die Koordination von und die Kooperation zwischen unterschiedlichen Netzinfrastrukturen angestrebt wird.¹⁶¹ Wegen der angenommenen Angreifbarkeit der Netze verfügen die unterschiedlichen Betreiber über keinerlei Spielraum für strategisches Verhalten, da jeder Teilnehmer an Zusammenschaltungsverhandlungen jederzeit durch einen alternativen potentiellen Anbieter ersetzt werden könne.¹⁶² Aus diesem Grund könne davon ausgegangen werden, dass private Verhandlungslösungen zu auch aus Konsumentensicht optimalen Marktergebnissen führen.¹⁶³

¹⁵⁸ Engel/Knieps, Zugang zu wesentlichen Leistungen, S. 15 f.

¹⁵⁹ Zum grundsätzlichen Vorrang der Regulierung der Vorleistungs- gegenüber den Endkundenmärkten nach dem neuen Rechtsrahmen vgl. unten § 3 F. II., S. 206 ff.

¹⁶⁰ Dazu Knieps, MMR 1998, 275, 277 f.; ders, Bottleneck-Regulierung, S.102;

¹⁶¹ Knieps, MMR 1998, 275, 277; ders, Bottleneck-Regulierung, S.102;

¹⁶² Knieps, MMR 1998, 275, 277; KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 328; ders, Bottleneck-Regulierung, S.102;

¹⁶³ Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 46; Knieps, Bottleneck-Regulierung, S.102;

Selbst eine Verhandlungsverpflichtung¹⁶⁴ wird abgelehnt. Das Ausschöpfen von Netzexternalitäten und die Verhandlung von Standards zur Sicherstellung der Netzkompatibilität stelle bei Abwesenheit von „monopolistischen Bottlenecks“ keine Rechtfertigung für staatliche Regulierung dar.¹⁶⁵ Jede Art von regulatorischer Einflussnahme auf angreifbare Netze könne nur suboptimale Ergebnisse erzeugen.¹⁶⁶

Regulierungsbedürftige Marktmacht wird damit alleine in den kabelgebundenen Ortsnetzen lokalisiert. Nur hier träfen hohe versunkene Kosten mit erheblichen Bündelungs- und Größenvorteilen zusammen. Nur hier könne deshalb auch weiterhin von der Existenz eines natürlichen Monopols ausgegangen werden. Der etablierte Anbieter besitze dadurch eine besondere Marktmacht, die das Zustandekommen effizienter Verhandlungslösungen nicht erwarten ließe. Ein optimierender regulatorischer Eingriff erscheint an dieser Stelle grundsätzlich möglich. Im Vordergrund steht dabei die gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung von Zugang zu der Engpasseinrichtung unter einheitlichen Bedingungen für alle Wettbewerber.¹⁶⁷ Allerdings können die wettbewerbsbehindernden Effekte nicht nur durch eine vollständige Zugangsverweigerung erreicht werden, sondern auch durch die Bereitstellung von Zugang unter diskriminierenden Bedingungen wie etwa überhöhten Tarifen. Aus diesem Grund sei die Regulierung des Zugangs zu Engpasseinrichtungen nicht von der Regulierung der Bedingungen zu trennen, unter denen der Zugang gewährt wird.¹⁶⁸ Auch die Anhänger des hier beschriebenen „disaggregierten Regulierungsansatzes“ erkennen deswegen an, dass die allgemeine wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB insoweit keine ausreichende Grundlage für die Netzzugangsregulierung sein kann.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Eine Pflicht zur Verhandlung über die Zusammenschaltung mit dem Ziel der Verbesserung der Kommunikation der Nutzer untereinander sah § 36 TKG-alt für die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze vor; ähnliches gilt jetzt nach § 16 TKG.

¹⁶⁵ *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 46; *Knieps*, Bottleneck-Regulierung, S.102 f.

¹⁶⁶ *Knieps*, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 329.

¹⁶⁷ *Knieps*, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 329.

¹⁶⁸ *Knieps*, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 329 f.; *ders.* MMR 1998, 275, 279 f.: „Eine effektive Anwendung der essential facility doctrine muss mit einer adäquaten Regulierung der Zusammenschaltungs- und Zugangsbedingungen kombiniert werden“.

¹⁶⁹ Siehe *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 51.

Vor dem Hintergrund der skizzierten ökonomischen Theorie erschienen bereits die Regulierungsstrukturen des TKG-alt als zu weitgehend.¹⁷⁰ Die Entgeltregulierung auf Endkundenmärkten sowie die Regulierung der Zusammenschaltung von Fern- und Mobilfunknetzen sind vom Standpunkt eines „disaggregierten Regulierungsansatzes“ überflüssig und schädlich für den Wettbewerb.¹⁷¹ Existierende Zugangs- und Zusammenschaltungsregelungen sollten, soweit sie „Nicht-Bottleneckbereiche“ betreffen, ebenso aufgehoben und in die ex-post Kontrolle durch das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt werden wie die ex-ante Regulierung der Endkundenentgelte.¹⁷² Im Übrigen soll die vorläufig fortbestehende Zugangsregulierung durch eine „gezielte Bottleneckregulierung“ ersetzt werden.¹⁷³

Die sich ergebenden wirtschaftspolitischen Folgerungen beschränken sich allerdings nicht auf einen Rückbau der „barocken“ Regulierung. Es wird darüber hinaus die Perspektive eines vollständigen Abbaus des gegenwärtigen Regulierungsrahmens eröffnet: Durch technische Innovationen wie etwa die Möglichkeit der drahtlosen Anbindung von Teilnehmeranschlüssen (*wireless local loop* – WLL) würden die einzig noch verbleibenden monopolistischen Engpässe im Ortsnetzbereich allmählich aufgelöst werden.¹⁷⁴ Die Nutzung existierender Infrastrukturen wie Energie- oder Kabelfernsehnetze zur Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen würden alternative Zugangsmöglichkeiten zu den Endkunden schaffen, die den bestehenden Ortsnetzen ihren „Bottleneck“-Charakter nähmen. Mit dem graduellen Verschwinden der monopolistischen Engpasseinrichtung in den Ortsnetzen könnte so letztlich auch das Bedürfnis nach einer sektorspezifischen Regulierung vollständig verschwinden.¹⁷⁵ Die sektorspezifische Regulierung hätte ihre Aufgabe erfüllt und könnte abgeschafft werden.

II. Das Telekommunikationsgesetz als eine „Übergangsregulierung“?

¹⁷⁰ Knieps, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325 und Engel/Knieps, Zugang zu wesentlichen Leistungen, S. 11 sprechen von einer „barocken“ Regulierung; vgl. auch von Meibom/von dem Busche, MMR 2000, 206: „marktbehindernde Intensität“, die zu einer „Überregulierung“ führe.

¹⁷¹ Knieps, Bottleneck-Regulierung, S.102 f.; von Meibom/von dem Busche, MMR 2000, 206, 209; insbesondere zur Regulierung der Endkundenentgelte Immenga, WuW 1999, 949, 959 f.; für den Mobilfunksektor Kruse, Wettbewerb oder Regulierung, S. 8 ff.

¹⁷² Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 51.

¹⁷³ Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 51.

¹⁷⁴ Knieps, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 331 f.; von Meibom/von dem Busche, MMR 2000, 206, 209.

¹⁷⁵ Knieps, KYKLOS, Vol. 50 – 1997, 325, 333.

Vor dem Hintergrund dieser für einen baldigen und weitgehenden Abbau der sektorspezifischen Regulierung vorgebrachten ökonomischen Argumente wird die Auffassung vertreten, der Gesetzgeber habe bereits bei der Einführung einer bereichsspezifischen Regulierung der Telekommunikationsmärkte deren spätere Aufhebung im Blick gehabt, er habe bereits dem TKG-alt nur vorläufigen Charakter beigemessen und die sektorspezifische Regulierung unter den Vorbehalt der Änderung der tatsächlichen Verhältnisse auf den Märkten gestellt.¹⁷⁶ Das TKG erscheint danach als eine Maßnahme des Gesetzgebers, deren Geltung bereits bei ihrem Erlass nur für eine Übergangszeit – bis zur Existenz selbststabilisierenden Wettbewerbs – angelegt war. Es ist allerdings fraglich, in welchem Umfang eine solche ursprüngliche gesetzgeberische Intention bereits bei der Einführung der Regulierung im Jahr 1996 tatsächlich nachgewiesen werden kann.

Im Telekommunikationsgesetz finden sich eine Reihe von Vorschriften, die einer Revision des bestehenden Regulierungsrahmens und seiner Anpassung an veränderte Marktbedingungen im Telekommunikationssektor dienen. Zweck des Gesetzes ist in Erfüllung des Verfassungsauftrages des Art. 87 f Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 GG bereits ursprünglich die „Förderung des Wettbewerbs“ (§ 1 TKG-alt und § 1 TKG) sowie „die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG-alt) gewesen. Angesichts einer fortbestehenden faktischen Monopolstellung der DTAG auf nahezu allen diesen Märkten zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens waren das Gesetz und die Telekommunikationsregulierung insgesamt notwendigerweise auf die Veränderung des eigenen Regelungsgegenstandes angelegt. Insoweit besaß das Telekommunikationsgesetz ohne Zweifel von Beginn an einen transitorischen Charakter. Dem tragen eine Reihe von Evaluations- und Revisionsvorkehrungen Rechnung, die auf der Grundlage einer weitreichenden Marktbeobachtung¹⁷⁷ die Anpassung des regulatorischen Rahmens an den zunehmenden Wettbewerb ermöglichen. Von besonderer Bedeutung ist dabei die Vorschrift über die von der deutschen Regulierungsbehörde, der Bundesnetzagentur,¹⁷⁸ vorzulegenden

¹⁷⁶ *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 1; vgl. auch *Immenga*, WuW 1999, 949, 958 f. und *Börsen/Coppik*, MMR 2004, 143, 144 und TKMR 2003, 317, 318: „Sektorspezifische Regulierung muss folglich so angelegt sein, dass sie sich im Zeitablauf selbst entbehrlich macht“.

¹⁷⁷ Dazu *Hoffmann-Riem/Eifert*, Regelungskonzepte, S. 45 ff.

¹⁷⁸ Der zunächst als „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post“ (RegTP) eingerichteten deutschen Aufsichtsbehörde wurde im Rahmen der Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts auch die Aufsicht über den Energiesektor übertragen, § 54 Abs. 1 EnWG 2005. Das als Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts (BGBl. I 2005 S. 1970, 2009) erlassene „Gesetz

Tätigkeitsberichte, § 81 TKG-alt bzw. § 121 TKG. Danach hat die Bundesnetzagentur den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes alle zwei Jahre einen Bericht über die Entwicklung auf dem Telekommunikationssektor vorzulegen (§ 81 Abs. 1 TKG-alt bzw. § 121 Abs. 1 TKG). Gleichzeitig nimmt die Monopolkommission in einem Bericht dazu Stellung, ob auf den Märkten der Telekommunikation funktionsfähiger Wettbewerb besteht (§ 81 Abs. 3 S. 1 TKG-alt bzw. § 121 Abs. 2 TKG). Zu dem Bericht äußert sich die Bundesregierung gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes (§ 81 Abs. 3 S. 4 TKG-alt bzw. § 121 Abs. 3 TKG). Die Bundesnetzagentur hat sich dabei im Rahmen ihres Berichtes insbesondere mit der Frage zu beschäftigen, ob sich eine Änderung der Festlegungen über die im Rahmen des Universaldienstes bereitzustellenden Dienstleistungen empfiehlt (§ 81 Abs. 1 S. 2 TKG-alt bzw. § 121 Abs. 1 S. 2 TKG). Damit soll vor allem die Möglichkeit geschaffen werden, den Umfang einer Universaldienstleistungsverpflichtung an zwischenzeitlich eingeführte technische Innovationen anzupassen.¹⁷⁹ Für den vorliegenden Zusammenhang von größerem Interesse war die im TKG-alt vorgesehene Möglichkeit der Monopolkommission, im Rahmen ihres Berichtes über die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf aus ihrer Sicht notwendige Konsequenzen der wettbewerblichen Situation für einzelne Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes hinzuweisen (§ 81 Abs. 3 S. 2 TKG-alt). Dabei sollte sie insbesondere zu der Frage Stellung nehmen, ob die Regelungen zur Entgeltregulierung im dritten Teil des Gesetzes weiter erforderlich sind (§ 81 Abs. 3 S. 3 TKG-alt).¹⁸⁰ Mit der Flexibilisierung des Ordnungsrahmens im Zuge der gemeinschaftsrechtlich vorgeprägten Novelle des Telekommunikationsgesetzes werden diese Entscheidungen künftig nicht mehr primär auf legislativer, sondern verstärkt auf administrativer Ebene zu treffen sein. Die entsprechenden Prüfungsaufträge konnten daher – in dieser Form – entfallen.¹⁸¹ Besonders hervorgehoben wird nun lediglich die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Diese Norm betrifft die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu Zwecken des Resales. Da die Verpflichtung eines Unternehmens, seinen Wettbewerbern den Wiederverkauf eigener Leistungen zu ermöglichen eine besonders hohe Wettbewerbsrelevanz besitzt, soll sie im Hinblick auf die Wettbewerbsentwicklung regelmäßig überprüft werden.

über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“ sieht in § 1 S. 1 die Umbenennung der auf Grundlage des zehnten Teils des TKG-alt eingerichteten RegTP vor, um der neuen, weiter gefassten Aufgabenstellung der Behörde Rechnung zu tragen.

¹⁷⁹ Vgl. Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 13/3609, S. 52, zu § 78 TKG-E.

¹⁸⁰ *Kirchner*, Dynamische Regulierung, S. 38, bemängelt, dass vom Potential dieser Regelungen „praktisch kein Gebrauch gemacht“ worden sei. *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98 sehen in § 81 Abs. 3 TKG-alt eine „Übergangsverheißung“ die (erst) durch das TKG 2004 zum Teil eingelöst worden sei.

Entsprechende Evaluationsaufträge sind also von Beginn an Teil der Telekommunikationsregulierung gewesen. Sie tragen dem dynamischen Charakter des Regelungsgegenstandes Rechnung und verweisen auf Revisionsvorbehalte,¹⁸² die grundsätzlich auch die vollständige Rücknahme von Teilbereichen der Regulierung erlauben. Gerade die besonders intensiven Eingriffe der Regulierung der Endkundenentgelte im Rahmen der §§ 24 ff. TKG-alt sollten bereits gem. § 81 Abs. 3 S. 3 TKG-alt regelmäßig auf dem Prüfstand stehen. Inwieweit dieser Evaluationsauftrag auch die Frage erfasste, ob die Entgeltregulierung im Rahmen des Netzzugangs entbehrlich ist, wurde durch das Gesetz nicht eindeutig beantwortet. § 39 TKG-alt bestimmte, dass die wesentlichen Vorschriften der Entgeltregulierung des dritten Teils des TKG-alt entsprechend für die Gewährung eines Netzzugangs nach § 35 TKG-alt und für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG-alt galten. Eine Aufhebung der Vorschriften des dritten Teils hätte daher grundsätzlich auch die Maßstäbe für die Entgeltregulierung im Rahmen der Netzzugangsregulierung betroffen. Allerdings liegen der Preisregulierung in Endkunden- und Vorleistungsmärkten jeweils unterschiedliche wettbewerbliche Problematiken zugrunde. Aus diesem Grund ist auch die Frage nach einer möglichen Rücknahme der Entgeltregelung insoweit getrennt zu beurteilen. Dementsprechend wurde bereits unter der Geltung des TKG-alt gelegentlich die Abschaffung der Regulierung der Endkundenentgelte gefordert, während die weitere Erforderlichkeit einer Preisregulierung auf Vorleistungsmärkten anerkannt wird.¹⁸³ In ihrem ersten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 3 TKG-alt¹⁸⁴ nahm die Monopolkommission zu beiden Problemkreisen Stellung. Sie betonte dabei die unterschiedliche Zielsetzung der Entgeltregulierung im Bereich der Endkunden- und Vorleistungsmärkte. Während Preisregulierung auf Vorleistungsmärkten solange Voraussetzung für das Entstehen von Wettbewerb auf Endkundenmärkten bleibe, wie Konkurrenten auf die Einrichtungen der DTAG angewiesen seien,¹⁸⁵ solle die Entgeltregulierung auf Endkundenmärkten insbesondere eine Quersubventionierung und ein mögliches Preisdumping verhindern.¹⁸⁶

¹⁸¹ Vgl. aber sogleich zu den neugefassten Berichtspflichten der Monopolkommission, S. 45 f.

¹⁸² *Hoffmann-Riem/Eifert*, Regelungskonzepte, S. 48 f.

¹⁸³ So insbesondere *Immenga*, WuW 1999, 949 ff.

¹⁸⁴ *Monopolkommission*, Sondergutachten 29.

¹⁸⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 29, Tz. 63.

¹⁸⁶ *Monopolkommission*, Sondergutachten 29, Tz. 65 f.

Die beschriebenen Evaluationsvorkehrungen des TKG-alt werden regelmäßig als Beleg für den transitorischen Charakter der Telekommunikationsregulierung herangezogen.¹⁸⁷ Die Monopolkommission weist aber zu Recht darauf hin, dass diese Übergangsvorstellung im Gesetz selbst nicht kodifiziert wurde.¹⁸⁸ § 81 Abs. 3 TKG-alt normierte zuvörderst einen politischen Auftrag des Gesetzgebers an sich selbst, die Vorschriften des TKG-alt regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls zu reformieren. Die Tätigkeitsberichte der Bundesnetzagentur und die Stellungnahmen der Monopolkommission stellen die Grundlage für diese Bewertung dar.¹⁸⁹ Die verschiedenen durch das Gesetz erteilten Evaluationsaufträge zeigen, dass der Regulierungsrahmen in der Telekommunikation der Veränderlichkeit seines eigenen Gegenstandsbereiches Rechnung trägt. Diese Veränderung ist Aufgabe und Ziel des Gesetzes. Die durch Berichts- und Überprüfungspflichten abgesicherte Revisionsoffenheit des Gesetzes kann aber nicht ohne weiteres mit dem Ziel einer möglichst zügigen Ablösung des gesamten regulatorischen Rahmens gleichgesetzt werden.

Dies belegt auch die Neufassung der Berichtspflichten in § 121 TKG. Wie bereits ausgeführt wurden die Evaluationsaufträge in Bezug auf einzelne Regelungen des TKG konkretisiert und nehmen nun nicht mehr pauschal mögliche Konsequenzen für die gesetzliche Regelung insgesamt in Bezug. Andererseits wurde gerade der Auftrag an die Monopolkommission auf die Stellungnahme zu „Stand und absehbarer Entwicklung“ des Wettbewerbs erweitert. Das neue Konzept einer flexiblen Bestimmung des Regulierungsbedarfs auf administrativer Ebene findet seinen Widerhall in dem Auftrag an die Monopolkommission, die Anwendung der Vorschriften des TKG über die Regulierung und die Wettbewerbsaufsicht zu würdigen und – allgemeiner und zukunftsgerichtet – zu aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung zu nehmen. Dies kann durchaus als ein Mittel zur informellen Kontrolle der Regulierungsentscheidungen der Bundesnetzagentur verstanden werden und mag sich als taugliches Instrument erweisen, der Behörde zusätzlichen ökonomischen und kartellrechtlichen Sachverstand an die Hand zu geben.¹⁹⁰

Mit der Frequenzverwaltung, den Bestimmungen etwa zur Lizenzierung von Anbietern, Regelungen über Nummernverwaltung, Universaldienst und Fernmeldegeheimnis enthält das Telekommunikationsgesetz zahlreiche Vorschriften, deren Wirkung und Bestand nicht im

¹⁸⁷ Vgl. etwa *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 1.

¹⁸⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 16.

¹⁸⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 16.

¹⁹⁰ Zur Abstimmung zwischen Regulierungsbehörde und Bundeskartellamt s. § 5 B. IV. 3., S. 315 ff.

gleichen Maße mit der Marktentwicklung zusammenhängen wie die Bestimmungen der Verhaltensaufsicht bei Netzzugang und Preissetzung¹⁹¹ – und die vom Prüfungsauftrag des § 121 TKG ausdrücklich ausgenommen sind. Ziele der Regulierung sind neben der Förderung des Wettbewerbs etwa die Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen, die Festlegung einer Frequenzordnung, die Entwicklung des Binnenmarktes, die Förderung von Telekommunikationsdiensten bei öffentlichen Einrichtungen, die öffentliche Sicherheit und einiges mehr (s. § 2 TKG).¹⁹² Angesichts dieses Bündels gesetzlicher Zielsetzungen erscheint Zurückhaltung bei der Annahme geboten, der Gesetzgeber habe das Telekommunikationsgesetz bereits bei seinem Erlass als eine nur zeitlich begrenzte Maßnahme angesehen. Auch die gesetzgeberischen Motive enthalten diesbezüglich keine eindeutige Aussage. In der Begründung zum TKG ist lediglich davon die Rede, dass die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Regelungen für die Umwandlung eines traditionell monopolistisch geprägten Marktes nicht ausreichend seien und daher eine sektorspezifische Regulierung erforderlich werde.¹⁹³ Einen deutlicheren Hinweis enthält dagegen die Begründung des Entwurfes zur sechsten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Dort heißt es unter „Allgemeines“ zu den Grundzügen des Entwurfes, mit der Netzzugangsvorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB stehe „ein Auffangtatbestand zur Verfügung, wenn künftig – wie vorgesehen – die sektorspezifische Regulierung im Bereich der Telekommunikation vom Gesetzgeber wieder aufgehoben“ werde.¹⁹⁴ Während also eine gesetzgeberische Intention zur Schaffung einer zeitlich begrenzten Regulierung im Falle des TKG nicht nachgewiesen werden kann,¹⁹⁵ wurde die Netzzugangsvorschrift des GWB mit dem ausdrücklichen Ziel einer Ablösung der entsprechenden telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen geschaffen. Angesichts der vielfältigen regulatorischen Aufgaben zeichnet das TKG mit der Forderung nach einer

¹⁹¹ Eine insoweit fortbestehende Rechtfertigung für eine sektorspezifische Regulierung erkennen auch *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 19 an.

¹⁹² Zur Multifinalität bereits des TKG-alt vgl. *Trute*, Telekommunikationsrecht, S. 858 f.; zustimmend *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 103.

¹⁹³ BT-Drs. 36/3609, S. 34.

¹⁹⁴ BT-Drs. 13/9720, S. 30, 37.

¹⁹⁵ A.A. *Hefekäuser*, MMR 1999, 144, 145, der die „möglichst baldige Abschaffung von Regulierung“ zum „Regulierungsziel“ erklärt.

Überprüfung der Konsequenzen der Marktentwicklung für „einzelne Bestimmungen“¹⁹⁶ eine realistischere Perspektive.¹⁹⁷

III. Regulierungsbedingter Wettbewerb

Im Rahmen der von ihr nach § 81 Abs. 3 TKG-alt vorzulegenden Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten hatte sich die Monopolkommission mehrfach mit der oben skizzierten ökonomischen Grundlegung der Forderung nach einer weiteren Deregulierung auseinandergesetzt. Sie setzte ihren im TKG-alt vorgesehenen Evaluationsauftrag um, indem sie anhand der empirisch verfügbaren Daten die strukturellen Aspekte der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten untersuchte und auf dieser Grundlage Anhaltspunkte für das Bestehen oder die Abwesenheit „funktionsfähigen“ Wettbewerbs ermittelte.¹⁹⁸ Unter der Geltung des § 81 Abs. 3 TKG-alt verfasste die Monopolkommission drei Sondergutachten, und zwar in den Jahren 1999,¹⁹⁹ 2001²⁰⁰ und 2003.²⁰¹ Im Rahmen der TKG-Novelle des Jahres 2004 wurde der Gutachtenauftrag der Monopolkommission – wie dargelegt – durch § 121 Abs. 2 TKG neu gefasst. Das Bestehen „funktionsfähigen Wettbewerbs“ als wesentliche Voraussetzung für die teilweise gesetzliche Rückführung des sektorspezifischen Regulierung ist danach nicht mehr zu prüfen; an seine Stelle tritt – neben der allgemeinen Beurteilung von Stand und Entwicklung des Wettbewerbs auf den wesentlichen Telekommunikationsmärkten – die Frage, ob „nachhaltig wettbewerbsorientierte Telekommunikationsmärkte in der Bundesrepublik Deutschland bestehen“. Die Monopolkommission selbst sieht ihre Aufgabe insoweit vor allem darin, Gesetzgeber, Bundesregierung und Bundesnetzagentur Hinweise darauf zu liefern, ob und in welchen Bereichen der Telekommunikation das Ziel der Regulierung, nachhaltig wettbewerbsorientierte Märkte zu fördern (§ 2 Abs. 2 Ziff. 2 TKG), bereits erreicht ist.²⁰² Den Begriff des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes“ definiert § 3 Ziff. 12 TKG als Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch nach

¹⁹⁶ Vgl. § 81 Abs. 3 S. 2 TKG-alt.

¹⁹⁷ *Möschel*, MMR-Beilage 3/1999, 3, 6.

¹⁹⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, S. 6.

¹⁹⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 29.

²⁰⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33.

²⁰¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 39.

²⁰² *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 7.

Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht.²⁰³ In der Sache ändert sich daher nichts daran, dass die Monopolkommission aufgrund der empirischen Wettbewerbsentwicklung die Erforderlichkeit einer fortgesetzten sektorspezifischen Regulierung zu beurteilen hat.²⁰⁴

1. Die Wettbewerbsentwicklung: Empirische Feststellungen

a) Marktanteile

Bei Teilnehmeranschlüssen besaß die DTAG bezogen auf die Anzahl der Telefonkanäle²⁰⁵ im ersten Quartal 2001 einen Marktanteil von 98%, bei ISDN-Primärmultiplexanschlüssen, die vor allem von Unternehmen nachgefragt werden, belief sich ihr Marktanteil auf etwa 90%.²⁰⁶ Bis zum ersten Quartal 2003 sank der Marktanteil der DTAG auf 95,7% aller Teilnehmeranschlüsse bzw. 83,3% der Primärmultiplexanschlüsse.²⁰⁷ Im ersten Quartal 2005 verteidigte die DTAG weiterhin einen Marktanteil von 91,2% der Telefonkanäle und 77,3% der Primärmultiplexanschlüsse.²⁰⁸ Dabei bestehen ganz erhebliche regionale Unterschiede. Eine grundlegende Änderung dieser Situation ist, jedenfalls im Bereich der Teilnehmeranschlüsse, nicht absehbar.²⁰⁹ Das Quasi-Monopol der DTAG wirkt sich auf alle Telekommunikationsdienstleistungen im Festnetz aus. Wettbewerber können Leistungen nur in dem Maß anbieten, wie die DTAG Zugang zu den Teilnehmeranschlüssen gewährt.

²⁰³ Zu den Konsequenzen der gesetzlichen Definition des Begriffes für den Beurteilungsspielraum der Monopolkommission s. *BerlKommTKG/Huppertz*, § 121 Rdnr. 18.

²⁰⁴ Auch die Monopolkommission selbst sieht im Übergang vom Kriterium des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ zu demjenigen des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Markts“ keine inhaltliche Änderung und hält es für nahe liegend, den in § 121 Abs. 2 TKG erteilten Auftrag in Anlehnung an ihr bisheriges Verständnis unter der Geltung des § 81 Abs. 3 TKG-alt zu definieren (vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 11). In beiden Fällen soll es um die Beurteilung der wettbewerbspolitischen Frage nach der Angemessenheit der Deregulierung gehen (aaO., Tz. 12 a.E.).

²⁰⁵ Bundesnetzagentur und Monopolkommission stellen bei ihrer Analyse nicht auf die Anzahl der Einzelanschlüsse, sondern auf die Anschlusskapazität in der Form der Telefonkanäle ab.

²⁰⁶ *Hellwig*, Wettbewerbspolitik, S. 20; *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294 f.; *Dreyer*, TKMR 2002, 259; *Monopolkommission*, Sondergutachten 29, Tz. 55 ff.; Sondergutachten 33, Tz. 48; *BMWi*, Eckpunkte Telekommunikation, unter 2., S. 3; *Knauth*, K&R Beilage 1/2003, 24.

²⁰⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 31 f.

²⁰⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 37 f.

²⁰⁹ So *Monopolkommission*, Hauptgutachten 14, Tz. 2. Auch im Sondergutachten 43 aus dem Jahr 2005 konstatiert die Monopolkommission den Wettbewerbern in Bezug auf die Teilnehmeranschlüsse einen mit 5,8% „weiterhin außerordentlichen schwachen“ Marktanteil (Tz. 39) und kann „kaum Wettbewerbsfortschritte“ verzeichnen (Tz. 239).

Bei den *Ortsgesprächen* kam es durch die Einführung des Call-by-Call Verfahrens im April 2003 zu einer deutlichen Belebung des Wettbewerbs. Bis zum ersten Quartal 2005 erreichten die Wettbewerber der DTAG hier einen Marktanteil von 37% bezogen auf die Verbindungsminuten bzw. 31% bezogen auf die erzielten Umsätze.²¹⁰

Im Bereich der *Fern- und Auslandsgespräche* haben die größten Marktanteilsverschiebungen zu Lasten der DTAG stattgefunden. Im ersten Quartal 2003 hatten die Wettbewerber einen nach Verbindungsminuten bemessenen Marktanteil von 45% bei den Fernverbindungen und 60% bei den Auslandsverbindungen erreicht. Zum ersten Quartal 2005 stiegen diese Anteile leicht auf etwa 46% bei den Fernverbindungen und 68% bei Auslandsverbindungen an.²¹¹ Bezogen auf das Umsatzvolumen lag der Marktanteil der Wettbewerber im ersten Quartal 2005 im Bereich der Fernverbindungen bei 44% und im Bereich der Auslandsverbindungen bei 61%.²¹² Die unterschiedlichen Marktanteile bei den Verbindungsminuten und den erzielten Umsätzen spiegeln das unterschiedliche Preisniveau der Verbindungsnetzbetreiber im Vergleich zur DTAG wieder.²¹³ Sie resultieren zum einen aus den fortbestehenden Kundenbeziehungen aus der Monopolzeit und zum anderen aus den Wechselkosten, die selbst das Wählen einer fünfstelligen Betreiberauswahlnummer im Call-by-Call Verfahren für den Kunden bedeuten.²¹⁴ Diese Umstände erlauben es der DTAG, höhere Preise zu verlangen und durchzusetzen als ihre Konkurrenten.²¹⁵ Umgekehrt bleibt die Kundenbindung der Wettbewerber im Segment des festnetzbasieren Sprachtelefondienstes gering. Der Anteil der im Wege des Call-by-Call-Verfahrens erbrachten Verbindungsminuten, bei dem der Anbieter selbst nicht in den Besitz der Kundendaten gelangt und das Inkasso durch die DTAG durchführen lässt, verharrt seit dem Jahr 2000 konstant auf einem Niveau von 50 - 55%.²¹⁶

Der DTAG war es auf der Grundlage ihres andauernden Quasi-Monopols im Bereich des Teilnehmeranschlusses zunächst gelungen, auch auf dem Markt für breitbandigen *Internetzugang* auf der Grundlage der DSL-Technologie (Digital Subscriber Line) eine

²¹⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 41, 239.

²¹¹ *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 12. Die *Monopolkommission* stellte für das erste Quartal 2003 einen nach Verbindungsminuten bemessenen Marktanteil der Wettbewerber von 45% bei den Fernverbindungen und 60% bei den Auslandsverbindungen fest, vgl. Sondergutachten 39, Tz. 36.

²¹² *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 36.

²¹³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 44.

²¹⁴ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 29.

²¹⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 54.

²¹⁶ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 45.

nahezu monopolistische Marktposition zu erlangen. Ende des Jahres 2000 lag der Marktanteil der DTAG bei 99%, Ende des Jahres 2002 weiterhin bei 94%.²¹⁷ Bis Mitte des Jahres 2005 stieg der Marktanteil der Wettbewerber auf 26%.²¹⁸ Etwa ein Drittel der Angebote der Wettbewerber (8,64%) beruht allerdings auf dem bloßen Resale des T-DSL-Angebots der DTAG. Das Resale-Angebot wurde durch die DTAG freiwillig und ohne regulatorische Verpflichtung ermöglicht. Der übrige Marktanteil der Wettbewerber von 17,28% wird vorrangig auf der Grundlage gemieteter Teilnehmeranschlussleitungen der DTAG oder des sog. Line Sharings erbracht.²¹⁹

Auf der Ebene der *Vorleistungen* besteht zunehmender Wettbewerb vor allem im Bereich der nationalen Zusammenschaltung und der Fernmietleitungen.²²⁰ Hier haben die Wettbewerber erhebliche Infrastrukturinvestitionen getätigt. Die Netzzusammenschaltung ermöglicht den Betreibern von Verbindungsnetzen die Zuführung und Terminierung von über ihre Netze geführten Gesprächen.²²¹ Solche Zusammenschaltungsleistungen können auf lokaler, regionaler oder nationaler Ebene erbracht werden. Etwa zehn Anbieter haben ihre eigenen Netze inzwischen an allen 23 Weitervermittlungsstellen mit dem Netz der DTAG zusammengeschaltet. Da diesen Zusammenschaltungspunkten Grundeinzugsbereiche zugeordnet sind, von denen aus die regionale Teilnehmerverkehrsebene sowie – mittelbar – die lokalen Zugangsnetze erreicht werden, sind diese Anbieter völlig unabhängig von nationalen Zusammenschaltungsleistungen der DTAG.²²²

Im Übrigen sind die Wettbewerber aber nach wie vor von den Vorleistungen der DTAG abhängig.²²³ Dies gilt insbesondere für die Zusammenschaltung auf der regionalen und

²¹⁷ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 60; *dies.* Sondergutachten 39, Tz. 43; *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294, 298; dazu und zu der zugrundeliegenden Regulierungsentscheidung der (damaligen) RegTP auch *Neitzel*, CR 2002, 256, 261 f.

²¹⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 46.

²¹⁹ *Monopolkommission*, aaO.

²²⁰ *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294, 295 f.; *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 61. Kritisch bezüglich eines möglichen Deregulierungspotentials in diesen Bereichen *Neitzel*, CR 2002, 256, 258.

²²¹ Vgl. dazu *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 54; Sondergutachten 39, Tz. 56 ff.

²²² *Hellwig*, Wettbewerbspolitik, S. 22; *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 75 f.

²²³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 51. Die Wettbewerber haben im Jahr 2002 etwa 50% des von ihnen insgesamt erzielten Umsatzes an die DTAG für die Bereitstellung von Vorleistungen gezahlt. Im Jahr 2004 sank dieser Anteil auf 39%. Gleichzeitig stieg aber der Anteil der alternativen Teilnehmeranschlüsse, die auf der Anmietung der Teilnehmeranschlussleitung bei der DTAG beruhen, deutlich an. Im Jahr 2002 waren etwa 90% der von den Wettbewerbern realisierten Teilnehmeranschlüsse vom entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung der DTAG abhängig, vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 54 f., 69. Ende 2004 war dieser Anteil auf 95% gestiegen,

lokalen Netzebene, ohne die den Betreibern von Verbindungsnetzen die Zuführung und Terminierung von Gesprächen oder Datenverkehr weiterhin weitgehend unmöglich ist, sowie für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.²²⁴ Die Anbieter von Sprachtelefondiensten und Internetzugang im offenen Call-by-Call Verfahren sind außerdem weiterhin in beträchtlichem Maße auf die Fakturierungs- und Inkassoleistungen der DTAG angewiesen.²²⁵

b) Der Konsolidierungsprozess in der Telekommunikation

Während die Anfangsphase der Liberalisierung zumindest in bestimmten Segmenten durch einen starken Preisverfall und eine stetig zunehmende Wettbewerbsintensität gekennzeichnet war, hat zwischenzeitlich ein deutlicher Konsolidierungsprozess auf den Telekommunikationsmärkten eingesetzt. Die bis Mitte 2000 vorherrschende Technologieeuphorie der Finanzmärkte erfasste gerade auch den Telekommunikationssektor und führte dazu, dass Finanzierungsmittel in großzügigem Maße angeboten wurden. Mit dem Stimmungswandel an den Finanzmärkten versiegte der Zufluss neuen Kapitals in den Sektor fast vollständig. Zugleich stagnierten die Dynamik der Marktanteilsverschiebungen und die Entwicklung des Wettbewerbs bei Fern- und Auslandsgesprächen.²²⁶ Allerdings begann sich diese Entwicklung in den Jahren 2002 und 2003 wieder umzukehren.²²⁷ Gerade auf neu entstehenden Märkten konnten die Wettbewerber angesichts des Verhaltens der DTAG und einzelner Regulierungsentscheidungen aber zunächst keine nennenswerten Marktanteile erringen.²²⁸ Zwar ist es nicht in dem großem Umfang zu Marktaustritten einzelner Wettbewerber gekommen, wie dies noch im Jahr 2001 befürchtet worden war – die Branche hatte mit der Insolvenz von bis zu 80% aller Wettbewerber der DTAG gerechnet²²⁹ – dennoch setzte sich die Konsolidierung der Telekommunikationsmärkte einschließlich entsprechender Marktaustritte fort.²³⁰ Vor diesem Hintergrund wird die Wettbewerbssituation insbesondere

weswegen die Monopolkommission eine eher steigende Abhängigkeit der Wettbewerber von der DTAG in diesem Bereich feststellt (Sondergutachten 43, Tz. 51).

²²⁴ *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294, 295; *Monopolkommission*, Hauptgutachten 14, Tz. 2.

²²⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 86; *dies.*, Sondergutachten 39, Tz. 65 ff.; *dies.*, Sondergutachten 43, Rdnr. 73.

²²⁶ *Hellwig*, Wettbewerbspolitik, S. 21; *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294, 295; *Monopolkommission*, Hauptgutachten 14, Tz. 2; *dies.*, Sondergutachten 33, Tz. 25, 57, 192.

²²⁷ Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 36.

²²⁸ Vgl. das angeführte Beispiel des breitbandigen Internetzugangs mittels DSL-Anschlüssen, oben Fn. 217 und begleitender Text.

²²⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 66.

²³⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 50 ff.

im Festnetzbereich als relativ instabil eingeschätzt,²³¹ insbesondere ist das Geschäftsmodell zahlreicher gegenwärtig profitabel arbeitender Wettbewerber in hohem Maße vom Fortbestand der Regulierung abhängig.²³²

Auch die Hoffnung auf innovative alternative Technologien zur Überwindung des Quasi-Monopols der DTAG im Bereich des Teilnehmeranschlusses erwiesen sich als zu optimistisch: Weder auf Grundlage der WLL-Technologie noch mittels der Nutzung des Stromnetzes²³³ zur Übertragung von Sprache und Daten wurden im Markt auch nur ansatzweise erfolgreiche Alternativen zur Teilnehmeranschlussleitung der DTAG eingeführt. Die Technologien werden als nicht wettbewerbsfähig eingeschätzt und stehen vor großen technischen Umsetzungsproblemen, die die Konzepte möglicherweise insgesamt in Frage stellen.²³⁴ Die verbleibende Hoffnung auf einen infrastrukturbasierten Wettbewerb im Bereich des Endkundenzugangs ruht nunmehr weitgehend ausschließlich auf den existierenden Fernseekabelnetzen. Bundesnetzagentur und Monopolkommission sind allerdings trotz erster Schritte zum rückkanalfähigen Ausbau der Netze der Auffassung, dass die alternativen Zugangstechnologien auf dem deutschen Markt aus technischen und wirtschaftlichen Gründen bislang und auf absehbare Zeit keine ausschlaggebende Rolle spielen.²³⁵

Ein solcher Konsolidierungsprozess ist an sich ein normaler Bestandteil der Entwicklung junger Märkte: Entsteht ein neuer Markt, muss er zwangsläufig eine Bereinigungsphase durchlaufen, in der auch eine Reihe von Unternehmen den Markt wieder verlassen werden. Die Telekommunikationsmärkte haben diese Übergangsphase aber noch nicht vollständig durchlaufen. Es ist gegenwärtig daher noch nicht abzuschätzen, welche Marktstrukturen sich mittelfristig einstellen werden.²³⁶ Insbesondere kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich die Marktentwicklung der ersten Liberalisierungsphase wieder umkehrt und die DTAG jedenfalls auf einigen Sektoren in einem so erheblichem Maße Marktanteile zurückgewinnt,²³⁷ dass die zunächst erzielten Liberalisierungserfolge gefährdet sind.

²³¹ *BMWi*, Eckpunkte Telekommunikation, unter 2., S. 3; *Knauth*, K&R Beilage 1/2003, 24; *Monopolkommission*, Hauptgutachten 14, S. 49.

²³² *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 52.

²³³ Vgl. dazu die Empfehlung der Kommission v. 6.4.2005 zur elektronischen Breitband-Kommunikation über Stromleitungen, ABIEG Nr. L 93/42 v. 12.4.2005.

²³⁴ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 82; *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294, 295; *Neitzel*, CR 2002, 256, 259; *BMWi*, Eckpunkte Telekommunikation, unter 2., S. 3; *Knauth*, K&R Beilage 1/2003, 24.

²³⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 76, 94.

²³⁶ *Hellwig*, Wettbewerbspolitik, S. 22.

²³⁷ Dazu *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 57; zustimmend *Neitzel*, CR 2002, 256, 260.

2. Bestreitbarkeit von Telekommunikationsmärkten

Die Verfechter einer zügigen weiteren Deregulierung argumentieren allerdings, dass potentieller Wettbewerb ungeachtet der tatsächlichen Marktanteile eines Unternehmens ausreichend sei, um die Verhaltensspielräume marktbeherrschender Unternehmen ausreichend zu kontrollieren. Dabei berufen sie sich im Wesentlichen auf die Theorie bestreitbarer Märkte. Diese ökonomischen Grundlagen der Forderung nach einer schnellen weiteren Deregulierung in ihrer Anwendung auf den Telekommunikationssektor werden allerdings von anderer Seite in Zweifel gezogen. Die Theorie bestreitbarer Märkte habe im Telekommunikationssektor nur eine begrenzte Bedeutung, da sie nur unter sehr speziellen Bedingungen anzuwenden sei, die auf den Märkten des Sektors in der Regel nicht vorlägen.²³⁸ Problematisch ist dabei insbesondere die im Modell der bestreitbaren Märkte vorausgesetzte Abwesenheit von versunkenen Kosten. Die Monopolkommission begründet ausführlich, dass für die Entscheidung über den Marktzutritt eines potentiellen Wettbewerbers nicht alleine die exogenen versunkenen Kosten erheblich sind – also diejenigen, die auf Grund technischer Gegebenheiten für die Erstellung und das Angebot des geplanten Produkts aufgewandt werden müssen. Von entscheidender Bedeutung sind daneben die endogenen versunkenen Kosten, die durch das strategische Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens bestimmt werden. Durch verschiedene Maßnahmen könne der Marktbeherrscher die Eintrittskosten für den Wettbewerber erhöhen und ihn so glaubhaft vom Markteintritt abschrecken.²³⁹ Darüber hinaus erhöhe der Monopolist die Kosten des Marktzutritts für Konkurrenten bereits im Voraus durch eine Reihe von Behinderungsstrategien. Dazu gehöre, dass er beispielsweise Verzögerungen bei der Realisierung von Zusammenschaltungen strategisch plane, bei Interventionen der Bundesnetzagentur grundsätzlich Rechtsmittel einlege, Rabattsysteme zur Kundenbindung einführe oder den Zutritt zu Teilmärkten durch Koppelangebote erschwere.²⁴⁰

3. Regulierungsbedingter vs. funktionsfähiger Wettbewerb

²³⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 33, Tz. 26 ff.

²³⁹ Wesentlichstes Element ist die glaubhafte Androhung eines Verdrängungswettbewerbs. Der marktmächtige Anbieter kann im Falle des Markteintritts eines Konkurrenten die Preise senken und gegebenenfalls auch unter Kosten anbieten, um seine Monopolstellung zu verteidigen. Er kann dabei auch Verluste in Kauf nehmen, weil sein Verhalten auch potentielle zukünftige Wettbewerber vom Markteintritt abhalten wird, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, Tz. 32 sowie Stiglitz, *The Roaring Nineties*, S. 102 f. und Endn. Chapter 4, 6.

²⁴⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 33, Tz. 32.

Dieser Kritik wird teilweise mit der Behauptung entgegengetreten, die Bestreitbarkeit etwa der Ferngesprächsmärkte sei für die Forderung nach Regulierungsabbau nachrangig, da bereits auf Grund der Existenz des aktuell funktionsfähigen Wettbewerbs die Legitimation für eine weitere Regulierung entfalle.²⁴¹ Damit wird ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Existenz von Wettbewerb und der Rückführung der Regulierung hergestellt. Es gerät dabei jedoch aus dem Blick, dass die regulatorische Einflussnahme auf die Märkte des Telekommunikationssektors überhaupt nur wegen bestimmter struktureller Merkmale erfolgt, vor deren Hintergrund der regulatorische Eingriff Wettbewerb erst ermöglichen soll. Die Analyse der Frage, ob die Intensität der regulatorischen Einflussnahme verringert oder die Regulierung ganz aufgegeben werden kann, kann sich nicht auf die Feststellung der aktuellen Wettbewerbsintensität beschränken. Denn die Existenz von Wettbewerb auf den regulierten Märkten bedeutet zunächst alleine, dass die Regulierung das ihr gesetzlich vorgegebene Ziel der Wettbewerbsförderung erreicht.²⁴² Inwieweit sich aber dieser Gesetzeszweck dauerhaft erledigt hat und die Regulierung damit überflüssig geworden ist, kann alleine auf der Grundlage der aktuellen Wettbewerbssituation nicht beurteilt werden. Entscheidend ist vielmehr, ob der entstandene Wettbewerb inzwischen unabhängig von dem regulatorischen Eingriff fortbestehen kann, der ihn zunächst ermöglicht.²⁴³ Dafür ist aber – entgegen der dagegen vorgebrachten Kritik²⁴⁴ – gerade eine prognostische Einschätzung der Wettbewerbssituation für den hypothetischen Fall der Rückführung der Regulierung erforderlich.²⁴⁵ Da die wettbewerblichen Probleme, denen durch die Regulierung der Telekommunikationsmärkte begegnet werden soll, vor allem strukturell bedingt sind,²⁴⁶ kommt es auch bei der Beurteilung der nach einer Rücknahme der bereichsspezifischen

²⁴¹ *Kruse/Haucap*, Wettbewerb in der Telekommunikation, S. 10; aus der bestehenden Intensität des Wettbewerbs leiten auch *Kruse*, Telefongespräche, S. 765 ff. und *Knieps*, MMR 2000, 266 ff. Deregulierungsforderungen ab.

²⁴² Siehe auch Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zur Marktanalyse, ABl. EG Nr. C 165 v. 11.7.2002, S. 6 ff. 29, Endnote 74: „An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass – wenn einem Unternehmen zum Zweck einer ex-ante-Regulierung bereits Vorabverpflichtungen auferlegt wurden – die Tatsache, dass der Wettbewerb auf dem relevanten Markt aufgrund eben dieser Vorabverpflichtungen wiederhergestellt wurde, nicht zwangsläufig bedeutet, dass das Unternehmen nicht länger eine beherrschende Stellung einnimmt und daher nicht mehr als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu bezeichnen ist“.

²⁴³ Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 9; *dies.* Sondergutachten 39, Tz. 9.

²⁴⁴ Siehe *Kruse/Haucap*, Wettbewerb in der Telekommunikation, aaO.

²⁴⁵ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 9 ff.; *dies.* Sondergutachten 39, Tz. 9 f.: *Neitzel*, CR 2002, 256, 257.

²⁴⁶ Dazu oben, § 2 D., S. 21 ff.

Regulierung zu erwartenden Wettbewerbssituation vorrangig auf die strukturellen Merkmale der Märkte an.²⁴⁷ Erst wenn diese strukturellen Aspekte Anlass zu der Einschätzung geben, dass ein tragfähiger Wettbewerb auch ohne weitere regulatorische Unterstützung fortbestehen wird, ist eine Perspektive für den Abbau der Regulierung eröffnet. Vor diesem Hintergrund definierte die Monopolkommission den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs unter der Geltung des TKG-alt als „strukturell gesicherten Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt wird“.²⁴⁸ Diese Definition wurde nunmehr auch durch den Gesetzgeber für das Regulierungsziel des „nachhaltig wettbewerbsorientierten Markts“ inhaltlich übernommen.²⁴⁹

Im Bereich der Vorleistungsregulierung liegen diese Voraussetzungen ganz überwiegend weiterhin nicht vor.²⁵⁰ Der bestehende Wettbewerb ist hier weitgehend regulierungsbedingt und nicht selbsttragend. Dies gilt selbst für die wettbewerbsintensivsten Bereiche wie etwa den Markt für inländische Ferngespräche. Auch der hier bestehende intensivere Wettbewerb wird durch Regelungen zur Verbindungsnetzbetreiberauswahl, zur Zusammenschaltung sowie dem diskriminierungsfreien und kostenorientierten Zugang zu wesentlichen Vorleistungen erst ermöglicht.²⁵¹ Raum für eine Untersuchung der möglichen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung sieht die Monopolkommission dementsprechend lediglich bei der Frage nach der weiteren Erforderlichkeit der präventiven Entgeltregulierung dieser Leistungen.²⁵² Auf Grund der fortbestehenden Abhängigkeit auch des vorhandenen Wettbewerbs im Bereich der Teilnehmeranschlüsse oder der Orts-, Fern- und Auslandsgespräche von den Vorleistungen der DTAG muss nach Auffassung der Monopolkommission die Regulierung der Zugangsleistungen aber jetzt und auf absehbare Zeit in vollem Umfang aufrechterhalten werden.²⁵³

²⁴⁷ Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 10. Dazu zählen etwa die bestehenden Marktanteile, die Finanzkraft der Anbieter, Zugänge zu Absatz- und Beschaffungsmärkten und Marktzutrittschancen, vgl. *Monopolkommission*, aaO., Tz. 11.

²⁴⁸ *Monopolkommission*, Sondergutachten 29, Tz. 54; *dies.* Sondergutachten 33, Tz. 9; *dies.*, Sondergutachten 39, Tz. 9.

²⁴⁹ Vgl. § 3 Ziff. 12 TKG.

²⁵⁰ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 68 ff.; vgl. auch *BMWi*, Eckpunkte Telekommunikation, S. 3; *Klotz*, MMR Beilage 1/2003, 3, 4; *Monopolkommission*, Sondergutachten 39, Tz. 69.

²⁵¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 187; *dies.* Sondergutachten 43, Tz. 80.

²⁵² *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 187; *dies.*, Sondergutachten 39, Tz. 85; *dies.*, Sondergutachten 43, Tz. 81 f.

²⁵³ *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 240; ebenso *Heun*, CR 2005, 725, 729.

H. Zusammenfassung und Würdigung

Die Wettbewerbsentwicklung der letzten Jahre hat gezeigt, dass die Vorstellung von der Telekommunikationsregulierung als einer bloßen "Geburtshelferin" des Wettbewerbs der Komplexität der Regulierungsaufgabe nicht gerecht wird. Die Entwicklung des Wettbewerbs vollzieht sich nicht linear weg vom Staatsmonopol hin zu einem vollständig durch den Wettbewerb disziplinierten Sektor. Einer solchen Sichtweise liegt eine in hohem Maße optimistische Wirkungsannahme über die Funktion des Wettbewerbs zu Grunde. Sie geht davon aus, dass die Regulierungsaufgabe im Wesentlichen in der Beseitigung der Folgewirkungen eines dysfunktionalen Staatsmonopols besteht. Sie vertraut darauf, dass die Kräfte des Wettbewerbs dann, wenn die regulativen Schranken aufgehoben und die nach der Auflösung des Monopols verbleibenden Übergangsprobleme mit regulativer Hilfe gelöst sind, der gesteigerte Wettbewerb für eine optimale Versorgung der Nachfrager von Telekommunikationsdienstleistungen ebenso sorgen wird, wie für größtmöglichen technischen Fortschritt und möglichst niedrige Preise.

Angesichts der beschriebenen wechsellvollen Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse auf den regulierten Märkten ist gegenüber einer solchen Sichtweise Skepsis angezeigt. Sie erkennt die fortbestehenden Strukturmerkmale der Telekommunikationsmärkte, die ursprünglich Anlass zur Regulierung gerade dieses Wirtschaftsbereiches gegeben haben. Die technischen und ökonomischen Gegebenheiten dieser Märkte mögen sich verändert haben; dennoch bestehen auf Angebots- wie auf Nachfrageseite besondere ökonomische Charakteristika fort, die Zweifel an der Funktionsfähigkeit eines vollkommen unregulierten Wettbewerbs auf diesen Märkten begründen. Regulierung wird damit nicht überflüssig oder gar grundsätzlich schädlich, sie wird nur erheblich voraussetzungsvoller.

Die Mahnung der positiven Theorie der Regulierung, bei der Entscheidung für den regulatorischen Eingriff auch die begrenzte Leistungsfähigkeit staatlicher Steuerungsinstrumente und die Möglichkeit des "Regulierungsversagens" in Betracht zu ziehen, bleibt berechtigt. Sie gilt im gleichen Maße aber auch für den Abbau der Regulierungsintensität: Ein "Deregulierungsversagen" in der Form unangemessener oder voreiliger Deregulierungsmaßnahmen kann mitunter volkswirtschaftlich ähnlich schädliche Folgen haben wie eine "Überregulierung". Der Ökonom und Nobelpreisträger Josef Stiglitz hat die These aufgestellt, dass die weit gehende Deregulierung des US-amerikanischen Telekommunikationsmarktes in den Neunziger Jahren ganz erheblich zum Entstehen und zum

Platzen der Spekulationsblase an den Finanzmärkten und der in der Folge eingetretenen Rezession beigetragen hat.²⁵⁴ Die in der Folge der Liberalisierung eingetretene „Goldgräberstimmung“ an den Kapitalmärkten habe ihre Ursache gerade nicht darin gehabt, dass die Unternehmen dauerhaft eine besonders hohe Wettbewerbsintensität auf den Telekommunikationsmärkten erwartet hätten, denn auf besonders kompetitiven Märkten sind die Gewinnmargen bekanntlich gering. Vielmehr hätten Unternehmen und Investoren angenommen, auf diesen Märkten langfristig besonders hohe Gewinne erzielen zu können. Eine besondere Rolle hätten dabei die bereits beschriebenen "First-Mover-Advantages" gespielt. Aufgrund der Vermachtungstendenzen der Märkte hätte sich der Wettbewerb auf dem Markt hin zum Kampf um den Markt verlagert.²⁵⁵ Diese netzökonomisch geprägte Sichtweise speiste extrem hohe Gewinnerwartungen für den Fall eines erfolgreichen Markteintritts. Diese wiederum drückten sich in entsprechend hohen Aktienkursen und Investitionen der Unternehmen aus, die mit herkömmlichen kaufmännischen Erwägungen nicht mehr zu rechtfertigen waren. Dies trug erheblich zum Entstehen der Spekulationsblase an den Finanzmärkten bei. Als diese schließlich platzte, hinterließ sie neben den bekannten Konsequenzen für die Weltwirtschaft erhebliche Überkapazitäten im Infrastrukturbereich, volkswirtschaftlich verschwendete Investitionen im mehrstelligen Milliardenbereich und mit dem Untergang des Unternehmen WorldCom die größte Insolvenz der Wirtschaftsgeschichte.²⁵⁶

Ob diese Betrachtungsweise zutreffend und auf die Verhältnisse an den deutschen Telekommunikationsmärkten übertragbar ist, kann und braucht vorliegend nicht beurteilt zu werden. Das Geschehen im Zusammenhang mit der Auktion der UMTS Frequenzen mag aber ein Indiz dafür sein, dass die geltend gemachten Bedenken durchaus berechtigt sein könnten. In jedem Fall illustrieren sie die potentiellen Gefahren einer unbedachten Deregulierungsstrategie, die Konsequenzen weit über den eigenen Regelungsgegenstand hinaus nach sich ziehen kann und verweisen damit auf die Komplexität der Regulierungsaufgabe. Darüber hinaus hat die Entwicklung der Jahre 2000 und 2001 gezeigt, dass die Marktentwicklung nicht stetig auf ein immer stärker wettbewerblich geprägtes Umfeld zustrebt, sondern sich die Wettbewerbsentwicklung auf Grund vielfältiger Faktoren abschwächen kann und sich auch in ihr Gegenteil umkehren mag. Ein Regulierungsrahmen

²⁵⁴ Vgl. *Stiglitz*, *The Roaring Nineties*, S. 87 ff.

²⁵⁵ Ausführlich zu diesen Phänomenen noch unten, § 3 C. IV. 2., S. 91 ff.

²⁵⁶ *Stiglitz*, *The Roaring Nineties*, S. 91 ff.

muss darauf vorbereitet sein, auch solche Entwicklungen auffangen zu können. Wie das europäische Telekommunikationsrecht versucht, diese Komplexität im Bereich von Netzzugang und -zusammenschaltung zu verarbeiten, wird im nächsten Hauptabschnitt zu untersuchen sein.

§ 3 - Der europäische Rechtsrahmen für Zugang und Zusammenschaltung

A. Gemeinschaftsrechtlich induzierte Öffnung der Telekommunikationsmärkte

I. Die Postreformen und das Telekommunikationsgesetz

Das TKG-alt beendete mit seinem Inkrafttreten am 1. August 1996²⁵⁷ das in § 1 Abs. 2 FAG verankerte Monopol der Deutschen Telekom AG zum Betrieb von Übertragungswegen und der zugehörigen Abschlusseinrichtungen,²⁵⁸ und befristete das ausschließliche Recht der DTAG zur Erbringung von Sprachtelefondienstleistungen bis zum 31. Dezember 1997.²⁵⁹

Diese endgültige Beseitigung aller noch bestehenden Ausschließlichkeitsrechte und die damit verbundene Überführung des ehemals durch das Staatsmonopol verwalteten Telekommunikationssektors war durch eine Reihe von gesetzgeberischen Maßnahmen vorbereitet worden, die in zwei Stufen die Transformation des Sektors hin zu einer privaten Leistungserbringung in einem wettbewerblich geprägten Umfeld einleiten sollten. Die wechselhafte Geschichte dieser Postreformen und der sie begleitenden politischen und gesellschaftlichen Auseinandersetzungen ist bereits häufig beschrieben worden;²⁶⁰ sie braucht hier nicht erneut detailliert dargelegt zu werden. Im Rahmen der Poststrukturreform des Jahres 1989 war das Sondervermögen "Deutsche Bundespost" in drei weitgehend verselbständigte Teilsondervermögen aufgespalten worden. Der neugeschaffene Art. 87 GG machte den Weg frei für die im Zuge der "Postreform II" 1994 umgesetzte Organisationsprivatisierung, mit der die drei Teilsondervermögen in privatrechtliche Aktiengesellschaften umgewandelt wurden.²⁶¹ Aus der Deutschen Bundespost TELEKOM wurde so die Deutsche Telekom AG (DTAG).

²⁵⁷ Das Gesetz wurde am 31.7.1996 im Bundesgesetzblatt verkündet, BGBl. I S. 1120 ff.

²⁵⁸ Aufgehoben durch § 99 Abs. 1 Nr. 1 a) TKG-alt.

²⁵⁹ Vgl. § 1 Abs. 4 FAG i.d.F. des § 99 Abs. 1 Nr. 1 b) TKG-alt.

²⁶⁰ Vgl. jüngst *Ritter*, Deutsche Telekommunikationspolitik 1989 bis 2003; *Wilms/Masing/Jochum-Wilms*, Einl. TKG Rdnr. 129 ff.; ferner etwa *Jäger*, Postreform; *Chen-jung Chan*, Staatliche Regulierung, S. 51 ff.; *Klodt/Laaser/Lorz*, Wettbewerb und Regulierung, S. 4 ff.; *Heun*, CR 2005, 725 ff.; sowie die Nachweise unten, Fn. 261.

²⁶¹ Zur Frage des Organisations- und Aufgabengehalts des Art. 87 GG a.F. siehe *Eifert*, Gewährleistungsstaat, S. 127 ff. Zur Postreform I etwa *Vogt*, Poststrukturreform, S. 223 ff.; zur Postreform II *Berger*, Postreform II, ZögU, Beiheft 19, 1996, S. 36 ff.

Neben der Abschaffung der Ausschließlichkeitsrechte der DTAG besteht die – andauernde – Aufgabe des Telekommunikationsgesetzes vor allem darin, einen Ordnungsrahmen für die privatwirtschaftliche Wettbewerbstätigkeit der DTAG und ihrer Konkurrenten zu schaffen. Gesetzgeberische Intention und vorrangiges Ziel des Gesetzes ist es, der fortbestehenden tatsächlichen Dominanz der DTAG auf den Telekommunikationsmärkten zu begegnen und angesichts ihrer Marktmacht einen Wettbewerb durch neu eintretende Anbieter zu ermöglichen.²⁶² Diesem Zweck dienen – wie bereits dargelegt – vor allem die Vorschriften über Netzzugang und -zusammenschaltung, die den wettbewerbspolitischen Kern des Ordnungsmodells des Telekommunikationsgesetzes bilden.

II. *Der duale Regulierungsansatz zur Öffnung der europäischen Telekommunikationsmärkte*

Zum Erlass des Telekommunikationsgesetzes wäre es vermutlich nicht gekommen, wenn der nationale Gesetzgeber nicht von europäischer Ebene unter Druck geraten wäre.²⁶³ Die Reformbereitschaft der politischen Kräfte in der BRD war gering; das in Vorbereitung der ersten Postreform in den achtziger Jahren von der Regierungskommission Fernmeldewesen vorgelegte Konzept²⁶⁴ wurde als „Reformbegrenzungskonzept“ bezeichnet.²⁶⁵ Zusätzlich erforderte die im Falle von tief greifenden Systemveränderungen überwiegend für notwendig erachtete Grundgesetzänderung einen breiten politischen Konsens und beschränkte den Handlungsspielraum des Gesetzgebers damit ganz maßgeblich.²⁶⁶

Die Europäische Gemeinschaft hatte dagegen bereits seit Beginn der achtziger Jahre die Möglichkeiten einer stärkeren wettbewerblichen Öffnung der Telekommunikationsmärkte

²⁶² Vgl. Begründung, BT-Drucks 13/3609, S. 33 f.; Besonders anschaulich auch das Bundesverwaltungsgericht (NVwZ 2001, 1399, 1402): „Die mit dem Telekommunikationsgesetz angestrebte Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte durch Sicherstellung chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs ... musste deshalb in den Blick nehmen, dass die Klägerin als früheres Staatsmonopolunternehmen mit einer Netzinfrastruktur von Kupferadern und Glasfaserleitungen in den Wettbewerb entlassen wurde, welche ihr eine nahezu flächendeckende Versorgung der Haushalte mit Telekommunikationsdienstleistungen ermöglicht. Ihre Wettbewerber, die ohne eine vergleichbare, im Ursprung nicht durch eigene unternehmerische Leistungen erwirtschaftete Infrastruktur starten mussten, können ohne Zugang zu den Netzen der Klägerin, Telekommunikationsdienstleistungen für Endkunden nicht in gleicher Weise wie diese anbieten“.

²⁶³ Vgl. *Klodt*, *Transitorische Regulierung*, S. 3.

²⁶⁴ Bericht der *Regierungskommission Fernmeldewesen*, *Neuordnung der Telekommunikation*, 1987.

²⁶⁵ *Möschel*, *K&R* 2002, 161.

²⁶⁶ *Möschel*, aaO.

untersucht.²⁶⁷ Ihr kam dabei als ein von den jeweiligen nationalen Interessenkartellen relativ unabhängiger Akteur eine wichtige Funktion bei der Überwindung bestehender Resistenzen gegen eine Marktliberalisierung zu. Entscheidend dafür war zunächst, dass die nationalen Telekommunikationsbetreiber und die sie unterstützenden Akteurskoalitionen insbesondere auf die Kommission nicht den gleichen Einfluss nehmen konnten wie auf die nationalen Gesetzgeber. Allerdings blieb mit dem Erfordernis der einstimmigen Beschlussfassung durch den Rat ein erhebliches institutionelles Hindernis für einen raschen Abbau der Monopolrechte bestehen. Denn angesichts der teilweise erheblichen nationalen Widerstände gegen den Abbau von Privilegien der Staatsunternehmen schien der erforderliche Konsens nur schwer erreichbar. Entscheidend für den verhältnismäßig raschen Erfolg der Liberalisierung war, dass die Kommission ihre Regulationsmaßnahmen auf Art. 86 Abs. 3 EGV²⁶⁸ stützen konnte und damit – insbesondere im Gegensatz zum damaligen Verfahren nach 100a EGV²⁶⁹ – die Umstrukturierung des Telekommunikationssektors ohne formelle Beteiligung des Rates einleiten konnte.²⁷⁰ Gleichzeitig stieß dieses Vorgehen der Kommission aber auf den entschiedenen Widerstand einer Reihe von Mitgliedstaaten. Diese wandten sich nicht nur gegen die von der Kommission zur Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte der nationalen Telekommunikationsbetreiber getroffenen inhaltlichen Regelungen, sondern vor allem gegen die Umgehung des Rates bei der Regulierung dieses sensiblen Sektors.²⁷¹

Gem. Art. 86 Abs. 1 EGV trifft die Mitgliedstaaten die Verpflichtung, die praktische Wirksamkeit der – zunächst an die Unternehmen adressierten – Wettbewerbsregeln und der übrigen Bestimmungen des EGV nicht durch Maßnahmen in Bezug auf öffentliche Unternehmen oder solche, denen besondere oder ausschließliche Rechte eingeräumt sind, zu beeinträchtigen. Die Vorschrift will also die staatliche Lenkungsmacht in Bezug auf solche Unternehmen disziplinieren²⁷² und an die allgemeinen Wettbewerbsregeln rückkoppeln. Sie verbietet staatliche Maßnahmen, durch die die betroffenen Unternehmen gegen das

²⁶⁷ Siehe dazu vor allem das Grünbuch über die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes für Telekommunikationsdienstleistungen und Telekommunikationsgeräte, KOM (87) 290 endg.

²⁶⁸ Vor der Neufassung des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) durch den Vertrag von Amsterdam: Art. 90 Abs. 3 EGV.

²⁶⁹ Jetzt Art. 95 EGV.

²⁷⁰ Vgl. *Trute*, Informationsrecht, S. 317 f.

²⁷¹ Vgl. hierzu die Ausführungen des Generalanwalts Giuseppe Tesauro in der Rechtssache C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, Tz. 2.

²⁷² Vgl. im Einzelnen *Geiger*, EG-Vertrag, Art. 86 Rdnr. 3; *Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke*, Art. 86 Rdnr. 4 ff.; *Calliess/Ruffert-Jung*, Art. 86 Rdnr. 3 f.

Wettbewerbsrecht des Vertrages verstoßen würden.²⁷³ Von diesem Grundsatz enthält Art. 86 Abs. 2 S. 1 EGV eine Ausnahme für den Fall, dass Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln an der Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe gehindert werden. Die Überwachung der Mitgliedstaaten auf Einhaltung der Verpflichtungen aus Art. 86 Abs. 1, 2 EGV durch die Kommission ist in Art. 86 Abs. 3 EGV geregelt. Danach kann die Kommission erforderlichenfalls Richtlinien oder Entscheidungen an die Mitgliedstaaten richten. Der Umfang dieser Befugnis stand im Zentrum des Streits um das Vorgehen der Kommission. Die Kontroverse entzündete sich dabei zunächst insbesondere an der Endgeräte-Richtlinie 88/301/EWG, mit der die Kommission die Mitgliedstaaten verpflichtete, besondere oder ausschließliche Rechte betreffend die Einfuhr, den Vertrieb, die Einrichtung, die Inbetriebsetzung und die Wartung von Telekommunikations-Endgeräten aufzuheben.²⁷⁴ Die französische Regierung veranlasste, unterstützt von den Regierungen der Bundesrepublik Deutschland, Spaniens, Italiens, Griechenlands und Belgiens die Überprüfung der Richtlinie durch den EuGH. Sie stützte ihre Klage vor allem darauf, dass die Kommission für den Erlass der Richtlinie nicht zuständig gewesen sei.²⁷⁵ Es wurde geltend gemacht, dass die Kommission mit dem Erlass der Richtlinie ihre Befugnisse auf der Grundlage des Art. 90 Abs. 3 EGV a.F. bzw. Art. 86 Abs. 3 n.F. überschritten habe, da die Vorschrift der Kommission lediglich eine Aufsichts- und Überwachungsbefugnis gewähre, nicht aber eine Rechtssetzungsbefugnis.²⁷⁶ Der EuGH verwarf diesen Einwand und bestätigte die Kompetenz der Kommission zum Erlass der Richtlinie mit dem Hinweis darauf, dass die Aufsichtsbefugnis der Kommission die auf Art. 90 Abs. 3 EGV a.F. gestützte Möglichkeit einschließe, die sich aus dem Vertrag für die Mitgliedstaaten ergebenden Verpflichtungen zu präzisieren. Der Umfang dieser Befugnis hänge dann von der Tragweite der Vorschrift ab, deren Beachtung sichergestellt werden soll.²⁷⁷ Auch den weiteren Einwand, eine Politik der Umstrukturierung des Telekommunikationssektors, wie sie die Richtlinie vorsehe, falle in die ausschließliche

²⁷³ Geiger, EG-Vertrag, Art. 86 Rdnr. 6; Grabitz/Hilf-Pernice/Wernicke, Art. 86 Rdnr. 8: „Verbot mittelbarer Vertragsverletzung“; Calliess/Ruffert-Jung, Art. 86 Rdnr. 10.

²⁷⁴ Vgl. Art. 2 S. 1 der Richtlinie 88/301/EWG der Kommission vom 16. Mai 1988 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikations-Endgeräte, ABl. EG Nr. L 131 v. 27.5.1988, S. 73.

²⁷⁵ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Tesouro v. 13.2.1990, Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, Tz. 6.

²⁷⁶ Vgl. Sitzungsbericht zur Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, Tz. 18, 26; Schlussanträge des Generalanwalts Tesouro v. 13.2.1990, Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, Tz. 50.

²⁷⁷ EuGH, Urt. v. 19.3.2001, Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, 1265, Tz. 14, 21.

Zuständigkeit des Rates auf der Grundlage von Art. 100a EGV a.F.²⁷⁸, hielt der EuGH für nicht durchgreifend, da die der Kommission in Art. 90 Abs. 3 EGV a.F. verliehene Zuständigkeit einen anderen und spezifischeren Inhalt habe als die Zuständigkeit des Rates nach Art. 100a EGV a.F., und außerdem der etwaige Erlass einer Regelung durch den Rat aufgrund einer allgemeinen Zuständigkeit nach anderen Vorschriften des Vertrags, in der Bestimmungen enthalten wären, die den besonderen Bereich von Art. 90 EGV a.F. berühren, der Ausübung der der Kommission in diesem Artikel verliehenen Zuständigkeit nicht entgegenstünden.²⁷⁹ Vor diesem Hintergrund hielt der EuGH die Endgeräte Richtlinie auf der Grundlage des Art. 90 Abs. 3 a.F. für kompetenzgemäß.²⁸⁰ Die Kommission stützte – noch vor der Entscheidung des EuGH im Jahre 1991 – auch die sog. Diensterichtlinie²⁸¹ auf Art. 90 Abs. 3 EGV a.F. Danach waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, alle besonderen und ausschließlichen Rechte einzelner Unternehmen bei der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen, mit Ausnahme des Sprachtelefondienstes, abzuschaffen.²⁸² Unter Bezugnahme auf seine Entscheidung zur Endgeräte Richtlinie bestätigte das Gericht auch die Kompetenz der Kommission zum Erlass dieser, für die weitere wettbewerbliche Öffnung des Sektors grundlegenden Richtlinie.²⁸³

Nachdem die Rechtsprechung des EuGH auf diese Weise die Kompetenz der Kommission zum Erlass von Richtlinien auf der Grundlage des Art. 90 Abs. 3 EGV a.F. bzw. Art. 86 Abs. 3 n.F. konturiert und insbesondere auf die Befugnis erweitert hatte, die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen zu präzisieren und auf diese Weise auch Alleinrechte der öffentlichen Unternehmen einzuschränken oder abzuschaffen, war der Kommission ein effektives wettbewerbspolitisches Gestaltungsmittel an die Hand gegeben.²⁸⁴ Die Rechtsprechung führte damit zu einer Verschiebung der politischen Balance zwischen Rat

²⁷⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 19.3.2001, Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, 1265, Tz. 20.

²⁷⁹ EuGH, Urt. v. 19.3.2001, Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, 1266, Tz. 25 f.; bestätigt in EuGH, Urt. v. 17.11.1992, verb. Rs. C-271/90, C-281/90 und C-289/90, Slg. 1992 I 5833 = EuZW 1993, 131, 132.

²⁸⁰ Lediglich die Verpflichtung zur Aufhebung bestimmter besonderer Rechte erklärte der EuGH für nichtig, vgl. Urt. v. 19.3.1991, Rs. C-202/88, Slg. 1991 I – 1223, 1273, Tz. 45 ff.

²⁸¹ Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28. Juni 1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 192 v. 24.07.1990, S. 10.

²⁸² Vgl. Art. 2 Abs. 1 Diensterichtlinie. Die Richtlinie fand darüber hinaus auf Netzwerkinfrastrukturen, Telex, Mobilfunk, Benachrichtigungs- und Satellitendienste keine Anwendung.

²⁸³ Verb. EuGH, Urt. v. 17.11.1992, verb. Rs. C-271/90, C-281/90, C-289/90, Slg. 1992 I 5833 = EuZW 1993, 131.

²⁸⁴ *Basedow*, Deregulierung – Ein Muss im Binnenmarkt, WD 1991, S. 370, 375; *Bohne*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 88.

und Kommission und setzte in der Folge den Rat unter politischen Handlungsdruck.²⁸⁵ Wollte sich der Rat seinem Einfluss auf den Regulierungsrahmen in der Telekommunikation nicht begeben, so musste er selbst durch den Erlass von Harmonisierungsrichtlinien tätig werden. Die durch den Rat repräsentierten Mitgliedstaaten standen auf diese Weise unter einem Zwang zum Konsens.²⁸⁶

Die Kommission ergänzte ihre Diensterichtlinie in der Folge immer wieder, um diejenigen Bereiche in den Wettbewerb zu überführen, die zunächst nicht liberalisiert worden waren. Dazu erließ die Kommission besondere Richtlinien bezüglich der Satellitenkommunikation²⁸⁷, zu Fernseekabelnetzen²⁸⁸ und zur Liberalisierung des Mobilfunks.²⁸⁹ Ihren vorläufigen Abschluss fanden die auf Art. 90 Abs. 3 EGV gestützten Liberalisierungsrichtlinien mit dem Erlass der sog. Wettbewerbsrichtlinie²⁹⁰, mit der eine vollständige Öffnung aller Märkte für Telekommunikationsdienstleistungen einschließlich der Sprachtelefonie in Europa ab dem 1.1.1998 vorgeschrieben wurde.

Die Diensterichtlinie und die sie ergänzenden spezifischen Liberalisierungsrichtlinien sahen vor allem den Abbau von Ausschließlichkeitsrechten vor und regelten daneben die Bedingungen, von denen der Marktzutritt im Telekommunikationssektor abhängig gemacht werden durfte – etwa Lizenzierungs- und Anzeigeverpflichtungen. Wie geschildert war für das Entstehen von Wettbewerb über die bloße Abschaffung der Legalmonopole hinaus die Implementierung eines positiven Ordnungsrahmens erforderlich.²⁹¹ Voraussetzung für das Entstehen eines europaweiten Binnenmarktes für Telekommunikationsdienstleistungen war

²⁸⁵ Scherer, Re-Regulierung, S. 85.

²⁸⁶ Dazu Scherer, Re-Regulierung, S. 85.

²⁸⁷ Richtlinie 94/46/EG der Kommission vom 13. Oktober 1994 zur Änderung der Richtlinien 88/301/EWG und 90/388/EWG, insbesondere betreffend die Satelliten-Kommunikation, ABl. EG Nr. L 268 v. 19.10.1994, S. 15.

²⁸⁸ Richtlinie 95/51/EG der Kommission vom 18. Oktober 1995 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Aufhebung der Einschränkungen bei der Nutzung von Kabelfernsehnetzen für die Erbringung bereits liberalisierter Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 256 v. 26.10.1995, S. 49; Richtlinie 1999/64/EG der Kommission v. 23.06.1999 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG im Hinblick auf die Organisation ein- und demselben Betreiber gehörender Telekommunikations- und Kabelfernsehnetze in rechtlich getrennten Einheiten, ABl. EG Nr. L 175 v. 10.07.1999, S. 39; diese Richtlinie erließ die Kommission auf der Grundlage von Art. 86 EGV.

²⁸⁹ Richtlinie 96/2/EG der Kommission vom 16. Januar 1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG betreffend die mobile Kommunikation und Personal Communications, ABl. EG Nr. L 020 vom 26.1.1996, S. 59.

²⁹⁰ Richtlinie 96/19/EG der Kommission v. 13.03.1996 zur Änderung der Richtlinie 90/388/EWG hinsichtlich der Einführung des vollständigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten, ABl. Nr. L 074 vom 22.3.1996, S. 13.

²⁹¹ Vgl. dazu oben, § 2 E, S. 27 ff.

dabei vor allem ein in seinen wesentlichen Elementen einheitliches System der Gewährung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen.²⁹² Die Ausgestaltung dieses Ordnungsrahmens, der auch für die neu eintretenden (privaten) Wettbewerber Geltung beanspruchen musste, machte Regelungen erforderlich, die über die Konkretisierung der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus Art. 90 EGV a.F. bzw. Art. 86 EGV n.F. bezüglich öffentlicher Unternehmen hinausgingen. Sie konnten daher nicht mehr alleine durch die Kommission auf der Grundlage dieser Bestimmung erlassen werden; die Beteiligung des Rates wurde erforderlich. Im Rahmen eines Kompromisses zwischen Rat und Kommission wurden die Liberalisierungsrichtlinien der Kommission daher von Beginn an ergänzt durch Harmonisierungsmaßnahmen des Rates auf der Grundlage von Art. 100a EGV a.F. bzw. Art. 95 EGV n.F.²⁹³ In deren Zentrum stand das Modell des offenen Netzzugangs (ONP - *Open Network Provision*). Die EU wählte auch hier das Modell einer Rahmenrichtlinie, die nach und nach durch eine Reihe bereichsspezifischer Richtlinien zum Netzzugang in einzelnen Sektoren der Telekommunikationsmärkte ergänzt wurde. Zeitgleich mit der Diensterichtlinie wurde vom Rat zunächst die sog. ONP-Rahmenrichtlinie²⁹⁴ verabschiedet. Hier wurden harmonisierte Bedingungen über den Zugang zu technischen Schnittstellen und Frequenzen, Grundsätze der Entgeltregulierung und bestimmte „wesentliche Anforderungen“ festgelegt, die allein zur Rechtfertigung der Beschränkung des Netzzugangs herangezogen werden dürfen (vgl. auch §§ 33, 35 TKG-alt). Die ONP-Rahmenrichtlinie aus dem Jahre 1990 wurde zunächst durch spezifische ONP-Richtlinien für Mietleitungen²⁹⁵ (1992) und den Sprachtelefondienst²⁹⁶ (1995) ergänzt. In Reaktion auf die inzwischen fortgeschrittene Liberalisierung wurden die ONP-Rahmenrichtlinie und die Mietleitungsrichtlinie im Jahre 1997 geändert und an die veränderten Wettbewerbsbedingungen angepasst.²⁹⁷

²⁹² Scherer, Re-Regulierung, S. 89.

²⁹³ Vgl. dazu Scherer/Bartsch, Telecommunication Law, Rdnr. 1.17.

²⁹⁴ Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision - ONP), ABl. EG Nr. L 192 v. 24.07.1990, S. 1.

²⁹⁵ Richtlinie 92/44/EWG des Rates vom 5. Juni 1992 zur Einführung des offenen Netzzugangs bei Mietleitungen, ABl. EG Nr. L 165 v. 19.6.1992, S. 27.

²⁹⁶ Richtlinie 95/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1995 zur Einführung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst, ABl. EG Nr. L 321 v. 30.12.1995, S. 6.

²⁹⁷ Vgl. Richtlinie 97/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 90/387/EWG und 92/44/EWG des Rates zwecks Anpassung an ein wettbewerbsorientiertes Telekommunikationsumfeld, ABl. EG Nr. L 295 v. 29.10.1997, S. 23.

Die ONP-Rahmenrichtlinie verfolgte danach im Wesentlichen drei Ansätze, um einen effektiven Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten zu gewährleisten.²⁹⁸ Zunächst beschrieb Art. 3 die fundamentalen Grundsätze, denen die Bedingungen für den offenen Netzzugang zu entsprechen hatten. Sie mussten danach auf objektiven Kriterien beruhen; sie mussten transparent sein und in geeigneter Form veröffentlicht werden; schließlich mussten sie gleichen Zugang gewährleisten und Diskriminierungen ausschließen (Art. 3 Abs. 1 ONP-Rahmenrichtlinie 1997). Der Zugang zu öffentlichen Telekommunikationsnetzen oder öffentlichen Telekommunikationsdiensten durfte nur wegen sog. „grundlegender Anforderungen“ i.S.d. Gemeinschaftsrechts eingeschränkt werden, Art. 3 Abs. 2 u. 3 ONP-Rahmenrichtlinie 1997. Diese Vorschriften stellten grundsätzlich einen weiten Anspruch auf Zugang zu Telekommunikationsnetzen sicher.²⁹⁹

Voraussetzung für die Verwirklichung des offenen Netzzugangs war und ist die technische Interoperabilität verschiedener Netze und Dienstleistungen. Aus diesem Grund fördert die Europäische Kommission die selbstregulative Herausbildung von technischen Standards durch die Marktakteure. Art. 5 Abs. 1 ONP-Rahmenrichtlinie 1997 sah zu diesem Zweck vor, dass die Kommission im Amtsblatt eine Liste von Normen und Spezifikationen veröffentlichen sollte, die den Anforderungen des offenen Netzzugangs gerecht wurden. Für den Fall, dass sich die Bereitstellung freiwilliger Normen als unzureichend erweisen sollte, um die Verwirklichung der Interoperabilität der Dienste und Netze in den Mitgliedstaaten sicherzustellen, ermächtigte Art. 5 Abs. 3 ONP-Rahmenrichtlinie die Kommission, in dem in Art. 10 festgelegten Verfahren die Einhaltung bestimmter Spezifikationen verbindlich vorzuschreiben.

Ein letztes wesentliches Element der ONP-Rahmenrichtlinie war schließlich das Bemühen um eine effektive Trennung von Aufsichtsinstanzen und Wettbewerbern im Telekommunikationssektor. Gem. Art. 5a der Richtlinie mussten die Mitgliedstaaten, soweit sie Eigentum an Telekommunikationsorganisationen beibehalten oder sonst über diese eine wesentliche Kontrolle ausübten, dafür Sorge tragen, dass eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit Eigentum oder Kontrolle gewährleistet ist.

²⁹⁸ Vgl. *Scherer/Bartsch*, Telecommunication Law, Rdnr. 1.50 ff.; *Mansell*, New Telecommunications, S. 72 ff.

²⁹⁹ Zu den durch das ONP-Regime gewährten Ansprüchen und deren Verknüpfung mit der Dienstleistungsfreiheit vgl. *Röhl*, Zusammenschaltung, S. 48 f.

Die Anpassung des ONP-Regelungsrahmens an ein inzwischen stärker wettbewerblich geprägtes Umfeld führte auch zu einer Neufassung der ONP-Sprachtelefondienstrichtlinie.³⁰⁰ Von wesentlicher Bedeutung für das nationale Regulierungsregime war schließlich die sog. Zusammenschaltungsrichtlinie aus dem Jahre 1997.³⁰¹ Diese Richtlinie schuf im Interesse der Wettbewerbsförderung einen Rechtsrahmen für die Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen, und sah zu diesem Zweck u.a. das Recht und die Verpflichtung von bestimmten Betreibern von Telekommunikationsnetzen und bestimmten Diensteanbietern vor, Zusammenschaltungsvereinbarungen auszuhandeln.³⁰² Diese vorrangige Verhandlungsverpflichtung wurde ergänzt durch die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden, von sich aus oder auf Ersuchen einer der Parteien auf die Zusammenschaltungsverhandlungen Einfluss zu nehmen, indem sie etwa eine Frist für deren erfolgreichen Abschluss setzten oder einzelne einzuhaltende Verpflichtungen der Parteien vorschrieben.³⁰³ Als ultima ratio konnten die nationalen Regulierungsbehörden schließlich unter bestimmten Voraussetzungen eine Zusammenschaltungsanordnung treffen.³⁰⁴

Ergänzt wurde das ONP-Regime durch eine Richtlinie zur Harmonisierung der Lizenzierung von Telekommunikationsdiensten.³⁰⁵ Schließlich wurde ein Universaldienstregime geschaffen, das angesichts des im Zuge der Liberalisierung vollzogenen Übergangs der Leistungserbringung im Telekommunikationssektor auf Private bestimmte Gemeinwohlziele wie die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit

³⁰⁰ Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. EG Nr. L 101 vom 01.04.1998, S. 24.

³⁰¹ Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.06.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. L 199 v. 24.11.1997, S. 32; ergänzt durch Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.09.1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreibervorauswahl, ABl. EG L 268 v. 3.10.1998, S. 37.

³⁰² Vgl. Art. 3 Abs. 1 Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG.

³⁰³ Vgl. Art. 9 Abs. 3 Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG.

³⁰⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 6 Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG.

³⁰⁵ Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste, ABl. EG Nr. L 117 vom 7.5.1997, S. 15.

Telekommunikationsdienstleistungen auf einem bestimmten Niveau und die Tarifeinheit im Raum sicherstellen sollte.³⁰⁶

³⁰⁶ Vgl. Richtlinie 98/10/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 1998 über die Anwendung des offenen Netzzugangs (ONP) beim Sprachtelefondienst und den Universaldienst im Telekommunikationsbereich in einem wettbewerbsorientierten Umfeld, ABl. EG Nr. L 101 v. 1.4.1998, S. 24 ff.

B. Revision des europäischen Telekommunikationsrechts

Der beschriebene Rechtsrahmen hatte die Marktöffnung in der ersten Phase der Liberalisierung ermöglicht und war durch das Telekommunikationsgesetz von 1996 in deutsches Recht umgesetzt worden. Er trat am 24.04.2003 außer Kraft. Art. 26 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste vom 24.04.2002 (Rahmenrichtlinie)³⁰⁷ hebt diejenigen Richtlinien, die Grundlage für die Liberalisierung des europäischen Telekommunikationssektors waren, zu diesem Datum auf.³⁰⁸ Sie bildet die Grundlage eines neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste und -infrastrukturen, der nach mehrjähriger Vorarbeit im April 2002 in Kraft trat und von den nationalen Gesetzgebern bis zum 24.7.2003 umzusetzen war.³⁰⁹ Bevor die Regelungen des nunmehr geltenden europäischen Telekommunikationsrechts im Einzelnen vorgestellt werden, soll allerdings kurz dessen für das Verständnis der gegenwärtigen Regelungsstrukturen wesentliche Genese im Rahmen der Anhörungs- und Abstimmungsprozesse auf europäischer Ebene dargestellt werden.

I. Revision und Revisibilität des Telekommunikationsrechts

Jede Rechtsnorm beruht auf bestimmten tatsächlichen Annahmen, die ihre Wirksamkeit bedingen. Recht muss sich der Fortgeltung seiner normativen Prämissen ebenso wie seiner Grundlagen im Tatsächlichen vergewissern. Verändern sich diese Grundlagen, so kann eine fortbestehende, von ihrem ursprünglichen Zweck abgelöste Regelung dysfunktionale Wirkungen erzeugen. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Vorschrift auf die Veränderung der eigenen Regelungsgrundlagen angelegt ist – wie im Fall der

³⁰⁷ ABl. Nr. L 108 v. 24.04.2002, S. 33 ff.

³⁰⁸ Im einzelnen handelt es sich dabei um die Richtlinien 90/387/EWG (ONP-Rahmenrichtlinie), 92/44/EWG (Mietleitungsrichtlinie), 95/47/EG (Fernsehsignalnormenrichtlinie), 97/13/EG (Lizenzierungsrichtlinie), 97/33/EG (Zusammenschaltungsrichtlinie), 98/10/EG (Sprachtelefondienstrichtlinie 1998), sowie die Entscheidungen 91/396/EWG (europäische Notrufnummer) und 92/264/EWG (Vorwahlnummern). Daneben hebt Art. 10 der konsolidierten Wettbewerbsrichtlinie zum 25.7.2003 die folgenden Rechtsakte auf: Richtlinie 90/388/EWG (Wettbewerbsrichtlinie), Richtlinie 94/46/EG der Kommission vom 13. Oktober 1994 zur Änderung der Richtlinie 88/301/EWG und 90/388/EWG insbesondere betreffend die Satellitenkommunikation; Richtlinie 95/51/EG (Kabelfernsehtetze); Richtlinie 96/2/EG (mobile Kommunikation); Richtlinie 96/19/EG (vollständiger Wettbewerb); Richtlinie 1999/64/EG (strukturelle Separierung der Fernseekabelnetze).

³⁰⁹ Art. 28 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie.

Telekommunikationsregulierung. Vorrangiges Ziel der ONP-Vorschriften ebenso wie des gesamten europäischen Telekommunikationsrechts war von Beginn an die Eröffnung von Wettbewerb in den durch Monopolstrukturen geprägten Telekommunikationsmärkten. Dieser Sektor – das „Regelungsobjekt“ der Regulierung – weist aus zwei Gründen eine extrem hohe Veränderungsdynamik auf: Zunächst verändern sich im Übergang zum Wettbewerb die Industriestrukturen in kurzer Zeit ganz grundlegend – und das um so mehr, je erfolgreicher die Regulierung ihren eigenen Auftrag der Marktöffnung zu erfüllen vermag. Zum zweiten wird die wirtschaftliche Dynamik potenziert durch eine extrem hohe technologische Innovationsrate, die ganze Märkte in kurzer Frist entwerten und neue entstehen lassen kann.³¹⁰

Diese miteinander verwobene technologische und wirtschaftliche Dynamik erfordert eine regelmäßige Evaluation der Regulierungskonzepte auf nationaler ebenso wie auf europäischer Ebene – und gegebenenfalls deren Revision. Diesem Bedürfnis wird auf nationaler wie europäischer Ebene durch eine Reihe von Evaluations- und Revisionsvorkehrungen Sorge getragen. Dazu gehören im Bereich des Telekommunikationsgesetzes etwa die Berichtspflichten der Bundesnetzagentur und der Monopolkommission.³¹¹

II. *Revision des europäischen Regulierungskonzepts: Der Kommunikationsbericht 1999*

Eine noch stärker ausgeprägte Tradition der Revisionsoffenheit findet sich im europäischen Telekommunikationsrecht.³¹² So sah etwa Art. 8 der ONP-Rahmenrichtlinie 90/387/EWG eine Überprüfung der Harmonisierungserfolge insbesondere unter dem Aspekt der technologischen Entwicklung und der Marktentwicklung vor. Ähnlich hat die Kommission gem. Art. 31 der Sprachtelefondienst-Richtlinie 98/10/EG die Durchführung dieser Richtlinie, unter anderem im Hinblick auf die Entwicklung der Marktbedingungen und des technischen Fortschritts zu überwachen. Die Bestimmungen über die Überwachung der Anwendung einzelner Richtlinien dienen vor allem der Sicherstellung der Umsetzung der einzelnen Richtlinien in den Mitgliedsstaaten und der Optimierung der jeweiligen Regelungen. Daneben bestand aber auf Grund der tiefgreifenden Marktveränderungen und der fortschreitenden technologischen Entwicklung ein Bedürfnis nach einer globalen Evaluation des gesamten

³¹⁰ Vgl. *Ladueur*, CR 1999, 395, 396.

³¹¹ Dazu siehe bereits oben, § 2 G II. und *Hoffmann-Riem/Eifert*, *Regulierungskonzepte*, S. 45 ff.

³¹² Dazu bereits *Hoffmann-Riem*, DVBl. 1999, 125 ff., insbes. Fn. 15 und begleitender Text; *Scherer*, CR 2000, 35.

Regulierungsrahmens. In wesentlichen Richtlinien wurde daher bereits zum Zeitpunkt ihres Erlasses eine Frist für die koordinierte Überarbeitung aller ONP-Richtlinien unter Berücksichtigung der Erfahrungen mit der Liberalisierung der öffentlichen Telekommunikationsnetze und Sprachtelefondienste bis zum 31.12.1999 vorgesehen.³¹³ In Erfüllung dieses Evaluationsauftrages legte die Kommission eine Mitteilung über die Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – den „Kommunikationsbericht 1999“ – vor.³¹⁴

Der Kommunikationsbericht 1999 stand im Zusammenhang mit einer Reihe anderer Dokumente und Studien der Kommission. Vor dem Hintergrund einer rasanten technischen Entwicklung und insbesondere der durch diese ermöglichten Konvergenzphänomene untersuchte die Kommission auch über den engeren Bereich der Telekommunikation hinaus die Möglichkeiten zur Fortentwicklung der Kommunikationsordnung in Europa. Zu den Studien, auf denen der Kommunikationsbericht 1999 aufbaut, gehören insbesondere die Grünbücher zu Konvergenz³¹⁵ und Frequenzpolitik,³¹⁶ die Untersuchungen über den Markt für Digitalfernsehen in der EU³¹⁷ und der Bericht über eine mögliche europäische

³¹³ So etwa Erwägungsgrund Nr. 17 der ONP-Sprachtelefondienstrichtlinie 98/10/EG; vgl. außerdem Art. 8 Richtlinie 90/387/EWG i.d.F. Richtlinie 97/51/EG v. 6.10.1997, Abl. EG Nr. L 295/28 v. 29.10.1997; Art. 31 der Richtlinie 98/10/EG v. 26.2.1998, Abl. EG Nr. L 101/38 v. 1.4.1998; Art. 14 Richtlinie 92/44/EWG i.d.F. Richtlinie 97/51/EG v. 6.10.1997, Abl. EG Nr. L 295/23 v. 19.10.1997; Art. 22 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG v. 30.6.1997, Abl. EG Nr. L 199/32 v. 26.7.1997; Art. 23 Richtlinie 97/13/EG v. 10.4.1997, Abl. EG Nr. L 117/15 v. 7.5.1997.

³¹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Ministerrat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, KOM (1999) 539 v. 9.11.1999. Siehe dazu *Kardasiadou*, RTkom 1999, 168 ff.; *Huber/Mayerhofen*, MMR 1999, 593 ff.; *Scherer*, CR 2000, 35 ff.; *Knieps*, MMR 1999, 460 ff.; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 46 ff.; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 78 ff.; *Piepenbrock/Schuster*, New European Regulatory Framework, S. 7 ff.

³¹⁵ Siehe dazu das Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Medien, Telekommunikation und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen, KOM (97) 623 v. 3.12.1997; Arbeitsdokument der Kommission, Zusammenfassung der Ergebnisse der öffentlichen Konsultationen zum Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Medien, Telekommunikation und Informationstechnologie und Themen für weitere Überlegungen, SEC (98) 1284 v. 29.07.1998; Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Die Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihre ordnungspolitischen Auswirkungen, Ergebnisse der öffentlichen Konsultation zum Grünbuch [KOM (97) 623], KOM (1999)108 v. 10.3.1999, sowie die vorbereitenden Studien *KPMG*, Public Issues Arising from Telecommunications and Audiovisual Convergence, 1996; *Squire Sanders & Dempsey*, Adapting the EU Telecommunications Regulatory Framework to the developing multimedia environment, 1998.

³¹⁶ *Europäische Kommission*, Grünbuch zur Frequenzpolitik in Verbindung mit Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft für Bereiche wie Telekommunikation, Rundfunk, Verkehr und FuE, KOM (1998) 596 endg. v. 9.12.1998; *dies.* Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Frequenzpolitik: Die nächsten Schritte, Ergebnisse der Anhörung zum Grünbuch, KOM (1999) 538 v. 10.11.1999.

³¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, "Die Entwicklung des Marktes für digitale

Regulierungsbehörde.³¹⁸ Auf dieser breiten Grundlage entwickelte der Kommunikationsbericht eine über den Kernbereich der traditionellen Telekommunikationsregulierung hinausweisende Perspektive für die Gestaltung eines zukünftigen Ordnungsrahmens. Zugleich sollten diejenigen Defizite beseitigt werden, die sich bei der Anwendung und Umsetzung des bisherigen Regulierungsrahmens gezeigt hatten. Insoweit konnte die Kommission auf die Ergebnisse der regelmäßig von ihr vorgelegten Umsetzungsberichte³¹⁹ zurückgreifen.

Eines der zentralen Themen des Kommunikationsberichts ist die sich immer weiter beschleunigende technologische Entwicklung. Technische Innovation und der zunehmende Wettbewerb hatten innerhalb von zwei Jahren nach der umfassenden Marktöffnung des Telekommunikationssektors und etwa zehn Jahre nach der Formulierung des der Liberalisierung zugrunde liegenden Ordnungsmodells einen erheblichen Revisionsbedarf des Regulierungsregimes im Telekommunikationssektor erzeugt. Diese Veränderungen versucht der Kommunikationsbericht zu verarbeiten. Allerdings schreitet die Evolution der Informationstechnologie weiter voran, so dass jede Reform des Regulierungsrahmens Gefahr läuft, lediglich eine Momentaufnahme der Markt- und Technologieentwicklung abzubilden und innerhalb kurzer Frist bereits wieder zu lediglich suboptimalen Ergebnissen zu führen. Die Kommission erkennt diese Gefahren und ist bemüht, die Tauglichkeit des Rechtsrahmens auch für Marktsituationen sicherzustellen, die zum Zeitpunkt seines Erlasses noch nicht vorausgesehen werden können.³²⁰ Dies soll dadurch erreicht werden, dass in den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften bestimmte politische Ziele definiert werden, welche als Grundlage der Tätigkeit der nationalen Regulierungsbehörden dienen sollen. Insbesondere sollen diese Zielvorgaben einen Maßstab für die Entscheidung darüber liefern, ob bestimmte Entwicklungen eine Regulierung erforderlich machen und welche Art der Regulierung sich

Fernsehdienste in der Europäischen Union" - Bericht im Zusammenhang mit der Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen, KOM (1999) 540.

³¹⁸ Dazu die Studien von *Eurostrategies/Cullen International*, *The possible added value of a European Regulatory Authority*; *NERA/Denton Hall*, *Issues Associated with the Creation of a European Regulatory Authority for Telecommunications*.

³¹⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, *Elektronische Kommunikation in Europa - Regulierung und Märkte 2005* (11. Bericht) v. 20.2.2006, KOM (2006) 68; zuvor Zehnter Bericht v. 2.12.2004, KOM (2004) 759; Neunter Bericht v. 19.11.2003, KOM (2003) 715; Achter Bericht v. 3.12.2002; Siebter Bericht v. 26.11.2001, KOM (2001) 706; Sechster Bericht v. 7.12.2000, KOM (2000) 814; Fünfter Bericht v. 11. 11.1999, KOM (1999) 537; Vierter Bericht v. 25.11.1998, KOM (98) 594; Dritter Bericht v. 18.2.1998, KOM (1998) 80; Zweiter Bericht v. 8.10.1997, KOM (97) 504; Erster Bericht v. 29.5.1997, KOM (97) 236.

gegebenenfalls zur Verwirklichung dieser Ziele am besten eignet. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass Regulierung flexibler wird und leichter auf Veränderungen reagieren kann.³²¹ Zu den von der Kommission im Kommunikationsbericht 1999 vorgeschlagenen Regulierungszielen gehören:

- Die Förderung eines offenen und wettbewerbsorientierten europäischen Marktes für Kommunikationsdienste mit dem Ziel, Verbrauchern und Unternehmen in der EU optimale Bedingungen in der Form von niedrigen Preisen, hoher Qualität und einem idealen Preis-Leistungs-Verhältnis zu bieten. Zugleich soll sichergestellt werden, dass der Wettbewerb in einem komplexen und konvergierenden Markt nicht verzerrt wird, und vielfältige innovative Dienste zur Verfügung stehen, unter denen die Benutzer je nach ihren Bedürfnissen wählen können.
- Der Dienst am europäischen Bürger, sichergestellt durch erschwinglichen Zugang zu einem Universaldienst, Schutz der Verbraucher gegenüber den Anbietern, ein hohes Niveau des Datenschutzes und des Schutzes der Privatsphäre, Transparenz von Tarifen und Bedingungen sowie die Berücksichtigung der speziellen Bedürfnisse besonderer sozialer Gruppen.
- Die Festigung des Binnenmarktes in einem konvergierenden Umfeld.³²²

Neben diesen politischen Ziele, die vor allem als Maßstab für die Erforderlichkeit einer regulatorischen Rahmensetzung im Einzelfall dienen sollen, will die Kommission auch bestimmte verbindliche Grundsätze für die Ausgestaltung des Regulierungsrahmens festlegen. Dazu gehört zunächst der Grundsatz, die Regulierung auf das zur Erreichung der politischen Ziele notwendige Minimum zu beschränken. In diesem Zusammenhang betont die Kommission auch die Bedeutung der allgemeinen Wettbewerbsregeln des europäischen Rechts. Eine über sie hinausgehende weitere sektorspezifische Regulierung solle nur geschaffen werden, wenn sie unbedingt erforderlich ist. Überflüssig gewordene Verpflichtungen aus dem bisherigen Rechtsrahmen sollen aufgehoben und vorrangig Initiativen der Marktakteure zur Selbstregulierung unterstützt werden.³²³

³²⁰ Kommunikationsbericht 1999, Zif. 3.1.

³²¹ Vgl. zum ganzen Kommunikationsbericht 1999, Zif. 3.1.

³²² Vgl. im Einzelnen den Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.1 (S. 13 f.), wo die einzelnen Zielvorgaben noch weiter aufgliedert werden.

³²³ Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.2 (S. 14 f.).

Die bedeutendste inhaltliche Anforderung an zukünftige Regulierungsmaßnahmen im Bereich der Kommunikationsinfrastrukturen ist die Forderung nach deren technologischer Neutralität.³²⁴ Die Verwendung bestimmter Technologien soll danach weder vorgeschrieben, noch soll zugunsten einzelner Technologien diskriminiert werden. Dies bedeutet vor allem, dass Dienste unabhängig von den ihrer Erbringung zugrunde liegenden Technologien und Kommunikationsinfrastrukturen einheitlich geregelt werden sollen. Unterschiede in der regulatorischen Behandlung von Infrastrukturen sollen nur dort beibehalten werden, wo sie durch die besonderen Eigenschaften der Netze erforderlich werden – etwa im Bereich der Frequenzplanung für drahtlose Netze oder den Wegerechten für Leitungsnetze.³²⁵

In Anbetracht der zunehmend globalisierten Märkte und der damit zusammenhängenden zunehmenden Bedeutung von Rechtssetzungsmechanismen auf supranationaler Ebene erkennt die Kommission an, dass sich geltendes Telekommunikationsrecht immer stärker zu einem komplexen Normengeflecht aus nationalen, inter- und supranationalen Rechtsnormen fortentwickelt. Während der Erlass der Rechtsnormen aber auf all diesen verschiedenen Ebenen stattfinden könne, möchte die Kommission die Durchsetzung der Regulierung so nahe wie möglich an den zu regulierenden Aktivitäten ansiedeln.³²⁶ Dieser Grundsatz der Subsidiarität bei der Rechtsdurchsetzung legt die Hauptverantwortung für die Implementation des telekommunikationsrechtlichen Ordnungsrahmens in die Hände der nationalen Regulierungsbehörden. Eine Stärkung der nationalen Institutionen erzeugt einen erhöhten Bedarf an Abstimmung zwischen den Mitgliedstaaten im Interesse einer einheitlichen Rechtspraxis im Binnenmarkt. In diesem Zusammenhang will die Kommission in stärkerem Maße eine Überwachungsfunktion gegenüber den nationalen Regulierungsbehörden wahrnehmen, um die Qualität von Umsetzung und Implementation der Regulierung auf nationaler Ebene zu überprüfen.³²⁷ Wie bereits bisher soll sich der zukünftige Rechtsrahmen aus verbindlichen sektorspezifischen Rechtsvorschriften, ergänzenden unverbindlichen sektorspezifischen Maßnahmen und dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zusammensetzen.³²⁸

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sind insbesondere die Bestimmungen über Netzzugang und Zusammenschaltung von Interesse. Hier hatten die Untersuchungen der

³²⁴ Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.2 (S. 15).

³²⁵ Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.2 (S. 15).

³²⁶ Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.2 (S. 16).

³²⁷ Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.2 (S. 16 f.).

³²⁸ Zu den Gestaltungsvorschlägen im Einzelnen siehe Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.3 (S. 17 ff.).

Kommission zahlreiche Implementationsdefizite festgestellt.³²⁹ Die Zusammenschaltungsverhandlungen wurden von den marktbeherrschenden Betreibern verschleppt oder ganz verweigert, die physische Implementation der Zusammenschaltung wurde verzögert oder von technischen und betrieblichen Bedingungen abhängig gemacht, die nicht mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Einklang standen.³³⁰ Die Kommission plante daher, an spezifischen sektorbezogenen Rechtsvorschriften über Netzzugang und -zusammenschaltung festzuhalten.³³¹ Die geltenden Vorschriften sollten allerdings konsolidiert und in einer neuen Zugangs- und Zusammenschaltungsrichtlinie zusammengefasst werden.³³²

Der Kommunikationsbericht 1999 diente als Positionsbestimmung der Kommission für die weitere Reform des Rechtsrahmens für den Telekommunikationssektor. Die dort formulierten Prinzipien wurden prägend für die weitere Diskussion um die Neugestaltung des Regulierungsregimes und bestimmen die grundlegenden Strukturen der schließlich erlassenen Rechtsakte.³³³ Für die vorliegende Untersuchung sind diese Umstände deswegen relevant, weil sich nachweisen lässt, dass die elementaren strukturellen Entscheidungen bezüglich des neuen Rechtsrahmens in den Jahren 1998 und 1999 getroffen wurden – zu einer Zeit also, die deutlich stärker von optimistischen Prognosen hinsichtlich der weiteren technischen und ökonomischen Entwicklung des Sektors geprägt war.

³²⁹ Dazu siehe *Europäische Kommission*, Fünfter Bericht über die Umsetzung des Reformpakets im Telekommunikationssektor v. 11. 11.1999, KOM (1999) 537, S. 15 ff.; außerdem Vierter Bericht v. 25.11.1998, KOM (98) 594, Ziff. 2.4.3.

³³⁰ Scherer, CR 2000, 35, 42.

³³¹ Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 4.2.9. (S. 40).

³³² Vgl. die Übersicht in Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.3.1 (S. 17 ff., 20).

³³³ Die anhaltende Bedeutung des Kommunikationsberichts auch für die Reform des deutschen Telekommunikationsrechts betont *Knieps*, Preisregulierung, S. 32.

C. Strukturelemente des neuen europäischen Regulierungsrahmens für den Kommunikationssektor

I. Überblick

1. Genese

Der Kommunikationsbericht 1999 bildete den Ausgangspunkt für die weitgehende Neugestaltung des europäischen Telekommunikationsrechts, die mit dem Inkrafttreten des neuen europäischen Regulierungsrahmens im Telekommunikationssektor am 24.04.2002 ihren vorläufigen Abschluss fand. Die Diskussion um die Neugestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens für den Telekommunikationssektor erstreckte sich über mehrere Jahre. Das von der Kommission vorgeschlagene Maßnahmenpaket bestand im Wesentlichen aus vier Richtlinien und einer Entscheidung. Neben einer Richtlinie über einen „gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie)“,³³⁴ legte die Kommission auch Vorschläge für eine Richtlinie über den „Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und dazugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie)“,³³⁵ eine Richtlinie über die „Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie)“,³³⁶ sowie eine Richtlinie über den „Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie)“,³³⁷ vor. Die zunächst ebenfalls im Rahmen der Maßnahmenpakets vorgesehene Richtlinie über die „Verarbeitung von personenbezogenen Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen

³³⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM (2000) 393, ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 198.

³³⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung, KOM (2000) 384, ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000 S. 215.

³³⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, KOM (2000) 386, ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000 S. 230.

³³⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, KOM (2000) 392, ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000 S. 238.

Kommunikation“³³⁸ wurde im Laufe des Rechtssetzungsverfahrens von den anderen Maßnahmen abgekoppelt, da sich im Zuge der Befassung der verschiedenen europäischen Institutionen insoweit zahlreiche Konflikte ergaben, die einen nur langsamen Fortschritt der Richtlinie im Rechtssetzungsverfahren ermöglichten. Ebenfalls Teil des Maßnahmenpakets war der Vorschlag für eine Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Kommunikationsdienste.³³⁹ Die übrigen Richtlinien wurden am 24. April 2002 im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht.³⁴⁰ Die fünfzehnmonatige Umsetzungsfrist für den nationalen Gesetzgeber lief am 24.07.2003 ab. Inzwischen sind auch die Datenschutzrichtlinie³⁴¹ sowie die neue Wettbewerbsrichtlinie³⁴² in Kraft getreten. Schließlich wird das Maßnahmenpaket durch eine Entscheidung über den Rechtsrahmen für die Frequenzpolitik ergänzt.³⁴³

Das Zustandekommen des Maßnahmenpakets war geprägt von den im hier einschlägigen Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV erforderlichen Abstimmungsprozessen

³³⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation KOM (2000) 385, ABl. Nr. C 365 E v. 19.12.2000 S. 223.

³³⁹ Bekanntmachung der Kommission über einen Richtlinienentwurf über den Wettbewerb auf dem Markt für elektronische Kommunikationsdienste, ABl. EG Nr. C 96 v. 27.3.2001, S. 2.

³⁴⁰ Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 33; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und dazugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 51; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 21. Zu dem Maßnahmenpaket gehörte darüber hinaus noch eine Entscheidung des Parlaments und des Rates über einen Rechtsrahmen für die Frequenzpolitik in der EG, Entscheidung Nr. 676/2002/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. März 2002 über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft (Frequenzentscheidung), ABl. EG Nr. L 108 v 24.4.2002, S. 1.

³⁴¹ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG Nr. L 201 v. 31.7.2002, S. 37; vgl. dazu *Ladeur*, K&R 2003, 153, 155 f.; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, S. 78 ff.; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 144 ff.

³⁴² Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikation und -dienste, ABl. Nr. L 249 v. 17.9.2002, S. 21; vgl. dazu *Ladeur*, K&R 2003, 153 ff.; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 8. Diese Richtlinie konsolidiert im Wesentlichen die Bestimmungen der bisherigen Liberalisierungsrichtlinien, vgl. *Scherer*, K&R 2002, 274, 276.

³⁴³ Entscheidung Nr. 676/2002/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7.3.2002 über einen Rechtsrahmen für die Frequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft (Frequenzentscheidung), ABl.

zwischen Europäischem Parlament, Rat und Kommission.³⁴⁴ Im Anschluss an die Veröffentlichung des Kommunikationsberichts führte die Kommission ein öffentliches Anhörungsverfahren durch, deren Ergebnisse sie dem Rat, dem Wirtschafts- und Sozialausschuss und dem Ausschuss der Regionen gemeinsam mit begleitenden Leitlinien für den neuen Rechtsrahmen am 26. April 2000 vorlegte.³⁴⁵ Es schlossen sich Diskussionen im Telekommunikationsministerrat am 2. Mai 2000 sowie im Europäischen Parlament am 24. Mai 2000 an. Nach Behandlung durch die Ausschüsse wurde der Bericht am 12. Juni 2000 im Europäischen Parlament angenommen. Auf dieser Grundlage nahm die Kommission die genannten fünf Richtlinienvorschläge am 12.7.2000 an und stellte sie zur öffentlichen Diskussion.³⁴⁶

Der neue Rechtsrahmen wurde damit im wesentlichen in den Jahren 1999 und der ersten Hälfte des Jahres 2000 formuliert - einer Zeit, in der sich die wirtschaftliche Dynamik des Kommunikationssektors noch durchaus anders darstellte als nur wenige Jahre später.³⁴⁷ Diese Bedingungen seiner Entstehung wird man bei Darstellung und Interpretation des neuen Rechtsrahmens nicht außer Acht lassen können.

2. Systematik

Die einzelnen in dem Richtlinienpaket enthaltenen Maßnahmen lassen sich jeweils einem allgemeinen und einem besonderen Teil der Kommunikationsregulierung zuordnen: Den „allgemeinen Teil“³⁴⁸ des neuen Kommunikationsrechts bildet die Rahmenrichtlinie. Sie enthält allgemeine Regulierungsgrundsätze und Regelungen, die horizontal in unterschiedlichen Bereichen der Kommunikationsregulierung anwendbar sind. Sie sieht insbesondere einen neuen Regulierungsansatz in Bezug auf das Konzept beträchtlicher Marktmacht sowie allgemeine Regelungen zur Streitbeilegung und anderer Verfahrensfragen

EG Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 1; dazu *Ladeur*, K&R 2005, 198 f.; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 9 ff.; *Scherer*, K&R 2002, 385, 396 ff.

³⁴⁴ Dazu *Ladeur*, K&R 2002, S. 110, 111; zur Genese insbesondere der Bestimmungen über die beträchtliche Marktmacht als Regulierungskriterium s. *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 183 ff.

³⁴⁵ Vgl. Rahmenrichtlinie, Erwägungsgrund 3 und Mitteilung der Kommission vom 26. April 2000, Die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung zum Communications Review 1999 und Leitlinien für den neuen Rechtsrahmen, KOM (2000) 239.

³⁴⁶ Dazu und zum weiteren Verfahrensgang *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 57 f.

³⁴⁷ Vgl. oben, § 2 G III.

³⁴⁸ *Koenig*, K&R Beilage 1/2003, 19, 20; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 825, 827.

vor.³⁴⁹ Der „besondere Teil“ des neuen europäischen Telekommunikationsrechts wird aus drei Einzelrichtlinien gebildet, welche die Bereiche Netzzugang, Genehmigung und Universaldienst regeln. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung sind vor allem die Rahmenrichtlinie sowie die Richtlinie über Netzzugang und Zusammenschaltung von Interesse.

3. Ziele und Grundlinien des neuen Rechtsrahmens

Die Erforderlichkeit einer Revision des europäischen Telekommunikationsrechts nur wenige Jahre nach seinem Entstehen wurde im Rahmen des Kommunikationsberichts 1999 ausführlich begründet. Viele der den neuen Rechtsrahmen prägenden Strukturelemente sollen den dort ausgemachten regulatorischen Herausforderungen begegnen und die wahrgenommenen Veränderungen des Kommunikationssektors verarbeiten. Da sie für das Verständnis auch der einzelnen Regelungen des neuen Rechtsrahmens von großer Bedeutung sind, soll zunächst ein Überblick über diese die neue Kommunikationsordnung prägenden Prinzipien gegeben werden, bevor – zu einem späteren Zeitpunkt – der Frage nach der Zweckmäßigkeit des verfolgten regulativen Konzeptes und der Tauglichkeit seiner Umsetzung nachgegangen werden kann.

Dabei sind die durch den neuen Rechtsrahmen verfolgten regulatorischen Zielsetzungen so vielfältig wie die Gründe, die nach nur wenigen Jahren eine umfassende Reform des europäischen Telekommunikationsrechts erforderlich machten. Die Grundzüge des neuen Regulierungsrahmens und seine wesentlichen regulatorischen Zielsetzungen gehen auf die im Kommunikationsbericht 1999 formulierten und oben bereits dargestellten Grundsätze zurück. Zu den dem Maßnahmenpaket zu Grunde liegenden Regulierungszielen gehören danach u.a. *erstens* die bereits angesprochene Konsolidierung und Vereinfachung des europäischen Regelungswerks. In Zusammenhang damit steht das Bemühen, vor allem durch neue prozedurale Vorkehrungen eine stärkere Harmonisierung der Anwendung des europäischen

³⁴⁹ Neben diesen Vorschriften, die für die Fragen des Netzzugangs und der Netzzusammenschaltung von erheblicher Relevanz sind und daher im Folgenden ausführlich analysiert werden, enthält die Rahmenrichtlinie unter anderem Vorgaben für die Verwaltung knapper Ressourcen, insbesondere die Frequenzverwaltung und die Vergabe von Nummern, Namen und Adressen (Art. 9, 10 Rahmenrichtlinie), für die Gewährung von Wegerechten (Art. 11 Rahmenrichtlinie) und die gemeinsame Nutzung von Einrichtungen (Art. 12 Rahmenrichtlinie) sowie zur getrennten Rechnungslegung und strukturellen Separierung von Unternehmen, die öffentliche Kommunikationsnetze oder -dienste anbieten und in demselben oder einem anderen Mitgliedstaat besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Sektoren besitzen (Art. 13 Rahmenrichtlinie).

Telekommunikationsrechts in den Mitgliedstaaten zu erreichen.³⁵⁰ Darüber hinaus soll - *zweitens* - dem im Rahmen der Überprüfung des Rechtsrahmens im Jahre 1999 als zentrale Herausforderung ausgemachten Phänomen der Konvergenz von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien Rechnung getragen werden.³⁵¹ *Drittens* lässt sich als wiederkehrendes Motiv des neuen Rechtsrahmens die Anpassung des Rechts an sich dynamisierende, stärker wettbewerblich geprägte Kommunikationsmärkte ausmachen. Vor diesem Hintergrund macht sich das Maßnahmenpaket, jedenfalls im Grundsatz, die Forderung nach einer Flexibilisierung und Rücknahme der sektorspezifischen Regulierung und einer stärkeren Annäherung an das Wettbewerbsrecht zu Eigen.³⁵² Schließlich postulieren die Regulierungsmaßnahmen *viertens* einen Grundsatz der technologieneutralen Regulierung, der sich in eine Beziehung sowohl zu den regulatorischen Herausforderungen der Konvergenz als auch den besonderen Bedingungen der Regulierung dynamischer Märkte setzen lässt.

II. Vereinfachung und Harmonisierung

Erklärtes Ziel der Reform des europäischen Telekommunikationsrechts war es, die bisherige unübersichtliche Regulierungssystematik zu vereinfachen und in einigen wenigen Rechtssetzungsakten zu konsolidieren.³⁵³ Ob dieses Ziel mit dem vorliegenden Rechtsrahmen erreicht worden ist, wird bezweifelt.³⁵⁴ Das System von Rahmenrichtlinie und ergänzenden bereichsspezifischen Richtlinien ist gekennzeichnet durch zahlreiche Bezugnahmen und Querverweise,³⁵⁵ unter denen die Transparenz des Regelwerks leidet. Zudem enthalten die Richtlinien zahlreiche Ermächtigungen für Einzelentscheidungen und ergänzende Rechtsakte wie Leitlinien und Empfehlungen sowohl der nationalen Regulierungsbehörden als auch der Europäischen Kommission.³⁵⁶ Die Befürchtung, dass dies innerhalb relativ kurzer Zeit zu

³⁵⁰ Vgl. etwa Art. 1 Abs. 1 S. 2, Art. 7 Abs. 2 Rahmenrichtlinie.

³⁵¹ So Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie.

³⁵² Vgl. Erwägungsgrund 25 und 27 der Rahmenrichtlinie.

³⁵³ So etwa der Kommunikationsbericht 1999, Ziff. 3.3 (S. 17 ff.)

³⁵⁴ Vgl. Scherer, K&R 2002, 273, 274.

³⁵⁵ Siehe etwa Art. 7 Abs. 3, 16 Abs. 2 und 5, 19 Abs. 1 und 2 Rahmenrichtlinie; Art. 5 Abs. 2, 6 Abs. 3, 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie.

³⁵⁶ Allein in Art. 15 Rahmenrichtlinie finden sich drei solche Ermächtigungen in den Abs. 1, 2 und 4.

einem dem gegenwärtigen Zustand vergleichbaren „Regelungsgestrüpp“ führen könnte,³⁵⁷ dürfte vor diesem Hintergrund nicht völlig unbegründet sein.

Der Wunsch nach einer stärker harmonisierten Anwendung des Kommunikationsrechts in der Europäischen Union wurde bereits im Rahmen des Kommunikationsberichts 1999 formuliert.³⁵⁸ Die Kommission stellte fest, dass die inkohärente Anwendung einiger Bestimmungen des Telekommunikationsrechts die Entwicklung des effizienten Wettbewerbs und die Entfaltung europaweiter Dienste behindern würde.³⁵⁹ Um diesem Problem zu begegnen wurde zunächst die Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde für den Sektor erwogen. Diese Überlegung war bereits im alten Rechtsrahmen 1998 angelegt. Als Teil der Revisionsvorkehrungen fügte die Richtlinie 97/51/EWG die Verpflichtung der Kommission in die ONP-Rahmenrichtlinie 90/387/EWG ein, den Mehrwert der Einrichtung einer europäischen Regulierungsbehörde zu untersuchen.³⁶⁰ Eine daraufhin im Rahmen der Revisionsbestrebungen der Kommission in Auftrag gegebene Studie³⁶¹ kam zu dem Schluss, dass die Einrichtung einer solchen Aufsichtsbehörde gegenwärtig nicht zu empfehlen sei. Dieser Auffassung schloss sich die Kommission im Kommunikationsbericht 1999 an.³⁶² Sie hielt es aber für dringend erforderlich, die Zusammenarbeit der Kommission mit den nationalen Regulierungsbehörden zu verbessern. Diesem Zweck dient zunächst auf institutioneller Ebene die Einrichtung einer zweigliedrigen Struktur von Abstimmungsgremien. Deren Bestandteile sind der Kommunikationsausschuss³⁶³ sowie eine neue hochrangige Kommunikationsgruppe,³⁶⁴ die sich aus der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden zusammensetzt und eine Schnittstelle zwischen den

³⁵⁷ So *Scherer*, K&R 2002, S. 273, 274; kritisch auch *Säcker*, K&R Beilage 1/2003, 1. Eine positive Prognose für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit in den Mitgliedstaaten stellen angesichts der Reduzierung der anwendbaren Rechtsvorschriften *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 36; ähnlich *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikation, S. 40, die von einer „wesentlichen Vereinfachung“ des europäischen Telekommunikationsrechts ausgeht.

³⁵⁸ Auf den Zusammenhang der großen Bedeutung des Harmonierungsziels mit der Erweiterung der Europäischen Union weist *Holznel*, Europäische Regulierungsvorhaben, S. 6, hin.

³⁵⁹ Kommunikationsbericht 1999, S. X.

³⁶⁰ Vgl. Art. 1 Ziff. 8, der zugleich die Verpflichtung zu einer umfassenden Evaluation des Regulierungsrahmens bis zum 31.12.1999 vorsah.

³⁶¹ *Eurostrategies/Cullen International*, Final report on the possible added value of European Regulatory Authority, Oktober 1999.

³⁶² Kommunikationsbericht 1999, S. 9 ff.

³⁶³ Vgl. Art. 22 Rahmenrichtlinie.

³⁶⁴ Vgl. Beschluss der Kommission vom 29.7.2002 zur Einrichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 200 vom 30.7.2002, S. 38.

nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission bilden soll, um auf diese Weise zur Entwicklung des Binnenmarktes und zur einheitlichen Anwendung des neuen Rechtsrahmens beizutragen.³⁶⁵

Die Bemühungen zur Harmonisierung der Anwendung des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens im Kommunikationssektor beschränkten sich aber nicht auf die Einrichtung von Abstimmungsgremien. Der neue Rechtsrahmen räumt den nationalen Regulierungsbehörden vielerorts erheblich erweiterte Entscheidungsspielräume ein.³⁶⁶ Um den damit verbundenen potentiellen Nachteilen für die Entwicklung des Binnenmarktes zu begegnen,³⁶⁷ wird die Kommission verfahrensrechtlich in erheblichem Maße auch in einzelne Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden eingebunden. Zu diesem Zweck sieht der neue Rechtsrahmen umfangreiche Konsultations- und Beteiligungsrechte der Kommission vor. Darüber hinaus wurden der Kommission weitreichende Befugnisse eingeräumt, die den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden in bestimmten Bereichen in durchaus erheblichem Maße einschränken. Dazu gehören etwa die Befugnis, die einer ex-ante Regulierung zugänglichen Märkte selbst im Rahmen einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten zu definieren, sowie die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Marktdefinitions- und Analyseverfahren durch von der Kommission zu erlassende Leitlinien vorzustrukturieren.³⁶⁸ Auf diese Bestimmungen und ihre – durchaus diskussionswürdige – Zweckmäßigkeit wird noch ausführlicher zurückzukommen sein.

III. Der neue Rechtsrahmen als Reaktion auf Konvergenzphänomene

1. Von der Telekommunikationsregulierung zum europäischen Kommunikationsrecht

Seit dem Grünbuch zum Thema Konvergenz und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen aus dem Jahr 1997³⁶⁹ war das Phänomen der Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie auf europäischer Ebene ein zentrales Motiv der

³⁶⁵ So Art. 3 S. 2 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 zur Einrichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Abl. EG Nr. L 200 vom 30.7.2002, S. 38 ff., 39; ausführlich unten, § 3 E I 2, S. 167 ff.

³⁶⁶ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 22.

³⁶⁷ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 23.

³⁶⁸ Vgl. *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 38; *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 150.

³⁶⁹ S.o. Fn. 315.

Politikformulierung im Kommunikationssektor. Zu den heute beschriebenen Konvergenzphänomenen gehören etwa das Zusammenwachsen von Mobil- und Satellitenkommunikation mit dem Festnetz, die einheitliche Verwendung von Kabelfernseh-, Telekommunikationsnetzen und vereinzelt auch Stromleitungen zur Erbringung von Kommunikationsleistungen sowie die Vereinheitlichung von Kommunikationsdienstleistungen auf der Grundlage des Internet-Protokolls.³⁷⁰ Insbesondere der Kommunikationsbericht 1999 hatte solche Konvergenzerscheinungen als zentrale Herausforderung für eine Neugestaltung des Kommunikationsrechtsrahmens ausgemacht, und als Konsequenz die Umsetzung zweier Prinzipien gefordert, die für den neuen Rechtsrahmen prägend geworden sind. Dazu gehört zum einen das Ziel, weitgehend unabhängig von ihrer technischen Beschaffenheit einheitliche rechtliche Rahmenbedingungen für die gesamte Kommunikationsinfrastruktur und die zugehörigen Dienste bereitzustellen.³⁷¹ Eng damit verwandt ist der Grundsatz der technologieneutralen Regulierung, auf den später zurückzukommen sein wird.

Über die bloßen Absichtserklärungen und Zielvorgaben hinaus wird dieser erweiterte Ansatz auch in einzelnen Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens deutlich. Kennzeichnend dafür ist zunächst die Aufgabe des bisher für das europäische Telekommunikationsrecht zentralen Begriffs des „öffentlichen Telekommunikationsnetzes“ und des „Telekommunikationsdienstes“.³⁷² Sie werden durch die allgemeineren Begriffe des „elektronischen Kommunikationsnetzes“ und des „elektronischen Kommunikationsdienstes“ ersetzt. Diese Begriffe sind sehr weit gefasst.³⁷³ Die „elektronischen Kommunikationsnetze“ erfassen nach Art. 2 a) Rahmenrichtlinie alle „Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitwegeeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen“. Die in Art. 2 a) Rahmenrichtlinie enthaltene beispielhafte Aufzählung einzelner solcher elektronischer Kommunikationsnetze nennt ausdrücklich etwa auch die für Hör- und Fernseh Rundfunk genutzten terrestrischen- und Kabelnetze. Damit ist klargestellt, dass aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht auch die zur Erbringung von Rundfunk

³⁷⁰ Vgl. etwa *Scherer*, K&R 2002, S.273, 276; zu dieser „Konvergenz der Netze“ vgl. auch *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikationsmärkte, S. 9 ff.

³⁷¹ Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie; Erwägungsgrund 1 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte. Vgl. auch bereits Kommunikationsbericht 1999, S. 4; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 40; *Holznapel*, NJW 2002, 2351, 2353 f.

³⁷² Ähnlich *Holznapel*, NJW 2002, 2351, 2354.

genutzten Infrastrukturen als elektronische Kommunikationsnetze anzusehen sind und daher dem gemeinschaftlichen Kommunikationsrechtsrahmen unterfallen.³⁷⁴ Welche Konsequenzen dies – etwa im Hinblick auf die Gewährung von Netzzugang – hat, bleibt aber zunächst offen.

Jedenfalls aber wird der Anwendungsbereich der telekommunikationsrechtlichen Regulierung potentiell erheblich erweitert. Er könnte sich in Zukunft auch auf Bereiche erstrecken, die bisher der Regulierung nicht unterworfen sind.³⁷⁵ Mit dieser Änderung schließt der europäische Richtliniengeber eine Entwicklung ab, die bereits im Rechtsrahmen 1998 und dem zu dessen Umsetzung erlassenen TKG angelegt war, aber trotzdem immer wieder zu Streitigkeiten Anlass gab und Abgrenzungsschwierigkeiten verursachte.³⁷⁶ Das europäische Telekommunikationsrecht wird zu einem allgemeinen Recht der Kommunikationsinfrastrukturen.

2. Trennung der Regulierung von Inhalten und Infrastrukturen

Die einheitliche regulative Behandlung der Infrastrukturen soll vor allem sicherstellen, dass ein möglicher Wettbewerb zwischen verschiedenen Infrastrukturen unbeeinflusst von staatlichen Eingriffen stattfinden kann. Denn unter Konvergenzbedingungen kann ein einheitlicher Dienst mittels unterschiedlicher Infrastrukturen erbracht werden. Ein einheitliches regulatives Rahmenwerk für alle Übertragungsnetze und -dienste ist hier wünschenswert, weil es ungerechtfertigten Unterschieden in der regulativen Behandlung verschiedener Netze entgegenwirkt und auf diese Weise hilft, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.³⁷⁷ Einer solchen horizontal einheitlichen Regulierung sind aber allein die bloßen Infrastrukturen und die ihnen zuzuordnenden Dienste zugänglich. Denn die über diese Infrastrukturen transportierten Inhalte können eine ganze Reihe von übergeordneten Interessen berühren, die gegebenenfalls eine besondere Regulierung erforderlich machen. Eine solche Regulierung, die dem Ziel der Verwirklichung von üblicherweise dem Allgemeinwohl zugeordneten Interessen dient, lässt sich aber nur in Ansehung der jeweiligen konkreten Problemlagen und politisch zu definierenden Ziele angemessen ausgestalten. Eine

³⁷³ *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 344.

³⁷⁴ *Scherer*, K&R 2002, S.273, 276.

³⁷⁵ Vgl. *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 344; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 76; *Klotz*, MMR 2003, 495; *ders.* MMR Beilage 1/2003, 3 f.

³⁷⁶ Vgl. zum schwierigen Verhältnis von TKG und Rundfunkrecht etwa *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, Frequenzplanung, S. 756 ff und 761 ff. m.w.N.

³⁷⁷ Vgl. Kommunikationsbericht 1999, S. VII.

einheitliche Regulierung von Netzen und Diensten, die für die Informationsgesellschaft von prägender Bedeutung sind, liefe Gefahr, die soziokulturellen Besonderheiten einzelner Aspekte der Technologie- und Mediennutzung unberücksichtigt zu lassen. Aus diesem Grund strebt der neue Regulierungsrahmen grundsätzlich eine strikte Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten an. Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen des (Tele-) Kommunikationsrechts stellt sich daher primär als Infrastrukturregulierung dar, welche die auf der Grundlage der entsprechenden Kommunikationsnetze und -dienste verbreiteten Inhalte unbeachtet lässt.³⁷⁸

Die Inhalte von Diensten, die über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereitgestellt werden, sollen von dem neuen Rechtsrahmen also nicht betroffen werden.³⁷⁹ Der Grundsatz der Trennung von Inhalte- und Übertragungsregulierung ist ausdrücklich etwa in Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie formuliert und findet seinen Niederschlag auch in Art. 1 Abs. 1 derselben Richtlinie. Nach dieser Vorschrift, die „Geltungsbereich und Zielsetzungen“ der Rahmenrichtlinie beschreibt, wird mit der Richtlinie ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste und Kommunikationsnetze sowie zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste vorgegeben. Art. 2 c) wiederum definiert „elektronische Kommunikationsdienste“ als

„gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“.

Für die genannten „Dienste der Informationsgesellschaft“ ist also nicht der neue Rechtsrahmen, sondern vielmehr etwa die E-Commerce-Richtlinie³⁸⁰ maßgebend.³⁸¹ Art. 1 der Richtlinie 98/34/EG³⁸² definiert den Begriff der „Dienste in der Informationsgesellschaft“ als „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf

³⁷⁸ Nicht unkritisch dazu *Franzius*, EuR 2002, 660, 680: „bisweilen doch künstlich anmutende Trennung“.

³⁷⁹ Vgl. auch *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 52; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 40, 45.

³⁸⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1.

³⁸¹ Vgl. auch Erwägungsgrund 9 der Rahmenrichtlinie.

³⁸² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften über die Dienste in der

eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“, die darüber hinaus – so Art. 2 c) Rahmenrichtlinie – „nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“ dürfen. Eine trennscharfe Abgrenzung zu den von der Rahmenrichtlinie erfassten elektronischen Kommunikationsdiensten wird nicht immer unproblematisch möglich sein, so dass hier auch in Zukunft Abgrenzungsentscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde und der Kommission erforderlich sein werden.³⁸³ So wird beispielsweise die Frage aufgeworfen, ob Internet Service Provider (ISP) einen Zugangsanspruch auf der Grundlage des neuen Rechtsrahmens haben können.³⁸⁴ Dies wird jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Übertragungsleistung bei den erbrachten Leistungen im Vordergrund steht und damit gegenüber dem Inhalteangebot i.S.d. Art. 2 c) Rahmenrichtlinie „überwiegt“, da ein komplementäres Inhalteangebot dem ansonsten gegebenen Zugangsanspruch nicht entgegenstehen kann.³⁸⁵ Darüber hinaus wird man allerdings jede Dienstleistung eines Anbieters getrennt zu beurteilen haben. Denn ein Unternehmen kann ohne weiteres sowohl Übertragungs- als auch inhaltsbezogene Dienste anbieten.³⁸⁶ Soweit sich die Elemente eines solchen, gegebenenfalls auch am Markt als einheitliche Leistung angebotenen Dienstes jeweils der Übertragungs- und der Inhalteebene zuordnen lassen, wird man die Anwendung der jeweils einschlägigen Vorschriften des neuen Rechtsrahmens nicht mit der Begründung ablehnen können, dass Angebot enthalte auch inhaltliche Elemente. Ausdrücklich nicht von der Regulierung betroffen sein sollen schließlich Rundfunkinhalte.³⁸⁷

Weiter ausgeweitet wird der Anwendungsbereich der Richtlinie und damit des gesamten Maßnahmenpakets durch die Einbeziehung weiterer, über die eigentlichen Netze hinausgehender Infrastrukturelemente. Gemeint sind die sogenannten „zugehörigen Einrichtungen“, die Art. 2 e) Rahmenrichtlinie als diejenigen mit einem elektronischen Kommunikationsnetz und/oder einem elektronischen Kommunikationsdienst verbundenen Einrichtungen beschreibt, „welche die Bereitstellung von Diensten über dieses Netz und/oder

Informationsgesellschaft, ABl. EG Nr. L 204 v. 21.7.1998, S. 37 i.d.F. der Richtlinie 98/48/EG, ABl. EG Nr. L 217 v. 5.8.1998, S. 18.

³⁸³ Scherer, K&R 2002, 273, 277; Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 47.

³⁸⁴ Rosenthal, TKMR 2002, 181, 186.

³⁸⁵ So i.E. zutreffend Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 48, insbes. Fn. 68.

³⁸⁶ Vgl. Erwägungsgrund 10 der Rahmenrichtlinie und Klotz, MMR Beilage 1/2003, 3, 4.

³⁸⁷ Siehe Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie.

diesen Dienst ermöglichen und/oder unterstützen“. Ausdrücklich darin eingeschlossen sind Zugangsberechtigungssysteme und elektronische Programmführer.

Ob die auf den ersten Blick eindeutige Unterscheidung zwischen Übertragung und Inhalten allerdings durchgehend aufrechterhalten werden kann, erscheint fraglich. Bereits kurz nach Erlass des Richtlinienpakets wurden insoweit erste Abgrenzungsprobleme diskutiert. Genannt sei an dieser Stelle nur die Frage, ob das gemeinschaftliche Telekommunikationsrecht etwa auch den Zugang von Rundfunkveranstaltern zu Übertragungsinfrastrukturen, etwa den Fernsehkabelnetzen regelt.³⁸⁸

3. Wechselwirkungen zwischen Inhalte- und Infrastrukturregulierung

Erweitert man die Betrachtung über konkrete Abgrenzungsschwierigkeiten hinaus, so stellt sich die abstrakte Frage nach dem Verhältnis von Inhalte- und Infrastrukturregulierung. Dass gerade die konkrete Ausgestaltung einer Kommunikationsinfrastruktur erhebliche Auswirkungen auf die Verwirklichungspotentiale von individuellen und kollektiven Informations- und Medienfreiheiten haben kann, dürfte außer Frage stehen. Auch das europäische Telekommunikationsrecht selbst erkennt in einer Reihe von Vorschriften entsprechende Wechselwirkungen an.³⁸⁹ So sieht es etwa in Art. 8 Abs. 1 UAbs. 3 Rahmenrichtlinie vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten dazu beitragen können, die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt sowie des Pluralismus der Medien sicherzustellen. Nach Art. 31 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie können die Mitgliedstaaten den Betreibern bestimmter Kommunikationsnetze die Verpflichtung zur Übertragung bestimmter Hör- und Fernseh Rundfunkkanäle und -dienste auferlegen. Allgemeiner gefasst sieht Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie vor, dass trotz der grundsätzlichen Trennung der Regulierung von Übertragung und Inhalten die Verbindungen zwischen beiden zu berücksichtigen sind, insbesondere soweit dies zur Gewährleistung des Pluralismus der Medien, der kulturellen Vielfalt und des Verbraucherschutzes erforderlich ist.³⁹⁰

IV. Der neue Rechtsrahmen als Reaktion auf zunehmenden Wettbewerb und die Dynamisierung des Telekommunikationssektors

³⁸⁸ *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 391.

³⁸⁹ *Scherer*, K&R 2002, 273, 274

³⁹⁰ Rahmenrichtlinie, Erwägungsgrund 5.

1. Der neue Rechtsrahmen als eine Übergangsregulierung?

Das europäische Telekommunikationsrecht wurde als Stufenmodell beschrieben, das – entsprechend der skizzierten ökonomischen Rechtfertigung der Regulierung – vor allem als Instrument der graduellen Marktöffnung und Wettbewerbsförderung den allmählichen Übergang vom Staatsmonopol in den Wettbewerb begleitet. Die Regelungen des Telekommunikationsrechts müssen dabei dem immer stärker wettbewerblich geprägten Marktumfeld angepasst werden, bis sie schließlich vollständig überflüssig werden und sich im allgemeinen Wettbewerbsrecht auflösen.³⁹¹ In einem solchen Modell stellt der neue Rechtsrahmen eine weitere Stufe auf dem Weg zu einer vollständigen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung auch von Zugang und Zusammenschaltung im Telekommunikationssektor dar. Nachdem der bisherige Rechtsrahmen die Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb im Telekommunikationssektor in der Übergangsphase von Monopolbetrieben zum vollständigen Wettbewerb schuf,³⁹² bildet der neue Rechtsrahmen die Grundlage für den Wettbewerb auf komplexeren und dynamischeren Märkten, die durch höhere Wettbewerbsintensität, eine größere Anzahl von Akteuren und zunehmende Konvergenz von Medien und Technologien geprägt sind.³⁹³ Entscheidende Frage ist nun, ob sich an diese zweite Stufe³⁹⁴ prospektivisch eine dritte anschließt, die durch einen vollständigen Übergang zur Regulierung der Kommunikationsmärkte durch das allgemeine Wettbewerbsrecht gekennzeichnet ist.

Im neuen Rechtsrahmen selbst finden sich unterschiedliche Anhaltspunkte, die die Annahme eines solchen temporären Charakters der sektorspezifischen Regulierung nahe legen. Besonders deutlich formulierte der Kommunikationsbericht 1999 den transitorischen Charakter der bereichsspezifischen Regulierung der Telekommunikationsmärkte.³⁹⁵ Gerade

³⁹¹ Etwa *Huber/v. Mayerhofen*, MMR 1999, 593, 595; *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340 ff.; *Klodt*, Die Weltwirtschaft 2003, 196, 199.

³⁹² So ausdrücklich Erwägungsgrund 1 der Rahmenrichtlinie.

³⁹³ S. Begründung der Kommission zur Rahmenrichtlinie, KOM (2000) 393, S. 3.

³⁹⁴ In der Literatur werden unterschiedliche Stufen der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte ausgemacht, vgl. etwa *Huppertz*, S. 50 f., Die SMP-Konzeption, die fünf Ordnungsmodelle unterscheidet; ähnlich wie hier *Kruse*, Wettbewerb oder Regulierung, S. 8.

³⁹⁵ „Sektorspezifische Regelungen in Verbindung mit der Anwendung von Wettbewerbsregeln erleichtern den Marktzutritt neuer Teilnehmer, während die etablierten Betreiber weiterhin starke Positionen bekleiden und den Zugang zu einer Mehrheit der Abonnenten kontrollieren, und sie dienen der Sicherstellung, dass neue Marktteilnehmer effektiv am Wettbewerb teilnehmen können. Ziel ist die Schaffung einer Regulierungspraxis, die mit zunehmendem Wettbewerb wieder zurückgenommen werden kann, letztlich mit dem Ziel einer Kontrolle der Marktmacht durch Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts“, Kommunikationsbericht 1999, S. 57 unter 4.7. Das Europäische Parlament teilt in

die Vorschriften über den Zugang zu Infrastrukturen sollen nach der im Zusammenhang mit dem Kommunikationsbericht 1999 formulierten Auffassung der Kommission in erster Linie den Übergang zum Wettbewerb regeln und mit der Ausweitung des Wettbewerbs wieder abgeschafft werden.³⁹⁶ Ähnliche Erwägungen stellte auch der Rat an.³⁹⁷ In den einzelnen Rechtsakten des neuen Regulierungsrahmens finden sich ebenfalls entsprechende Passagen. So sieht Erwägungsgrund 13 der Zugangsrichtlinie und Erwägungsgrund 1 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte vor, dass die vorab festgelegten bereichsspezifischen Regeln mit zunehmendem Wettbewerb schrittweise abgebaut werden sollen. Über die Erwägungsgründe hinaus hat der transitorische Charakter der bereichsspezifischen Regulierung als solcher keinen direkten Eingang in die unmittelbar geltenden Bestimmungen der Richtlinien gefunden.³⁹⁸ Im Gegenteil: Der neue Rechtsrahmen scheint durchaus auch die Möglichkeit anzuerkennen, dass bestimmte Marktentwicklungen die Ausdehnung der ex-ante Regulierung auf zuvor nicht oder nicht mehr erfasste Bereiche erforderlich machen.³⁹⁹ So geht Erwägungsgrund 13 der Zugangsrichtlinie davon aus, dass auf Grund der technischen Entwicklung neue Engpässe auftreten können, die ihrerseits die Auferlegung bestimmter ex-ante Verpflichtungen erforderlich machen.

Wenn danach auch vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte davon auszugehen ist, dass dem neuen Rechtsrahmen die Vorstellung einer zu einem unbestimmten Zeitpunkt in der Zukunft vorzunehmendem weitgehenden Rückbau der sektorspezifischen Regulierung zu Grunde liegt, so ist den einschlägigen Richtlinien doch kein klares Diktum zu einer

seinem Beschluss zum Kommunikationsbericht 1999 diese Einschätzung, s. Entschließung des Europäischen Parlaments zu der Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuß und den Ausschuß der Regionen "Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste - Kommunikationsbericht 1999" vom 13. Juni 2000 (KOM (1999) 539 - C5-0141/2000 - 2000/2085 (COS)), ABl. EG Nr. C 67 v. 1.3.2001, S. 53 ff. unter A.; ähnlich auch die Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 38/2001 zur Rahmenrichtlinie v. 17.9.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34 ff., 51, unter Nr. II.1., sowie die Mitteilung der Kommission - Die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung zum Kommunikationsbericht 1999 und Leitlinien für den neuen Rechtsrahmen v. 26.4.2000, KOM (2000) 239, S. 25.

³⁹⁶ Mitteilung der Kommission - Die Ergebnisse der öffentlichen Anhörung zum Kommunikationsbericht 1999 und Leitlinien für den neuen Rechtsrahmen v. 26.4.2000, KOM (2000) 239, S. 25.

³⁹⁷ Danach wurde der neue Rechtsrahmen „konzipiert als Übergangsphase zwischen den derzeit geltenden Rechtsvorschriften und der voraussichtlichen künftigen Situation, wenn der Telekommunikationsmarkt so ausgereift ist, dass er ausschließlich über das allgemeine Wettbewerbsrecht geregelt“ werden kann, vgl. die Begründung des Rates zum gemeinsamen Standpunkt zur Rahmenrichtlinie v. 17.09.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 51.

³⁹⁸ Dies kritisiert *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 143.

³⁹⁹ Hier setzt erneute Kritik von *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 143 f., an: „offensichtlich eine Fehlkonstruktion“.

umfassenden Rückführung der sektorspezifischen Regulierung innerhalb eines überschaubaren Zeitrahmens zu entnehmen.⁴⁰⁰ Vielmehr wählt er ein flexibles Konzept der Steuerung der Regulierungsintensität: Da der Wettbewerb und damit das Potential für eine Rücknahme der Regulierung sich auf verschiedenen Märkten mit unterschiedlicher Geschwindigkeit entwickelt, soll den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit gegeben werden, die Regulierungsaufgaben dort zu lockern, wo der Wettbewerb zu den gewünschten Folgen führt.⁴⁰¹

2. Die Regulierung dynamischer Märkte

Während die Diagnose eines stetig zunehmenden Wettbewerbs nach dieser Vorstellung langfristig die Perspektive eröffnet, dass die sektorspezifische Regulierung des Telekommunikationssektors ganz überflüssig werden könnte, stellt sich die gestiegene Wettbewerbsintensität in Verbindung mit einer zunehmenden Dynamisierung des Sektors zunächst als ein Steuerungsproblem dar. Für die besondere Dynamik der Kommunikationsmärkte, auf die sich auch der neue Rechtsrahmen beruft,⁴⁰² sind vor allem drei Faktoren verantwortlich:

Erstens kommt es gerade in der Anfangsphase der Liberalisierung zu besonders schnellen und tiefgreifenden Veränderungen der Marktverhältnisse. Diese Entwicklung ist bisher noch nicht vollständig abgeschlossen. Mit dem Markteintritt neuer Unternehmen erhöht sich die Anzahl der im Telekommunikationssektor tätigen Akteure. Neue Geschäftsmodelle und Wettbewerbsstrategien werden erprobt und die Wettbewerbsintensität nimmt erheblich zu. Im besten Fall kann der Wettbewerb nun seine Funktion als „Entdeckungsverfahren“⁴⁰³ erfüllen und die nicht erfolgreichen Optionen aussondern. Es kommt zu Marktaustritten, erneut verändern sich die Marktstrukturen.⁴⁰⁴ Zugleich erhöht sich die Komplexität des Marktgeschehens mit dem Aufstieg einzelner Wettbewerber, weil sich besondere

⁴⁰⁰ Eine sinnvolle Analyse kann sich dabei gerade angesichts der Unmöglichkeit einer Prognose zukünftiger technologischer Entwicklungen und der Geschwindigkeit der Veränderungen im Kommunikationssektor – gerade auch vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen mit der Telekommunikationsregulierung – wohl allenfalls auf die nächsten zehn Jahre beziehen.

⁴⁰¹ Erwägungsgrund 13 der Zugangsrichtlinie.

⁴⁰² Vgl. etwa Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 33 sowie Endnote 24 (S. 26); Erwägungsgrund 13 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte; Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, S. 9 ff. unter 3.2.; Kommunikationsbericht 1999, S. 15; Ergebnisse der Anhörung zum Kommunikationsbericht, S. 2.

⁴⁰³ Vgl. dazu von Hayek, Der Sinn des Wettbewerbs, S. 133.

wettbewerbliche Problemstellungen nun nicht mehr alleine in Bezug auf den ehemaligen Monopolisten ergeben können. So können sich etwa Fragen der Gewährung von Zugang und Zusammenschaltung auch im Verhältnis der Wettbewerber untereinander ergeben.⁴⁰⁵

Zweitens ist die Wettbewerbsentwicklung auf den Kommunikationsmärkten eng mit der Evolution der Informations- und Kommunikationstechnologien verknüpft. Die in diesem Sektor nach wie vor hohen Innovationsraten werden in die Märkte für Kommunikationsdienstleistungen getragen und können hier schnelle Veränderungen auslösen. Auch die Branche der elektronischen Kommunikation ist so von ständiger technischer Veränderung und Innovation gekennzeichnet,⁴⁰⁶ deren Perspektiven im Einzelnen im Zeitpunkt eines regulatorischen Eingriffs nicht absehbar sind.⁴⁰⁷ Marktdefinitionen können daher in kurzer Zeit ungenau oder irrelevant werden.⁴⁰⁸ Technologische Innovationen können Zugangshindernisse und damit Markteintrittsbarrieren abbauen⁴⁰⁹ und damit die Voraussetzungen für freieren Wettbewerb auf einzelnen Märkten schaffen. Demgemäß kann es auch erforderlich werden, Entscheidungen über die Regulierungsbedürftigkeit bestimmter Märkte aufgrund von technischen Entwicklungen und Innovationen anzupassen.⁴¹⁰

Als *dritter* bestimmender Faktor können schließlich die besonderen ökonomischen Charakteristika der durch Netzwerkstrukturen geprägten Märkte des Kommunikationssektors angeführt werden.⁴¹¹ Dabei wurde bereits oben auf die Bedeutung positiver Netzexternalitäten als Markteintrittsbarriere hingewiesen.⁴¹² Daneben kann die Existenz ausgeprägter Netzwerkeffekte den wissensbasierten Industrien des Informations- und Kommunikationsdienstesektors aber auch eine besonders hohe Dynamik verleihen. Die Markt- und Technologieentwicklung vollzieht sich hier nicht mehr auf den relativ stabilen

⁴⁰⁴ Dazu bereits oben, § 2 G. III. 1. b), S. 51.

⁴⁰⁵ So hat etwa die Anzahl der Netzzusammenschaltungen zwischen Wettbewerbern der DTAG in den letzten Jahren erheblich zugenommen, auch wenn diese insgesamt im Verhältnis zu den Zusammenschaltungsleistungen der DTAG nur eine untergeordnete Rolle spielen, vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 74 ff. und Sondergutachten 39, Tz. 56 ff.

⁴⁰⁶ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 33, 63.

⁴⁰⁷ *Ladeur*, CR 1999, 395, 396.

⁴⁰⁸ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 63.

⁴⁰⁹ Erwägungsgrund 13 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte; Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, S. 11 unter 3.2., 2.

⁴¹⁰ Vgl. das Beispiel des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung in den Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 68.

⁴¹¹ Vgl. zum folgenden bereits *Wieddekind*, Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, S. 165 ff.

Entwicklungstrajektorien, die traditionelle Industrien regelmäßig kennzeichnen.⁴¹³ Solche Industrien sind häufig durch Größenvorteile auf der Produktionsseite gekennzeichnet. Die Erhöhung des Outputs eines Produktes senkt die Durchschnittskosten bis zu dem Punkt der Auslastung der Produktionskapazitäten. Diese Größenvorteile sind jedoch relativ schnell ausgeschöpft; eine erneute Investition in zusätzliche Produktionsanlagen wird erforderlich. Der Aufbau von Produktionskapazitäten oder deren Erweiterung ist kapitalintensiv. Die Märkte sind häufig relativ stabil;⁴¹⁴ sie weisen eine mäßige Innovationsrate auf. Innovationen besitzen in der Regel einen eher inkrementellen, evolutionären Charakter. Marktein- und -austritte sind kostenintensiv und erfolgen nur sporadisch.⁴¹⁵ In Märkten mit Netzwerkstrukturen existieren dagegen zusätzlich häufig erhebliche Größenvorteile auf der Nachfrageseite.⁴¹⁶ Wie bereits dargelegt ist dies immer dann der Fall, wenn der Nutzen eines Gutes für den Konsumenten mit dem Output des Anbieters steigt. Das Telefonnetzwerk gilt hierfür als klassisches Beispiel.⁴¹⁷ Ein Netzwerk kann aber ebenso gut immaterieller (modischer: virtueller) Natur sein. Dies ist etwa bei einem Textverarbeitungsprogramm oder einem Computerbetriebssystem der Fall: Wiederum steigt der Konsumentennutzen mit der Marktdurchsetzung des Produkts, weil der unproblematische Datenaustausch mit einer immer größeren Zahl von Nutzern möglich wird.⁴¹⁸ Existieren solche positiven Netzwerkexternalitäten, so können sie dazu führen, dass die ideale Größe eines Netzwerks den gesamten Markt umfasst. Ist dies der Fall, so bieten sich grundsätzlich zwei verschiedene Möglichkeiten: Eine Monopolisierung des Marktes in der Hand eines Anbieters oder eine Standardisierung der von mehreren Wettbewerbern angebotenen Produkte, um auf diese Weise die vorhandenen Netzwerkeffekte trotz der Existenz mehrerer Anbieter ausschöpfen zu können. So existiert beispielsweise ein weltumspannendes Telefonnetzwerk, obwohl dessen verschiedene Komponenten und Teilnetzwerke im Besitz zahlreicher unterschiedlicher Organisationen und Unternehmen sind. Dies ist möglich, weil einheitliche Standards existieren, die durch internationale Verträge abgesichert sind und darüber hinaus Netzzugang und Zusammenschaltung auf nationaler Ebene – jedenfalls dort, wo Diskriminierungsanreize

⁴¹² § 2 E I 2., S. 33.

⁴¹³ Vgl. *Ladeur*, Innovation der Telekommunikation, S. 63 f.

⁴¹⁴ *Vesting*, Gewährleistungsstaat, S. 104 f.

⁴¹⁵ Vgl. dazu *Posner*, Antitrust in the New Economy, passim.

⁴¹⁶ Dazu *Shapiro/Varian*, Information Rules, S. 179 ff.

⁴¹⁷ Zu den Netzwerkeffekten im Telekommunikationssektor siehe etwa *Klodt/Laaser/Lorz/Maurer*, Wettbewerb und Regulierung, S. 40 ff.

aufgrund in hohem Maße unsymmetrischer Marktmacht bestehen – gegebenenfalls hoheitlich durchgesetzt werden können. Im freien Innovationswettbewerb existieren aber häufig keine solchen offenen, für mehrere Anbieter zugänglichen Standards. Die Existenz von positiven Netzwerkeffekten kann dann dazu führen, dass ein Markt zur Monopolisierung neigt, weil ein einheitlicher Standard einen überragenden Nutzen für die Abnehmer hat. In diesem Fall wird ein einigermaßen stabiler Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Optionen über längere Zeiträume noch unwahrscheinlicher; der Wettbewerb wird weiter dynamisiert. Die wettbewerbliche Auseinandersetzung verlagert sich verstärkt auf den Wettbewerb um das Monopol.⁴¹⁹ Hat sich schließlich ein Wettbewerber mit seinem Standard oder seinem Netzwerk durchgesetzt, so können die Netzwerkeffekte dazu führen, dass die unterlegenen Optionen völlig vom Markt verschwinden. Denn der Nutzen des erfolgreicherer Netzwerkes steigt mit zunehmender Marktdurchsetzung und damit wachsender Teilnehmerzahl exponentiell. Es kommt durch positive Rückkopplung⁴²⁰ zu dem in der Netzwerkökonomie als „tipping“ beschriebenen Phänomen.⁴²¹ Der Markt kippt, ein Wettbewerber erhält eine dominierende Stellung, seine Konkurrenten verlieren dramatisch an Marktanteilen und müssen den Markt unter Umständen ganz verlassen.⁴²² In ähnlicher Weise können positive Rückkopplungseffekte den Wettbewerbsvorteil eines „first movers“, also eines zuerst in einen Markt eintretenden Unternehmens überproportional verstärken.⁴²³ Dabei sind solche temporären Monopole im Rahmen einer Konzeption dynamischen Wettbewerbs nicht unerwünscht, sondern geradezu Funktionsbedingung für einen vor- und nachstoßenden Wettbewerb, der Innovatoren belohnt und damit Anreizstrukturen für unternehmerische Anstrengungen schafft.⁴²⁴ Problematisch werden sie aber dann, wenn die ohnehin existierende Möglichkeit, dass Innovatoren ihre Monopolstellungen schädigungswettbewerblich zum Aufbau von Wettbewerbsschranken ausnutzen,⁴²⁵ durch die Existenz positiver Externalitäten

⁴¹⁸ Dazu *G. Müller/Eymann/Kreutzer*, *Vernetzte Wirtschaft*, S. 301; vgl. auch *Ladueur*, CR 1999, 395, 396 f.

⁴¹⁹ Vgl. dazu *Shapiro/Varian*, *Information Rules*, S. 227 ff.; *Stiglitz*, *The Roaring Nineties*, S. 93 f, 97.

⁴²⁰ Dazu *David*, *Network Technology Evolution*, S. 58 ff.; *G. Müller/Eymann/Kreutzer*, *Vernetzte Wirtschaft*, S. 301 ff.

⁴²¹ *Noam*, *Tragedy of the Common Network*, S. 38; *Shapiro/Varian*, *Information Rules*, S. 176 f.

⁴²² Vgl. *G. Müller/Eymann/Kreutzer*, *Vernetzte Wirtschaft*, S. 304.; *Ladueur*, *Innovation der Telekommunikation*, S. 64; *Stiglitz*, *The Roaring Nineties*, S. 93 f.

⁴²³ *Ladueur*, *Innovation der Telekommunikation*, S. 63; *ders.* CR 1999, 395, 400; *Vesting*, *Gewährleistungsstaat*, S. 104 f.

⁴²⁴ Vgl. dazu und zur grundsätzlichen wettbewerbspolitischen Ambivalenz temporärer Monopole *Wiedekind*, *Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht*, S. 152 f., 164 f., m.w.N.

⁴²⁵ Vgl. *Schumpeter*, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, S. 99 ff., 110 ff.

strukturell verstärkt, und eine Selbstkorrektur unterlegener Optionen erschwert oder unmöglich gemacht wird.⁴²⁶

Diese Dynamik der Märkte stellt die rechtlichen Vorkehrungen, die regulierend auf Marktprozesse einwirken sollen, vor besondere Herausforderungen. Sie verweisen einerseits auf Vermachtungs- und Selbstblockadetendenzen, die eine bloße Marktöffnungsstrategie nicht ausreichend erscheinen lassen, schaffen aber andererseits ein besonders hohes Maß an Ungewissheit, das eine hinreichend offene Regulierungsstrategie erforderlich macht.⁴²⁷ Bereits der Kommunikationsbericht 1999 forderte, dass sich ein zukünftiger Regulierungsrahmen zügig an Marktentwicklungen anpassen können müsse, um die Verwirklichung der mit ihm verfolgten Ziele dauerhaft sicherzustellen.⁴²⁸ Die Kommission erkannte in diesem Zusammenhang die Unmöglichkeit einer regulativen Feinsteuerung der Marktprozesse an. Insbesondere würden Detailregelungen schnell von der Marktentwicklung überholt, eine häufige Anpassung des Rechtsrahmens sei die Folge.⁴²⁹

3. Flexibilisierung des Regulierungsrahmens

Um die Herausforderungen der Regulierung dynamischer Märkte zu verarbeiten und gleichzeitig angesichts unsicherer Prognosen über die zukünftige Entwicklung des Wettbewerbs auf unterschiedlichen Kommunikationsmärkten die grundsätzliche Möglichkeit

⁴²⁶ Vgl. *Ladeur*, aaO. Nutzt der marktbeherrschende Anbieter diese Phänomene aus, um seine im Wettbewerb erlangte Marktstellung zu verfestigen oder auf andere Märkte zu übertragen, so stellt sich die Frage nach einer möglichen wettbewerbsrechtlichen Sanktionierung entsprechenden Verhaltens. Sie ist in den Vereinigten Staaten unter anderem im Zusammenhang mit dem Kartellverfahren gegen Microsoft aufgeworfen worden (Aus deutscher Sicht vgl. dazu *Fleischer/Körber*, K&R 2001, 623 ff.; *Fleischer/Doege*, WuW 2000, S. 705 ff.; *Meier-Wahl/Wrobel*, WuW 1999, S. 28 ff.). In diesem Zusammenhang wurden auch netzwerkökonomische Analysen in die Diskussion eingeführt, deren wettbewerbspolitische Konsequenzen allerdings in hohem Maße umstritten sind. In seiner Entscheidung über die Berufung Microsofts stellt der United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (Entscheidung v. 28. Juni 2001, 253 F. 3d 34 (D.C. Cir. 2001), auszugsweise abgedruckt in WuW 2004, 691, im Internet abrufbar unter <http://eon.law.harvard.edu/msdoj/0628-decision.pdf>) seinen Ausführungen zunächst u.a. eine knappe Erörterung der Frage voran, ob die gegenwärtige *monopolization doctrine* unter den Bedingungen der von Netzwerkeffekten geprägten, besonders dynamischen Softwaremärkten Veränderungen erfahren müsse. Das Gericht stellt dann aber unter Hinweis auf die Widersprüchlichkeit der vorliegenden Studien (vgl. die beiden gegensätzlichen Positionen von *Salop/Romaine*, Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft, Geo. Mason L. Rev. 7 (1999), S. 617 ff. einerseits und *Cass/Hylton*, Preserving Competition: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft, Geo. Mason L. Rev. 8 (1999), S. 1 ff., andererseits) fest, dass sich eindeutige Folgerungen für die kartellrechtliche Beurteilung eines Einzelfalles nicht ziehen ließen.

⁴²⁷ *Ladeur*, AfP 1997, 598, 601.

⁴²⁸ Kommunikationsbericht 1999, S. 15.

⁴²⁹ Kommunikationsbericht 1999, S. 15; ähnlich *Trute*, Regulierung, S. 180: Unmöglichkeit der Vorabregelung anhand präziser Normen.

für eine Rückführung der sektorspezifischen Regulierung offen zu halten, bemüht sich der neue Rechtsrahmen um eine größere Flexibilität der regulatorischen Instrumente. Kennzeichnend für dieses Bemühen sind zwei Kernelemente des neuen Regulierungskonzeptes, die an dieser Stelle zunächst benannt und im Folgenden ausführlicher vorgestellt werden sollen.

a) Das Prinzip flexibler marktbezogener Definition des Regulierungsbedarfs

Eine der wesentlichsten Neuerungen gegenüber dem bisherigen gemeinschaftlichen Rechtsrahmen für die Telekommunikation ist, dass sich die im Interesse der Wettbewerbsförderung geschaffenen ex-ante Verpflichtungen für bestimmte marktmächtige Unternehmen nicht mehr ohne weiteres aus dem Gesetz ergeben werden. In Zukunft wird es Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden sein, auf der Grundlage bestimmter Vorgaben der Kommission einzelne Märkte zu definieren, auf denen grundsätzlich die Auferlegung besonderer (Zugangs-)Verpflichtungen in Betracht kommt.⁴³⁰ Können die nationalen Regulierungsbehörden auf einem solchen Markt im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens⁴³¹ ein Unternehmen mit besonderer Marktmacht identifizieren, so haben sie diesem Unternehmen zunächst abstrakt bestimmte Verpflichtungen aufzuerlegen.⁴³² Der Umfang dieser Verpflichtungen richtet sich danach, welche Maßnahmen die nationalen Regulierungsbehörden nach Durchführung einer Marktanalyse anhand der konkreten Gegebenheiten auf dem jeweiligen Markt für erforderlich halten, um die dort identifizierten wettbewerblichen Probleme zu bewältigen. Erst in einem zweiten Schritt können die nationalen Regulierungsbehörden die auf diese Weise abstrakt auferlegten Verpflichtungen gegebenenfalls im Einzelfall im Wege konkreter Regulierungsmaßnahmen hoheitlich durchsetzen.

Auf diese Weise wird die Entscheidung über das „ob“ und „wie“ der Regulierung einzelner Märkte grundsätzlich auf die nationalen Regulierungsbehörden übertragen. Die Verfahren der Marktdefinition und der Marktanalyse erlauben es, den Regulierungsumfang für jeden Markt individuell anzupassen und die sektorspezifische Regulierung dort, wo sich nicht weiter für erforderlich gehalten wird, ohne die Erforderlichkeit eines Tätigwerdens des Gesetz- oder Richtliniengebers ganz aufzugeben. Das neue Konzept der flexiblen marktbezogenen

⁴³⁰ Marktdefinitionsverfahren nach Art. 15 Rahmenrichtlinie, dazu im Einzelnen unten § 3 D II, S. 109 ff.

⁴³¹ Nach Art. 16 Rahmenrichtlinie, dazu im Einzelnen unten § 3 D III, S. 128 ff.

Ermittlung des Regulierungsbedarfs steht damit in direktem Zusammenhang mit dem Ziel der langfristigen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung wie auch den besonderen Schwierigkeiten der Formulierung angemessener wettbewerbsrelevanter Regelungen in sich dynamisch entwickelnden Märkten. Sie dient dem Ziel, eine Überregulierung zu vermeiden und technologieangemessene Regelungen zu finden. Um die mit einer Übertragung der entsprechenden Entscheidungsbefugnisse auf die nationalstaatliche administrative Ebene verbundenen Gefahren für eine harmonisierte Anwendung des neuen Rechtsrahmens prozedural aufzufangen, werden der Kommission die bereits erwähnten umfangreichen Konsultations- und Vetorechte eingeräumt.

b) Regulative Zielvorgaben und Entscheidungsspielräume im neuen Rechtsrahmen

Ein solcher grundsätzlicher Übergang zu einer „bedarfsabhängigen“ Regulierung⁴³³ allein führt aber noch nicht ohne weiteres auch zu einer komplexitätsangemesseneren Regulierung. Um dem komplexen Charakter der wirtschaftlichen, sachlichen und rechtlichen Lage Rechnung zu tragen die es zu beurteilen gilt, hat der Richtliniengeber es für erforderlich gehalten, den nationalen Regulierungsbehörden bei der Anwendung des Marktmachtkonzepts weitgehende Entscheidungsspielräume zuzugestehen.⁴³⁴ Dabei kombiniert das Regulierungskonzept die Vorgabe bestimmter Ziele und elementarer Regulierungsgrundsätze mit dem Erlass bestimmter unverbindlicher Maßnahmen wie etwa Empfehlungen, um auf diese Weise die den nationalen Regulierungsbehörden eingeräumten Entscheidungsspielräume vorzustrukturieren.⁴³⁵

Die Rahmenrichtlinie sieht, ebenso wie die Einzelrichtlinien, eine Reihe von „politischen Zielen und regulatorischen Grundsätzen“ vor.⁴³⁶ Art. 8 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Wahrnehmung der ihr durch den neuen Rechtsrahmen übertragenen regulatorischen Aufgaben alle angezeigten, also zur Zielerreichung

⁴³² Zur Auferlegung von Zugangsverpflichtungen s.u. § 3 F IV, S. 214 ff.

⁴³³ *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 37.

⁴³⁴ Leitlinien zur Marktanalyse Tz. 71.

⁴³⁵ Vgl. Kommunikationsbericht 1999, S. 15.

⁴³⁶ Vgl. zur Multifinalität des neuen Rechtsrahmens auch *Trute*, Telekommunikationsrecht, S. 859; zur Bedeutung der Regulierungsziele, *Trute*, Regulierungsverbund, S. 570 ff.

geeigneten,⁴³⁷ Maßnahmen treffen, die einer Reihe von weiter aufgeschlüsselten Zielen dienen. Art. 7 Abs. 1 Rahmenrichtlinie bestimmt, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nach dem neuen Rechtsrahmen diesen Zielvorgaben weitestgehend Rechnung tragen.

Die in Art. 8 genannten Ziele entsprechen im Wesentlichen den im Kommunikationsbericht 1999 entwickelten Grundsätzen⁴³⁸ und betreffen die Förderung des Wettbewerbs (Art. 8 Abs. 2), die Entwicklung des Binnenmarkts (Art. 8 Abs. 3) sowie die Wahrung der Interessen der Bürger der Europäischen Union (Art. 8 Abs. 4). Die insoweit zu treffenden Maßnahmen stehen unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Rahmenrichtlinie. Diese allgemeine Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden auf die Verwirklichung der Zieltrias des neuen Rechtsrahmens wird zunächst in Art. 7 der Rahmenrichtlinie noch einmal wiederholt. Daneben werden aber auch konkrete Eingriffsbefugnisse im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips immer wieder an die genannten abstrakten Regulierungsziele angebunden. Eine solche Rückkoppelung auch einzelner Entscheidungsvorgänge an die Zielvorgaben des Art. 8 Rahmenrichtlinie sehen etwa Art. 20 Abs. 3 und 21 Abs. 2 Rahmenrichtlinie vor, wonach die bei der Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen zu treffenden Entscheidungen auf die Verwirklichung der in Art. 8 Rahmenrichtlinie genannten Ziele auszurichten sind. In ähnlicher Weise sieht auch Art. 8 Abs. 4 S. 1 Zugangsrichtlinie vor, dass die nach dieser Vorschrift aufzuerlegenden Verpflichtungen im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie angemessen und gerechtfertigt sein müssen.

Die in den Absätzen 2 bis 4 des Art. 8 Rahmenrichtlinie aufgeführten globalen regulatorischen Ziele der Wettbewerbsförderung, der Binnenmarktentwicklung und der Förderung der Bürgerinteressen werden jeweils durch einen Katalog nicht abschließender („unter anderem“) Handlungsaufträge an die nationalen Regulierungsbehörden weiter konturiert. So sollen die Regulierungsbehörden den Wettbewerb etwa dadurch fördern, dass sie

- sicherstellen, dass die Nutzer größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität genießen,

⁴³⁷ Scherer, K&R 2002, 273, 278 f.

⁴³⁸ Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 49.

- sicherstellen, dass es zu keinen Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation kommt,
- effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern und Innovation unterstützen,
- für eine effiziente Nutzung der Funkfrequenzen und der Nummerierungsressourcen sorgen und deren effiziente Verwaltung sicherstellen (Art. 8 Abs. 2 Rahmenrichtlinie).

Ähnliche Kataloge enthalten Art. 8 Abs. 3 Rahmenrichtlinie in Bezug auf die Entwicklung des Binnenmarktes und Art. 8 Abs. 4 Rahmenrichtlinie im Hinblick auf das Ziel, die Interessen der Bürger der Europäischen Union zu fördern.

Während die genannten Zielvorgaben als konkrete regulatorische Handlungsaufträge formuliert sind, sehen Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 und UAbs. 3 Rahmenrichtlinie zwei Vorschriften vor, nach denen die Mitgliedstaaten zunächst dafür Sorge zu tragen haben, dass die Regulierungsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben „weitestgehend“ technologieneutrale Regelungen treffen (Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 Rahmenrichtlinie). Daneben sieht Art. 8 Abs. 1 UAbs. 3 Rahmenrichtlinie vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten dazu beitragen können, „dass die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der kulturellen und sprachlichen Vielfalt sowie des Pluralismus der Medien sichergestellt wird“. Zwar ist es richtig, dass diese Zielvorgabe leicht in einen Konflikt mit der betonten Inhaltsneutralität des Maßnahmenpakets geraten kann.⁴³⁹ Ihre Bedeutung sollte aber gleichwohl nicht unterschätzt werden: Die Architektur der Infrastruktur – und damit auch ihre Regulierung – steht in einer vielfältigen Wechselbeziehung zu den auf ihrer Grundlage kommunizierten Inhalten. Gerade in einer offenen Kommunikationsgesellschaft, die sich den Pluralismus der Meinungen und der Medien zum Ziele gesetzt hat, sind Fragen des Zugangs zu Kommunikationsinfrastrukturen – sowohl auf Seiten der Anbieter als auch auf Seiten der Rezipienten – für die Verwirklichung dieser „Gemeinwohlziele“ von entscheidender Bedeutung. Ein traditionell viel diskutiertes Beispiel stellt hier etwa die Vergabe von Funkfrequenzen an Rundfunkveranstalter dar.⁴⁴⁰ Die Bestimmung des Art. 8 Abs. 1 Satz 3 Rahmenrichtlinie gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, der nationalen Regulierungsbehörde einen hinreichenden Spielraum zur Aufnahme solcher – dem durch das

⁴³⁹ Vgl. *Scherer*, K&R 2002, 273, 278, wonach diese Bestimmung auch nur eine "Nebenrolle" im Kanon der Zielvorgaben spielen kann und oben, § 3 C 2 c).

⁴⁴⁰ Dazu *Hoffmann-Riem/Wieddekind*, S. 745 ff., 761 ff.

Leitbild des Wettbewerbs geprägten Telekommunikationsrecht zunächst fremden – Rationalitäten in den regulatorischen Entscheidungsprozess einzuräumen.

Schließlich enthalten auch die Einzelrichtlinien bestimmte Zielformulierungen,⁴⁴¹ die jedoch zunächst eher programmatischer Natur sind, und nicht als unmittelbare Handlungsanweisung an die Regulierungsbehörde gefasst sind.

Die Funktion dieser regulatorischen Zielsetzungen besteht vor allem in der Bereitstellung des Abwägungsmaterials, das die nationalen Regulierungsbehörden bei der Konkretisierung der ihnen eingeräumten Entscheidungsspielräume zu berücksichtigen haben. Von besonderer Relevanz wird dies im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Auferlegung abstrakter Zugangsverpflichtungen.⁴⁴² Die Regulierungsziele dienen insgesamt der Harmonisierung der Anwendung des neuen Rechtsrahmens, weil sie alle in die Regulierungsentscheidungen eingebundenen Institutionen unterschiedlicher Verwaltungsebenen – also insbesondere die einzelnen nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission – in gleichem Maße binden.⁴⁴³ Ergänzt werden diese Ziele und Regulierungsgrundsätze durch unverbindliche Maßnahmen, vor allem in der Form von Empfehlungen nach Art. 249 Abs. 1, 5 EG. Diese dienen ebenfalls dazu, den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden im Spannungsfeld zwischen der gewünschten Flexibilität einerseits und den Zielen der Rechtssicherheit und der harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens andererseits weiter zu strukturieren.⁴⁴⁴

Die erweiterten Entscheidungsspielräume der nationalen Regulierungsbehörden provozieren allerdings erneut einen Zielkonflikt innerhalb des neuen Rechtsrahmens. Denn auch hier steht die Einheitlichkeit der Anwendung der neuen Regelungen und damit das Ziel der größeren Harmonisierung der Kommunikationsregulierung im Binnenmarkt auf dem Spiel. Erneut können insoweit die umfassenden Harmonisierungs- und Kontrollbefugnisse der Kommission einen gewissen Ausgleich schaffen.⁴⁴⁵ Im Interesse der Rechtssicherheit werden durch sie

⁴⁴¹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie, Art. 1 Abs. 1 S. 2 Universaldienstrichtlinie, Art. 1 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie.

⁴⁴² Dazu ausführlich unten, § 3 F IV, S. 214 ff.

⁴⁴³ *Trute*, Regulierungsverbund, S. 571.

⁴⁴⁴ Vgl. *Trute*, Regulierungsverbund, S. 573. Zur *soft law*-Qualität von Empfehlungen *Scherer*, K&R 2002, 273, 282; ähnlich *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 157 sowie *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 347; vgl. auch unten, § 3 D II 1 c), S. 121 ff.

⁴⁴⁵ *Scherer*, K&R 2002, 273, 275; *Trute*, Regulierungsverbund, S. 567.

prozedurale Vorkehrungen geschaffen, die zu einer einheitlichen Konkretisierung und Auslegung dieser Grundsätze durch die nationalen Regulierungsbehörden beitragen sollen.⁴⁴⁶

4. Zielkonflikt zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität

Die regulatorischen Zielvorgaben des Art. 8 Rahmenrichtlinie sowie der verwandten Regelungen der Einzelrichtlinien können dabei durch miteinander konkurrierende und gegebenenfalls auch durchaus gegenläufige Impulse in Bezug auf eine zu treffende Regulierungsentscheidung setzen, deren unterschiedliche Tendenzen angesichts des jeweiligen Einzelfalls aufzulösen sind.⁴⁴⁷ Die bisherigen Ausführungen lassen aber unabhängig von den durch eine bestimmte regulatorische Entscheidung berührten Interessen einen für das neue Regulierungskonzept kennzeichnenden globaleren Zielkonflikt erkennen. Die gewünschte flexiblere Anwendung des Regulierungsrahmens und die in diesem Zusammenhang erfolgende weitgehende Einräumung von Entscheidungsspielräumen und Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf die administrative Ebene bedeuten zugleich einen nicht unerheblichen Verlust von Rechtssicherheit.⁴⁴⁸ Trotz der unbestrittenen Dynamik des betroffenen Wirtschaftsbereichs und damit des Regelungsgegenstandes bleibt ein Mindestmaß an Rechts- und damit Planungssicherheit für die Marktakteure aber ebenso bedeutsam wie eine komplexitätsangemessene Regulierungsstrategie.⁴⁴⁹ Eine zentrale Frage bei der Bewertung der Regelungen des neuen Rechtsrahmens dürfte sein, ob die in Folge der neu geschaffenen Bestimmungen auch im Interesse einer flexibleren Rückführung der sektorspezifischen Regulierung in den Markt getragene Unsicherheit durch die tatsächlichen Deregulierungspotentiale und die Gefahr einer Überregulierung gerechtfertigt ist. Darauf wird im Rahmen der Erläuterung der einzelnen Regulierungsinstrumente zurückzukommen sein.

V. Der Grundsatz technologischer Neutralität

⁴⁴⁶ Kommunikationsbericht 1999, S. 15.

⁴⁴⁷ Vgl. dazu das Beispiel der im Spannungsfeld von Wettbewerbs- und Investitionsförderung zu treffenden Entscheidung über die Zulassung des Dienstewettbewerbs durch Resale-Angebote (unten § 3 F IV 2 a), S. 222 ff..

⁴⁴⁸ Ähnlich *Haucap/Kruse*, WuW 2004, 266, 270. Bereits im Kommunikationsbericht 1999 wurde die für Investitionsentscheidungen von Unternehmen unabdingbare Rechtssicherheit dem Bestreben gegenübergestellt, eine flexiblere Regulierung zu erreichen, um gerade auf dynamischen Märkten schnell genug auf Marktentwicklungen reagieren zu können, vgl. Kommunikationsbericht 1999, S. VI, 15.

⁴⁴⁹ Ähnlich *Trute*, Regulierung, S. 181; OVG Münster K&R 2001, 424, 425.

Der zuletzt aufzuführende Grundsatz der technologieneutralen Regulierung wurde bereits in unterschiedlichen Zusammenhängen angesprochen. Er bildet zunächst die unmittelbare Antwort auf das Phänomen der Konvergenz, weil das Ziel, einen einheitlichen Rechtsrahmen für alle Kommunikationsnetze und -dienste zu schaffen, nur durch eine technologieneutrale Regulierung verwirklicht werden kann. Indem der neue Rechtsrahmen auf die einheitliche regulative Behandlung verschiedener Technologien setzt, passt er sich aber zugleich den Bedingungen der Regulierung dynamischer Märkte an. Denn der Bezug eines regulatorischen Konzepts zu einer bestimmten Technologie kann schnell dysfunktional werden, weil die zugrunde liegende Technologie obsolet wird oder sich in einem Maße verändert, den der regulative Rahmen nicht angemessen verarbeiten kann.⁴⁵⁰

Gem. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 der Rahmenrichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere bei der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs weitestgehend berücksichtigen, dass die Regulierung technologieneutral sein sollte. Die regulatorischen Rahmenbedingungen sollen weder bestimmte Technologien vorschreiben noch deren Einsatz begünstigen.⁴⁵¹ Gleiche Dienste sollen unabhängig von den Mitteln, mit denen sie bereitgestellt werden, in gleicher Weise reguliert werden.⁴⁵² Der Grundsatz der Technologieneutralität dient darüber hinaus der Vermeidung von ungewollten Steuerungserfolgen durch die – bewusste oder ungewollte – Bevorzugung einzelner Technologien. Die gerade auch technologischen Innovationskräfte des Marktes sollen sich möglichst frei und unbeeinflusst von staatlichen Eingriffen entfalten können. Der grundsätzlich technologieneutrale Ansatz des neuen Regulierungsrahmens soll allerdings nicht ausschließen, dass in bestimmten gerechtfertigten Fällen spezifische Dienste besonders und gezielt gefördert werden. Die Rahmenrichtlinie nennt beispielhaft die Einführung des Digitalfernsehens.⁴⁵³

Der technologieneutrale Ansatz, zu dem der neue Rechtsrahmen sich bekennt, kann allerdings nicht vollständig durchgehalten werden. In den Richtlinien finden sich immer wieder einzelne Vorschriften, die den spezifischen Besonderheiten einzelner, durch bestimmte Technologien

⁴⁵⁰ Vgl. Kommunikationsbericht 1999, S. 15, wo auch auf die Gefahr hingewiesen wird, dass die Unternehmen auf der Grundlage einer trotzdem fortbestehenden Regulierung möglicherweise ineffiziente Investitionen tätigen.

⁴⁵¹ Erwägungsgrund 18 der Rahmenrichtlinie.

⁴⁵² Kommunikationsbericht 1999, S. VI, 4, 15 f.

⁴⁵³ Erwägungsgrund 18 der Rahmenrichtlinie.

geprägte, Märkte, etwa des Mobilfunksektors⁴⁵⁴ oder der Fernseekabelnetze⁴⁵⁵, Rechnung tragen. Im Übrigen bedürfen die Instrumente des neuen Rechtsrahmens zunächst der Konkretisierung durch die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Durchführung der Marktdefinitions- und -analyseverfahren. Im Zuge dieser Operationalisierung der neuen Regelungen steht zu erwarten, dass auch die zunächst technologieneutralen Bestimmungen entlang bestimmter Marktgrenzen eine technologiespezifische Ausdifferenzierung erfahren werden.⁴⁵⁶

VI. Liberalisierung des Marktzugangs: Die Genehmigungsrichtlinie

Die Richtlinie über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie)⁴⁵⁷ verfolgt vor dem Hintergrund zunehmenden Wettbewerbs das Ziel einer Vereinfachung und stärkeren Harmonisierung der Genehmigungsvorschriften und -bedingungen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Art. 1 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie). Grundsätzlich soll danach die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste nicht mehr genehmigungspflichtig sein. Art. 3 Abs. 2 Genehmigungsrichtlinie sieht vor, dass die Bereitstellung entsprechender Netze oder Dienste allein von einer Allgemeingenehmigung abhängig gemacht werden kann. Zwar kann der nationale Gesetzgeber für die betreffenden Unternehmen eine Anzeigepflicht vorsehen, er darf die Aufnahme der geschäftlichen Tätigkeit aber nicht mehr von einer ausdrücklichen Entscheidung im Einzelfall abhängig machen, Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Genehmigungsrichtlinie. Der Umfang einer eventuellen Anzeigepflicht wird durch Art. 3 Abs. 3 beschränkt: Angefordert werden dürfen allein die Informationen, die zur Identifizierung des Anbieters und seines Dienstes oder Netzes und zur Aufnahme in ein entsprechendes Register erforderlich sind. Weitergehende Genehmigungserfordernisse können allein für die Nutzung von Funkfrequenzen und Nummern vorgesehen werden. Gem. Art. 5 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie soll allerdings auch die Nutzung von Funkfrequenzen, soweit möglich, nicht von der Erteilung individueller Nutzungsrechte abhängig gemacht werden.

⁴⁵⁴ S. etwa Art. 12 Abs. 1 g) Zugangsrichtlinie.

⁴⁵⁵ S. etwa Art. 18 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, Art. 4 Abs. 2 Zugangsrichtlinie.

⁴⁵⁶ Vgl. Scherer, K&R 2002, S. 273, 274; Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 41.

⁴⁵⁷ Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, ABl. EG L 108/21 v. 24.4.2002; dazu Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch, Rdnr. 132 ff.; Scherer, K&R 2002, 329 ff.; Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 69 ff.; Franzius, EuR 2002, 660, 663 f.

Kurzfristig erleichtert das System der Allgemeingenehmigungen den Markteintritt erheblich. Unter Harmonisierungsaspekten ist es darüber hinaus von Vorteil, dass mittelfristig auf ein System der gegenseitigen Anerkennung von Genehmigungen weitgehend verzichtet werden kann.⁴⁵⁸

D. Das Konzept beträchtlicher Marktmacht als wesentliches Regulierungskriterium

Das Herzstück des neuen Rechtsrahmens bildet die Rahmenrichtlinie. Sie enthält zum einen die übergreifenden regulatorischen Grundsätze und politischen Zielvorgaben, die für den neuen Rechtsrahmen bestimmend sind. Daneben finden sich zahlreiche Bestimmungen vor allem prozeduraler Art, die horizontal in vielen der durch die Einzelrichtlinien weiter strukturierten Regelungsbereichen anwendbar sind. Die größte Bedeutung für die Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen besitzt aber das neu gestaltete Konzept beträchtlicher Marktmacht.⁴⁵⁹

I. Einführung: Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das Wettbewerbsrecht

Der in den vorliegend zu diskutierenden Richtlinien niedergelegte Kommunikationsrechtsrahmen sieht eine Reihe von Eingriffsmöglichkeiten und Regulierungsmaßnahmen gegenüber den Marktteilnehmern im Kommunikationssektor vor. Auch wenn diese Regulierungsmaßnahmen teilweise unterschiedlichen Rationalitäten folgen, besteht der wesentliche Zweck des Regulierungsrahmens in der Herstellung und der Förderung von Wettbewerb. Wie oben beschrieben liegt eine Rechtfertigung für den regulatorischen Eingriff in den Wettbewerb aus herrschender wirtschaftswissenschaftlicher Sicht alleine dann vor, wenn ein sich selbst stabilisierender Wettbewerb durch die Kräfte des Marktes nicht hergestellt werden kann. Aus diesem Grund knüpft die überwiegende Anzahl der im neuen Regulierungsrahmen vorgesehenen Eingriffsbefugnisse an der besonderen Marktstellung eines Unternehmens an, die als potenziell problematisch für die Entwicklung oder die Aufrechterhaltung von Wettbewerb angesehen wird. Kommt einem Unternehmen keine besondere Marktmacht zu, so rechtfertigt sich – jedenfalls aus wettbewerbstheoretischer Sicht – auch kein regulatorischer Eingriff in dessen unternehmerische Freiheit. Der

⁴⁵⁸ Vgl. *Franzius*, EuR 2002, 660, 664.

Feststellung dieser besonderen Marktstellung dient der Begriff der „beträchtlichen Marktmacht“. Legt man die klassische Zweiteilung der Rechtfertigung des staatlichen regulatorischen Eingriffs auf Grund der Verfolgung von Gemeinwohlzielen einerseits und des Schutzes des Wettbewerbs andererseits zu Grunde,⁴⁶⁰ so haben alle Regulierungsmaßnahmen des neuen Rechtsrahmens, die der Förderung und dem Schutz des Wettbewerbs dienen, grundsätzlich die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens zur Voraussetzung. Dies gilt in dem hier interessierenden Zusammenhang insbesondere für wesentliche Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Netzzugang nach der Zugangsrichtlinie. Soweit die Zusammenschaltung von Netzwerken aber dem Zweck dient, Kommunikation zwischen allen an den verschiedenen Netzwerken angeschlossenen Teilnehmern zu ermöglichen, so wird jedenfalls teilweise angenommen, dass hier ein Gemeinwohlziel vorläge, dessen regulatorische Förderung nicht von der Feststellung einer besonderen Marktposition abhängig sei.⁴⁶¹

Dabei knüpfte das Telekommunikationsrecht auch bisher auf nationaler und gemeinschaftsrechtlicher Ebene an eine bestimmte herausgehobene Marktstellung von Unternehmen an, um besondere regulative Verpflichtungen zu begründen. Allerdings ergaben sich diese Verpflichtungen bei Vorliegen der entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen unmittelbar aus dem Gesetz. Die ex-ante Regulierung bestimmter Märkte war gemeinschaftsrechtlich durch die ONP-Richtlinien vorgeschrieben und auf nationaler Ebene im TKG-alt nachvollzogen. Die Durchsetzung bestimmter Verpflichtungen zur Zugangsgewährung im Wege der Missbrauchsaufsicht des § 33 TKG-alt oder der Erlass einer Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG-alt stellte sich daher als Maßnahme der Gesetzesanwendung dar und war auch nicht weiter legitimationsbedürftig, soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen der entsprechenden Eingriffsnorm vorlagen. Der neue Rechtsrahmen beseitigt diesen Automatismus und ersetzt ihn – wie bereits angedeutet – durch ein neues Verfahren der flexiblen marktbezogenen Feststellung der Regulierungsbedürfnisse. Die dabei zu durchlaufenden unterschiedlichen Stufen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens werden im Folgenden dargestellt und gewürdigt. Dabei wird insbesondere aufzuzeigen sein, dass durch die Übertragung der Entscheidung über die

⁴⁵⁹ Zahlreiche Autoren sprechen in Anlehnung an das Akronym für den englischen Begriff „significant market power“ von „SMP-Konzept“, „SMP-Unternehmen“ oder ähnlichem.

⁴⁶⁰ Vgl. Scherer, K&R 2002, 273, 283.

Regulierungsbedürftigkeit einzelner Märkte auf die administrative Ebene ein über die Untersuchung der Marktstellung der dort tätigen Unternehmen hinausgehendes Kriterium zur Ermittlung von deren grundsätzlicher struktureller Regulierungsbedürftigkeit geschaffen werden musste, dessen konkrete Ausgestaltung eine Reihe von Fragen aufwirft.

Der neue Regulierungsrahmen geht von der Grundannahme aus, dass durch die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte ein zunehmender Wettbewerb geschaffen wurde, der jedenfalls in der Tendenz eine sektorspezifische Regulierung durch besondere, gerade für den Telekommunikationssektor geschaffene Regulierungsinstrumentarien immer weniger erforderlich macht.⁴⁶² Dort, wo die sektorspezifische Regulierung nicht weiter erforderlich ist, sollen die Märkte allein der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Aufsicht unterliegen. Dem entspricht, dass die telekommunikationsrechtlichen Instrumentarien weiter als bisher an das allgemeine europäische Wettbewerbsrecht angenähert werden sollen und Rückgriff bei dessen Kategorien und Instrumenten nehmen.⁴⁶³ Damit wird die Hoffnung verbunden, auf diese Weise den Übergang zu einem deregulierten Sektor zu erleichtern.⁴⁶⁴ Den deutlichsten Ausdruck findet dieser Gedanke in der Neudefinition des Begriffs der „beträchtlichen Marktmacht“ durch Art. 14 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie. Auch das frühere europäische Telekommunikationsrecht verwandte den Begriff der beträchtlichen Marktmacht als Voraussetzung für die Auferlegung bestimmter Verpflichtungen für einzelne Unternehmen.⁴⁶⁵ Allerdings sah Art. 4 Abs. 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG⁴⁶⁶ im hier interessierenden Zusammenhang eine spezifische telekommunikationsrechtliche Definition dieses Begriffes vor: Danach wurde das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht bei einem Telekommunikationsanbieter widerleglich vermutet, wenn er auf einem bestimmten sachlich und geografisch relevanten Markt einen Anteil von mindestens 25% innehielt. Die

⁴⁶¹ Allerdings besitzt die Zusammenschaltung von Netzwerken jedenfalls auch eine wettbewerbsrelevante Dimension: Durch die Zusammenschaltung werden Netzwerkexternalitäten nutzbar gemacht und damit deren Wirkung als Markteintrittsbarriere abgebaut.

⁴⁶² S. o. § 3 E IV 1, S. 89 ff.

⁴⁶³ Siehe *Ladeur*, K&R 2002 S. 110, 111; *Scherer*, K&R 2002, S. 273, 283; *Trute*, Regulierungsverbund, S. 566; *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, 3 ff.; kritisch *Larouche*, Journal of Network Industries Vol. 3 [2002] 129, 136 ff. Nach *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 157, wird die Anbindung an das Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft jedenfalls in den früheren Entwürfen der Rahmenrichtlinie überwiegend lediglich „verbal“ vollzogen.

⁴⁶⁴ So *Klotz*, ZWeR 2003, 283, 314.

⁴⁶⁵ Dazu *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 86; eingehend jetzt *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 97 ff.

⁴⁶⁶ ABl. EG Nr. L 199/32 v. 26.7.1997, geändert durch Richtlinie 98/61/EG, ABl. EG Nr. L 268/37 v. 3.10.1998.

neue Definition in Art. 14 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie lehnt den Begriff der beträchtlichen Marktmacht nun eng an das Konzept der Marktbeherrschung des europäischen Wettbewerbsrechts an. Ein eigenständiger telekommunikationsrechtlicher Gehalt kommt dem Begriff damit nicht mehr zu.⁴⁶⁷

Die Vorschrift sieht vor, dass ein Unternehmen dann beträchtliche Marktmacht besitzt, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt; d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten. Dies entspricht weitgehend⁴⁶⁸ der Definition des Begriffs der Marktbeherrschung im Sinne des Art. 82 EGV, wie sie in der Rechtsprechung des EuGH verwendet wird.⁴⁶⁹

Mit der Anlehnung des Begriffes der beträchtlichen Marktmacht an das wettbewerbsrechtliche Konzept der marktbeherrschenden Stellung nimmt der europäische Richtliniengeber zugleich mittelbar Rückgriff auf die in der Rechtsprechung vor allem des EuGH entwickelten Grundsätze zur Feststellung einer solchen Stellung. Dennoch sieht Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie vor, dass die Kommission besondere „Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht“ erlässt, die unter Beachtung der existierenden Grundsätze des Wettbewerbsrechts die Anwendung des Konzeptes der beträchtlichen Marktmacht durch die nationalen Regulierungsbehörden vorstrukturieren

⁴⁶⁷ *Ladeur*, K&R 2002, S. 110, 111. Das TKG knüpfte für die Regulierung marktstarker Unternehmen von jeher an den Begriff der „marktbeherrschenden Stellung“ an und verwies insoweit auf § 19 GWB (vgl. §§ 14, 25, 33, 35 TKG-alt). Die dort in § 19 Abs. 2 GWB enthaltene Definition des Begriffes der marktbeherrschenden Stellung entspricht weitgehend der nun auch in Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie verwandten Begriffsbestimmung. Mit der Neuregelung hat sich daher auch der unter der Geltung des früheren Rechtsrahmens zwischen der Bundesregierung und der Kommission schwelende Streit um die Vereinbarkeit der §§ 33 ff. TKG a.F. mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erledigt (vgl. *Ladeur*, K&R 2002, S. 110, 112). Dieser hatte sich insbesondere an der sog. „Drittelvermutung“ des § 19 Abs. 3 GWB entzündet. Danach wird im Bereich des Kartellrechts ab einem Marktanteil von 33% das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vermutet. Die Kommission strengte auf Grund dieser Diskrepanz zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland an. Erst daraufhin erließ die RegTP eine Verwaltungsvorschrift die vorschrieb, dass § 19 GWB gemeinschaftsrechtskonform so auszulegen sei, dass ein Marktanteil von 25% ausreichend ist, um regulierungsspezifische Rechtsfolgen auszulösen (Verwaltungsvorschrift zur Auslegung von § 19 GWB im Sinne der Richtlinie 97/33/EG, Mitteilung Nr. 574/2001, ABISRegTP 20/2001, S. 3086; vgl. *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, S. 3, 5).

⁴⁶⁸ Letzte Unsicherheiten bestehen insoweit allein im Hinblick auf das Institut der kollektiven Marktbeherrschung. Siehe dazu u. § 3 D. III. 3. b), S. 148 ff.

⁴⁶⁹ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 44 = NJW 1978, 2439 – *United Brands/Kommission*; *Grabitz/Hilf-Jung*, Art. 82, Rdnr. 55; *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Art. 82 Rdnr. 72; jeweils m.zahlr.w.N.

sollen.⁴⁷⁰ Dabei ist wiederum das Bemühen des Richtliniengebers erkennbar, im Interesse der Verwirklichung eines einheitlichen Binnenmarktes auch im Kommunikationssektor die möglichst weitgehend harmonisierte Anwendung des neuen Rechtsrahmens sicherzustellen.⁴⁷¹ Diesem Auftrag ist die Kommission durch den Erlass entsprechender Leitlinien inzwischen nachgekommen.⁴⁷²

Im Verhältnis zum deutschen TKG-alt findet zwar insoweit eine Annäherung statt, als auch das europäische Telekommunikationsrecht zur Feststellung der beträchtlichen Marktmacht nun – wie bisher § 33 Abs. 1 S. 1 TKG-alt – auf wettbewerbsrechtliche Kriterien verweist. Allerdings soll die Definition der beträchtlichen Marktmacht dem Konzept der beherrschenden Stellung nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und des EuG entsprechen.⁴⁷³ Damit werden abweichende nationale Auffassungen zur Marktmachtdefinition ausgeschlossen.⁴⁷⁴ Dies bedeutet auch für das deutsche Telekommunikationsrecht eine nicht unerhebliche Veränderung. Denn gerade im Hinblick auf Vermutungsregeln oder unterschiedliche Bewertungen von Marktanteilen unterscheidet sich der Begriff der marktbeherrschenden Stellung des § 19 Abs. 3 GWB durchaus von den entsprechenden gemeinschaftsrechtlichen Kategorien.⁴⁷⁵ Dass diese Beurteilung der Marktbeherrschung ausschließlich und unabhängig vom Vorliegen etwaiger gemeinschaftlicher Bezüge – etwa im Sinn der Zwischenstaatlichkeitsklausel – nach europäischem Recht erfolgen soll, bedeutet eine qualitative Veränderung des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht.⁴⁷⁶

Die im Zusammenhang mit der Regulierung marktmächtiger Unternehmen relevanten Vorschriften der Rahmenrichtlinie sind in drei Artikel gegliedert. Art. 14 Rahmenrichtlinie definiert die materiellen Voraussetzungen, unter denen einem oder mehreren Unternehmen eine die Regulierung rechtfertigende „beträchtliche Marktmacht“ zukommt. Art. 15 sieht ein Verfahren vor, nach dem die Kommission und die jeweilige nationale Regulierungsbehörde

⁴⁷⁰ Vgl. Art. 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie a.E.

⁴⁷¹ Nach den Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 11, ist deren vorrangiges Ziel die Gewährleistung einer einheitlichen Anwendung des neuen Rechtsrahmens durch die nationalen Regulierungsbehörden.

⁴⁷² Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. C 165 v. 11.7.2002, S. 6 ff.

⁴⁷³ Vgl. Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie.

⁴⁷⁴ *Immenga*, EuZW 2002, S. 673.

⁴⁷⁵ Eingehend unten, § 3 D. III. 3. a) aa), S. 141 ff.

⁴⁷⁶ *Immenga*, EuZW 2002, S. 673.

diejenigen Märkte definieren, die einer sektorspezifischen Regulierung nach dem neuen Rechtsrahmen unterliegen sollen. Schließlich enthält Art. 16 Regelungen für das Marktanalyseverfahren, in dem die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten Märkte auf die Existenz eines marktmächtigen Unternehmens zu untersuchen haben.

II. Das Marktdefinitionsverfahren

Der erste Schritt im Rahmen des neuen abgestuften Regulierungsverfahrens bildet das Marktdefinitionsverfahren nach Art. 15 Rahmenrichtlinie. Es dient der Festlegung der sachlich und räumlich relevanten Märkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Der neue Rechtsrahmen unterscheidet sich damit wesentlich von der bisherigen Regulierungskonzeption, wonach die sachlich relevanten Märkte gemeinschaftsrechtlich unmittelbar in den ONP-Richtlinien festgelegt waren.⁴⁷⁷ An die Stelle dieser unmittelbaren gemeinschaftsrechtlichen Determinierung von Umfang und Reichweite der sektorspezifischen Regulierung setzt der neue Rechtsrahmen ein komplexes, die Kommission und die unterschiedlichen nationalen Regulierungsbehörden einbindendes Verfahren zur Marktdefinition.

1. Die Empfehlung der Kommission

Die primäre Verantwortung zur Bestimmung des Anwendungsbereichs der sektorspezifischen Regulierungsinstrumente weist der neue Rechtsrahmen dabei der Kommission zu. Diese hat zunächst im Wege einer Empfehlung nach Art. 249 EGV diejenigen Märkte festzulegen, deren Merkmale die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können (Art. 15 Abs. 1 Satz 2 Rahmenrichtlinie). Dabei hat die Kommission die Grundsätze des Wettbewerbsrechts anzuwenden (Art. 15 Abs. 1 Satz 3 Rahmenrichtlinie). Vor Erlass der Empfehlung hat die Kommission die Öffentlichkeit und die nationalen Regulierungsbehörden anzuhören (Art. 15 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie). Entsprechend dieser Vorgaben hat die Kommission am 11.02.2003 die erste Empfehlung erlassen.⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ Es handelte sich dabei um die Märkte für Sprachtelefondienst, Mobilfunk, Zusammenschaltung und Mietleitungen, vgl. Art. 4 Abs. 3 Zusammenschaltungsrichtlinie; Art 2 Abs. 3 Mietleitungsrichtlinie und Art. 2 Abs. 2 lit. i Sprachtelefonrichtlinie 1998.

⁴⁷⁸ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, 2003/311/EG, ABl. EG Nr. L 114 v. 8.5.2003, S. 45; dazu *Ladeur*, K&R 2003, S. 1153, 156.

a) Festlegen der regulierungsbedürftigen Märkte

aa) Elemente des Marktdefinitionsverfahrens

Die Aufgabe der Kommission im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nach Art. 15 Rahmenrichtlinie erschöpft sich dabei nicht allein in einer aus dem Wettbewerbsrecht bekannten sachlichen und gegebenenfalls auch räumlichen Marktabgrenzung. Die Kommission soll in der Empfehlung vielmehr diejenigen Märkte bestimmen, „deren Merkmale die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können“ (Art. 15 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie). Sie hat damit eine Entscheidung darüber zu treffen, auf welchen Märkten grundsätzlich eine sektorspezifische ex-ante Regulierung von marktmächtigen Unternehmen in Betracht kommt. Denn im Hinblick auf die erwünschte Flexibilisierung der Regulierung einerseits und das Ziel einer Rückführung der bereichsspezifischen Regulierung andererseits sollen Vorabverpflichtungen zukünftig nur noch dann auferlegt werden, wenn der jeweilige elektronische Kommunikationsmarkt *erstens* bestimmte Merkmale aufweist, die eine bereichsspezifische Regulierung rechtfertigen können – dies ist im Marktdefinitionsverfahren zu untersuchen –, und die zuständige nationale Regulierungsbehörde *zweitens* im Rahmen des Marktanalyseverfahrens einen oder mehrere Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ermittelt hat.⁴⁷⁹ Die Aufnahme eines Marktes in die Kommissionsempfehlung ist dabei regelmäßig⁴⁸⁰ Voraussetzung für die Definition dieses Marktes durch die nationale Regulierungsbehörde im Verfahren des Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Nur die auf diese Weise definierten Märkte können aber Gegenstand eines Marktanalyseverfahrens gem. Art. 16 Abs. 1 Rahmenrichtlinie sein, welches der Feststellung der Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb und der Existenz von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem jeweiligen Markt dient. Gem. Art. 8 Abs. 2 und 3 Zugangsrichtlinie können wiederum regelmäßig nur solchen Unternehmen besondere Zugangsverpflichtungen auferlegt werden.⁴⁸¹ Dementsprechend können auf Märkten, die nicht in der Empfehlung genannt sind, regelmäßig keine bereichsspezifischen ex-ante

⁴⁷⁹ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 17.

⁴⁸⁰ Zu den Möglichkeiten der nationalen Regulierungsbehörden, von der Kommissionsempfehlung abweichende Märkte zu definieren und den verfahrensmäßigen Anforderungen an eine solche Entscheidung vgl. unten, § 3 D. II. 1. c), S. 121 ff. und § 3 E. II. 2. a), S. 184 ff.

⁴⁸¹ Die im vorliegenden Zusammenhang wesentlichste Ausnahme stellt die nicht an die Marktstellung eines Unternehmens, sondern an die Kontrolle des Zugangs zu Endnutzern anknüpfende Zusammenschaltungsverpflichtung nach Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 lit a) Zugangsrichtlinie dar, dazu unten, § 3 F. V. 1., S. 239 ff.

Verpflichtungen auferlegt werden; die Empfehlung der Kommission bestimmt damit weitgehend über den Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung.⁴⁸²

Allerdings enthält die Rahmenrichtlinie für die erste zu erlassende Empfehlung unmittelbare Vorgaben, die den Entscheidungsspielraum der Kommission einschränken. Gem. Art. 15 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie sind die in Anhang I der Rahmenrichtlinie enthaltenen Märkte in die erste Empfehlung der Kommission aufzunehmen. Die Liste soll vor allem die Kontinuität mit dem bisherigen Rechtsrahmen sicherstellen und umfasst demgemäß vor allem solche Märkte, auf denen auch bisher Vorabverpflichtungen vorgesehen waren.⁴⁸³ Es wird damit sichergestellt, dass die bisherigen bereichsspezifischen Verpflichtungen zunächst aufrechterhalten werden können. Die Empfehlung soll gem. Art. 15 Abs. 1 UAbs. 2 Rahmenrichtlinie aber regelmäßig überprüft werden. Die Kommission hat dann zu entscheiden, ob die Merkmale der einzelnen Märkte weiterhin „die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können“ und sie deswegen weiter in der Empfehlung aufzuführen und damit regelmäßig der sektorspezifischen Regulierung zu

⁴⁸² Es sei denn, die jeweilige nationale Regulierungsbehörde ist in der Lage, die Regulierungsbedürftigkeit eines weiteren oder eines anderen Marktes gegenüber der Kommission im Vetoverfahren des Art. 7 Rahmenrichtlinie zu begründen, vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 29.

⁴⁸³ Damit wird Art. 7 Zugangsrichtlinie Rechnung getragen. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift haben die Mitgliedstaaten alle Verpflichtungen in Zusammenhang mit Zugang und Zusammenschaltung, die sich aus bestimmten Richtlinien des bisherigen Rechtsrahmens ergeben, zunächst aufrecht zu erhalten. Gem. Art. 7 Abs. 2 Zugangsrichtlinie sollen die relevanten Märkte für die bisherigen Verpflichtungen in die erste Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte aufgenommen werden. Eine entsprechende Regelung enthält Art. 16 Universaldienstrichtlinie. Der Vorschlag von *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 202 f., die es „aus teleologischen Gründen“ für vorzugswürdig gehalten hätte, wenn die Kommission bei der Aufnahme von Märkten zwischen solchen, die sie anhand der von ihr entwickelten Kriterien tatsächlich für regulierungsbedürftig erachtet einerseits und solchen, die sie „entsprechend dem Anhang I aufnimmt, jedoch nur, um es den NRB im Zuge ihrer ersten Marktanalyse zu ermöglichen, bestehende Vorabverpflichtungen aufzuheben“ andererseits unterschieden hätte, überzeugt nicht. Weder sieht der neue Rechtsrahmen eine solche Unterscheidung vor, noch wird klar, welche Folgen an sie zu knüpfen wären. Art. 7 Abs. 2 Zugangsrichtlinie und Art. 16 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie bestimmen eindeutig, dass die relevanten Märkte, auf denen bisher bestimmte Vorabverpflichtungen vorgesehen waren in die erste Empfehlung aufzunehmen sind. Dies dient der Rechtssicherheit im Übergang zum neuen Rechtsrahmen und gibt den nationalen Regulierungsbehörden Gelegenheit, die Wettbewerbsverhältnisse auf den bisher regulierten Märkten im Zuge einer Marktanalyse zu überprüfen (vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie, Art. 16 Abs. 3 S. 1 Universaldienstrichtlinie). Für eine „ergänzende systematische Auslegung“ besteht hier weder Raum noch Bedürfnis, auch nicht im Hinblick auf Art. 15 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie. Denn die Aufnahme der in Anhang I genannten Märkte impliziert keineswegs, dass die Kommission diese Märkte im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens anhand der von ihr entwickelten Kriterien als regulierungsbedürftig eingestuft hätte (so aber wohl *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 203). Diese Entscheidung hat für die erste Empfehlung bereits der Richtliniengeber getroffen. In Art. 15 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie heißt es, dass in die Empfehlung „gemäß Anhang I der vorliegenden Richtlinie“ diejenigen Märkte aufgenommen werden, deren Merkmale die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien vorgesehenen Verpflichtungen rechtfertigen können. Die hier in Verbindung mit den Art. 7 Abs. 2 und 16 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie zum Ausdruck kommende Entscheidung des Richtliniengebers erleichtert den Übergang vom bisherigen ONP-Regime zum neuen Rechtsrahmen (vgl.

unterworfen sind. Diese Entscheidung hat aber nichts mit einer Marktabgrenzung nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts zu tun und sie muss auch unabhängig von der – schließlich auf Ebene der nationalen Regulierungsbehörden vorzunehmenden – Marktanalyse zur Feststellung des Fehlens wirksamen Wettbewerbs bzw. der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens getroffen werden. Sie stellt sich vielmehr als die grundsätzliche Entscheidung über das Bedürfnis für eine sektorspezifische Regulierung eines bestimmten Marktes dar. Damit wird aber das Marktdefinitionsverfahren zur entscheidenden Instanz für die Festlegung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierung.⁴⁸⁴

bb) Materielle Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes

Angesichts der festgestellten zentralen Bedeutung des Marktdefinitionsverfahrens stellt sich allerdings die Frage, nach welchen materiellen Kriterien über die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes zu entscheiden sein soll. Für diese Entscheidung bedarf es eines materiellen Steuerungskriteriums, das weder der im Rahmen der Marktanalyse zu untersuchende Begriff des wirksamen Wettbewerbs, noch eine Marktabgrenzung nach den allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts bereitstellen kann. Denn das bloße Bestehen von beträchtlicher Marktmacht kann für sich noch keine sektorspezifische Regulierung rechtfertigen. Dies zeigt bereits die weitgehende Gleichsetzung des Begriffes mit dem Tatbestand der marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV. Sie illustriert, dass „beträchtliche Marktmacht“ auch sonst in der Regel hingenommen wird und lediglich im Falle ihres Missbrauchs sanktioniert wird.⁴⁸⁵ Die Auferlegung von ex-ante Verpflichtungen etwa auf Grund der Zugangsrichtlinie muss daher voraussetzungsvoller sein. Über den Verweis des Art. 15 Abs. 1 S. 2 auf die Merkmale eines Marktes, welche die Auferlegung von Verpflichtungen nach der Zugangsrichtlinie rechtfertigen hinaus enthält der Richtlinien text lediglich in Erwägungsgrund 27 den Hinweis, dass Vorabverpflichtungen generell (unter anderem) nur dann auferlegt werden sollten, wenn die Instrumente des nationalen und des

auch Erwägungsgrund 2 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte) und bedarf keiner Korrektur. Vgl. zu den Übergangsregelungen auch unten, § 3 F VI, S. 243.

⁴⁸⁴ I. E. ebenso *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S.195 f.; *Loetz/Neumann*, German Law Journal, Vol. 4 [2003] 1307, 1313 ff.

⁴⁸⁵ Ähnlich *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, S. 13, Tz. 11.

gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht nicht ausreichen, um das jeweilige Problem zu lösen.⁴⁸⁶

In der Empfehlung zur Marktdefinition sowie in der begleitend veröffentlichten Begründung hat die Kommission allerdings eine Reihe von detaillierteren Vorgaben für die anzustellende Prüfung entwickelt. Unter Bezugnahme auf Erwägungsgrund 27 werden Vorabregulierung und Wettbewerbsrecht zu komplementären Instrumenten bei der Verwirklichung politischer Ziele in der elektronischen Kommunikation und bei der Einführung eines wirksamen Wettbewerbs erklärt. Vor dem Hintergrund des den neuen Rechtsrahmen prägenden Grundsatzes, dass eine Vorabregulierung aufzuheben sei, wenn sie nicht mehr benötigt werde, empfehle es sich, diejenigen Umstände unter denen eine Vorabregulierung gerechtfertigt sei – oder umgekehrt das allgemeine Wettbewerbsrecht zur Lösung auftretender Probleme ausreiche – so klar wie möglich aufzuzeigen und daraus die Grundkriterien für die Festlegung relevanter Märkte abzuleiten.⁴⁸⁷ Nach Auffassung der Kommission sollte die Festlegung von Märkten eine Gesamtbewertung umfassen, die unter Rückgriff auf die jeweiligen Erfahrungen mit der Anwendung des Wettbewerbsrechts und der Auferlegung von Vorabverpflichtungen Auskunft darüber gibt, wie wirksam das Wettbewerbsrecht allein bei der Behandlung des jeweiligen Marktversagens ist. Nur dann, wenn diese Prognose der Leistungsfähigkeit des Wettbewerbsrechts negativ ausfällt, soll ein Markt einer Vorabregulierung unterstellt werden.⁴⁸⁸ Vor diesem Hintergrund sieht die Empfehlung der Kommission drei kumulative Kriterien zur Festlegung relevanter Märkte vor:⁴⁸⁹

Danach kommt zunächst *erstens* der Feststellung, ob auf einem Markt anhaltende Zugangshindernisse bestehen, besondere Bedeutung zu. Solche Hindernisse für den

⁴⁸⁶ Erwägungsgrund 27 bezieht sich dabei sowohl auf Art. 15 als auch auf Art. 16 Rahmenrichtlinie. Der Erwägungsgrund enthält u.a. auch eine Definition des Begriffes des wirksamen Wettbewerbs. Es heißt dort: „Vorabverpflichtungen sollten nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht, d. h. auf Märkten, auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, und die Instrumente des nationalen und gemeinschaftlichen Wettbewerbsrecht nicht ausreichen, um das Problem zu lösen“. Dass die fehlende Leistungsfähigkeit des wettbewerbsrechtlichen Instrumentariums nicht (negativer) Bestandteil des Begriffes des wirksamen Wettbewerbs ist, ergibt sich bereits aus der verwandten Interpunktion. Da das Marktanalyseverfahren keinen Raum für die Prüfung der Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts lässt (vgl. zutreffend *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307, 1318 f., Fn. 52, und unten, § 3 D. III. 2., S. 131 ff.) kann sich die genannte Aussage auch im Übrigen nicht auf Art. 16 Rahmenrichtlinie beziehen. Die Folgerung von *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 159, der Erwägungsgrund stehe insoweit im Widerspruch zum Text der Richtlinie ist danach nur dann zutreffend, wenn man ihn allein auf Art. 16 bezieht.

⁴⁸⁷ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, 3.1. (S. 8).

⁴⁸⁸ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, 3.1. (S. 9).

⁴⁸⁹ Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 9.

Marktzugang können rechtlich oder strukturbedingt sein. Zu den strukturellen Zugangshindernissen können die eingangs beschriebenen ökonomischen Eigenschaften zahlreicher Kommunikationsmärkte⁴⁹⁰ wie bspw. Mengen-, Größen- und Konzentrationsvorteile oder hohe versunkene Kosten gehören.⁴⁹¹ Rechtliche Zugangsschranken können etwa in der Form von Erfordernissen der Zuteilung nur beschränkt verfügbarer Frequenzen oder von Preiskontrollen bestehen.⁴⁹²

Die Existenz solcher Zugangsschranken ist nach Auffassung der Kommission allerdings lediglich eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Anerkennung der Regulierungsnotwendigkeit eines bestimmten Marktes. *Zweitens* ist nämlich zu prüfen, ob auf dem Markt auf Grund struktureller oder verhaltensorientierter Aspekte längerfristig ein wirksamer Wettbewerb zu erwarten sei. Dieses dynamische Kriterium fragt im Wege einer prognostischen Beurteilung danach, ob ein Markt trotz etwaiger beträchtlicher Zugangshindernisse auf Grund struktureller Faktoren oder anderer Merkmale zu einem wirksamen Wettbewerb tendieren kann. Dabei soll es unter anderem darauf ankommen, ob die bestehenden Zugangshindernisse durch die voraussichtliche Wettbewerbsentwicklung beseitigt werden können. Dies soll etwa dann der Fall sein, wenn ein Markt durch hohe Innovationsraten geprägt ist und bestehende Zugangshindernisse daher im Zeitverlauf an Bedeutung verlieren können.⁴⁹³

Liegen danach beträchtliche und anhaltende Zugangshindernisse vor und seien auch keine Anzeichen dafür zu erkennen, dass der Markt in absehbarer Zeit zu einem wirksamen Wettbewerb tendiere, sei *drittens* zu prüfen, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht ausreiche, um die festgestellten wettbewerblichen Probleme zu bewältigen. Dieses Kriterium greift den in Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie konstatierten grundsätzlichen Vorrang des allgemeinen Wettbewerbsrechts⁴⁹⁴ wieder auf.

⁴⁹⁰ Vgl. oben, § 2 E., S. 27 ff.; § 3 C. IV. 2., S. 91 ff. Die Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 10 spricht von der „anfänglichen Kosten- und Nachfragesituation“.

⁴⁹¹ Dazu Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 11; Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, 3.1. (S. 9 f.).

⁴⁹² Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 12.

⁴⁹³ Dazu Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 13 f.; Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, 3.1. (S. 10 f.).

⁴⁹⁴ Siehe dazu auch *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, 3, 6, der zu Recht darauf hinweist, dass dieser generelle Vorrang des Kartellrechts lediglich dann gelte, wenn das Kartellrecht mit seinen inhaltlich begrenzten Eingriffsmöglichkeiten geeignet sei, den Wettbewerb zu schaffen bzw. zu stärken; ausführlicher zu dieser Frage unten, § 4 B., S. 255 ff.

Es stellt sich dann aber die Frage, anhand welcher Kriterien die relative Leistungsfähigkeit von allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung zu beurteilen sein soll. Die Richtlinien des neuen Rechtsrahmens und die Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte liefern insoweit keine handhabbaren Maßstäbe. Allein in der Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte nennt die Kommission drei Anhaltspunkte für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer sektorspezifischen Regulierung: Danach ist die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zunächst dann nicht ausreichend, wenn die zur Behebung eines Marktversagens erforderliche Maßnahme besonders komplex ist und in der Folge etwa eine detaillierte Buchhaltung für Regulierungszwecke, die Ermittlung von Kosten und die Überwachung bestimmter (Zugangs-)Bedingungen einschließlich technischer Parameter erfordert. Weiter soll die Erforderlichkeit eines häufigen oder frühzeitigen Einschreitens für die Notwendigkeit besonderer regulativer Maßnahmen sprechen. Schließlich kann die Auferlegung von Vorabverpflichtungen auch zur Herstellung von Rechtssicherheit geboten sein.⁴⁹⁵

Bereits an dieser Stelle wird deutlich, dass im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens eine komplizierte ökonomische Analyse der strukturellen Bedingungen der jeweiligen Märkte erforderlich wird.⁴⁹⁶ Die Rahmenrichtlinie stellt für die voraussetzungsvolle Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit der untersuchten Märkte selbst nur eingeschränkt inhaltliche Maßstäbe bereit. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass das Marktdefinitionsverfahren erst spät im gesetzgeberischen Prozess als eigenständiges Institut ausgeformt wurde. Die ersten Kommissionsentwürfe sahen nur ein Marktanalyseverfahren vor, in dessen Rahmen die Kommission im Wege einer Entscheidung diejenigen Märkte, deren Merkmale die Auferlegung von bereichsspezifischen Verpflichtungen rechtfertigen, verbindlich festlegen sollte.⁴⁹⁷ Erst auf Initiative des Rates wurde die Festlegung der regulierungsbedürftigen Märkte systematisch aus dem Marktanalyseverfahren ausgegliedert und eigenständig als Marktdefinitionsverfahren geregelt.⁴⁹⁸ Darüber hinaus verweist das

⁴⁹⁵ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, unter Ziff. 3.1., S. 11; im Einzelnen zu diesen Kriterien vgl. unten, S. § 4 B. III., S. 274 ff.

⁴⁹⁶ Ebenso *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307, 1321.

⁴⁹⁷ Vgl. Art 14 Abs. 1 S.1 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Kommissionsentwurfs v. 12.7.2000, KOM (2000) 393.

⁴⁹⁸ Vgl. Art 14 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Gemeinsamen Standpunktes (EG) Nr. 38/2001 v. 17.9.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34, 44, sowie die entsprechende Begründung, aaO. S. 52 a.E.; zum Marktanalyseverfahren vgl. dort Art. 15. Die auf diese Weise vorgenommene terminologische Unterscheidung zwischen „Marktanalyse“ und „Marktdefinition“ ist unglücklich und gibt Anlass zu Missverständnissen. Denn gerade im Marktdefinitionsverfahren ist nach dem Ausgeführten eine umfassende Analyse der strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Märkte erforderlich, vgl. dazu auch

Steuerungsdefizit der Rahmenrichtlinie im Bereich des Marktdefinitionsverfahrens aber möglicherweise auch auf grundsätzlichere Friktionen in der Systematik des neuen Rechtsrahmens, auf die an anderer Stelle noch zurückzukommen sein wird.⁴⁹⁹

b) Abgrenzung der relevanten Märkte

Die Marktdefinition durch die Kommission soll gem. Art. 15 Abs. 1 S. 3 Rahmenrichtlinie im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts stattfinden. Dies bezieht sich insbesondere auf den aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten Vorgang der sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung.

aa) Sachlich relevante Märkte

Das europäische Wettbewerbsrecht, auf das Art. 15 Abs. 1 S. 3 Rahmenrichtlinie verweist, nimmt im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung regelmäßig eine Untersuchung anhand der Begriffe der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit vor.⁵⁰⁰ Die dabei anzuwendenden Grundsätze hat die Kommission in ihren Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht dargelegt.⁵⁰¹ Die Leitlinien richten sich zunächst an die nationalen Regulierungsbehörden und beschreiben die Grundsätze, die diese bei der von ihnen vorzunehmenden Marktanalyse anwenden sollen.⁵⁰² Inhaltlich stellen sie ein „Kompendium der Kommissions- und Gerichtspraxis“ bei der Abgrenzung und wettbewerblichen Analyse von Märkten im Telekommunikationssektor dar.⁵⁰³ Neben der Rechtsprechung der europäischen Gerichte zu Art. 82 EG und Art. 2 der Fusionskontrollverordnung (FKV)⁵⁰⁴ bauen sie insbesondere auf die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des

die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 27, wo von einer „Marktanalyse für die Zwecke von Art. 15 Rahmenrichtlinie“ die Rede ist und *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307, 1321.

⁴⁹⁹ Vgl. unten, § 4 A. III., S. 252 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5; Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 7.; siehe auch *Schröter/Jakob/Mederer-Schröter*, Art. 82 Rdnr. 131; *Ruhle*, medien und recht 1/03, 55, 56; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 102.

⁵⁰¹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 44 ff.

⁵⁰² Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 1.

⁵⁰³ *Schmittmann*, AfP 2001, 197, 199; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 107.

⁵⁰⁴ Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. Nr. L 395 v. 30.12.1989, S. 1, zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates vom 30. Juni 1997, ABl. Nr. L 180 v. 9.7.1997, S. 1.

relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft⁵⁰⁵ und die Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich⁵⁰⁶ auf.⁵⁰⁷ Aus diesem Grund werden die in den Leitlinien niedergelegten Grundsätze auch unabhängig von der Frage nach einer möglichen Selbstbindung der Kommission⁵⁰⁸ die zukünftige Praxis der Kommission bei der Marktdefinition bestimmen.

Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen und zu ihrem Erkenntnisinteresse nur wenig beitragen, die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze der Marktabgrenzung in ihren Einzelheiten umfassend darzustellen. Dennoch kommt gerade der sachlichen Marktabgrenzung im neuen Konzept einer flexibilisierten Bestimmung der Regulierungsbedarfe eine wichtige Funktion zu. Denn je enger ein sachlicher Markt abgegrenzt wird, desto wahrscheinlicher wird die Feststellung eines Maßes an Marktmacht, dass nach dem neuen Rechtsrahmen die Auferlegung marktmachtspezifischer ex-ante Verpflichtungen rechtfertigt. Dabei lässt sich zeigen, dass die Besonderheiten der Telekommunikationsmärkte auch im Rahmen des für die Frage nach der zukünftigen Regulierungsintensität auf den zu untersuchenden Märkten wesentlichen Vorgangs der Marktabgrenzung folgenreich werden. Denn eine solche sachliche Marktabgrenzung steht in enger Beziehung zu der auf ihrer Grundlage erfolgenden Beurteilung der Wettbewerbssituation auf dem jeweiligen Markt.⁵⁰⁹ Eine Marktabgrenzung ist keine ontologische Aufgabe, welche die Ermittlung natürlich vorgegebener ökonomischer Marktgrenzen zum Ziel hat, sondern eine Wertentscheidung, die der Realisierung eines Gesetzeszwecks dient.⁵¹⁰ Auch wenn Art. 15 Abs. 1 S. 3 Rahmenrichtlinie die Kommission auf die Anwendung der Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts verpflichtet, gewährleistet die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Methoden nicht, dass die für die Zwecke der sektorspezifischen Regulierung definierten Märkte regelmäßig der

⁵⁰⁵ Siehe oben, Fn. 500.

⁵⁰⁶ ABl. Nr. C 265 v. 22.8.1998, S. 2.

⁵⁰⁷ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 24.

⁵⁰⁸ Zum Problem *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 197 m.w.N.

⁵⁰⁹ Vgl. im hier interessierenden Zusammenhang etwa *Ladeur*, K&R 2003, 153, 156.

⁵¹⁰ *Krüger*, K&R Beilage 1/2003, 9, 11; vgl. auch *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 746 m.w.N. aus der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Literatur sowie Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 35: „kein automatischer oder abstrakter Vorgang“.

Marktdefinition für wettbewerbsrechtliche Zwecke entsprechen.⁵¹¹ Im Folgenden soll daher vor allem auf den Zusammenhang zwischen den Besonderheiten der Telekommunikationsmärkte und der Marktdefinition nach wettbewerbsrechtlichen Regeln im Rahmen eines Konzeptes der sektorspezifischen Regulierung eingegangen werden.

Für die Definition eines relevanten Marktes sind vor allem die Kriterien der Austauschbarkeit auf der Nachfrageseite und die Angebotsumstellungsflexibilität maßgeblich.⁵¹² Nach gefestigter wettbewerbsrechtlicher Auffassung gehören zu einem Markt danach zunächst sämtliche Produkte, die hinreichend austausch- bzw. substituierbar sind.⁵¹³ Diese Substituierbarkeit ist nicht alleine auf Grund der objektiven Merkmale dieser Produkte, derentwegen sie anhaltenden Konsumbedürfnissen gerecht werden, sondern auch auf Grundlage der Wettbewerbsbedingungen und/oder der Struktur von Angebot und Nachfrage auf dem betreffenden Markt zu beurteilen.⁵¹⁴ Diese zuletzt genannten Kriterien können auf Grund der beschriebenen besonderen ökonomischen Charakteristika der Telekommunikationsmärkte eine besondere Bedeutung erlangen. Denn auch wenn verschiedene Produkte aus Konsumentensicht die gleichen Bedürfnisse befriedigen können und damit grundsätzlich substituierbar wären, können lock-in Effekte die tatsächliche Möglichkeit der Verbraucher, ein bestimmtes Produkt durch ein anderes zu ersetzen, erheblich einschränken. Solche lock-in Effekte können sich im Telekommunikationssektor etwa durch Standards, versunkene Kosten oder langfristig bindende Verträge ergeben.⁵¹⁵ Ein Wechsel zu einem konkurrierenden Produkt kann bei einem Verbraucher dann erhebliche Kosten verursachen, welche die – grundsätzlich nach der Beschaffenheit der Produkte mögliche – Substitution eines Produktes durch ein anderes faktisch verhindern. Im Falle solcher erheblicher Wechselkosten gehören beide Produkte daher nicht demselben Markt an.⁵¹⁶ Umgekehrt können dort, wo solche Wechselkosten in geringerem Maße anfallen, durch

⁵¹¹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 25. Dies entspricht dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsatz, dass die Kriterien für die Definition des relevanten Marktes ja nachdem, was für eine Wettbewerbsfrage geprüft wird, zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, vgl. Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 19.

⁵¹² Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 38; allgemein Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82 Rdnr. 131.

⁵¹³ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 44 m.zahlr.w.N.

⁵¹⁴ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 44, unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des EuGH und mit zahlreichen entsprechenden Nachweisen.

⁵¹⁵ Vgl. dazu im vorliegenden Zusammenhang mit der Frage nach der Substituierbarkeit im Rahmen einer Markttabgrenzung Krüger, K&R Beilage 1/2003, 9, 11; allgemeiner zum Problem der lock-in Effekte bereits oben, § 2 E I 2, S. 34.

⁵¹⁶ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 50.

Konvergenzphänomene die Schranken zwischen einzelnen Märkten zunehmend unscharf werden und sich schließlich ganz auflösen. So können beispielsweise angesichts des auf Grund technischer Entwicklungen erfolgenden Zusammenwachsens unterschiedlicher Infrastrukturen die auf ihrer Grundlage erbrachten Dienste in zunehmendem Maße als funktional austauschbar angesehen werden.⁵¹⁷

Insbesondere angesichts dieser Phänomene bedeutet die Verwendung einer wettbewerbsrechtlichen Methodik zur Abgrenzung der relevanten Märkte einen deutlichen Gewinn an Flexibilität gegenüber der bisherigen Praxis der Definition bestimmter Regulierungsbereiche unmittelbar in den Richtlinien. Im Vergleich zu einer gesetzlichen Marktdefinition erlaubt es die Untersuchung der Substituierbarkeit unterschiedlicher Produkte, die für die Reichweite des regulatorischen Eingriffs maßgebliche Marktabgrenzung jeweils an die technologische und wettbewerbliche Entwicklung anzupassen und auf diejenigen Produkte zu beziehen, die tatsächlich im Wettbewerb um den Nutzer stehen.⁵¹⁸ Auf diese Weise können Fehlsteuerungen durch einen regulatorischen Eingriff, der auf Grund einer nicht (mehr) zutreffenden Einschätzung der tatsächlichen Marktsituation nicht marktkonforme Anreize bewirkt, vermieden werden. Die Verwendung der bekannten Parameter des allgemeinen Wettbewerbsrechts hilft dabei, die angesichts einer vor dem Hintergrund dynamischer Marktentwicklungen unvermeidlichen Anpassung von Umfang und Qualität der Regulierung entstehenden Rechtsunsicherheiten – sowohl für die Marktteilnehmer als auch für den Regulator – zu reduzieren.

Zugleich eröffnet die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kategorien bei der Marktdefinition aber neue Problemfelder. Während Anhang I der Rahmenrichtlinie unter Punkt 2 etwa vorsieht, dass der Markt für „Anrufzustellung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen“ in die Empfehlung aufzunehmen ist, hat die Kommission in Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Grundsätze zur Marktabgrenzung unter Nr. 16 des Anhangs ihrer Empfehlung die

⁵¹⁷ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 47 und Endn. 47. Dort werden auch die Beispiele der Sprachtelefonie auf der Basis paketvermittelter Internetdienste und der Übertragung audiovisueller Inhalte mit Hilfe der xDSL-Technologie genannt, die in Zukunft möglicherweise in Konkurrenz zur traditionellen Sprachtelefonie bzw. der Verbreitung von Fernsehsignalen über terrestrische Sender oder Fernseekabelnetze treten könnten.

⁵¹⁸ Auf die besonderen Probleme bei der Ermittlung der Substituierbarkeit einzelner Produkte und Leistungen angesichts der ungewissen Entwicklung dynamischer Hochtechnologien und der in der Folge immer nur vorläufig vornehmbaren Marktabgrenzung weisen zu Recht *Ladeur/Möllers*, DVBl. 2005, 525 hin.

Anrufzustellung in *einzelne* Mobilfunknetze jeweils als relevante Märkte definiert.⁵¹⁹ Dies ist vom Standpunkt der nachfrageseitigen Substituierbarkeit durchaus konsequent: Die Zustellung eines Anrufes in einem bestimmten Mobilfunknetz kann nicht durch die Zustellung in einem anderen Netz ersetzt werden.⁵²⁰ Eine solche Marktabgrenzung bedeutet aber zugleich eine erhebliche Verschärfung der Regulierungsintensität und, jedenfalls im Hinblick auf das deutsche Telekommunikationsrecht, eine Ausdehnung der Regulierung auf die bisher nicht regulierten Zusammenschaltungsentgelte im Mobilfunkbereich.⁵²¹ Denn es wird nur schwer zu begründen sein, dass der jeweilige Netzbetreiber und damit ausschließlicher Anbieter auf einem solchen Markt nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt.⁵²² Da eine solche Feststellung nach dem neuen Rechtsrahmen regelmäßig die Auferlegung eines Mindestmaßes an Vorabverpflichtungen nach sich zieht,⁵²³ wird auf diese Weise faktisch bereits im Rahmen der Marktabgrenzung eine Entscheidung über das „ob“ der Regulierung eines bestimmten Marktes getroffen.⁵²⁴ Für eine solche voraussetzungsvolle Entscheidung sind die wettbewerbsrechtlichen Grundsätze des Bedarfsmarktkonzepts aber nicht eingerichtet. Sie stellen keine tauglichen Kriterien für die grundsätzliche Angemessenheit einer sektorspezifischen Regulierung bereit. Die Entscheidung über Bestand und Umfang der sektorspezifischen Regulierung darf daher nicht gleichsam versteckt im Rahmen der Marktabgrenzung getroffen und auf diese Weise verschleiert werden. Zur Vermeidung dysfunktionaler Steuerungseffekte ist es vielmehr erforderlich, die Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit einzelner Märkte anhand der von der Kommission entwickelten Kriterien eng mit dem Prozess der sachlichen Marktabgrenzung zu verkoppeln.

⁵¹⁹ Vgl. dazu aus ökonomischer Sicht *Klodt*, Die Weltwirtschaft 2003, 196, 207 f.; *Kruse*, Wettbewerb oder Regulierung, S. 8.

⁵²⁰ Vgl. dazu die Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, unter 4.3.1. (S. 32 ff). Die Kommission untersucht umfassend denkbare Substitutionsmöglichkeiten auf Angebots- und Nachfrageebene und gelangt zu dem Ergebnis, dass im Fall der Großkundenmärkte für Anrufzustellung der relevante Markt gegenwärtig mit den jeweiligen Einzelnetzen identisch ist. Dies könne sich aber ändern, wenn technische Möglichkeiten der Anrufzustellung über andere Netze bestünden, die Nutzer selbst auf andere Alternativen zurückgriffen, um hohe Zustellungsentgelte zu umgehen oder die Nutzer ihr Netz nachweislich auf Grund der Kosten für eingehende Anrufe auswählten (Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, S. 34).

⁵²¹ Vgl. dazu *Ladeur*, K&R 2003, 153, 156.

⁵²² Vgl. *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, 3, 6 f. Für ausgeschlossen hält die Kommission dies indes nicht. Soweit der Marktgegenseite – also den die Anrufzuführung nachfragenden Großkunden – eine so erhebliche Kaufkraft zukommt, dass jede anhaltende Preiserhöhung unwirtschaftlich würde, soll dem Betreiber keine beträchtliche Marktmacht zukommen, vgl. Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, unter 4.3.1. (S. 35).

⁵²³ Dazu unten § 3 F. IV. 1., S. 214 ff.

⁵²⁴ Zu dieser Wechselwirkung vgl. auch *Beese/Müller*, RTkom 2001, 83 ff.

Die Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit muss sich auf eben jenen Markt beziehen, der anhand der wettbewerbsrechtlichen Grundsätze abgegrenzt wurde, sollte aber eigenen klar definierten Rationalitäten folgen, die in Ansehung der eigentlichen Regulierungsaufgabe – der Entscheidung über die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung – klar zu definieren wären. Eine Marktdefinition, die allein anhand kartellrechtlicher Kategorien ohne Ansehung der Folgewirkungen für Bestand und Reichweite der sektorspezifischen Regulierung vorgenommen wird, ist jedenfalls nicht unproblematisch.

bb) Räumlich relevante Märkte

Während die Kommission im Wege der von ihr zu erlassenden Empfehlung den Entscheidungsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden bei der sachlichen Marktabgrenzung erheblich einschränkt,⁵²⁵ kommt diesen vorrangig die Aufgabe der räumlichen Abgrenzung der relevanten Märkte zu.⁵²⁶ Eine räumliche Marktabgrenzung durch die Kommission dürfte nur in dem Fall in Betracht kommen, dass sie gem. Art. 15 Abs. 4 Rahmenrichtlinie nach Anhörung der nationalen Regulierungsbehörden eine Entscheidung zur Festlegung länderübergreifender Märkte erlässt.⁵²⁷ In diesem Fall ist nach Art. 15 Abs. 4, 22 Abs. 3 der Kommunikationsausschuss zu beteiligen.

c) Zur Bindungswirkung der Empfehlung

Im Zuge der Entstehung des neuen Rechtsrahmens wurden heftige Auseinandersetzungen über die Frage geführt, ob die Marktdefinition durch die Kommission im Wege einer – verbindlichen – Entscheidung nach Art. 249 Abs. 4 EGV oder einer – grundsätzlich unverbindlichen – Empfehlung nach Art. 249 Abs. 5 EGV ergehen sollte.⁵²⁸ Der ursprüngliche Kommissionsvorschlag zur Rahmenrichtlinie sah noch den Erlass einer Entscheidung vor.⁵²⁹ Dies scheiterte aber am Widerstand des Rates. Um zu verhindern, dass

⁵²⁵ Dazu im Einzelnen sogleich.

⁵²⁶ Vgl. Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, Erwägungsgrund 2 a.E.; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 36; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 194; die einschlägigen Grundsätze werden unten unter § 3 D. II. 2. b), S. 126 f. dargestellt.

⁵²⁷ Ein „länderübergreifender Markt“ i.S.d. Art. 15 Abs. 4 Rahmenrichtlinie umfasst gemäß der Definition des Art. 2 b) Rahmenrichtlinie die gesamte Gemeinschaft oder einen wesentlichen Teil davon.

⁵²⁸ Vgl. *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 139; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 825, 826 f.; *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 345 f.

⁵²⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Kommissionsentwurfs v. 12.7.2000, KOM (2000) 393.

die Kommission insoweit eine gegenüber den Mitgliedstaaten unmittelbar verbindliche Entscheidung treffen konnte, setzte er durch, dass die Kommission lediglich eine Empfehlung abgeben durfte.⁵³⁰ Ob dies den nationalen Regulierungsbehörden im Ergebnis einen wesentlich erweiterten Spielraum einräumt, wird allerdings angezweifelt.⁵³¹ Denn da Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie vorsieht, dass die relevanten Märkte durch die nationalen Regulierungsbehörden unter „weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung“ festzulegen sind, stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung der Empfehlung für die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden. Während insoweit teilweise von einer „materiellen Verbindlichkeit“⁵³² ausgegangen wird, wird dies von anderer Seite nachdrücklich abgelehnt.⁵³³ Trotz des in Art. 249 Abs. 5 EGV ausdrücklich verankerten unverbindlichen Charakters der Empfehlungen hat der EuGH festgestellt, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte verpflichtet sind, auch solche unverbindlichen Maßnahmen bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere dann, wenn sie zur Ergänzung zwingender Vorschriften des Gemeinschaftsrechts ergangen sind oder zur Auslegung nationaler Rechtsvorschriften herangezogen werden können, die zu ihrer Umsetzung erlassen worden sind.⁵³⁴ Dies gilt auch für die Empfehlung nach Art. 15 Rahmenrichtlinie, so dass es nur grundsätzlich bei der von Art. 249 Abs. 5 EGV angeordneten Unverbindlichkeit verbleibt. Indem Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie die „weitestgehende“ Beachtung der Kommissionsempfehlung bei der Marktdefinition durch die nationalen Regulierungsbehörden vorschreibt, erkennt die Vorschrift aber zugleich die grundsätzliche Möglichkeit der Festlegung solcher Märkte an, die von den Vorgaben der Kommissionsempfehlung abweichen. Die Empfehlung ist damit insoweit unverbindlich, als ein Abweichen nicht ohne weiteres zur Rechtswidrigkeit der jeweiligen Maßnahme einer nationalen Regulierungsbehörde wegen Verstoßes gegen Gemeinschaftsrecht führt. Da sie gemeinschaftsrechtlich „weitestgehend“ zu berücksichtigen sind, ist eine solche abweichende

⁵³⁰ Vgl. Art. 14 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Gemeinsamen Standpunktes (EG) Nr. 38/2001 v. 17.9.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34, 44, sowie die entsprechende Begründung, aaO. S. 52 a.E.

⁵³¹ *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 392.

⁵³² *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 392.

⁵³³ *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 139.

⁵³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.12.1989, Rs. C-322/88, Slg. 1989 I-4407, Rdnr. 18 f. – Salvatore Grimaldi/Le Fonds des maladies professionnelles = EuZW 1990, 95, 96; *Trute*, Regulierungsverbund, S. 573, insbes. Fn. 23. Zudem seien die Mitgliedsstaaten im Hinblick auf ihre Rechtsschutzmöglichkeiten nun schlechter gestellt, da ihnen gegen eine Empfehlung anders als gegen eine Entscheidung der Weg der Staatennichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 1 EGV nicht offen stehe (*Bartosch* EuZW 2002, S. 389, 392).

Marktdefinition allerdings legitimationsbedürftig.⁵³⁵ Die Rahmenrichtlinie sieht insoweit in Art. 15 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 4 a) die Durchführung eines besonderen Konsolidierungsverfahren vor. Auf die Einzelheiten dieses Verfahrens wird an anderer Stelle eingegangen.⁵³⁶ Im vorliegenden Zusammenhang ist entscheidend, dass der Kommission dann, wenn der in Frage stehende Maßnahmenentwurf der nationalen Regulierungsbehörde Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat und die Kommission der Auffassung ist, dass der Entwurf ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde oder Zweifel an dessen Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht und insbesondere den regulativen Zielen des neuen Rechtsrahmens nach Art. 8 Rahmenrichtlinie hat, letztlich ein Vetorecht bei der Definition abweichender Märkte durch die nationalen Regulierungsbehörden zukommt. Insoweit dürfte es berechtigt sein, von einer weitgehenden faktischen Verbindlichkeit der Empfehlung zu sprechen.⁵³⁷

2. Marktdefinition durch die nationalen Regulierungsbehörden

Auf der Grundlage der Kommissionsempfehlung und der Leitlinien zur Marktanalyse und unter deren „weitestgehender“ Berücksichtigung haben die nationalen Regulierungsbehörden gem. Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie die relevanten Märkte entsprechend der nationalen Gegebenheiten festzulegen. Auch die nationalen Aufsichtsbehörden werden dabei auf die Einhaltung der Grundsätze des Wettbewerbsrechts verpflichtet.⁵³⁸

a) Prüfungsumfang der nationalen Regulierungsbehörden im Marktdefinitionsverfahren

Der genaue Umfang der von den nationalen Regulierungsbehörden anzustellenden Prüfung ist dabei nicht eindeutig geregelt. Zunächst fällt auf, dass in Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie eine dem Art. 15 Abs. 1 S. 2 entsprechende Bezugnahme auf die Prüfung von Strukturmerkmalen, die die Auferlegung von besonderen sektorspezifischen Verpflichtungen nach den Einzelrichtlinien rechtfertigen können, fehlt. Da sich Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie alleine auf die Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und

⁵³⁵ Scherer, K&R 2002, 273, 285.

⁵³⁶ S.u., § 3 E. II. 2. a), S. 184 ff.

⁵³⁷ Vgl. Klotz, K&R Beilage 1/2003, 3, 7; Huppertz, Die SMP-Konzeption, S. 206; Trute, Regulierungsverbund, S. 577; Ladeur/Möllers, DVBl. 2005, 525, 528 („weitgehende Determinierung der Entscheidungen der NRB“) sowie 531 ff.; Spoerr/Sellmann, N&R 2004, 98, 100 („grundsätzliches Abweichungsverbot“).

⁵³⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 3 S. 1 a.E.

Dienstmärkte bezieht, könnte dies darauf hindeuten, dass die nationalen Regulierungsbehörden alleine eine, in Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie ausdrücklich genannte, räumliche und daneben gegebenenfalls noch eine sachliche Marktabgrenzung vorzunehmen haben, keinesfalls aber anhand der drei von der Kommission entwickelten Kriterien eine eigene Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit des jeweiligen Marktes treffen dürften.⁵³⁹ Eine entsprechende Begrenzung der Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden bei der Marktdefinition legen zunächst auch die Leitlinien zur Marktanalyse nahe. Sie gehen davon aus, dass der Entscheidungsspielraum der nationalen Behörden im Hinblick auf die Feststellung der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit bestimmter Märkte sowie die sachliche Marktabgrenzung durch die Maßnahmen der Kommission bereits weitgehend vorstrukturiert ist.⁵⁴⁰ Da im Rahmen der Kommissionsempfehlung bereits diejenigen Produktmärkte festgesetzt seien, deren Merkmale die Auferlegung von ex-ante Verpflichtungen rechtfertigten, bestehe die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden in der Regel allein darin, die räumliche Dimension des von ihr sachlich vordefinierten Marktes zu bestimmen.⁵⁴¹

Allerdings bleibt es den nationalen Regulierungsbehörden jedenfalls grundsätzlich unbenommen, auch solche Märkte zu definieren, die von der Kommissionsempfehlung abweichen.⁵⁴² Erwägen die nationalen Regulierungsbehörden aber, einen solchen von der Empfehlung nicht erfassten Markt zu definieren und ihn damit der sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen, so haben auch sie eine Entscheidung zu treffen, die über die sachliche und räumliche Marktabgrenzung hinausgeht. In diesem Fall bedürfen die nationalen Regulierungsbehörden genauso wie die Kommission eines materiellen Kriteriums, anhand dessen sie über die (sektorspezifische) Regulierungsbedürftigkeit dieser Märkte entscheiden. Dies erkennt auch die Kommission an. Sie geht selbst davon aus, dass sich die

⁵³⁹ In diesem Sinne *Klotz*, ZWeR 2003, 283, 295; *ders.* MMR 2003, 495, 497 und besonders nachdrücklich *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 12 ff.

⁵⁴⁰ Vgl. *Ladeur*, K&R 2004, 153, 154 und die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 24. Dort heißt es in Satz 1: „Nach dem Rechtsrahmen erfolgen die Marktdefinition und die Ermittlung beträchtlicher Marktmacht entsprechend den Verfahren des Wettbewerbsrechts. Aus diesem Grund sollte die Definition der räumlichen Tragweite der Märkte, die in der Empfehlung angeführt werden, *gegebenenfalls die Definition sachlich relevanter Märkte* für Waren und Dienstleistungen (Produktmärkte), *die in der Empfehlung nicht genannt werden*, sowie die Beurteilung wirksamen Wettbewerbs durch die NRB entsprechend der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung und Praxis vorgenommen werden“ [Hervorhebungen durch Verf.].

⁵⁴¹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 36; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 99; ebenso *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 140.

Befugnisse zur Definition abweichender Märkte nicht allein auf die sachliche Marktabgrenzung beziehen, sondern auch die Untersuchung der strukturellen Regulierungsbedürftigkeit umfassen. Erwägungsgrund 19 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte sieht vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei der Definition abweichender Märkte die drei genannten Kriterien zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit anzuwenden haben.

Fraglich bleibt damit allein, ob die nationalen Regulierungsbehörden diejenigen Märkte, die die Kommission in ihrer Empfehlung als grundsätzlich regulierungsbedürftig einstuft, zusätzlich einer eigenen Prüfung anhand dieser Kriterien unterziehen dürfen und im Falle eines negativen Befundes unter Berufung hierauf auf eine Regulierung dieser Märkte verzichten können.⁵⁴³ Eine solche Befugnis ergibt sich zunächst nicht bereits daraus, dass die den nationalen Regulierungsbehörden in Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie übertragene Kompetenz anderenfalls „nicht viel mehr als eine leere Hülle“ darstellen würde.⁵⁴⁴ Denn es bleibt den nationalen Regulierungsbehörden in jedem Fall überlassen, die in der Empfehlung recht global definierten Märkte – wie es Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie ausdrücklich vorsieht – in räumlicher Hinsicht in Bezug auf die jeweiligen nationalen Gegebenheiten konkret festzulegen. Entscheidend ist vielmehr die Natur der Empfehlung als grundsätzlich unverbindlicher Rechtsakt.⁵⁴⁵ Denn wenn die den nationalen Regulierungsbehörden durch Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie eingeräumte Prüfungskompetenz grundsätzlich – etwa in Bezug auf solche Märkte, die in der Kommissionsempfehlung nicht enthalten sind – die Befugnis zur Untersuchung der strukturellen Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes umfasst, so kann diese Befugnis in Bezug auf diejenigen Märkte, die in der Kommissionsempfehlung genannt sind, nicht weiter eingeschränkt werden, als die Bindungswirkung dieser Empfehlung reicht. Da diese aber lediglich „weitestgehend“ zu berücksichtigen ist,⁵⁴⁶ muss auch den nationalen Regulierungsbehörden, jedenfalls im Grundsatz, die Befugnis verbleiben, auch die von der Kommission vorgenommene

⁵⁴² Vgl. Art. 15 Abs. 3 S. 2, der besondere prozedurale Anforderungen für diesen Fall vorhält, und bereits oben, § 3 D. II. 1. c), S. 121 ff.

⁵⁴³ Dagegen *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 12; *Wilms/Masing/Jochum-Jochum*, § 10 Rdnr. 53 a.E.; zum Streit *Holzengel/Hombergs*, MMR 2006, 285, 290.

⁵⁴⁴ So aber *Ellinghaus*, CR 2004, 23, 25 und im Ergebnis wohl auch *Wilms/Masing/Jochum-Jochum*, § 10 Rdnr. 53.

⁵⁴⁵ Ebenso *Monopolkommission*, Sondergutachten 40, Tz. 30 f.

⁵⁴⁶ Zur Bindungswirkung der Empfehlung bereits oben, S. 121 ff.

Marktdefinition einer eigenständigen Prüfung zu unterziehen⁵⁴⁷ – die allerdings wiederum unter Einbindung der Kommission zu erfolgen hat, wie noch zu zeigen sein wird.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, dass die nationalen Regulierungsbehörden der Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung der Empfehlung über relevante Märkte, entsprechend der oben dargestellten Grimaldi-Rechtsprechung des EuGH *nur* dadurch nachkommen könnten, dass sie von deren grundsätzlicher Regulierungsbedürftigkeit ausgingen und unmittelbar in eine Marktanalyse nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen eintreten.⁵⁴⁸ Auf diese Weise würde faktisch nämlich eine vollumfängliche Bindungswirkung der Marktempfehlung begründet und so die bewusste Entscheidung des Richtliniengebers, anstatt einer verbindlichen Entscheidung nur eine grundsätzliche unverbindliche Empfehlung zur Marktdefinition vorzusehen, nachträglich korrigiert.⁵⁴⁹

b) Räumliche und sachliche Marktabgrenzung

Für die räumliche Marktabgrenzung sind wiederum die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätze maßgeblich.⁵⁵⁰ Wichtigstes Beurteilungskriterium ist dabei die Homogenität der Wettbewerbsbedingungen.⁵⁵¹ Der räumlich relevante Markt umfasst danach das Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.⁵⁵² Auch im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung

⁵⁴⁷ I.E. ebenso *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307, 1320 f.; *Ellinghaus*, CR 2003, 23, 25; *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 521; *BerlKommTKG/Heinen*, § 10 Rdnr. 69 und 71; *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rdnr. 303. Die gegen eine solche Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden von *Klotz*, ZWeR 2003, 283, 295, ins Feld geführten Bedenken in Bezug auf das Harmonisierungsziel des neuen Rechtsrahmens dürften bereits durch die weitgehende Bindung der nationalen Regulierungsbehörden an die Kommissionsempfehlung abgeschwächt werden. Sie verlieren ihre Berechtigung vollends, wenn das Vetoverfahren des Art. 7 Abs. 4 a) Rahmenrichtlinie auch auf die Entscheidung, einen in der Empfehlung definierten Markt *nicht* zu regulieren angewendet wird, vgl. dazu unten S. 185, Fn. 802 und begleitenden Text.

⁵⁴⁸ So aber *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 14.

⁵⁴⁹ Vgl. oben § 3 D. II. 1. c), S. 121 ff.

⁵⁵⁰ Die Leitlinien zur Marktanalyse fassen die wesentlichen Kriterien in Tz. 56 ff. zusammen.

⁵⁵¹ *Schröter/Jakobs/Mederer-Schröter*, Art. 82 Rdnr. 148. Allerdings ist keine vollständige Homogenität der Wettbewerbsbedingungen erforderlich, vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 56.

⁵⁵² So die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 56, unter Verweis auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte (EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 44 = NJW 1978, 2439 – *United Brands/Kommission*; Urt. v. 9.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 26 – *Michelin/Kommission*; Urt. v. 5.10.1988, Rs. 247/86, Slg. 1988, 5987, Rn. 15 – *Alsatel/Novasam*; sowie EuG, Urt. v. 12.6.1997, Rs. T-504/93, Slg. 1997, II-923, Rdnr. 102 – *Tiercé Ladbroke/Kommission*).

kommt es dabei wesentlich auf die Würdigung der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit an.⁵⁵³ Zu den Merkmalen des Nachfragerverhaltens gehören etwa Bereitschaft und Möglichkeit der Abnehmer, gemeinschaftsweit einzukaufen, aber auch nationale oder regionale Präferenzen und sprachliche Hindernisse bei der Inanspruchnahme bestimmter Dienste.⁵⁵⁴ Im Hinblick auf die Märkte des Kommunikationssektors spielt bei der räumlichen Marktabgrenzung insbesondere das von einem bestimmten Netz abgedeckte Gebiet eine Rolle.⁵⁵⁵ Daneben gehören schließlich auch die jeweiligen Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die in die Betrachtung der Homogenität der wettbewerblichen Voraussetzungen einzubeziehen sind.⁵⁵⁶ Für die sachliche Marktabgrenzung ergeben sich gegenüber dem oben Ausgeführten⁵⁵⁷ keine Besonderheiten.

c) *Prozedurale Vorkehrungen*

In prozeduraler Hinsicht sieht die Rahmenrichtlinie umfangreiche Beteiligungsrechte für die Marktteilnehmer ebenso wie für die Kommission vor. So ist vor dem Erlass von Maßnahmen mit erheblichen Auswirkungen auf den jeweiligen Markt ein Anhörungsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie durchzuführen, in dessen Rahmen die nationale Regulierungsbehörde interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu ihrem jeweiligen Maßnahmenentwurf zu geben hat.⁵⁵⁸ Da die Marktdefinition Voraussetzung für jegliche ex-ante Regulierung eines bestimmten Marktes ist und damit jedenfalls mittelbar erhebliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen besitzen dürfte, wird im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens regelmäßig ein solches Anhörungsverfahren durchzuführen sein.⁵⁵⁹ Zusätzlich sind gem. Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie die Kommission und die übrigen nationalen Regulierungsbehörden im Zuge des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens

⁵⁵³ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 57.

⁵⁵⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, Rdnr. 29, 46; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 58; Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82, Rdnr. 152.

⁵⁵⁵ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 59.

⁵⁵⁶ Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82, Rdnr. 148; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 59. Ein Beispiel für deren Bedeutung bei der Marktabgrenzung bilden die national vergebenen Lizenzen für den Betrieb von Mobilfunknetzen; vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Endn. 44.

⁵⁵⁷ Vgl. § 3 D. II. 1. b), S. 116 ff.

⁵⁵⁸ Dazu im Einzelnen unten, § 3 E. II. 1. a), S. 172 ff.

⁵⁵⁹ Vgl. Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 141.

zu konsultieren.⁵⁶⁰ Auch ihnen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Entwurf der geplanten Maßnahme zu geben. Art. 7 Abs. 5 Rahmenrichtlinie verpflichtet die nationalen Regulierungsbehörden, den eingegangenen Stellungnahmen „weitestgehend“ Rechnung zu tragen. Die umfangreichsten Beteiligungsrechte einschließlich der Möglichkeit, die nationalen Regulierungsbehörden zur Zurücknahme des Maßnahmenentwurfs zu verpflichten, sieht der bereits genannte Art. 7 Abs. 4 a) Rahmenrichtlinie im Falle der Festlegung relevanter Märkte vor, die sich von den in der Kommissionsempfehlung definierten Märkten unterscheiden.

III. Das Marktanalyseverfahren

1. Funktion und Überblick

Als eines der wesentlichen Strukturelemente des neuen Rechtsrahmens wurde das Prinzip der flexiblen marktbezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs identifiziert. In diesem Zusammenhang kommt als erstem Element dem Marktdefinitionsverfahren wie gezeigt die Funktion zu, insbesondere im Rahmen der Kommissionsempfehlung diejenigen Produkt- und Dienstmärkte zu bestimmen, deren strukturelle Merkmale abstrakt die Auferlegung von Vorabverpflichtungen rechtfertigen können. Aufgabe des Marktanalyseverfahrens ist es dagegen, die konkreten Regulierungsbedürfnisse auf einem bestimmten, in der Regel nationalen, Markt zu ermitteln.

Zu diesem Zweck hat die nationale Regulierungsbehörde gem. Art. 16 Abs. 2 Rahmenrichtlinie zunächst zu untersuchen, ob auf dem jeweiligen relevanten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. Ist dies der Fall, so können den Unternehmen auf diesem Markt gem. Art. 16 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie keine asymmetrischen ex-ante Verpflichtungen auferlegt werden. Etwaige bestehende bereichsspezifische Verpflichtungen sind aufzuheben, Art. 16 Abs. 3 S. 2 Rahmenrichtlinie. Kommt die nationale Regulierungsbehörde dagegen zu dem Ergebnis, dass auf dem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so hat sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu ermitteln und diesen geeignete bereichsspezifische Verpflichtungen unter anderem nach der Zugangsrichtlinie aufzuerlegen.⁵⁶¹ Im Rahmen des Verfahrens nach Art. 16 Rahmenrichtlinie ist damit auf der Grundlage der Marktdefinition eine umfassende Analyse der

⁵⁶⁰ Eingehend zum Konsultationsverfahren unten, § 3 E. II. 2. a), S. 181 ff.

⁵⁶¹ Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie.

Wettbewerbsverhältnisse vorzunehmen, die letztlich über die bereichsspezifische Regulierung des jeweiligen Marktes entscheidet.⁵⁶²

Das Marktanalyseverfahren ist gem. Art. 16 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie erstmals unmittelbar nach Verabschiedung der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte durch die Kommission durchzuführen. Beide Verfahren sind eng verzahnt: Die Marktanalyse ist auch später erneut durchzuführen, sobald die Kommissionsempfehlung aktualisiert wird.⁵⁶³ Auf diese Weise wird sichergestellt, dass eine veränderte Einschätzung der Kommission hinsichtlich der abstrakten, strukturbedingten Regulierungsbedürftigkeit einzelner Märkte in die nationalen Rechtsordnungen transformiert wird.

Daneben finden sich auch in den bereichsspezifischen Richtlinien besondere Revisionsvorkehrungen. Sie stehen in systematischem Zusammenhang mit den Übergangsregelungen der Art. 7 Abs. 1 Zugangsrichtlinie und Art. 16 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie. Nach diesen Vorschriften gelten bestimmte, sich aus dem bisherigen Rechtsrahmen ergebende Verpflichtungen, unter anderem in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung, auch unter dem neuen Rechtsrahmen zunächst fort. Art. 7 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie sieht aber – ähnlich wie Art. 16 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie – vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden möglichst bald nach dem Inkrafttreten der Richtlinie eine Marktanalyse nach Art. 16 Rahmenrichtlinie vornehmen um festzustellen, ob diese Verpflichtungen beibehalten, geändert oder aufgehoben werden sollen. Diese Analyse soll danach in regelmäßigen Abständen wiederholt werden.

Es stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis dieser Revisionsvorkehrungen der Einzelrichtlinien zu Art. 16 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie; insbesondere, ob die nationalen Regulierungsbehörden den Bestand regulatorischer Verpflichtungen auch unabhängig von einer Änderung der Vorgaben der Kommission überprüfen können. Dafür ist zunächst von Bedeutung, dass die Überprüfung der Erforderlichkeit der bereichsspezifischen asymmetrischen Verpflichtungen keinen Analyseschritt eigener Art darstellt.⁵⁶⁴ Vielmehr dient die Untersuchung der Frage, ob auf einem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht gem. Art. 16 Abs. 2 Rahmenrichtlinie unmittelbar der Feststellung, ob auf diesem Markt asymmetrische bereichsspezifische Verpflichtungen nach der Zugangs- und/oder der Universaldienstrichtlinie aufzuerlegen sind. Das Marktanalyseverfahren mündet

⁵⁶² Ähnlich *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 143.

⁵⁶³ Art. 16 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 Rahmenrichtlinie.

gegebenenfalls unmittelbar in den Erlass entsprechender Maßnahmen.⁵⁶⁵ Der neue Rechtsrahmen grenzt die Verfahrensschritte der Ermittlung des wirksamen Wettbewerbs bzw. der beträchtlichen Marktmacht nach der Rahmenrichtlinie einerseits und den Erlass bestimmter, an diese Feststellung anknüpfender Regulierungsmaßnahmen etwa nach der Zugangsrichtlinie andererseits weder terminologisch noch prozedural eindeutig voneinander ab. Die Anwendungsbereiche von Art. 16 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie und Art. 7 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie bzw. Art. 16 Abs. 3 S. 1 Universaldienstrichtlinie überschneiden sich daher. Zweck der Evaluationsvorschriften der spezielleren Richtlinien ist es, im Interesse einer möglichst bedarfsgerechten Regulierung eine regelmäßige Überprüfung des Bestandes an sektorspezifischen Verpflichtungen zu ermöglichen. Art. 16 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie soll dagegen die Anpassung der nationalstaatlichen Regulierungsregime an veränderte Kommissionsvorgaben ermöglichen. Vor diesem Hintergrund kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Vorschrift bezüglich der Durchführung des Marktanalyseverfahrens eine abschließende Regelung trifft.⁵⁶⁶ Die nationalen Regulierungsbehörden sind auf Grund der Bestimmungen der Zugangs- und der Universaldienstrichtlinie daher berechtigt, Marktanalyseverfahren unabhängig von einer Änderung der Kommissionsempfehlung durchzuführen.

Bei der Durchführung der Marktanalyse haben die nationalen Regulierungsbehörden die von der Kommission nach Art 15 Abs. 2 Rahmenrichtlinie veröffentlichten Leitlinien zu beachten, und zwar wiederum „weitestgehend“. Bezüglich der Bindungswirkung der Leitlinien gilt das in Bezug auf die Empfehlung Ausgeführte entsprechend.⁵⁶⁷ Die Kommission hat bereits angekündigt, dass diese „weitestgehende“ Berücksichtigung der in den Leitlinien zur Marktanalyse niedergelegten Grundsätze vor dem Hintergrund der politischen Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie ein entscheidender Faktor bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der von den nationalen Regulierungsbehörden vorgeschlagenen Maßnahmen durch die Kommission sein wird.⁵⁶⁸ Eine entsprechende Möglichkeit zur Beurteilung der von den nationalen Regulierungsbehörden angestrebten Maßnahmen erhält die Kommission deshalb, weil gem. Art. 16 Abs. 6 Rahmenrichtlinie sowohl bei der Beurteilung der Frage, ob auf einem Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, als auch im Falle

⁵⁶⁴ Art 7 Abs. 3 S. 1 bezieht sich unmittelbar auf das Verfahren nach Art. 16 Rahmenrichtlinie.

⁵⁶⁵ Vgl. Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie.

⁵⁶⁶ Ähnlich *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 209.

⁵⁶⁷ Vgl. oben, § 3 D. III. 1. c), S. 121 ff.

der Aufhebung oder des Auferlegens spezifischer Verpflichtungen die Informations- und Beteiligungsverfahren der Art. 6 und 7 Rahmenrichtlinie durchzuführen sind. Dabei ist insbesondere von Bedeutung, dass neben den Anhörungsverfahren für interessierte Parteien nach Art. 6 Rahmenrichtlinie und dem Konsultationsverfahren unter Beteiligung der Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie das Vetoverfahren nach Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie⁵⁶⁹ im Bereich des Marktanalyseverfahrens einen besonders weiten Anwendungsbereich hat. Nach Art. 7 Abs. 4 b) Rahmenrichtlinie steht der Kommission dieses Verfahren grundsätzlich bei jeder Festlegung, inwieweit ein Unternehmen allein oder zusammen mit anderen eine beträchtliche Marktmacht gem. Art 16 Abs. 3, 4 oder 5 Rahmenrichtlinie hat, offen. Voraussetzung ist allerdings, dass diese Festlegung Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hätte. Da mit einer entsprechenden Feststellung über den Bestand der sektorspezifischen Regulierung auf einem bestimmten Markt entschieden wird, dürfte dies aber regelmäßig der Fall sein.⁵⁷⁰

Auf diese Weise besitzt die Kommission nicht nur die weitgehende Möglichkeit, im Wege der Empfehlung bereits vorab die überhaupt für eine bereichsspezifische Regulierung in Betracht kommenden Märkte festzulegen, sondern kann darüber hinaus auch die konkrete Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörde über die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes auf Grund der aktuellen und prognostizierten Wettbewerbsverhältnisse durch ein Veto blockieren. Voraussetzung ist wiederum, dass die Kommission der Auffassung ist, dass der Maßnahmenentwurf ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde oder sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht hat. Da dazu ausdrücklich auch die in Art. 8 Rahmenrichtlinie genannten regulativen Ziele gehören, verbleibt der Kommission insoweit ein erheblicher Argumentationsspielraum, der sich als Einbruchstelle für umfassende Interventionen in die nationale Regulierungspraxis erweisen könnte.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 7.

⁵⁶⁹ Ausführlich dazu unten § 3 E. II. 2. b), S. 184 ff.

⁵⁷⁰ Ebenso *Schütz/Attendor/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 145, die auch darauf hinweisen, dass es hier – anders als im Rahmen der Marktdefinition durch die nationalen Regulierungsbehörden – auf eine Divergenz zu den Kommissionsvorgaben nicht ankommt, da die Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte keine Aussagen über die Wettbewerbsverhältnisse auf den definierten Märkten trifft, vgl. aaO und dort Fn. 177.

⁵⁷¹ Siehe zur Kritik an den Verfahrensregelungen des neuen Rechtsrahmens unten, § 3 E. II. 3., S. 191 ff.

2. *Beträchtliche Marktmacht und wirksamer Wettbewerb*

Bei unbefangener Lektüre scheint das Marktanalyseverfahren des Art. 16 Rahmenrichtlinie ein zweistufiges Verfahren vorzusehen, mittels dessen über die Auferlegung bereichsspezifischer asymmetrischer Verpflichtungen entschieden wird. Zunächst hat die jeweilige nationale Regulierungsbehörde gem. Art. 16 Abs. 2 Rahmenrichtlinie mit Blick auf die jeweiligen Verpflichtungen zu untersuchen, ob auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht. Ist dies nicht der Fall, so ermittelt sie gem. Art. 16 Abs. 4 auf diesem Markt Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und erlegt diesen entweder geeignete Verpflichtungen auf oder behält bereits bestehende Verpflichtungen, gegebenenfalls in abgeänderter Form, bei. Sowohl das Fehlen wirksamen Wettbewerbs als auch das Bestehen beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens sind danach Voraussetzung für die Auferlegung der zentralen wettbewerblichen Regulierungsverpflichtungen. Während aber der Begriff der beträchtlichen Marktmacht in Art. 14 Rahmenrichtlinie definiert wird, fehlt es an einer entsprechenden Definition des „wirksamen Wettbewerbs“ im Text der Richtlinie. Eine solche Begriffsbestimmung enthält allerdings Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie: Danach besteht kein wirksamer Wettbewerb, wenn es auf einem Markt ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt. Es stellt sich damit die Frage, ob die Abwesenheit von wirksamem Wettbewerb und das Bestehen beträchtlicher Marktmacht einen identischen Bedeutungsgehalt haben, also gleichsam „zwei Seiten derselben Medaille“⁵⁷² darstellen, oder dem Begriff des wirksamen Wettbewerbs ein eigenständiger begrifflicher Inhalt zukommt.

a) *Gleichsetzungsthese*

Als Ausgangspunkt für die Beurteilung dieser Frage kann der bereits mehrfach genannte Erwägungsgrund 27 dienen. Danach sollen Vorabverpflichtungen „nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht, d. h. auf Märkten, auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt [...]“. Diese Formulierung macht deutlich, dass auf Märkten, auf denen einem Unternehmen beträchtliche Marktmacht zukommt, kein wirksamer Wettbewerb herrschen kann.⁵⁷³ Ob dem Erwägungsgrund darüber hinaus eine

⁵⁷² Braun/Capito, Framework Directive, S. 329; Capito/Elspaß, K&R 2003, 110, 114.

⁵⁷³ Allg. Meinung, vgl. etwa Braun/Capito, Framework Directive, S. 328; Capito/Elspaß, K&R 2003, 110, 114; Huppertz, Die SMP-Konzeption, S. 212; Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann,

weitergehende Gleichsetzung der beiden Begriffe entnommen werden kann, wird dagegen angezweifelt. Die Formulierung enthalte nämlich keine explizite Aussage zu einer Situation, in der wirksamer Wettbewerb besteht und keine beträchtliche Marktmacht vorliegt einerseits, sowie zu dem Fall, dass kein wirksamer Wettbewerb besteht und auch keine beträchtliche Marktmacht vorliegt andererseits.⁵⁷⁴ Dabei kann die zuerst genannte Alternative schnell als unproblematisch aus der Betrachtung ausgesondert werden. Denn der Fall, dass auf einem Markt wirksamer Wettbewerb besteht und keinem dort agierenden Unternehmen beträchtliche Marktmacht zukommt, entspricht der normalen Wettbewerbssituation auf einem funktionsfähigen Markt und bedarf keiner besonderen Regelung. Problematischer ist, ob der Erwägungsgrund tatsächlich Raum für die Annahme lässt, auf einem Markt könne trotz des Fehlens eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht kein wirksamer Wettbewerb bestehen. Denn ohne abweichende Anhaltspunkte ist regelmäßig davon auszugehen, dass eine Definition abschließenden Charakter hat, also wirksamer Wettbewerb i.S.d. Rahmenrichtlinie *nur* dann fehlt, wenn Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf dem jeweiligen Markt tätig sind. Die negative Fassung der Definition in Erwägungsgrund 27 dürfte daran nichts ändern.⁵⁷⁵ Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen. Denn es wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die zentralen regulativen Verpflichtungen nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden können. Die selbständige Feststellung des Fehlens wirksamen Wettbewerbs ist demgegenüber funktionslos, weil sich daran keine regulativen Folgen knüpfen lassen.⁵⁷⁶ Erwägungsgrund 27 sieht eindeutig vor, dass im Falle der Feststellung von beträchtlicher Marktmacht auf dem jeweiligen Markt auch kein wirksamer Wettbewerb herrschen kann. Legt man daher die Formulierung des

Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 158; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 116 ff. und Fn. 146.

⁵⁷⁴ *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 158; *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 327 f.; weitergehend aber *Capito/Elspeß*, K&R 2003, 110,114.

⁵⁷⁵ Ebenfalls nicht auf einen negativen Bedeutungsgehalt beschränken Erwägungsgrund 27 der Ausschuss für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (10420/1/2001 – C5-0415/2001 – 2000/0184(COD)), Sitzungsdokument A5-0435/2001 v. 4.12.2001, S. 7, und die *Europäische Kommission*, Stellungnahme gemäß Artikel 251 Absatz 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zur Änderung des Vorschlags der Kommission gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag vom 7.2.2002 KOM (2002) 78 endg., unter 4.5, S. 4.

⁵⁷⁶ *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 159; *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 330 f.; *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 393; kritisch dazu *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 118.

Erwägungsgrundes 27 der Rahmenrichtlinie zu Grunde, so soll und kann sich die im Rahmen des Marktanalyseverfahrens von den nationalen Regulierungsbehörden vorzunehmende Prüfung auf die Untersuchung der Frage beschränken, ob einem Unternehmen auf dem relevanten Markt beträchtliche Marktmacht zukommt.

Allerdings kommt der Definition in einem Erwägungsgrund keine unmittelbare Rechtsverbindlichkeit zu, weil diese nicht unmittelbarer Bestandteil des eigentlichen Rechtsakts sind.⁵⁷⁷ Die Erwägungsgründe sind nach der Rechtsprechung des EuGH aber interpretationssteuernd heranzuziehen, um Aufschluss über Sinn und Zweck der jeweiligen Bestimmungen des unmittelbar geltenden Sekundärrechts zu geben und die Bedeutung von dort verwandten auslegungsbedürftigen Begriffen zu ermitteln.⁵⁷⁸ Bei dem Begriff des wirksamen Wettbewerbs handelt es sich um einen solchen Rechtsbegriff. Dessen in Erwägungsgrund 27 enthaltener Definition kommt daher bei seiner Auslegung eine entscheidende Rolle zu.⁵⁷⁹ Sie entspricht auch dem Verständnis des Begriffes des wirksamen Wettbewerbs, den die Kommission ihren Leitlinien zur Marktanalyse zu Grunde legt.⁵⁸⁰

b) Bedenken

In der wissenschaftlichen Diskussion um den neuen Rechtsrahmen werden eine Reihe von Zweifeln gegen die gleichsetzende Auslegung angeführt.

⁵⁷⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Slg. 1989, 2789, Rdnr. 31 – Casa Fleischhandels GmbH/Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung: „Eine Begründungserwägung einer Verordnung kann zwar dazu beitragen, Aufschluss über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben, sie kann jedoch nicht selbst eine solche Vorschrift darstellen“.

⁵⁷⁸ Beispiele für einen solchen Rückgriff auf die Erwägungsgründe finden sich etwa bei EuGH, Urt. v. 13.3.1980, Slg. 1980, 813 (823), Rdnr. 9 – J.A. van Walsum B.V./Produktschaap voor Vee en Vlees; Urt. v. 17.11.1983, Slg. 1983, 3781 (3791 ff) Rdnr. 10 und 15 – Merck/Hauptzollamt Hamburg.

⁵⁷⁹ Vgl. *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 158.

⁵⁸⁰ Siehe insbesondere Tz. 19: „Die NRB werden bei jedem dieser relevanten Märkte untersuchen, ob es einen wirksamen Wettbewerb gibt. Dabei kommt die Schlussfolgerung, dass auf einem relevanten Markt echter Wettbewerb herrscht, der Feststellung gleich, dass auf diesem Markt kein Betreiber allein oder gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt. Aus diesem Grund wird für die Anwendung des neuen Rechtsrahmens wirksamer Wettbewerb dahingehend definiert, dass es auf dem relevanten Markt kein Unternehmen gibt, das allein oder zusammen mit anderen eine individuelle oder gemeinsame beherrschende Stellung einnimmt“; vgl. daneben auch Tz. 5, 112. Zu der von der Gruppe der unabhängigen Regulierungsbehörden im Rahmen des legislativen Prozesses zu dieser Auffassung geäußerten Kritik vgl. *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 215 f.

aa) Widerspruch der Gleichsetzungsthese zu einer in Art. 16 Rahmenrichtlinie angelegten Zweistufigkeit des Verfahrens?

Im Zusammenhang mit der Verortung der genannten Definition in den Erwägungsgründen der Rahmenrichtlinie wird zunächst die Frage aufgeworfen, ob die gleichsetzende Auslegung möglicherweise im Widerspruch zu der in Art. 16 Rahmenrichtlinie scheinbar angelegten Zweistufigkeit des Verfahrens der Marktanalyse stehen könnte.⁵⁸¹ Sollte ein Erwägungsgrund nämlich im Widerspruch zum eigentlichen Richtlinientext stehen, so müsste er unberücksichtigt bleiben.⁵⁸² Im Rahmen der Regelung des Marktanalyseverfahrens nach Art. 16 Rahmenrichtlinie legen die Abs. 2 und insbesondere 4 aber nahe, dass die Ermittlung beträchtlicher Marktmacht eine eigenständige, der Untersuchung des Bestehens wirksamen Wettbewerbs nachgelagerte Frage ist, die durch die Existenz oder das Fehlen wirksamen Wettbewerbs nicht determiniert wird.⁵⁸³

Dieser scheinbare Widerspruch lässt sich aber unter Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte der Rahmenrichtlinie aufklären. Die ursprünglichen Richtlinienentwürfe der Kommission sahen tatsächlich ein zweistufiges Verfahren der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit der relevanten Märkte vor. Das in Art. 14 des Kommissionsentwurfs für die Rahmenrichtlinie geregelte Marktanalyseverfahren diente allein der Feststellung des Bestehens wirksamen Wettbewerbs.⁵⁸⁴ Die Existenz beträchtlicher Marktmacht als zusätzliche Voraussetzung für die Auferlegung bestimmter Verpflichtungen war allein in den bereichsspezifischen Richtlinien über Zugang und Universaldienst vorgesehen.⁵⁸⁵ In der Rahmenrichtlinie tauchte

⁵⁸¹ Vgl. *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 217 ff.; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 160 f.

⁵⁸² *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 159 f.; *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825, 2830 f. warnen vor einer „Überbewertung der Erwägungsgründe“, die sie auch in der Rspr. der mitgliedstaatlichen Gerichte und des EuGH ausmachen.

⁵⁸³ Vgl. *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 159 f.; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 217 f.

⁵⁸⁴ Vgl. *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste v. 12. Juli 2000, KOM (2000) 393, Art. 14.

⁵⁸⁵ Siehe etwa *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung vom 25. August 2000, KOM(2000)384 endg., ABl. C 365 v. 19.12.2000, S. 215 ff., Art. 8 Abs. 1. Dort heißt es: „Legt eine Marktanalyse nach Artikel 14 der Richtlinie [über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste] den Schluss nahe, dass ein Betreiber auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, erlegt die nationale Regulierungsbehörde diesem im erforderlichen Umfang eine oder mehrere der in Artikel 9 bis 13 der vorliegenden Richtlinie genannten Verpflichtungen auf, um Wettbewerbsverzerrungen zu

das Konzept der beträchtlichen Marktmacht nur in Art. 13 des Kommissionsentwurfs auf. Die dort vorgesehene Definition bezog sich aber lediglich auf die Verwendung im Rahmen der bereichsspezifischen Richtlinien. Im Laufe des weiteren legislativen Prozesses wurde der Begriff des wirksamen Wettbewerbs dann mit dem Bestehen beträchtlicher Marktmacht gleichgesetzt, um im Interesse einer weitergehenden Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts die Entstehung eines neuen bisher noch nicht verwandten Regulierungskriteriums zu vermeiden.⁵⁸⁶ Vor diesem Hintergrund wurde der Erwägungsgrund 27 auf Vorschlag des Europäischen Parlaments modifiziert,⁵⁸⁷ um klarzustellen, dass fehlender effektiver Wettbewerb mit dem Vorhandensein einer beträchtlichen Marktmacht in einem bestimmten Markt gleichzusetzen sei – und umgekehrt.⁵⁸⁸ Der ursprüngliche Text des Art. 14 des Kommissionsentwurfs zur Rahmenrichtlinie wurde dabei aber im Übrigen weitgehend beibehalten.

verhindern“. Vgl. daneben *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten. Erwägungsgrund 19 des Entwurfes sieht noch ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass auf einem Markt, auf dem ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tätig ist, wirksamer Wettbewerb herrscht. Der entsprechende Erwägungsgrund 26 der angenommenen Universaldienstrichtlinie enthält diese Formulierung nicht mehr.

⁵⁸⁶ Huppertz, Die SMP-Konzeption, S. 218. Vgl. die Ausgliederung des Marktdefinitionsverfahrens in einen eigenständigen Artikel und die Neufassung von Art. 15 Abs. 4 gegenüber dem bisherigen Art. 14 Abs. 5 durch den Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 38/2001 v. 17. September 2001 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2001/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34 ff.

⁵⁸⁷ Anders Huppertz, Die SMP-Konzeption, S. 218: Auf Bestreben der Kommission. Dies ist insoweit zutreffend, als das Europäische Parlament mit der Modifikation des Erwägungsgrundes 27 die von der Kommission im Rahmen des Entwurfs ihrer Leitlinien zur Marktanalyse geäußerte Auffassung zum Verhältnis von wirksamem Wettbewerb und beträchtlicher Marktmacht aufgegriffen hat, vgl. sogleich Fn. 588.

⁵⁸⁸ So die Begründung für den Änderungsantrag Nr. 2 im Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (10420/1/2001 – C5-0415/2001 – 2000/0184(COD)), Sitzungsdokument A5-0435/2001 v. 4.12.2001, S. 7. Der Berichterstatter Reino Paasilinna führt unter Verweis auf den Entwurf für die Leitlinien zur Marktanalyse weiter aus: „Es ist wichtig zu präzisieren, dass der Test eines „wirksamen Wettbewerbs“ in Artikel 15 effektiv ein Dominanztest ist. Ob effektiver Wettbewerb herrscht, lässt sich nur feststellen, wenn man prüft, ob eines oder mehrere Unternehmen in der Lage sind, unabhängig von ihren Mitbewerbern zu handeln, d.h. dass sie in einer dominanten Position sind und deshalb für die Zwecke dieses neuen Rechtsrahmens eine erhebliche Marktmacht besitzen“. Der entsprechende Antrag wurde vom Parlament übernommen, vgl. Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (10420/1/2001 - C5-0415/2001 - 2000/0184(COD)), Abänderung 2.

bb) Widerspruch der Gleichsetzungsthese zu allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen?

Schließlich wird teilweise auf die Möglichkeit eines Widerspruchs der Gleichsetzungsthese zu allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen hingewiesen. Da der neue Rechtsrahmen an die Feststellung beträchtlicher Marktmacht im Rahmen des Marktanalyseverfahrens die Verpflichtung knüpfe, dem Unternehmen bereichsspezifische Verpflichtungen aufzuerlegen, werde die sektorspezifische Regulierung unmittelbar mit dem Vorhandensein beträchtlicher Marktmacht verkoppelt. Darin liege ein Widerspruch zu den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, welche an das bloße Vorliegen einer im Wettbewerb entstandenen marktbeherrschenden Stellung keine unmittelbaren Konsequenzen anknüpfen, diese vielmehr zunächst hinnähmen und nur im Falle ihres Missbrauchs sanktionierten.⁵⁸⁹ Letztlich stehe es dem Gemeinschaftsgesetzgeber aber frei, angesichts der Besonderheiten des Telekommunikationssektors einen vom allgemeinen Wettbewerbsrecht abweichenden Ansatz zu wählen. Die zu attestierende Divergenz zur allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht stehe daher der Gleichsetzungsthese nicht entgegen.⁵⁹⁰

c) Stellungnahme

Die zuletzt genannten Überlegungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit eines besonderen sektorspezifischen Regulierungsansatzes, der selbstgewählten Rationalitäten folgt, sind sicher zutreffend. Der angenommene Widerspruch zu den Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrecht verliert aber insgesamt an Schärfe, wenn man den Blickwinkel über das Marktanalyseverfahren des Art. 16 Rahmenrichtlinie hinaus erweitert und insbesondere das Marktdefinitionsverfahren nach Art. 15 Rahmenrichtlinie mit in die Betrachtung einbezieht. Denn nur diejenigen Märkte, die in diesem Verfahren als strukturell grundsätzlich regulierungsbedürftig eingestuft wurden, werden im Rahmen des Marktanalyseverfahrens überhaupt auf wirksamen Wettbewerb und damit die Existenz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht untersucht. Die sektorspezifische Regulierung eines bestimmten Marktes hängt damit gerade nicht alleine von dem Kriterium der beträchtlichen Marktmacht ab, sondern setzt zusätzlich voraus, dass dessen „Merkmale die Auferlegung der in den

⁵⁸⁹ Vgl. *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 161; ähnlich *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 332 f.

⁵⁹⁰ *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 161 f.; *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 333 f.

Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können“ (Art. 15 Abs. 1 S. 2). Aus diesem Grund ist die Kritik dahingehend, die Gleichsetzung der Abwesenheit von wirksamen Wettbewerb mit der Existenz beträchtlicher Marktmacht würde einen Abbau der Regulierung in größerem Umfang verhindern, weil in den meisten Telekommunikationsmärkten weiterhin Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tätig sind,⁵⁹¹ unzutreffend. Über den Umfang der Erforderlichkeit einer sektorspezifischen Regulierung wird nicht auf Ebene des Marktanalyseverfahrens sondern auf der des Marktdefinitionsverfahrens entschieden.⁵⁹² Einen „Mechanismus für das Auslaufen der sektorspezifischen Regulierung“⁵⁹³ stellt Art. 16 nur insoweit bereit, als – was im Ergebnis auch nach dem bisherigen Telekommunikationsrecht nicht anders war – keinem Unternehmen sektorspezifische Verpflichtungen auferlegt werden können, dem keine besondere Marktmacht zukommt.⁵⁹⁴

Die Diskussion um die Gleichsetzungsthese darf also nicht darüber hinweg täuschen, dass die sektorspezifische Regulierung eines Marktes wesentlich voraussetzungsvoller ist als die bloße Feststellung beträchtlicher Marktmacht. Allerdings sind die entsprechenden Kriterien nicht dem Begriff des wirksamen Wettbewerbs zu entnehmen, sondern auf der Ebene des Marktdefinitionsverfahrens nach Art. 15 Rahmenrichtlinie anzusiedeln. Es bleibt damit festzustellen, dass nach der Intention des Richtliniengabers der Begriff des wirksamen Wettbewerbs mit der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt gleichgesetzt werden kann. Inhalt des Marktanalyseverfahrens ist daher allein die Prüfung, ob auf einem relevanten Markt ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht tätig sind.⁵⁹⁵

⁵⁹¹ So *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 331.

⁵⁹² Ähnlich *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307 ff.

⁵⁹³ *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 343.

⁵⁹⁴ Eine qualitative Veränderung gegenüber dem bisherigen Rechtsrahmen ergibt sich lediglich daraus, dass im Falle der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht nicht mehr bloß auf regulatorische Eingriffe gegenüber dem Unternehmen verzichtet werden muss, sondern die diesem Unternehmen auferlegten abstrakten Verpflichtungen, die ihrerseits erst als Grundlage für konkrete Regulierungsmaßnahmen dienen, aufzuheben sind.

⁵⁹⁵ Ebenso *Capito/Elspeß*, K&R 2003, 110, 114; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 219; *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, 3, 7; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation Rdnr. 117; *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 15; i.E. wohl auch *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 162 f.; a.A. *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 174 und anscheinend *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 96, nach denen die nationalen Regulierungsbehörden zu der „Frage, ob der Wettbewerb hinreichend effektiv ist“, bspw. Umstände wie die Faktorallokation, Anpassungsflexibilität, Innovationsfreude, Produktvielfalt und Abhängigkeit des bestehenden Wettbewerbs vom Fortbestand der Regulierung untersuchen können sollen, dort allerdings ohne Problemdiskussion.

3. Der Begriff der beträchtlichen Marktmacht

Nach der Definition des Art. 14 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie kommt einem Unternehmen dann beträchtliche Marktmacht zu, „wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d. h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten“. Die Vorschrift unterscheidet insgesamt drei Konstellationen: Sie definiert den Begriff der beträchtlichen Marktmacht allgemein in Art. 14 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie und bestimmt damit zunächst die Voraussetzung für die Annahme beträchtlicher Marktmacht eines einzelnen Unternehmens (sogleich unter a). Daneben enthält die Bestimmung in Art. 14 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie besondere Vorschriften für die gemeinsame Marktbeherrschung durch zwei oder mehr Unternehmen (dazu unter b). Eine gerade in den vernetzten Märkten des Kommunikationssektors besonders bedeutsame Konstellation stellt die Erstreckung von Marktmacht auf einen benachbarten Markt dar, die Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie zu erfassen versucht (dazu unter c).⁵⁹⁶

a) Marktbeherrschung durch Einzelunternehmen

Die neue, aus dem Wettbewerbsrecht stammende Definition des Begriffes der beträchtlichen Marktmacht ersetzt die im früheren europäischen Telekommunikationsrecht⁵⁹⁷ enthaltene widerlegliche Vermutung, nach der eine beträchtliche Marktmacht ab einem Anteil von über 25% eines bestimmten Marktes im Telekommunikationssektor angenommen werden konnte.⁵⁹⁸ Da die Definition der beträchtlichen Marktmacht in Art. 14 Abs. 2 Satz 1 Rahmenrichtlinie dem Begriff der beherrschenden Stellung gem. Art. 82 EG entspricht,⁵⁹⁹ haben die nationalen Regulierungsbehörden – jedenfalls nach Auffassung der Kommission – dafür Sorge zu tragen, dass ihre Entscheidungen mit der Fallpraxis der Kommission und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und des Gerichts erster Instanz übereinstimmen.⁶⁰⁰ Sie haben also die in Rahmen des Wettbewerbsrechts entwickelten Grundsätze anzuwenden.

⁵⁹⁶ Zu den politischen Auseinandersetzungen um die Fassung des Art. 14 Rahmenrichtlinie vgl. *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 92 ff.

⁵⁹⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 97/33 idF der Richtlinie 98/61; Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 92/44/EG idF der Richtlinie 97/51/EG; Art. 2 Abs. 2 i) Richtlinie 98/10/EG und Art. 7 Abs. 1 d) iVm Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 97/13/EG.

⁵⁹⁸ Dazu bereits oben, § 3 D. I., S. 104 ff.

⁵⁹⁹ Vgl. oben, Fn. 468 f. und begleitender Text, S. 107.

⁶⁰⁰ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 70.

Danach setzt die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens nicht voraus, dass auf dem betreffenden Markt keinerlei Wettbewerb herrscht.⁶⁰¹ Es reicht aus, dass die disziplinierende Funktion des Wettbewerbs im Hinblick auf das beherrschende Unternehmen in hohem Maße eingeschränkt ist. Das jeweilige Unternehmen muss in der Lage sein, die Bedingungen, unter denen sich Wettbewerb entwickeln kann, zu bestimmen oder jedenfalls in einem Maße zu beeinflussen, dass es ihm erlaubt, seine Entscheidungen – etwa in Bezug auf Produktionsmenge oder Preissetzung – unabhängig von dem Verhalten von Wettbewerbern zu treffen.⁶⁰²

Wenn auf diese Weise auch materiell die gleichen Kriterien wie bei der Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EG anzuwenden sind, so ergeben sich bei der Beurteilung beträchtlicher Marktmacht im Rahmen des Marktanalyseverfahrens doch auch erhebliche Unterschiede zur wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht. Denn die Sanktionierung missbräuchlichen Verhaltens auf der Grundlage von Art. 82 EGV vollzieht sich aus einer ex-post Perspektive. Den Wettbewerbsbehörden steht als Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens ein in der Vergangenheit liegendes, möglicherweise missbräuchliches Verhalten zur Verfügung. Dagegen hat die Entscheidung über die Auferlegung besonderer Verpflichtungen nach dem neuen Kommunikationsrechtsrahmen auf Grund der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens aus einer ex-ante Perspektive zu erfolgen. Die Regulierungsbehörden können sich nicht etwa auf Beispiele des Marktverhaltens eines Unternehmens stützen, die jeweils auf die Existenz besonderer Marktmacht im Sinne des Art. 82 EGV schließen lassen.⁶⁰³ Vielmehr haben sie eine prognostische Entscheidung zu treffen.⁶⁰⁴ Bei der anzustellenden vorausschauenden Marktanalyse auf der Grundlage der bestehenden Marktverhältnisse⁶⁰⁵ rücken zwei Elemente für die Beurteilung der Marktstellung eines Unternehmens in den Vordergrund: Der bestehende Marktanteil eines Unternehmens, der einen wichtigen Anhaltspunkt für mögliche

⁶⁰¹ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 39 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

⁶⁰² Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 72; vgl. allgemein EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 46, Rdnr. 39 – Hoffmann-La Roche/Kommission; Dausen-Emmerich, H.I § 1 Rdnr. 337 f., 344; Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82 Rdnr. 73 f.; Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 57.

⁶⁰³ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 73.

⁶⁰⁴ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 20, 70, 75; Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie; Haus, WuW 2004, 171, 176 f.; Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch, Rdnr. 108. Krüger, K&R Beilage 1/2003, 9, 14, und Schütz/Attendorn, MMR Beilage 4/2002, 13, weisen darauf hin, dass die zu treffende Entscheidung strukturell daher der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung in Fusionskontrollverfahren näher steht als der Missbrauchsaufsicht des Art. 82 EGV; dazu auch Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 26 ff.

⁶⁰⁵ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 75.

Missbrauchspotenziale darstellt einerseits (unter aa) und bestimmte Strukturelemente einzelner Märkte, die gerade im Telekommunikationssektor häufig anzutreffen sind und Anreiz und Spielraum für missbräuchliches Verhalten bilden können andererseits (unter bb).

aa) Bedeutung und Bestimmung von Marktanteilen

Zwar spielen Marktanteile im neuen Rechtsrahmen eine geringere Rolle als bisher, weil sie keine vorgegebene Vermutungswirkung mehr besitzen.⁶⁰⁶ Sie bleiben aber – entsprechend allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen – wesentlicher, wenn nicht wichtigster Indikator für bestehende Marktmacht und sind Ausgangspunkt der wettbewerbsrechtlichen Analyse.⁶⁰⁷ Die von der Kommission erlassenen Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht verweisen insoweit auf die bisherige Kommissionspraxis und die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 82 EGV.⁶⁰⁸ Damit bedeutet die Übernahme des aus der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht bekannten Konzepts der Marktbeherrschung nicht nur abstrakt eine Annäherung des bereichsspezifischen Telekommunikations- an das allgemeine Wettbewerbsrecht, sondern wohl auch faktisch eine Rücknahme der Regulierungsintensität.⁶⁰⁹ Denn in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte und der Entscheidungspraxis der Kommission liegt die Schwelle für die Annahme einer beherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EGV deutlich höher als die im Telekommunikationsrecht bisher vorgesehenen 25%.⁶¹⁰

Grundsätzlich verlangt der EuGH als Voraussetzung einer marktbeherrschenden Stellung, dass das betreffende Unternehmen einen nicht unerheblichen Teil des relevanten Marktes kontrolliert.⁶¹¹ Dabei kennt das europäische Wettbewerbsrecht anders als das deutsche GWB

⁶⁰⁶ Krüger, K&R Beilage 1/2003, S. 9, 14; Klodt, Die Weltwirtschaft, 2003, 196, 200.

⁶⁰⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 46, Rdnr. 39 – Hoffmann-La Roche/Kommission; EuG, Urt. v. 12.12.1991, Rs. T-30/89, Slg. 1991, II-1439, Rdnr. 90 – Hilti AG/Kommission; Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV Rdnr. 78 f; Krüger, K&R Beilage 1/2003, 9, 14; Möschel in Immenga/Mestmäcker EG-WbR, Art. 86, Rdnr. 73 („zentrales Kriterium“); Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82 Rdnr. 93; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 42.

⁶⁰⁸ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 75.

⁶⁰⁹ Ähnlich Grussmann, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, 306, 310; Haus, WuW 2004, 171, 176.

⁶¹⁰ Bei Marktanteilen unterhalb dieser Schwelle ist allerdings auch nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen die Annahme einer marktbeherrschenden Stellung regelmäßig ausgeschlossen, vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 75 sowie Erwägungsgrund 15 der Fusionskontrollverordnung (EWG) Nr. 4064/89; Dausen-Emmerich, H.I § 1, Rdnr. 343; vgl. EuGH, Urt. v. 22.10.1986, Rs. 75/84, Slg. 1986, 3021 Rdnr. 85 f. – Metro/SABA II (keine Marktbeherrschung bei Marktanteil von unter 10%).

⁶¹¹ EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 107, 108/110 – United Brands; Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV Rdnr. 79.

keine an bestimmte Marktanteils Grenzen anknüpfende Vermutung einer beherrschenden Stellung.⁶¹² Eine Indizwirkung für die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung soll danach in der Regel erst einem Marktanteil jenseits von 40% zukommen.⁶¹³ Ein solcher Marktanteil kann jedenfalls dann, wenn weitere Anhaltspunkte für besondere Marktmacht hinzutreten, eine beherrschende Stellung begründen.⁶¹⁴ Besonders hohe Marktanteile können – von außergewöhnlichen Umständen abgesehen – ohne weiteres den Beweis für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung liefern.⁶¹⁵ In der Rechtsprechung der europäischen Gerichte wurden Marktanteile von über 50% in diesem Sinne als besonders hoch eingestuft.⁶¹⁶ Pauschale Regeln lassen sich hier allerdings nicht aufstellen. Immer sind im Rahmen einer Gesamtschau die übrigen wesentlichen Umstände zu prüfen⁶¹⁷ und dabei etwa die Fragen zu untersuchen, ob die Marktanteile über längere Zeit hinreichend stabil geblieben sind⁶¹⁸ und wie groß der Abstand zu den nächsten Wettbewerbern des möglicherweise marktbeherrschenden Unternehmens ist.⁶¹⁹ Dabei gilt, dass mit zunehmender absoluter Marktmacht eines Unternehmens – also mit höherem Marktanteil – die Bedeutung anderer Marktbeherrschungsindikatoren abnimmt.⁶²⁰ Je größer die relative Marktstärke eines

⁶¹² Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV Rdnr. 81; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 42.

⁶¹³ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 75; Dausen-Emmerich, H.I § 1, Rdnr. 343. Bei einem Marktanteil zwischen 25 % und 40 % kann ausnahmsweise eine beherrschende Stellung vorliegen, wenn der Markt stark zersplittert ist und das jeweilige Unternehmen einen erheblichen Vorsprung vor seinen Wettbewerbern genießt, vgl. Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 51.

⁶¹⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 108/110 – United Brands; Dausen-Emmerich, H.I § 1, Rdnr. 343 m.w.N.

⁶¹⁵ EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 46, Rdnr. 41 – Hoffmann-La Roche/Kommission; EuG, Urt. v. 12.12.1991, Slg. 1991, II-1439, Rdnr. 91 – Hilti AG/Kommission; EuGH, Urt. v. 3.7. 1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 60 – AKZO/Kommission; EuG, Urt. v. 6.10.1994, Rs. T-83/91, Slg. 1994, II-755, Rdnr. 109 – Tetra Pak/Kommission; EuG, Urt. v. 8.10.1996, verb. Rs. T-24/93, T-25/93, T-26/93 und T-28/93, Slg. 1996, II-1201, Rdnr. 76 – Compagnie Maritime Belge u. a./Kommission; EuG, Urt. v. 7.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Rdnr. 70 – Irish Sugar/Kommission; EuG, Urt.v. 22.11.2001, Rs. T-139/98, Slg. 2001, II-0000, Rdnr. 51 – AAMS und andere/Kommission.

⁶¹⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7. 1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 60 – AKZO/Kommission; EuG, Urt. v. 7.10.1999, Rs. T-228/97, Slg. 1999, II-2969, Rdnr. 70 – Irish Sugar/Kommission; Dausen-Emmerich, H.I § 1, Rdnr. 343, m.w.N.; sowie Haus, WuW 2004, 171, 176: Vermutungswirkung erst bei Marktanteilen über 70%.

⁶¹⁷ Vgl. EuGH, Urt. v. 3.7. 1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 60 – AKZO/Kommission; Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 82 ff.; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 48 und sogleich unter bb).

⁶¹⁸ So etwa im Fall EuGH, Urt. v. 3.7 1991, Rs. C-62/86, Slg. 1991, I-3359 – AKZO/Kommission, wo der – für ausreichend erachtete – Marktanteil von 50 % über vier Jahre stabil gehalten wurde und das betreffende Unternehmen eine Reihe weiterer wettbewerblcher Vorteile wie überlegenes Know-how und eine ausgebaute Vertriebsorganisation genoss, s. EuGH, aaO, Rdnr. 58 ff.

⁶¹⁹ Vgl. etwa EuGH, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 52 – Michelin/Kommission; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 49; Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82 Rdnr. 96 ff.

⁶²⁰ Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 81.

Unternehmens ist – also der Abstand zum Marktanteil des nächsten Konkurrenten –, desto geringere absolute Marktanteile genügen, um eine beherrschende Stellung zu begründen.⁶²¹

Eine besondere Herausforderung stellt in diesem Zusammenhang die Ermittlung der angemessenen Kriterien für die Quantifizierung der jeweiligen Marktanteile dar. Es stellt sich die Frage nach der Wahl der Berechnungsgrundlagen für die Ermittlung der Marktgröße und den auf das zu untersuchende Unternehmen entfallenden Marktanteils. Grundsätzlich kommen dabei als relevante Bezugsgrößen sowohl der Wert der abgesetzten Leistung als auch deren Menge in Betracht.⁶²² Die Entscheidungen der Gemeinschaftsorgane enthalten häufig keine ausdrücklich begründete Festlegung auf eine der beiden Möglichkeiten.⁶²³ Die Leitlinien der Kommission gehen in diesem Zusammenhang zunächst davon aus, dass die jeweiligen Umsatzzahlen der Wettbewerber für die Beurteilung der Größe des jeweiligen Gesamtmarktes und der auf ein bestimmtes Unternehmen entfallenden Marktanteile eine wichtige Bezugsgröße darstellen. Dabei soll bei Massenprodukten zur Berechnung des Umsatzes vor allem auf den mengenmäßigen Absatz zurückgegriffen werden, während bei differenzierten Produkten die relative Marktposition eines Unternehmens zu seinen Wettbewerbern besser durch den wertmäßigen Umsatz wiedergegeben wird.⁶²⁴ Im Übrigen hängen die adäquaten Kriterien für die Bestimmung des Marktanteils eines Unternehmens im Einzelnen eng mit den Besonderheiten des jeweils zu beurteilenden Marktes zusammen. Es soll daher den nationalen Regulierungsbehörden überlassen bleiben, gerade auch im Hinblick auf die spezifischen Gegebenheiten der jeweiligen Märkte des Kommunikationssektors angemessene Kriterien zu ermitteln.⁶²⁵

Zur Illustration dieser Problematik greifen die Leitlinien der Kommission das Beispiel des Marktes für Mietleitungen auf: Der Anteil eines Unternehmens an diesem Markt könnte grundsätzlich nach den Mieteinnahmen, den vermieteten Kapazitäten oder nach der Zahl der Netzabschlusspunkte der Mietleitungen bemessen werden. Würde man aber tatsächlich die Anzahl der Netzabschlusspunkte zu Grunde legen, so würde die unterschiedliche Qualität der angebotenen Mietleitungen unberücksichtigt gelassen. Die tatsächlich durch die Kunden in Anspruch genommenen Kapazitäten lassen sich dagegen weniger leicht ermitteln als die

⁶²¹ Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 81, m.w.N.

⁶²² Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82, Rdnr. 101; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 44.

⁶²³ Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 80; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 86 Rdnr. 44.

⁶²⁴ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 76; Europäische Kommission, Entsch. v. 10.11.1992, ABl. EG Nr. L 116 v. 12.5.1993, S. 21, Rdnr. 22 – Gillette; ähnlich Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 44.

Einnahmen aus der Überlassung der Mietleitungen. Aus diesem Grund sei dem letztgenannten Kriterium der Vorzug zu geben.⁶²⁶ In ähnlicher Weise bevorzugt die Kommission in Bezug auf Zusammenschaltungsmärkte die Einnahmen aus der Terminierung von Gesprächen gegenüber einem Abstellen auf die reine Sprechzeit, da dieser Parameter den tatsächlichen Wert der jeweiligen Leistung - etwa die Art (Fern-, Orts- oder Auslandsgespräch) nicht adäquat abbilde und damit ein verzerrtes Marktbild liefern könne.⁶²⁷

bb) Die Bedeutung anderer Strukturelemente

Unter der Geltung des früheren Rechtsrahmens konnte das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht de facto mehr oder weniger automatisch festgestellt werden, wenn die vorgegebene Marktanteilsgrenze von 25% erreicht war.⁶²⁸ Trotz der starken Indizwirkung hoher Marktanteile kann eine marktbeherrschende Stellung aber nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen regelmäßig nicht allein auf dieser Grundlage ermittelt werden.⁶²⁹ Die Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden geht daher über die bloße Ermittlung von Marktanteilen hinaus: Bereits die angeführten Schwierigkeiten bei der Wahl der angemessenen Bezugsgrößen für die Ermittlung von Marktanteilen verdeutlichen, dass die nationalen Regulierungsbehörden den betreffenden Markt einer eingehenden ökonomischen Analyse zu unterziehen haben, bevor sie die Existenz beträchtlicher Marktmacht i.S.d. Art. 14 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie feststellen können. In diesem Zusammenhang nennen die Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung von beträchtlicher Marktmacht eine Reihe von Kriterien, die in diese Analyse Eingang finden können. Dazu gehören:

- die Gesamtgröße des Unternehmens,
- die Kontrolle des Unternehmens über nicht leicht zu duplizierende Infrastruktur,
- technologische Vorteile oder Überlegenheit,
- fehlende oder nur geringe ausgleichende Nachfragemacht,
- leichter oder privilegierter Zugang zu Kapitalmärkten und anderen finanziellen Ressourcen,
- Diversifizierung von Produkten/Dienstleistungen (z.B. Bündelung von Produkten und Dienstleistungen),
- Größenvorteile,
- Verbundvorteile,

⁶²⁵ Vgl. die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 77.

⁶²⁶ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 77.

⁶²⁷ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 77.

⁶²⁸ *Krüger*, K&R Beilage 1/2003, 9.

⁶²⁹ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 78; *Krüger*, K&R Beilage 1/2003, 9, 14 sowie oben, Fn. 617 und begleitender Text.

- vertikale Integration,
- ein hochentwickeltes Vertriebs- und Verkaufsnetz,
- Abwesenheit von potenziellem Wettbewerb,
- Expansionshemmnisse.⁶³⁰

Dabei braucht keines dieser Elemente alleine so ausgeprägt zu sein, dass es eine besondere Marktmacht begründet. Es ist ausreichend, wenn diese sich aus einer Gesamtschau verschiedener Parameter ergibt.⁶³¹ Dies entspricht den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Prinzipien bei der Beurteilung einer möglicherweise marktbeherrschenden Stellung. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann sich die Qualifikation einer Marktposition als beherrschend aus einer Gesamtbetrachtung mehrerer Faktoren ergeben, von denen keiner für sich genommen ausschlaggebend sein muss.⁶³²

Die Sichtung der wirtschaftswissenschaftlichen Regulierungs- und Theoriemodelle im ersten Hauptteil hatte bereits ergeben, dass unter den strukturellen Merkmalen eines Marktes insbesondere der Existenz von Marktzutrittsschranken entscheidende Bedeutung zukommen dürfte. Denn bei einem vollständig freien Marktzugang kann bereits der potenzielle Wettbewerb eine so stark disziplinierende Wirkung auf ein Unternehmen ausüben, dass ihm keine erhebliche Marktmacht zukommt. Die Berücksichtigung des potentiellen Wettbewerbs im Rahmen der Marktstrukturanalyse ist deswegen bedeutsam, weil gerade die anhand der Marktanteile festgestellte Marktmacht eines Unternehmens immer lediglich eine Momentaufnahme der wirtschaftlichen Machtverhältnisse liefert⁶³³ und das Marktgeschehen nicht in seiner gesamten dynamischen Entwicklung abbilden kann.

Dabei kommen als potentielle Wettbewerber vor allem solche Unternehmen in Betracht, die auf angrenzenden Märkten tätig sind und durch eine einfache Umstellung ihres Angebots tatsächlich in der Lage wären, in den zu beurteilenden Markt einzutreten.⁶³⁴ Ein gegenwärtig bestehender Marktanteil kann umso weniger zur Feststellung einer beherrschenden Stellung

⁶³⁰ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 78.

⁶³¹ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 79.

⁶³² EuGH, Urt. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207, Rdnr. 63/66 = NJW 1978, 2439 – United Brands/Kommission; EuGH, Urt. v. 15.12.1994, Rs. 250/92, Slg. 1994, 5641, Rdnr. 47 – DLG; EuG, Urt. v. 8.10.1996, verb. Rs. T-24/93, T-25/93, T-26/93 und T-28/93, Slg. 1996, II-1201, Rdnr. 76 – Compagnie Maritime Belge u. a./Kommission; EuG, Urt. v. 12.12.1991, Rs. T-30/89, Slg. 1991, II-1439, Rdnr. 90 – Hilti AG/Kommission.

⁶³³ Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 86.

⁶³⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 21.2.1973, Rs. 6/72, Slg. 1973, 215, Rdnr. 33 – Continental Can; EuGH, Urt. v. 13.2.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rdnr. 48 – Hoffmann-La Roche/Kommission; Schröter/Jakob/Mederer-Schröter, Art. 82 Rdnr. 105.

herangezogen werden, je konkreter der Markteintritt potentieller Wettbewerber bevorsteht.⁶³⁵ Eine solche konkrete Perspektive für den Eintritt neuer Wettbewerber dürfte auf den Märkten für elektronische Kommunikation regelmäßig vor allem durch Innovationssprünge auf technologischem Gebiet bestehen. Der Wettbewerbsdruck, der möglicherweise durch die Innovationskraft potenzieller auf den Markt drängender Mitbewerber entsteht, soll nach Auffassung der Kommission bei einer vorausschauenden Bewertung der Wettbewerbsentwicklung auf diesen Märkten berücksichtigt werden.⁶³⁶ Gerade hier sollte aber berücksichtigt werden, dass bereits nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen eine konkrete Wettbewerbsperspektive erforderlich ist und nur theoretisch denkbare Produktionsverfahren, Experimentier- oder Pilotverfahren nicht ausreichen sollen, um einen marktmächtigen Anbieter hinreichend disziplinierende Wirkung auszuüben.⁶³⁷ Damit von alternativen Technologien etwa im Bereich des Zugangs zum Teilnehmeranschluss ein hinreichender (potentieller) Wettbewerbsdruck ausgeht, um angesichts einer beinahe monopolistischen Marktstellung des etablierten Anbieters dessen marktbeherrschende Stellung verneinen zu können, müsste also jedenfalls deren Marktreife und die tatsächliche Wahrscheinlichkeit einer entsprechenden Investitionsbereitschaft auf Seiten der (noch potentiellen) Wettbewerber dargetan sein.

Im Übrigen sind die Marktzutrittsschranken im Telekommunikationssektor oftmals hoch.⁶³⁸ Traditionell existierten zunächst eine Reihe von regulativen Markteintrittsschranken; etwa in der Form von Lizenzerfordernissen als Voraussetzung eines unternehmerischen Tätigwerdens auf einem bestimmten Markt.⁶³⁹ Der neue Regulierungsrahmen hat sich zum Ziel gesetzt, diese Markteintrittsbarrieren so weit wie möglich abzubauen. Abgesehen von der Nutzung bestimmter Funkfrequenzen und von Nummerierungsressourcen soll die Aufnahme einer geschäftlichen Tätigkeit im Bereich der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste nach Maßgabe der Genehmigungsrichtlinie nicht mehr von einer Erlaubnis im Einzelfall abhängig gemacht werden dürfen.⁶⁴⁰ In Bezug auf ökonomische Eintrittsbarrieren verweisen die Leitlinien auf möglicherweise für den Markteintritt erforderliche umfangreiche

⁶³⁵ Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 86; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 53.

⁶³⁶ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 80.

⁶³⁷ EuGH, Urt. v. 6.3.1974, verb. Rs. 6/73 und 7/73, Slg. 1974, 223, Rdnr. 15 – Commercial Solvents; Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 Rdnr. 52.

⁶³⁸ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 80 und bereits oben, § 2 E, S. 27 ff.

⁶³⁹ Vgl. dazu etwa *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 11.8.2000, COMP/M. 2016 – France Télécom/Orange, Tz. 25, 33.

Investitionen, auf das Erfordernis der langfristigen Kapazitätsplanung sowie die bereits beschriebenen Problematiken von versunkenen Kosten und positiven Netzwerkexternalitäten.⁶⁴¹

cc) Insbesondere: Positive Wettbewerbsprognose auf Grund technischer Innovationen?

So weit bei der vorausschauenden Marktanalyse wiederholt die Berücksichtigung der Innovationskraft der Wettbewerber angemahnt wird,⁶⁴² so ist aus den bereits oben im Zusammenhang mit der Theorie bestreitbarer Märkte geschilderten Gründen durchaus Zurückhaltung geboten. Denn wie bereits angedeutet setzt der Abbau von Markteintrittsbarrieren durch technische Innovationen nicht allein die Verfügbarkeit alternativer Technologien voraus, die die bestehenden Eintrittshindernisse entwerten – wie etwa alternative Zugangsmöglichkeiten zum Endverbraucher durch das Stromnetz oder über drahtlose Teilnehmeranschlussleitungen. Zu der Komplexität der von der Regulierungsbehörde anzustellender Prognose gehört auch, dass andere Faktoren, die zu den Erfolgsbedingungen technischer Innovationen gehören, in die Betrachtung miteinbezogen werden. So kann etwa trotz einer möglichen Technologieführerschaft ein Markteintritt an den dafür erforderlichen erheblichen Investitionen scheitern. Dies gilt insbesondere nachdem der Kapitalmarkt in der Folge der wirtschaftlichen Entwicklung der Jahre 2000/2001 entsprechende Investitionsmittel nur noch in jedenfalls geringerem Maße zur Verfügung zu stellen bereit ist. Im Gegensatz dazu ist der etablierte Anbieter nicht im selben Maße auf den Kapitalmarkt angewiesen: Häufig verfügt er nach wie vor über äußerst profitable Geschäftsfelder (sog. "cash-cows"), die strukturell nur geringer Konkurrenz durch Wettbewerber ausgesetzt sind, wie etwa in bestimmten Bereichen des Festnetzgeschäfts. Aus diesen Einnahmen kann das Unternehmen ohne Hilfe des Kapitalmarktes Expansionsstrategien und Marketingbemühungen finanzieren. Auch hier zeigt sich noch einmal, dass die wirtschaftlichen Bedingungen und Prognosen, die der Formulierung des neuen Rechtsrahmens und der begleitenden Dokumente – teilweise unausgesprochen – zugrunde gelegen haben mögen, sich heute grundlegend verändert darstellen. Der damalige Optimismus hinsichtlich der disziplinierenden Wirkung zukünftiger technologischer Entwicklungen, kann daher heute nicht mehr uneingeschränkt geteilt werden.

⁶⁴⁰ Näher dazu unten, § 3 G., S. 246 ff.

⁶⁴¹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 80 und Endn. 85.

⁶⁴² Vgl. etwa die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 63, 68, 80, 97.

Schließlich können auch die bereits mehrfach angesprochenen lock-in Effekte einer eigentlich inferioren Technologie selbst dann noch zu andauerndem wirtschaftlichen Erfolg verhelfen, wenn eigentlich überlegene Alternativen bereitstünden, diese aber mangels Wechselwilligkeit der Verbraucher am Markt keine Chance haben.

Aus diesen Gründen sollte die im Übrigen nahe liegende Annahme der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens nur dann unter Verweis auf potentiellen Wettbewerb durch innovative Wettbewerber verworfen werden, wenn der Markteintritt dieser Wettbewerber tatsächlich unmittelbar bevorsteht. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass die Beurteilung der Intensität des lediglich potentiellen Wettbewerbs zwischen Regulierungsbehörde und Incumbent auseinander fällt – und dieser sich von einem nur potentiellen Markteintritt nicht davon abhalten lässt, weiterhin Monopolgewinne zu realisieren.

b) Kollektive Marktbeherrschung

Art. 14 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie stellt klar, dass eine beherrschende Stellung nicht einem Unternehmen allein zukommen muss. Ein Unternehmen gilt nach dieser Vorschrift auch dann als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es „gemeinsam mit anderen eine beherrschende Stellung einnimmt“.⁶⁴³ Ob zwei oder mehr Unternehmen auf einem konkreten Markt tatsächlich eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, haben die nationalen Regulierungsbehörden gem. Art. 14 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht und unter weitestgehender Berücksichtigung der Kommissionsleitlinien zur Marktanalyse und zur Beurteilung beträchtlicher Marktmacht zu entscheiden. Darüber hinaus sieht Anhang II der Rahmenrichtlinie eine Reihe von Kriterien vor, die die nationalen Regulierungsbehörden bei der Bewertung einer gemeinsamen Marktbeherrschung zu berücksichtigen haben.

Diese Bestimmungen der Rahmenrichtlinie schaffen die Voraussetzungen dafür, dass auch in Fällen gemeinsamer Marktbeherrschung ein regulatorischer Eingriff zum Schutz und zur Förderung des Wettbewerbs möglich ist. Auch insoweit lehnt sich die Vorschrift des Art. 14 Rahmenrichtlinie an Art. 82 EGV an. Allerdings ist hier im Einzelnen vieles umstritten.⁶⁴⁴

⁶⁴³ Nach *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 87 und *Piepenbrock/Schuster*, New Regulatory Framework, Rdnr. 33, soll diese Vorschrift auf die absehbaren oligopolistischen Tendenzen in einigen Märkten des Telekommunikationssektors zurückgehen.

⁶⁴⁴ Vgl. *Europäische Kommission*, Zugangsmittelteilung, Tz. 76; *Dausen-Emmerich*, H.I § 1, Rdnr. 346 ff.; *Grabitz/Hilf-Jung*, Art. 82 EGV, Rdnr. 63; *Schröter/Mederer/Jakob-Schröter*, Art. 82 Rdnr. 80 ff.; aus

Eine umfassende Darstellung der Problematik der kollektiven Marktbeherrschung würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Da der neue Rechtsrahmen dieses Institut aber aufgreift und gegenüber den gesetzlichen Vorgaben des allgemeinen Wettbewerbsrecht schärfer konturiert, sollen die Grundlinien in ihrem Bezug zum Kommunikationssektor im Folgenden insbesondere anhand der neueren Rechtsprechung⁶⁴⁵ kurz nachgezeichnet werden.

Nach dem Wortlaut des Art. 82 Abs. 1 EGV kann eine beherrschende Stellung von mehreren „Unternehmen“ eingenommen werden. Der EuGH hat mehrfach entschieden, dass dieser Begriff jedenfalls in dem den Wettbewerbsregeln gewidmeten Teil IV Kapitel 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft die wirtschaftliche Selbständigkeit der betreffenden Einheit voraussetzt.⁶⁴⁶ Daraus schließt der EuGH, dass eine beherrschende Stellung von zwei oder mehreren rechtlich voneinander unabhängigen wirtschaftlichen Einheiten eingenommen werden kann, sofern sie in wirtschaftlicher Hinsicht auf einem bestimmten Markt gemeinsam als kollektive Einheit auftreten oder handeln.⁶⁴⁷ Damit ergibt sich ein zweistufiger Test: Zunächst ist zu untersuchen, ob die betreffenden Unternehmen zusammen gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern auf einem bestimmten Markt eine kollektive Einheit darstellen. Erst wenn dies bejaht wurde, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob diese kollektive Einheit tatsächlich eine beherrschende Stellung einnimmt.⁶⁴⁸ Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung kann zunächst auf tatsächlich zwischen zwei oder mehr Unternehmen bestehenden strukturellen Verbindungen beruhen (dazu unter aa). Sie kann aber auch auf einer stillschweigenden Koordination mehrerer Marktteilnehmer beruhen (dazu unter bb). Diese zuletzt genannte Fallgruppe ist praktisch – gerade unter den strukturellen

ökonomischer Sicht siehe etwa *Kantzenbach/Kottmann/Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung, s. 25 ff., 45 ff. sowie *Kantzenbach/Kruse*, Kollektive Marktbeherrschung, passim.

⁶⁴⁵ Die Kommission bezieht sich in ihren Leitlinien zur Marktanalyse insoweit vor allem auf eine jüngere Entscheidung des EuGH (Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 35 – *Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission*) und des EuG (Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 276 – *Gencor/Kommission*).

⁶⁴⁶ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 35 – *Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission*, m.w.N. Aus diesem Grund sind marktbeherrschende Konzerne kein Anwendungsfall der kollektiven Marktbeherrschung. Soweit rechtlich selbständige Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit werden sie auch für die Zwecke des Art. 82 EG als einheitliches Unternehmen betrachtet, vgl. *Grabitz/Hilf-Jung*, Art. 82 EGV, Rdnr. 67; *Dausès-Emmerich*, H.I § 1, Rdnr. 347, jeweils m.w.N.

⁶⁴⁷ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 36 – *Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission*; Leitlinien zur Marktanalyse, Rdnr. 92; vgl. auch *Grabitz/Hilf-Jung*, Art. 82 EGV, Rdnr. 63.

⁶⁴⁸ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 39 – *Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission*.

Bedingungen der Telekommunikationsmärkte – ebenso bedeutsam, wie sie für die jeweiligen Aufsichtsbehörden in der Handhabung problematisch ist.

aa) Gemeinsame Marktbeherrschung auf Grund von strukturellen Verbindungen zwischen Unternehmen

Zur Beurteilung der Frage, ob zwei oder mehr Unternehmen eine kollektive Einheit bilden, sind alle wirtschaftlichen Beziehungen oder Faktoren, die die betreffenden Unternehmen verbinden, zu untersuchen.⁶⁴⁹ Entscheidend ist, ob es zwischen den Unternehmen wirtschaftliche Bindungen gibt, die es ihnen erlauben, gemeinsam unabhängig von ihren Konkurrenten, ihren Abnehmern und den Verbrauchern zu handeln.⁶⁵⁰ Solche strukturellen Verbindungen wurden etwa angenommen bei Unternehmen, die auf Grund von Vereinbarungen und Lizenzabkommen gemeinsam über einen technologischen Vorsprung auf einem relevanten Markt verfügten.⁶⁵¹ Auch substantielle Kapitalverflechtungen oder die Präsenz in den Kontrollgremien eines anderen, ebenfalls auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmens können ausreichende strukturelle Verbindungen begründen.⁶⁵² Allgemeiner können zu den strukturellen Verbindungen, die Grundlage für eine gemeinsame Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen sein können, Vereinbarungen zwischen den Marktteilnehmern, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 81 Abs. 1 EG gehören.⁶⁵³ Der EuGH hat allerdings festgestellt, dass allein die *Existenz* solcher Verbindungen noch keine ausreichende Grundlage für die Feststellung des Bestehens einer kollektiven Einheit, die in der Lage wäre, unabhängig von Konkurrenten und Wettbewerbern am Markt zu agieren, sein kann.⁶⁵⁴ Dagegen soll die *Durchführung* einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer abgestimmten Verhaltensweise unbestreitbar dazu führen können, dass sich die betreffenden Unternehmen

⁶⁴⁹ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 41 – Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission; Urt. v. 31.3.1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 221 – Frankreich u. a./Kommission.

⁶⁵⁰ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 41 f – Compagnie Maritime Belge u. a./Kommission; ähnlich bereits EuGH, Urt. v. 31.3.1998, Rs. C-30/95, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 221 – Kali&Salz.

⁶⁵¹ Vgl. EuG, Urt. v. 10.3.1992, verb. Rs. T-68, T-77/89 und T-78/89, Slg. 1992, II-1403, Rdnr. 358 – Flachglas II.

⁶⁵² EuG, Urt. v. 7.10.1999, Rs. 228/97, Slg. 1999, II-1201, Rdnr. 50 ff. – Irish Sugar/Kommission.

⁶⁵³ Dausen-Emmerich, H.I § 1, Rdnr. 348; Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 66.

⁶⁵⁴ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 43 – Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 93.

hinsichtlich ihres Verhaltens auf einem bestimmten Markt so binden, dass sie auf diesem Markt gegenüber ihren Konkurrenten, ihren Geschäftspartnern und den Verbrauchern als kollektive Einheit auftreten.⁶⁵⁵ Erforderlich ist immer eine wirtschaftliche Gesamtbeurteilung des fraglichen Marktes, die insbesondere dessen besondere Strukturelemente zu berücksichtigen hat.⁶⁵⁶ Ob sich diese Grundsätze in vollem Umfang auf die Feststellung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung nach Art. 14 Rahmenrichtlinie übertragen lassen, ist fraglich. Da anders als im Verfahren nach Art. 82 EG hier eine ex-ante Prognose zu treffen ist, kann die Aufsichtsbehörde die Feststellung besonderer Marktmacht nicht immer auf Grund des tatsächlichen Vollzuges einer entsprechenden Vereinbarung treffen. In diesem Fall wird die prognostische Beurteilung bestehender struktureller Verbindungen im Vordergrund zu stehen haben.

bb) Gemeinsame Marktbeherrschung durch stillschweigende Koordinierung

Problematischer ist die Feststellung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung dann, wenn solche strukturellen Verbindungen zwischen den Unternehmen auf einem oligopolistischen Markt fehlen. Die grundsätzliche Möglichkeit der Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch die Reaktionsverbundenheit von Unternehmen in einem engen Oligopol wurde erst in jüngerer Zeit von den europäischen Gerichten anerkannt.⁶⁵⁷ Zunächst stellte das EuG in seiner *Gencor*-Entscheidung fest, dass grundsätzlich weder rechtlich noch wirtschaftlich ein Grund bestehe, in den Begriff der wirtschaftlichen Verbindung nicht auch die Wechselbeziehungen zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols mit einzubeziehen.⁶⁵⁸ Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Mitglieder des Oligopols auf Grund der Marktstruktur in der Lage seien, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stünden, ihr

⁶⁵⁵ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 44 – *Compagnie Maritime Belge* u.a./Kommission.

⁶⁵⁶ Urt. v. 16.3.2000, Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 45 – *Compagnie Maritime Belge* u.a./Kommission; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 93.

⁶⁵⁷ Zur Entwicklung der Rechtsprechung im Einzelnen vgl. Grabitz/Hilf-Jung, Art. 82 EGV, Rdnr. 70; Höhn, RIW 2003, 63, 64 ff. Vgl. allgemein zu den ökonomischen Grundlagen der Regulierung oligopolistischer Märkten Steckelbach, Wettbewerbspolitische Regulierungen, S. 40 ff.; 105 ff.

⁶⁵⁸ EuG, Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753 Rdnr. 276 – *Gencor*/Kommission. Auch der EuGH hat entschieden, dass das Vorliegen einer Vereinbarung oder anderer rechtlicher Bindungen für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung nicht unerlässlich ist; diese Feststellung könne sich aus anderen verbindenden Faktoren ergeben und hänge von einer wirtschaftlichen Beurteilung und insbesondere einer Beurteilung der Struktur des fraglichen Marktes ab, vgl. EuGH, Urt. v. 16.3.2000,

Marktverhalten einander anzupassen. Zu den besonderen Strukturmerkmalen eines solchen Marktes zählen nach Auffassung des EuG insbesondere die Marktkonzentration, die Transparenz der Marktbedingungen, die Reife des Marktes oder eine große Homogenität der ihm zugehörigen Produkte.⁶⁵⁹ Diese Strukturelemente führten dazu, dass jeder Marktbeteiligte sich darüber im klaren sei, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme, wie zum Beispiel eine Preissenkung, entsprechende Maßnahmen seitens der anderen auslösen würde, so dass er im Ergebnis keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte.⁶⁶⁰

Der damit umrissenen Problematik der stillschweigenden Kollusion liegt aus ökonomischer Sicht zunächst ein Koordinationsproblem zu Grunde, das die beteiligten Unternehmen zu lösen haben, bevor ihnen ein Spielraum zur Abschöpfung von Oligopolgewinnen eröffnet ist. Insbesondere die ökonomische Spieltheorie beschreibt, welchen Schwierigkeiten sich mehrere Marktteilnehmer bei einer stillschweigenden Abstimmung ihrer Wettbewerbsstrategien gegenübersehen.⁶⁶¹ Ihr Dilemma erwächst aus einem Konflikt zwischen dem individuell und dem kollektiv rationalem Verhalten. Bei der Preissetzung haben sie zwischen verschiedenen Preisalternativen zu wählen, die zwischen dem Monopolpreis am oberen Ende und dem Wettbewerbspreis am unteren Ende der Skala liegen. Um den maximalen kollektiven Gewinn zu erzielen, müssen sie einen Preis akzeptieren, der nicht dem aus individueller Sicht rationalen (Wettbewerbs-)Verhalten entspricht, es aber erlaubt, einen jeweils höheren Gewinn der Marktteilnehmer zu realisieren als unter Wettbewerbsbedingungen. Um diesen Oligopolgewinn zu erzielen akzeptieren die Unternehmen den entsprechenden Preis und stellen damit - jedenfalls zeitweise - ein Gleichgewicht auf dem Markt her, das den Wettbewerbsmechanismus außer Kraft setzt.⁶⁶² Damit eine solche stillschweigende Abstimmung erfolgreich sein kann, muss eine Reihe von Bedingungen erfüllt sein, die einen entsprechenden Kollusionsprozess erst möglich machen und die eng mit den durch das EuG bereits im *Gencor*-Urteil genannten Strukturelementen zusammenhängen. In seiner *Airtours*-

Verb. Rs. C-396/96 P und C-396/96 P, Slg. 2000. I-1365, Rdnr. 45 – Compagnie Maritime Belge u.a./Kommission.

⁶⁵⁹ EuG, Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 276 – *Gencor*/Kommission; *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 392.

⁶⁶⁰ EuG, Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 276 - *Gencor*/Kommission

⁶⁶¹ Vgl. *Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung S. 135 ff.; *Kantzenbach/Kottmann/Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung, S. 25 ff.

⁶⁶² Vgl. *Krüger*, K&R Beilage 1/2003, 9, 16.

Entscheidung nimmt das EuG auf sie Bezug und formuliert drei Voraussetzungen für die Begründung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung:⁶⁶³

Die *erste Voraussetzung* betrifft die Markttransparenz. Danach muss jedes der Mitglieder des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können um festzustellen, ob die Mitglieder des Oligopols am Markt einheitlich vorgehen oder nicht. Das Gericht stellt ausdrücklich fest, dass es nicht ausreicht, dass sich alle Mitglieder des Oligopols bewusst sind, dass sie in einem interdependenten Markt von einem abgestimmten Verhalten profitieren können. Vielmehr muss der Markt so transparent sein, dass sich alle Beteiligten zeitnah und hinreichend genau über das Verhalten der anderen informieren können. Die *zweite Voraussetzung* betrifft die Verfügbarkeit von Sanktionsmitteln gegen solche Unternehmen, die von dem kollektiv rationalen Verhalten abweichen. Denn alleine eine auf Dauer angelegte Koordinierung des Marktverhaltens ist in einem Maße wettbewerbsrelevant, das einen regulatorischen Eingriff rechtfertigt. Haben die beteiligten Unternehmen keine Möglichkeit, das Abweichen eines einzelnen Oligopolisten von der kollektiv vorteilhaften Strategie zu sanktionieren, so besteht kein Anreiz dafür, sich dem gemeinsamen Vorgehen am Markt dauerhaft unterzuordnen. Allerdings darf der Begriff der Sanktionierung in diesem Zusammenhang nicht in einem engen Sinne so verstanden werden, dass es den Unternehmen möglich sein muss, dem Abweichler einen besonderen Nachteil zuzufügen. Ausreichend ist, dass es allen Unternehmen möglich ist, das wettbewerbliche Verhalten eines Abweichlers kurzfristig nachzuvollziehen und damit einen möglichen Wettbewerbsvorteil zu neutralisieren. Denn in diesem Fall weiß jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte.⁶⁶⁴ Damit ist ein Anreiz geschaffen, nicht aus dem kollektiv optimalen Verhalten auszubrechen. Die *dritte Voraussetzung* schließlich betrifft das zu erwartende Verhalten der tatsächlichen und potentiellen Konkurrenten und der Verbraucher. Die Aufsichtsbehörde hat nachzuweisen, dass deren voraussichtliche Reaktion die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellt.

⁶⁶³ EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Slg. II- 2002, Rdnr. 62 – Airtours/Kommission, dazu *Höhn*, RIW 2003, 67 ff.

⁶⁶⁴ Das EuG verweist hier auf seine früheren Ausführungen in der Gencor-Entscheidung (Urt. v. 25.3.1999, Rs. T-102/96, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 276), s. Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Slg. II- 2002, Rdnr. 62 – Airtours/Kommission.

cc) Gemeinsame Marktbeherrschung auf Märkten des Telekommunikationssektors

Der neue Rechtsrahmen greift diese Rechtsprechung auf und erkennt ausdrücklich die Möglichkeit einer gemeinsamen Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen auch im Falle des Fehlens struktureller oder sonstiger Beziehungen untereinander an. Voraussetzung dafür soll entsprechend der beschriebenen Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts sein, dass die Unternehmen in einem Markt tätig sind, dessen Struktur als förderlich für koordinierte Effekte angesehen wird.⁶⁶⁵ Anhang II der Rahmenrichtlinie sieht eine Liste solcher Strukturmerkmale vor, die von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Prüfung einer gemeinsamen Marktbeherrschung zu berücksichtigen sind. Zu diesen Merkmalen zählen unter anderen die Marktkonzentration, Transparenz, stagnierendes Wachstum und das Fehlen technischer Innovation.⁶⁶⁶ Die in Anhang II aufgeführten Kriterien sind zum großen Teil der Kommissionspraxis zur Zusammenschlusskontrolle auf dem Telekommunikationssektor entnommen.⁶⁶⁷ So hat die Kommission bei der Prüfung einer kollektiven Marktbeherrschung in der Vergangenheit etwa entscheidend auf eine hohe Marktdynamik wegen sich schnell verändernder Marktanteile,⁶⁶⁸ eine exponentiell wachsende Nachfrage,⁶⁶⁹ erhebliche Markteintrittsbarrieren auf Grund der Existenz von versunkenen Kosten,⁶⁷⁰ hohe technische Innovationsraten⁶⁷¹ oder eine heterogene Produktstruktur⁶⁷² abgestellt.

⁶⁶⁵ Vgl. Anhang II S. 1 der Rahmenrichtlinie.

⁶⁶⁶ Die Aufzählung der entsprechenden Merkmale wiederholen die Leitlinien zur Marktanalyse in Tz. 97.

⁶⁶⁷ Eine Übersicht über die einschlägigen Entscheidungen findet sich in den Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 102 ff.

⁶⁶⁸ *Europäische Kommission*, Entsch. v. 27.3.2000, COMP/M.1838, Tz. 11, 16 - BT/ESAT. Umgekehrt begründete die Kommission eine zu erwartende beherrschende Stellung u.a. mit der Konstanz der Marktanteile über einen längeren Zeitraum, vgl. *Europäische Kommission*, Entsch. v. 28.6.2000, COMP/M.1741, Tz. 195 - MCI WorldCom/Sprint.

⁶⁶⁹ *Europäische Kommission*, Entsch. v. 27.3.2000, COMP/M.1838, Tz. 12, 16 - BT/ESAT; auf die wachsende Nachfrage stellt auch *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 11.8.2000, COMP/M. 2016, Tz. 40 – France Télécom/Orange, ab.

⁶⁷⁰ Vgl. die ausführliche Prüfung in *Europäische Kommission*, Entsch. v. 28.6.2000, COMP/M.1741, Tz. 141, 166, 178 f., 200 ff., 263 - MCI WorldCom/Sprint; zur Wirkung von Lizenzen und der Knappheit von Frequenzressourcen als Markteintrittsbarriere s. *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 11.8.2000, COMP/M. 2016, Tz. 25, 33 – France Télécom/Orange; *Europäische Kommission*, Entsch. v. 21.5.1999, IV/M.1430, Tz. 27 f. – Vodafone/Airtouch.

⁶⁷¹ Vgl. *Europäische Kommission*, Entsch. v. 27.3.2000, COMP/M.1838, Tz. 14, 16 - BT/ESAT. Dagegen hat die Kommission in WorldCom/Sprint entschieden, dass ein dominanter Anbieter mit einem großen Kundenstamm in einer besonders guten Position sei, um die technische Entwicklung zu beeinflussen. Die von ihm verwandte Technik werde zum de facto Standard, da sie von allen seinen Kunden eingesetzt würde, vgl. *Europäische Kommission*, Entsch. v. 28.6.2000, COMP/M.1741, Tz. 194.

⁶⁷² *Europäische Kommission*, Entsch. v. 27.3.2000, COMP/M.1838, Tz. 13, 16 - BT/ESAT; *Europäische Kommission*, Entscheidung v. 11.8.2000, COMP/M. 2016, Tz. 40 – France Télécom/Orange.

Diese Kriterien finden sich nun – negativ formuliert – in gleicher oder ähnlicher Form in Anhang II zur Rahmenrichtlinie wieder. Allerdings sind die dort genannten Kriterien weder abschließend, noch stellen sie eine „Checkliste“ kumulativ anwendbarer tatbestandlicher Voraussetzungen dar.⁶⁷³ Die Liste stellt vielmehr beispielhaft Kriterien zusammen, auf die sich gegebenenfalls der Nachweis einer oligopolistischen Marktbeherrschung durch stillschweigende Koordinierung stützen könnte.⁶⁷⁴ Denn angesichts der Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer marktbeherrschenden Stellung, die nicht auf konkrete Beziehungen oder Absprachen zwischen den beteiligten Unternehmen gründet, stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an die Beweisführung der Aufsichtsbehörden.⁶⁷⁵ Für den Fall der Fusionskontrolle haben die europäischen Gerichte entschieden, dass die Kommission eindeutige Beweise für die zu erwartende kollektive beherrschende Stellung erbringen muss. Sie muss insbesondere jene Umstände nachweisen, die eine wichtige Rolle bei der Bewertung der Frage spielen, ob eine kollektive beherrschende Stellung begründet wird.⁶⁷⁶ Anhang II der Rahmenrichtlinie stellt im Kommunikationssektor besonders relevante Beispiele für solche Umstände zusammen. Dabei teilt das Marktanalyseverfahren des Art. 16 Rahmenrichtlinie ausgehend von den bestehenden Marktverhältnissen grundsätzlich die vorausschauende ex-ante Perspektive des Fusionskontrollverfahrens.⁶⁷⁷ Aus diesem Grund lassen sich die dort von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanforderungen durchaus auch auf die Feststellung der kollektiven marktbeherrschenden Stellung nach Art. 14 Abs. 2 UAbs. 2 Rahmenrichtlinie übertragen.

Danach erfordert die Feststellung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung in noch höherem Maße als bei einem Einzelunternehmen eine voraussetzungsvolle und umfassende prognostische Analyse der Wettbewerbsverhältnisse auf einem bestimmten Markt. Zwar begründen die eingangs beschriebenen wirtschaftswissenschaftlichen Phänomene, die zunächst zur Legitimation der Leistungserbringung durch ein einzelnes Unternehmen im „natürlichen Monopol“ herangezogen wurden, wie besondere Größenvorteile, hohe versunkene Kosten und Netzwerkeffekte auf vielen Märkten des Kommunikationssektors

⁶⁷³ Vgl. Anhang II, UAbs. 2 S. 1 der Rahmenrichtlinie; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 98.

⁶⁷⁴ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 98.

⁶⁷⁵ Langen/Bunte-Dirksen, Art. 82 EGV Rdnr. 64; Krüger, K&R Beilage 1/2003, 9, 15. In jüngerer Zeit hat das EuG mehrfach Entscheidungen zur Fusionskontrolle durch die Kommission wegen Begründungsfehlern und mangelnder Beweise aufgehoben, vgl. Höhn, RIW 2003, 63, 68.

⁶⁷⁶ EuG, Urt. v. 6.6.2002, Rs. T-342/99, Slg. II- 2002. Rdnr. 63 – Airtours/Kommission; EuGH, Urt. v. 31.3.1998, Rs. C-30/95, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 221 f. – Kali&Salz.

⁶⁷⁷ Vgl. bereits oben, § 3 D. III. 3. a), S. 140 f.

teilweise erhebliche Konzentrationstendenzen (hin zu einem „natürlichen Oligopol“?). Als Beispiel mag der Mobilfunksektor dienen, auf dem in den letzten Jahren der Markteintritt neuer Wettbewerber mit eigener Infrastruktur wiederholt gescheitert ist.⁶⁷⁸ Das Institut der kollektiven Marktbeherrschung könnte daher grundsätzlich eine wichtige Funktion erfüllen. Aufgrund der Komplexität der anzustellenden ökonomischen Analyse und der damit einhergehenden hohen Unsicherheit bei der zutreffenden prognostischen Beurteilung der Wettbewerbssituation und eines in der Folge hohen Risikos von Fehlsteuerungen scheint aber bei seiner Anwendung große Zurückhaltung geboten. Möglicherweise wird sich die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung nur in besonders klar gelagerten Fällen, in denen den beteiligten Unternehmen eine klar wettbewerbsbehindernde Absicht nachgewiesen werden kann, sicher begründen lassen. Hier werden allerdings regelmäßig auch die (ex-post anwendbaren) Instrumente des allgemeinen Kartellrechts greifen können.

c) Marktmachterstreckung auf Nachbarmärkte

aa) Die Vorschrift des Art 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie

Eine weitere Fallgruppe der beträchtlichen Marktmacht ist in Art. 14 in Abs. 3 geregelt. Die Vorschrift betrifft die Feststellung einer beherrschenden Stellung in bestimmten wettbewerblichen Sondersituationen und wird teilweise als die innovativste Regelung der gesamten Rahmenrichtlinie beschrieben.⁶⁷⁹ Sie erfasst die Übertragung von Marktmacht auf Nachbarmärkte. Danach kann ein Unternehmen, das auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt auch auf einem benachbarten Markt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die Marktmacht des Unternehmens insgesamt zu verstärken.

Der Vorschrift wird eine besondere Bedeutung für die Erfassung von Wettbewerbsproblemen auf interdependenten und hochgradig vernetzten Märkten des Telekommunikationssektors

⁶⁷⁸ Ein Beispiel ist das von dem spanischen Ex-Monopolisten Telefonica unterstützte Unternehmen Quam. Die Gruppe der etablierten Netzbetreiber kann hier ein gemeinsames Interesse daran besitzen, den Abstand zu den auf den Zugang zu den Netzen angewiesenen reinen Diensteanbietern zu vergrößern, vgl. Haus, WuW 2004, 171, 177.

⁶⁷⁹ So Braun/Capito, Framework Directive, S. 339.

zugeschrieben.⁶⁸⁰ Sie begründet eine an die auf einem bestimmten Markt festgestellte beträchtliche Marktmacht anknüpfende gesetzliche Fiktion der beträchtlichen Marktmacht auf einem benachbarten Markt.⁶⁸¹ Voraussetzung ist daher zunächst, dass dem betreffenden Unternehmen auf einem Markt, der im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nach Art. 15 Rahmenrichtlinie grundsätzlich der sektorspezifischen Regulierung unterworfen wurde, beträchtliche Marktmacht i.S.d. Art. 14 Rahmenrichtlinie zukommt. Bei dem Markt, auf den diese Marktstellung nach Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie erstreckt werden soll, muss es sich – als zweite Tatbestandsvoraussetzung – um einen „benachbarten Markt“ handeln. Die Rahmenrichtlinie selbst enthält keine weiteren Vorgaben zur Konturierung dieses Begriffs. Nach der in den Leitlinien zur Marktanalyse zum Ausdruck kommenden Auffassung der Kommission dient die Vorschrift der Erfassung von Wettbewerbssituationen, wie sie der EuGH etwa im Urteil Tetra Pak II zu beurteilen hatte.⁶⁸² Dort stellte sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein missbräuchliches Verhalten, das auf einem von dem beherrschten Markt verschiedenen, mit diesem aber verbundenen Markt stattfindet und seine wettbewerbsbeschränkende Wirkung auch auf diesem, nicht beherrschten Markt entfaltet, durch Art. 82 EG sanktioniert werden kann. Der EuGH stellte fest, dass in diesem Fall „besondere Umstände“ vorliegen müssten, um die Anwendung von Art. 82 EG zu rechtfertigen.⁶⁸³ Im Ergebnis nahm der EuGH solche besondere Umstände an und entschied, dass die Quasimonopolstellung von Tetra Pak auf einem bestimmten Markt zusammen mit einer führenden Stellung auf einem eng verbundenen Markt das „Unternehmen in eine Lage versetzte, die einer beherrschenden Stellung auf der Gesamtheit der relevanten Märkte gleichkam“.⁶⁸⁴ Dabei stellte das Gericht u.a. darauf ab, dass sich die Kundenkreise auf den beiden in Rede stehenden Märkten überschneiden. Dank der Stellung auf dem ersten Markt könne das Unternehmen seine Bemühungen auf den eng verbundenen Markt konzentrieren und dabei unabhängig von den anderen Wirtschaftsteilnehmern handeln.⁶⁸⁵ Das Gericht verzichtete allerdings darauf, über diese Feststellungen hinausgehende allgemeine Kriterien

⁶⁸⁰ Dazu *Koenig*, K&R Beilage 1/2003, 19 ff. sowie ausführlich *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745 ff, 825 ff.

⁶⁸¹ Vgl. *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 147 f.; *Haus*, WuW 2004, 171, 177.

⁶⁸² Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 84.

⁶⁸³ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rdnr. 27 – Tetra Pak II; vgl. *Wiedemann-de Bronett*, Hdb. KartellR § 22 Rdnr. 103.

⁶⁸⁴ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rdnr. 31 – Tetra Pak II. Eine ähnliche Formulierung findet sich auch in den Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 84.

⁶⁸⁵ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rdnr. 29 – Tetra Pak II.

für die Feststellung der „besonderen Umstände“ oder des erforderlichen Näheverhältnis der „eng verbundenen“ Märkte zu formulieren. Es stellte lediglich fest, die von ihm genannten Umstände nicht isoliert gesehen, sondern in ihrer Gesamtheit betrachtet werden müssten.⁶⁸⁶ Dies entsprach der Auffassung des Generalanwalts *Colomer*, der in seinen Schlussanträgen feststellte, dass der Begriff der eng miteinander verbundenen Märkte sich nicht abschließend abstrakt definieren lasse.⁶⁸⁷ Stattdessen müssten im Rahmen einer Einzelfallentscheidung eine Reihe von Umständen berücksichtigt werden, zu denen die Nachfrage- und Angebotsstruktur der Märkte, die Produktmerkmale, sowie der Grad der Marktmacht auf beiden in Frage stehenden Märkten zählten.⁶⁸⁸

Die genannten Kriterien können auch für die Beurteilung der Frage nach dem Nähegrad zweier Märkte im Zusammenhang des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie herangezogen werden.⁶⁸⁹ Regelmäßig wird es sich bei dem „benachbarten Markt“ um einen dem beherrschten Markt vertikal vor- oder (häufiger) nachgelagerten Markt handeln.⁶⁹⁰ Von besonderer Relevanz ist dabei die im Telekommunikationssektor vielfach anzutreffende Konstellation, dass der Inhaber bestimmter Kommunikationsinfrastrukturen auf dem Markt für den Zugang zu diesen Infrastrukturen über beträchtliche Marktmacht verfügt und auch auf dem nachgelagerten Dienstleistungsmarkt in erheblichem Umfang vertreten ist.⁶⁹¹ Die Anwendung des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie kann hier die Annahme einer auf diese nachgelagerten Dienstleistungsmärkte erstreckten beträchtlichen Marktmacht nahe legen. Dabei ist aber sicherzustellen, dass die im neuen Rechtsrahmen angelegte Systematik des Verhältnisses der Regulierung von Vorleistungs- und Endnutzermärkten nicht ausgehebelt wird. Denn grundsätzlich sollen die Regulierungsziele im Interesse eines möglichst schonenden regulativen Eingriffs vorrangig durch die Auferlegung besonderer sektorspezifischer Verpflichtungen auf den Zugangs- und Großhandelsmärkten erreicht werden. Erst wenn dies nicht möglich erscheint soll eine Regulierung der Endnutzermärkte in

⁶⁸⁶ EuGH, Urt. v. 14.11.1996, Rs. C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Rdnr. 30 – Tetra Pak II.

⁶⁸⁷ Schlussantrag zur Rs. C-333/94 P, EuGH Slg 1996, I-5951, Rdnr. 57.

⁶⁸⁸ Schlussantrag zur Rs. C-333/94 P, EuGH Slg 1996, I-5951, Rdnr. 57.

⁶⁸⁹ So insbesondere *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 342 f. und *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 749; ihnen folgend *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 230.

⁶⁹⁰ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 84. Vgl. dazu und zur Verwendung dieses Begriffe im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 FKVO auch *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 747. Die Leitlinien stellen klar, dass für horizontale und vertikal integrierte Märkte grundsätzlich dieselben Kriterien gelten sollen, vgl. Tz. 85. Zur Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 3 auf horizontale Märkte s. auch *Koenig*, K&R Beilage 1/2003, 19 f.

⁶⁹¹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 84; Zugangsmittelteilung, Tz. 50; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 105; *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 148.

Betracht kommen.⁶⁹² Wird ein Unternehmen aber auf einem benachbarten Markt für an Endnutzer gerichtete Dienstleistungen gem. Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen, so eröffnet dies grundsätzlich die Möglichkeit, dem Unternehmen auf diesem Markt besondere bereichsspezifische Verpflichtungen aufzuerlegen. Aus diesem Grund sollen die nationalen Regulierungsbehörden eine Anwendung des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie erst dann in Betracht ziehen, wenn sie die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen auf den vorgelagerten Großhandels- oder Zugangsmärkten nicht für ausreichend erachten, um eine Marktmachterstreckung auf den benachbarten Markt zu verhindern.⁶⁹³

Schließlich kommen auch als „benachbarte Märkte“ i.S.d. Art. 14 Abs. 3 nur Märkte der elektronischen Kommunikation in Betracht, die zuvor im Rahmen des Marktdefinitionsverfahren als auf Grund ihrer Merkmale grundsätzlich der sektorspezifischen Regulierung unterworfen definiert worden sind.⁶⁹⁴ Dies ergibt sich aus dem den neuen Rechtsrahmen kennzeichnenden Grundsatz, dass eine asymmetrische, an die Marktmacht eines Unternehmens anknüpfende Regulierung, nur auf solchen Märkten stattfinden darf, deren allgemeine Charakteristika die Auferlegung entsprechender Verpflichtungen rechtfertigen.⁶⁹⁵ Der Versuch, die auf einem der sektorspezifischen Regulierung unterworfenem Markt bestehende beträchtliche Marktmacht auf einen nicht regulierten Markt zu erstrecken, kann daher gegebenenfalls allein durch Art. 82 EGV sanktioniert werden und ist kein Anwendungsfall des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie.⁶⁹⁶

Auf dem so bestimmten benachbarten Markt kann das Unternehmen weiter nur dann als Inhaber beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, die beträchtliche Marktmacht von einem auf den anderen Markt

⁶⁹² Zur grundsätzlichen Subsidiarität der Regulierung der Endnutzermärkte gegenüber der Vorleistungsregulierung vgl. zunächst Art. 17 Abs. 1 b) Universaldienstrichtlinie und *Holzner/Homberg*, K&R 2003, 322 ff. sowie unten, § 3 F. II., S. 206 ff.

⁶⁹³ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 84, vgl. auch den entsprechenden Änderungsvorschlag 56 im Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments, Report on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services (COM(2000) 393 – C5-0428/2000 – 2000/0184(COD)), Sitzungsdokument A5-0053/2001 v. 7.2.2001, S. 43.

⁶⁹⁴ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 85.

⁶⁹⁵ Ähnlich *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 231, deren Kritik an der Fassung der Leitlinien in diesem Punkt allerdings unberechtigt ist. Im neuen TKG ist diese Voraussetzung ausdrücklich vorgesehen, vgl. § 11 Abs. 1 S. 5, der auf das Marktdefinitionsverfahren des § 10 Abs. 2 TKG verweist.

zu übertragen. Das hier genannte Erfordernis der bloßen Existenz von Verbindungen zwischen beiden Märkten ist bereits Bestandteil der Untersuchung, ob es sich bei dem Zielmarkt um einen „benachbarten Markt“ handelt. Ihm kommt daher keine eigenständige, tatbestandseinschränkende Wirkung zu.⁶⁹⁷ Im Übrigen ist weder erforderlich, dass eine Übertragung von Marktmacht bereits erfolgt ist, noch, dass dem betreffenden Unternehmen entsprechende Intentionen nachgewiesen werden können. Art. 14 Abs. 3 erklärt es für ausreichend, dass die Verbindungen zwischen den Märkten eine entsprechende Übertragung „gestatten“. Daraus folgt, dass die objektive Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht ausreichend ist.⁶⁹⁸

Allerdings wird angezweifelt, ob die zuletzt genannte Voraussetzung eine Berechtigung als getrennter, eigenständiger Prüfungspunkt hat. Es wird nämlich geltend gemacht, dass Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie spezifische wettbewerbsrechtliche Gefährdungspotentiale erfassen wolle. Lügen besonders enge Verbindungen zwischen zwei Märkten vor, so sei hier in der Regel zugleich der Grund dafür zu sehen, dass die objektive Möglichkeit einer Machtausdehnung gegeben sei.⁶⁹⁹ Tatsächlich sollte am Kriterium der Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht festgehalten werden. Das Merkmal des „benachbarten“ Marktes ist denkbar unbestimmt und müsste letztlich doch mit qualitativen Kriterien angereichert werden, die auf die Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht abstellen. Denn allein diese „Gefährdungspotentiale“ will die Vorschrift erfassen. Durch einen vordergründigen Verzicht auf dieses Merkmal wäre also nichts gewonnen.

Eine Erstreckung von Marktmacht muss ihre Ursache dabei nicht immer in besonderen, etwa technologisch bedingten, horizontal oder vertikal integrierten Marktstrukturen haben. Ein typisches Beispiel für die Erstreckung von Marktmacht auf verwandte Märkte kann ebenso die Quersubventionierung von Aktivitäten auf einem Markt mit Einnahmen aus einem anderen sein.⁷⁰⁰

⁶⁹⁶ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Endn. 92 und die insoweit teilweise berechtigte Kritik von *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 230 f. und Fn. 593 an den Beispielen möglicher Anwendungsbereiche des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 825, 828 ff.

⁶⁹⁷ Vgl. *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 750.

⁶⁹⁸ *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 392; *Beese/Merkt*, MMR 2000, 532, 534; *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 344; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 231; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 750.

⁶⁹⁹ So *Bartosch* EuZW 2002, 389, 392; ebenfalls nicht zwischen dem Merkmal des benachbarten Marktes und der Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht differenzieren *Beese/Merkt*, MMR 2000, 532, 534.

⁷⁰⁰ *Bartosch* EuZW 2002, 389, 392; dazu insbesondere *Koenig*, K&R Beilage 1/2003, 19, 20; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 751.

Schließlich muss die mögliche Übertragung von Marktmacht geeignet sein, die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken. Entsprechend dem oben ausgeführten ist auch hier die objektive Möglichkeit ausreichend.⁷⁰¹ Wurde bereits festgestellt, dass die Beziehung zwischen den in Rede stehenden Märkten die Übertragung von Marktmacht zwischen ihnen erlaubt, so dürfte dadurch auch regelmäßig die Möglichkeit einer Erhöhung der Marktmacht des betreffenden Unternehmens insgesamt, also auf beiden Märkten zusammengenommen, bestehen.⁷⁰²

Liegen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vor, so „kann“ das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch auf dem benachbarten Markt als Inhaber einer entsprechenden Marktstellung angesehen werden, und in der Folge auch auf diesem Markt grundsätzlich den besonderen sektorspezifischen Verpflichtungen nach der Zugangs- und Universaldienstrichtlinie unterworfen werden.⁷⁰³ Den nationalen Regulierungsbehörden ist damit ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.⁷⁰⁴ Dies ist insbesondere im Hinblick auf den systematisch dem neuen Rechtsrahmen zu Grunde liegenden, in Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie aber nicht ausdrücklich verankerten Vorrang der Regulierung der Vorleistungsmärkte von Bedeutung. Die nationalen Regulierungsbehörden sind nicht verpflichtet, in jedem Fall eine besondere Marktmacht auf dem benachbarten Markt anzunehmen, an die sich zwangsläufig⁷⁰⁵ die Auferlegung bereichsspezifischer Verpflichtungen knüpft. Vielmehr können sie zunächst prüfen, ob die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten ausreichend ist, um die auf den benachbarten Märkten diagnostizierten wettbewerblichen Probleme zu bewältigen.

bb) Kritik

⁷⁰¹ Vgl. *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 344; *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 751.

⁷⁰² *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 747 fassen die beiden zu untersuchenden Märkte unter dem Begriff des relevanten Marktes im weiteren Sinne zusammen.

⁷⁰³ Die Zugangsrichtlinie unterscheidet insoweit nicht zwischen Unternehmen, deren beträchtliche Marktmacht nach Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie positiv festgestellt wurde und solchen, deren beträchtliche Marktmacht nach Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie vermutet wird. In beiden Fällen stehen die bereichsspezifischen Regulierungsinstrumente grundsätzlich im gleichen Maße zur Verfügung, vgl. *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 345. Damit ist die von *Immenga*, EuZW 2002, 673, aufgeworfene Frage dahingehend zu beantworten, dass die Erweiterung des Marktmachtkonzeptes durch Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie auch die Reichweite der ex-ante Regulierung bestimmt.

⁷⁰⁴ Ebenso *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 751; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 231.

⁷⁰⁵ Zum insoweit fehlenden Entschließungsermessen der nationalen Regulierungsbehörden vgl. unten, § 3 F. IV. 1., S. 214 ff.

Die Regelung des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie erfährt in der Literatur teilweise heftigen Widerspruch. Im Kern befürchten die Kritiker vor allem eine weitere Ausweitung des Anwendungsbereichs der sektorspezifischen Regulierung.⁷⁰⁶ In der Regelung sei ein Festhalten an älteren Konzeptionen der sektorspezifischen Regulierung zu sehen, die dem Ziel einer Annäherung an das Wettbewerbsrecht zuwider liefen.⁷⁰⁷ Demgegenüber wird die Vorschrift von anderer Seite als grundsätzlich in die richtige Richtung weisend begrüßt.⁷⁰⁸

Die Befürchtung, auf der Grundlage des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie könne es zu einer unangemessenen Ausweitung des Anwendungsbereichs der bereichsspezifischen Regulierung kommen, greift aus zwei Gründen nicht durch: Zunächst kommt eine Anwendung der Vorschrift ohnehin nur auf solchen Märkten in Betracht, die bereits im Marktdefinitionsverfahren als grundsätzlich regulierungsbedürftig eingestuft worden sind. Auch derjenige Markt, auf dem die besondere Marktmacht eines Unternehmens auf Grund der Vorschrift des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie fingiert wird, muss daher strukturelle Merkmale aufweisen, die einen alleinigen Rückgriff auf das allgemeine Wettbewerbsrecht als nicht ausreichend erscheinen lassen und eine sektorspezifische Regulierung grundsätzlich erforderlich machen. Zweitens gehen die Bedenken gegen der Regulierung nachgelagerter Endnutzermärkte⁷⁰⁹ angesichts des in Art. 17 Abs. 1 b) Universaldienstrichtlinie statuierten Vorrangs der Vorleistungsregulierung ins Leere. Eine Regulierungsbedürftigkeit eines abgeleiteten Endnutzermarktes lässt sich danach nur dann über Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie begründen, wenn die Auferlegung von Verpflichtungen nach der Zugangs- und der Rahmenrichtlinie auf den Vorleistungsmärkten nicht geeignet sind, die regulatorischen Ziele des neuen Rechtsrahmens, wie sie in Art. 8 der Rahmenrichtlinie niedergelegt sind, zu erreichen.

Im verbleibenden Anwendungsbereich der Norm kann sie sich die Vorschrift als angemessene Antwort auf die spezifischen Wettbewerbsprobleme der durch Netzwerkstrukturen gekennzeichneten Kommunikationsmärkte erweisen.⁷¹⁰ Problematisch bleibt insoweit vor allem, dass die Regulierungskriterien im Einzelnen auf Grund der von den nationalen

⁷⁰⁶ Etwa *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 523: „großes Risiko für Überregulierung“; vgl. insgesamt ablehnend *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 147 ff., 150: „weder kartellrechtlich noch wettbewerbstheoretisch begründet“.

⁷⁰⁷ Vgl. dazu *Ladeur*, K&R 2002, 110, 112.

⁷⁰⁸ *Koenig/Kühling/Braun*, CR 2001, 745, 751.

⁷⁰⁹ Vgl. etwa *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 523.

⁷¹⁰ Ebenso *Wissenschaftlicher Arbeitskreis*, TKG-Novellierung („sachgerecht“).

Regulierungsbehörden anzustellenden komplexen wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung nur unzureichend vorstrukturiert sind. Wie auch anderorts im neuen Rechtsrahmen hängt daher viel vom maßvollen und kompetenten Umgang der Aufsichtsbehörden mit den ihr eingeräumten erheblichen Entscheidungsspielräumen ab.

IV. Zusammenfassung und Zwischenergebnis

Der neue Rechtsrahmen für den Kommunikationssektor stellt auf europäischer Ebene eine grundsätzlich neue Orientierung des Regulierungsparadigmas dar. Im hier interessierenden Bereich der Marktregulierung löst er das bisherige relativ starre System der Definition bestimmter regulierter Marktbereiche auf und ersetzt es durch ein flexibles marktbezogenes System der Ermittlung des Regulierungsbedarfs.

Der Richtliniengeber bekennt sich dabei zu zahlreichen, teilweise gegenläufigen Regulierungszielen.⁷¹¹ Einige der aufgeführten Zielvorgaben bleiben dabei programmatische Bekenntnisse mit geringen praktischen Konsequenzen. Am folgenreichsten dürfte das in der Systematik des neuen Rechtsrahmens deutlich verankerte Bestreben werden, die Regulierung zu flexibilisieren und auf diese Weise eine zügigere Anpassung an veränderte Marktbedingungen zu ermöglichen. Dies schließt die Möglichkeit ein, die sektorspezifische Regulierung gegebenenfalls auf einzelnen Märkten ganz auslaufen zu lassen. Zu diesem Zweck sieht der neuer Rechtsrahmen ein komplexes Verfahren der Marktregulierung vor, das unter Beteiligung von Kommission und nationalen Regulierungsbehörden dazu dient, die individuellen Regulierungsbedarfe auf einzelnen Märkten zu ermitteln.

Das Kernstück dieses Regulierungsverfahrens besteht aus den Verfahren der Marktdefinition und der Marktanalyse. Im Verfahren der Marktdefinition⁷¹² werden die für die Regulierung relevanten Märkten abgegrenzt. Im Rahmen dieses Verfahrens ist – entgegen anders lautender

⁷¹¹ Ähnlich *Kirchner*, Dynamische Regulierung, S. 43: „Die Konsistenz des Zielbündels scheint alles andere als gesichert“.

⁷¹² Bereits diese Terminologie dürfte unglücklich gewählt sein. Denn die Marktdefinition, in deren Rahmen unter Anwendung der von der Kommission in ihrer Empfehlung genannten Kriterien die Regulierungsbedürftigkeit der jeweiligen Märkte zu untersuchen ist und die damit weit über eine Marktabgrenzung nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen hinaus geht, setzt wie beschrieben eine umfassende ökonomische Analyse der strukturellen Bedingungen der in Frage stehenden Märkte voraus und ist in diesem Sinne ebenfalls ein „Marktanalyseverfahren“; ähnlich *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307, 1321.

Stimmen⁷¹³ – auch die grundsätzliche Entscheidung darüber zu treffen, ob ein bestimmter Markt einer bereichsspezifischen Regulierung unterworfen werden soll oder nicht.⁷¹⁴ Allerdings kommt dies in der Rahmenrichtlinie – auch auf Grund der Entstehungsgeschichte – nur unzureichend zum Ausdruck. Die materiellen Kriterien für die Entscheidung über die grundsätzliche Regulierung eines Marktes mit Hilfe des sektorspezifischen Kommunikationsrechts sind lediglich in der Kommissionsempfehlung enthalten und in deren Begründung weiter aufgefächert. Es deutet bereits hier einiges darauf hin, dass ein Schwachpunkt des neuen Regulierungsrahmens in der ungenügenden Steuerungsleistung,⁷¹⁵ an dieser für Fortfall oder Bestand der sektorspezifischen Regulierung im Einzelfall entscheidenden Stelle, des Rechtsrahmens problematisch sein könnte.

Im Rahmen des Marktanalyseverfahrens ist im Wesentlichen zu untersuchen, ob einem Unternehmen auf dem definierten Markt beträchtliche Marktmacht zukommt. Hier ebenso wie im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nimmt der neue Rechtsrahmen umfangreichen Bezug auf die Kategorien des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts. Aufgrund der inzwischen häufig klaren Konturierung dieser rechtlichen Kategorien kann dieser vermehrte Rückgriff auf das Wettbewerbsrecht durchaus einen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten. Als problematisch könnte sich aber erweisen, dass die wettbewerbsrechtlichen Kategorien mitunter nur unzureichend dafür geeignet erscheinen, die regulativen Probleme den Kommunikationsmärkten angemessen zu verarbeiten. Da sie eigenen Rationalitäten folgen, gelingt es ihnen zum Teil nur einen Ausschnitt des jeweils zu bearbeitenden regulativen Problems zu erfassen. Dies gerade deshalb, weil manche Kernfragen – wie etwa die Voraussetzungen für die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eines zu definierenden Marktes – vom Rechtsrahmen nicht hinreichend klar adressiert werden. Es besteht die Gefahr, dass die Anwendung kartellrechtlicher oder wettbewerbsrechtlicher Begriffe – etwa der Grundsätze der Marktabgrenzung – die wesentlichen Regulierungsentscheidungen verschleiern oder präjudizieren könnte. In diesem Zusammenhang würden apokryphe

⁷¹³ Wohl *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 355, die den Funktionsvergleich zwischen allgemeinem Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung auf Ebene der Entscheidung der Regulierungsbehörde nach Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie verorten.

⁷¹⁴ Ebenso *Loetz/Neumann*, German Law Journal Vol. 04 [2003] 1307, 1332.

⁷¹⁵ Ähnlich *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 13 („summarischer Charakter der drei Kriterien der Empfehlung“), die daraus aber den unzutreffenden Schluss zieht, es sei allein auf wettbewerbsrechtliche Kriterien abzustellen.

Entscheidungen getroffen,⁷¹⁶ bei denen eine hohe Wahrscheinlichkeit bestünde, dass sie dysfunktionale Folgen nach sich ziehen, weil die angewandten Parameter auf die tatsächliche Problemlage nicht ausgerichtet sind. Es wäre daher wünschenswert gewesen, die Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit eines bestimmten Marktes – die mit bekannten Kategorien des Wettbewerbsrechts oder gar der Marktdefinition nur wenig gemein hat – klarer als eigenständigen Untersuchungsgegenstand zu konturieren.⁷¹⁷

Andererseits ist aber durchaus auch der Versuch des Richtliniengebers erkennbar, die kartellrechtlichen Kategorien – etwa im Bereich der Marktmachterstreckung auf Nachbarmärkte – für die besonderen Gegebenheiten der Kommunikationsmärkte fruchtbar zu machen, und, wo erforderlich, auch anzupassen. Ob dieser Versuch erfolgreich sein wird, bleibt vorerst offen.

E. Institutionelle Regelungen und Verfahrensvorkehrungen im neuen Rechtsrahmen

Bereits oben wurde der für den neuen Rechtsrahmen bestimmende Zielkonflikt zwischen einer größeren Flexibilisierung der Regulierung einerseits und dem Wunsch nach einem stärker harmonisierten regulativen Rahmen für die europäischen Kommunikationsmärkte andererseits beschrieben.⁷¹⁸ Indem sich die materiellen Vorgaben für die Regulierung teilweise auf die Vorgabe regulativer Ziele und einzelner, im Rahmen der Regulierungsentscheidung zu konkretisierender Abwägungskriterien beschränken, werden den nationalen Regulierungsbehörden weite Entscheidungs- und Beurteilungsspielräume eingeräumt. Gleichzeitig trifft der neue Rechtsrahmen im Interesse einer harmonisierten

⁷¹⁶ Bezeichnend *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 15, wo es zur Frage, anhand welcher Kriterien die nationalen Regulierungsbehörden einzelne Märkte als regulierungsbedürftig festlegen können heißt: „Welche Kriterien dann beim Hinzufügen von Märkten für die Marktanalyse anwendbar sind, scheint nicht so entscheidend, da das Ergebnis der Marktanalyse jedenfalls mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts im Einklang stehen muss“. Dies verkennt, dass auch eine sorgfältigst nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts vorgenommene Marktdefinition und eine sich anschließende Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens keinerlei Aussagen darüber zu liefern im Stande ist, ob dieser Markt einer sektorspezifischen ex-ante Regulierung zu unterwerfen ist oder nicht.

⁷¹⁷ Dadurch hätte auch das Missverständnis, die Kommission hätte sich in ihrer Märkteempfehlung durch die drei Kriterien zur Bestimmung der Regulierungsbedürftigkeit von der „jahrzehntelangen Praxis“ der Marktdefinition gelöst (so *Haus*, WuW 2004, 171, 175) vermieden werden können – sie dienen eben nicht der Markttabgrenzung im wettbewerbsrechtlichen Sinne, sondern sollen helfen, die davon unabhängige Frage nach der angemessenen Reichweite der sektorspezifischen Regulierung zu beantworten.

⁷¹⁸ Vgl. § 3 C. IV. 4., insbesondere S. 100 f.

Anwendung seiner Bestimmungen eine Reihe prozeduraler Vorkehrungen, die insbesondere der Kommission eine bedeutende Rolle auch im Zusammenhang mit den Entscheidungsprozessen der nationalen Regulierungsbehörden zuweisen. Diese sehen zum Teil lediglich konsultative Beteiligungsrechte, zum Teil aber auch für die nationalen Regulierungsbehörden verbindliche Mitentscheidungsbefugnisse der Kommission vor. Flankiert werden diese verfahrensrechtlichen Vorschriften durch bestimmte institutionelle Regelungen, die vornehmlich Foren für die informelle Abstimmung zwischen den einzelnen Regulierungsinstanzen schaffen. Neben diesen Vorschriften, die die Zusammenarbeit der unterschiedlichen Regulierungsinstanzen regeln, treten besondere Bestimmungen über die Streitbeilegung und den Rechtsschutz im Verhältnis der Marktteilnehmer untereinander und zu der jeweiligen Regulierungsbehörde.

I. Institutionelle Regelungen

1. Die nationalen Regulierungsbehörden

Wesentliche Vorschriften über Einrichtung und Ausgestaltung der nationalen Regulierungsbehörde finden sich in Art. 3 Rahmenrichtlinie. Zunächst statuiert Art. 3 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie die grundlegende Anforderung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von den durch sie regulierten Unternehmen.⁷¹⁹ Dort, wo Mitgliedstaaten weiterhin Beteiligungen an solchen Unternehmen halten oder anderweitige Einflussmöglichkeiten auf diese Unternehmen haben, ist eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Tätigkeit der Regulierungsbehörde von den mitgliedstaatlichen Aktivitäten in Bezug auf die jeweiligen Unternehmen zu gewährleisten (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Rahmenrichtlinie). Ähnliche Regelungen enthielt bereits der frühere europäische Rechtsrahmen.⁷²⁰ Die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden soll insbesondere garantieren, dass sie ihre Verpflichtung zur unparteiischen Ausübung ihrer Befugnisse erfüllen können.⁷²¹ In institutioneller Hinsicht ergibt sich aus Art. 3 Abs. 4 Satz 1 Rahmenrichtlinie, dass die von den nationalen Regulierungsbehörden wahrzunehmenden Aufgaben auch auf mehrere unterschiedliche nationale Stellen übertragen werden können. Für

⁷¹⁹ Dazu Erwägungsgrund 11 der Rahmenrichtlinie; zur bisherigen Vorschrift des Art. 5a der ONP-Rahmenrichtlinie vgl. etwa *Trute*, Regulierung, S. 184 ff.

⁷²⁰ Vgl. Art. 7 der Wettbewerbsrichtlinie 90/388/EWG i.d.F. der Richtlinie 96/19/EG und Art. 5a Abs. 2 der ONP-Rahmenrichtlinien 90/387/EWG i.d.F. der Richtlinie 97/51/EG.

diesen Fall verpflichtet Art. 3 Abs. 4 Satz 2 Rahmenrichtlinie die Mitgliedsstaaten für Konsultationen und Zusammenarbeit zwischen den jeweiligen Behörden zu sorgen. Von größerer praktischer Bedeutung dürfte die in der gleichen Bestimmung enthaltene Verpflichtung sein, für eine entsprechende Abstimmung zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und insbesondere den nationalen Wettbewerbsbehörden zu sorgen, die hier in anderem Zusammenhang zu untersuchen sein werden.⁷²² Zwischen beiden Behörden soll ein Informationsaustausch zu den die Anwendung des Rechtsrahmens betreffenden Fragen stattfinden.

2. Institutionelle Foren für Kooperation und Abstimmung

Neben den in Art. 3 enthaltenen Regelungen bezüglich der nationalen Regulierungsbehörden sieht der neue Kommunikationsrahmen mit dem Kommunikationsausschuss und der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen zwei weitere institutionelle Foren vor.⁷²³ Der Kommunikationsausschuss,⁷²⁴ der gem. Art. 22 Abs. 1 Rahmenrichtlinie einzurichten ist, hat vorwiegend beratende Funktion und dient als Forum für Kooperation und Abstimmung.⁷²⁵ Es handelt sich dabei um einen der sog. Komitologie-Ausschüsse. Er tritt an die Stelle des bisherigen ONP-Ausschusses⁷²⁶ sowie des Genehmigungsausschusses.⁷²⁷ Vorrangige Aufgabe der nach dem Komitologie-Beschluss⁷²⁸ des Rates tätig werdenden Ausschüsse ist die Unterstützung der Kommission bei der Ausübung der Durchführungsbefugnisse, die ihr

⁷²¹ Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Erwägungsgrund 11 der Rahmenrichtlinie.

⁷²² Vgl. unten, § 4 B. IV. 3., S. 315 ff. Daneben sieht Art. 3 Abs. 3 S. 2 Rahmenrichtlinie eine Kooperationspflicht mit den für den Verbraucherschutz zuständigen Behörden vor.

⁷²³ *Ladeur*, K&R 2006, 197, 201 und *Ladeur/Möllers*, DVBl 2005, 525, 526 f. weisen auf Ähnlichkeiten dieser Form transnationaler Zusammenarbeit mit der „dritten Ebene“ im deutschen Bundesstaat hin, etwa der Zusammenarbeit der Landesmedienanstalten.

⁷²⁴ Zur Bezeichnung des Ausschusses wird in der Praxis in Anlehnung an die englische Sprachfassung („Communications Committee“) die Abkürzung COCOM verwandt, vgl. etwa *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission über die Tätigkeit der Ausschüsse im Jahre 2002 v. 8.9.2003, KOM (2003) 530 endg., Anhang unter Nr. 7, S. 39 f.; sowie *Feiel*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, 112, 113, Fn. 10.

⁷²⁵ Vgl. etwa Art. 22; 23 Abs. 2; 24 Abs. 2 Rahmenrichtlinie; Erwägungsgrund 15, 37 Rahmenrichtlinie; Art. 14 Abs. 1; 15 Abs. 1 Zugangsrichtlinie; Art. 37 Universaldienstrichtlinie; *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission über die Tätigkeit der Ausschüsse im Jahre 2002 v. 8.9.2003, KOM(2003) 530 endg., Anhang unter Nr. 7, S. 40: „Plattform für den Informationsaustausch über Marktentwicklung und Regulierungstätigkeit.“; sowie *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 115.

⁷²⁶ Vgl. Art. 9 der ONP-Rahmenrichtlinie 90/387/EWG.

⁷²⁷ Eingerichtet durch Art. 14 der Genehmigungsrichtlinie 97/13/1997; vgl. Erwägungsgrund 34 der Rahmenrichtlinie.

der Gesetzgeber, also Rat und Europäisches Parlament, übertragen hat.⁷²⁹ Der Kommunikationsausschuss setzt sich aus einem Vertreter der Kommission, der auch den Vorsitz führt, und Vertretern der Mitgliedstaaten zusammen.⁷³⁰ Dabei kommen im Rahmen des neuen Rechtsrahmens sowohl das Beratungsverfahren nach Art. 3 des Komitologie-Beschlusses als auch das Regelungsverfahren nach Art. 5 des Komitologie-Beschlusses zur Anwendung.⁷³¹ Im Rahmen des Beratungsverfahrens⁷³² hat der Kommunikationsausschuss zu den von der Kommission vorgelegten Maßnahmeentwürfen – gegebenenfalls aufgrund einer Abstimmung – Stellung zu nehmen.⁷³³ Die Kommission hat die Stellungnahme dann „so weit wie möglich“ zu berücksichtigen und den Ausschuss darüber zu unterrichten.⁷³⁴ Weitergehende Einflussmöglichkeiten besitzt der Ausschuss bei Durchführung des Regelungsverfahrens.⁷³⁵ In diesem Fall hat die Kommission dann, wenn sie mit der Stellungnahme des Kommunikationsausschusses nicht übereinstimmt oder der Ausschuss

⁷²⁸ Beschluss des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, 1999/468/EG, ABl. EG Nr. L 184 v. 17.7.1999, S. 23.

⁷²⁹ *Europäische Kommission*, Bericht der Kommission über die Tätigkeit der Ausschüsse im Jahre 2002 v. 8.9.2003, KOM (2003) 530 endg., Ziff. 1.1., S. 2.

⁷³⁰ Vgl. Art. 22 Abs. 2 und 3 Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 5 Abs. 1 des Komitologie-Beschlusses.

⁷³¹ Vgl. die Verweise in Art. 22 Abs. 2 und 3 Rahmenrichtlinie; Art. 14 Abs. 2 und 3 Zugangsrichtlinie; Art. 37 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie.

⁷³² Auf das Beratungsverfahren verweisen Art. 7 Abs. 4 S. 3 Rahmenrichtlinie (Vetoverfahren); Art. 17 Abs. 1, Abs. 5 Rahmenrichtlinie (Erstellung eines Verzeichnis von Normen und/oder Spezifikationen, die als Grundlage für die Förderung der einheitlichen Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste dienen); Art. 19 Abs. 1 Rahmenrichtlinie (Erlass von Empfehlungen über die harmonisierte Durchführung des Richtlinienpakets).

⁷³³ Vgl. im Einzelnen Art. 3 des Komitologie-Beschlusses.

⁷³⁴ Art. 3 Abs. 4 des Komitologie-Beschlusses.

⁷³⁵ Nach Art. 10 Abs. 4 und Art. 19 Abs. 2 Rahmenrichtlinie (Vereinheitlichung der Zuweisung von Nummerierungsressourcen in der Gemeinschaft); Art. 15 Abs. 4 Rahmenrichtlinie (Erlass der Entscheidung zur Festlegung länderübergreifender Märkte im Marktdefinitionsverfahren); Art. 17 Abs. 4 und 6 Rahmenrichtlinie (Verbindliche Festlegung der Anwendung bestimmter Normen und/oder Spezifikationen); Art 6 Abs. 2 Zugangsrichtlinie (Änderung der Bedingungen in Bezug auf die Zugangsberechtigung für digitale Fernseh- und Rundfunkdienste); Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 Zugangsrichtlinie (Entscheidung der Kommission über die Auferlegung von anderen als in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Zugangsverpflichtungen); Art. 9 Abs. 5 Zugangsrichtlinie (Anpassung von Anhang II betreffend die Mindestbestandteile eines Standardangebots) sowie Art. 18 Abs. 3 (Anpassung des Mindestangebots an Mietleitungen) und Art. 35 Universaldienstrichtlinie (Änderung bestimmter Anhänge der Universaldienstrichtlinie). Unzutreffend daher *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 267, nach der der neue Rechtsrahmen „zumeist das Beratungsverfahren und nur ausnahmsweise das Regelungsverfahren“ vorschreibt.

keine Stellungnahme abgegeben hat, den Rat und das Europäische Parlament mit dem Maßnahmenentwurf zu befassen.⁷³⁶

Die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden wird zukünftig in der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste institutionalisiert,⁷³⁷ die eng mit dem Kommunikationsausschuss zusammenarbeiten soll.⁷³⁸

Der Gruppe kommt eine doppelte Funktion zu. Zum einen soll sie als Schnittstelle zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission dienen.⁷³⁹ Daneben soll sie im Interesse der harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens die transparente Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden untereinander ermöglichen.⁷⁴⁰ Die Gruppe setzt sich aus den Leitern der nationalen Regulierungsbehörden bzw. deren Stellvertretern sowie Repräsentanten der Kommission zusammen, die auch das Sekretariat der Gruppe stellt.⁷⁴¹ Unmittelbare Aufgabe der Gruppe ist es zunächst, die Kommission aus eigener Initiative oder auf deren Anforderung in allen Fragen bezüglich elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste zu unterstützen.⁷⁴² Damit soll insbesondere das Ziel der Konsolidierung des Binnenmarktes gefördert werden,⁷⁴³ und zwar insbesondere im Hinblick auf die durch die neue Regelungstechnik für die einheitliche Rechtsanwendung identifizierten Gefahren: Indem die Gruppe eine Schnittstelle zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission bildet, soll sie durch die Stärkung der Zusammenarbeit und der Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden eine innerhalb der Gemeinschaft konsistente Anwendung der in den Richtlinien enthaltenen Bestimmungen nämlich insbesondere in denjenigen Bereichen fördern, in denen die zur Durchführung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens erlassenen einzelstaatlichen Bestimmungen den

⁷³⁶ Zu den Einzelheiten siehe Art. 5 des Komitologie-Beschlusses.

⁷³⁷ Vgl. Erwägungsgrund 36 der Rahmenrichtlinie sowie den Beschluss der Kommission vom 29.7.2002 zur Einrichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. L 200 vom 30.7.2002, S. 38; dazu *Feiel*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, 112, 116 f.

⁷³⁸ Vgl. Erwägungsgrund 8 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737).

⁷³⁹ Art. 3 S. 2 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737).

⁷⁴⁰ Vgl. Erwägungsgrund 36 f. der Rahmenrichtlinie; Erwägungsgrund 5 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737); vgl. auch *Trute*, Regulierungsverbund, S. 573 f. der darüber hinaus darauf hinweist, dass die Einbindung der nationalen Behörden in einen europäischen Regulierungsverbund auch dazu dient, eine gewisse Immunisierung gegenüber Einflussnahmen der nationalen Politik zu schaffen.

⁷⁴¹ Art. 4 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737); zu Zusammensetzung und Verfahren der Gruppe siehe auch *Feiel*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, 112, 116.

⁷⁴² Art. 5 S. 1 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737).

⁷⁴³ Art. 3 S. 1 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737).

nationalen Regulierungsbehörden beträchtliche Ermessensspielräume bei der Anwendung der betreffenden Bestimmungen einräumen.⁷⁴⁴

Die institutionellen Regelungen des neuen Rechtsrahmens ermöglichen es zunächst, die in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten auf der jeweiligen nationalen Ebene existierenden und gegebenenfalls durchaus unterschiedlichen Rationalitäten und Vorstellungen hinsichtlich der Konkretisierung des europäischen Kommunikationsrechts und dessen Fortentwicklung in den Prozess der Politikformulierung auf der Ebene der Gemeinschaft einfließen zu lassen. Das vorrangige Ziel dürfte es aber sein, die gewünschte deutlich stärker harmonisierte Anwendung der europäischen Vorgaben auf nationaler Ebene auch institutionell abzusichern. Denn mit der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen, die zunächst als „Reflexions- und Diskussionsforum“⁷⁴⁵ dient, wird zugleich auch ein Forum geschaffen, in dem Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden gegenüber den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission außerhalb des formalen Rahmens der prozeduralen Vorkehrungen der Richtlinien oder gar eines Vertragsverletzungsverfahrens von den jeweiligen Entscheidungsträgern verantwortet werden müssen. Auch auf diese Weise wird ein erheblicher Druck auf die Vereinheitlichung des Telekommunikationsrechts durch die koordinierte Praxis der Mitgliedsstaaten aufgebaut.⁷⁴⁶

II. Verfahrensregeln

Das Ziel der stärker harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens wird vor dem Hintergrund der erheblichen Flexibilisierung der materiellen Vorgaben an die Entscheidungsfindung durch die nationalen Regulierungsbehörden und die weitgehende Verlagerung von Entscheidungsbefugnissen von der Ebene der nationalstaatlichen Gesetzgeber auf die administrative Ebene der nationalen Regulierungsbehörden vor allem durch die bereits mehrfach angesprochenen umfangreichen prozeduralen Vorkehrungen verfolgt, die insbesondere der Kommission, daneben aber auch den übrigen nationalen Regulierungsbehörden Konsultations- und teilweise Mitentscheidungsrechte im Zusammenhang mit den Regulierungsmaßnahmen auf nationaler Ebene einräumen. Die

⁷⁴⁴ Vgl. Erwägungsgrund 36 f. der Rahmenrichtlinie; Art. 3 Abs. 2 und Erwägungsgrund 6 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737).

⁷⁴⁵ Erwägungsgrund 7 des Beschlusses der Kommission vom 29.7.2002 (s.o. Fn. 737).

⁷⁴⁶ Vgl. *Ladeur* K&R 2002, S. 110, 112 und *ders.* K&R 2004, 153, 156, dort allerdings noch abwartend bezüglich der Frage, ob die Gruppe tatsächlich eine zusätzliche Ebene des „kooperativen Föderalismus“

Rahmenrichtlinie gibt den nationalen Regulierungsbehörden in Art. 8 Abs. 3 d) ausdrücklich auf, zur Entwicklung des Binnenmarktes beizutragen, indem sie untereinander und mit der Kommission in transparenter Weise zusammenarbeiten, um die Entwicklung einer einheitlichen Regulierungspraxis und die einheitliche Anwendung dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien sicherzustellen. Diese Bestimmung aus dem Katalog politischer Ziele und regulatorischer Grundsätze des Art. 8 Rahmenrichtlinie, denen die nationalen Regulierungsbehörden gem. Art. 7 Abs. 1 Rahmenrichtlinie bei der Erfüllung ihrer Aufgaben weitestgehend Rechnung zu tragen haben, wird in Art. 7 Abs. 2 Rahmenrichtlinie wiederholt und ergänzt. Um Transparenz und Kooperation – untereinander und mit der Kommission – sicherzustellen, haben die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wege zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt herzustellen (Art. 7 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie).

Allerdings beschränken sich die allgemeinen prozeduralen Vorschriften des neuen Rechtsrahmens nicht darauf, die Zusammenarbeit der verschiedenen regulatorischen Instanzen zu regeln und deren Kompetenzverhältnis zueinander abzuklären. Vielmehr sieht insbesondere die Rahmenrichtlinie eine Reihe von verfahrensmäßigen Vorkehrungen vor, die dazu beitragen sollen, die Entscheidungsverfahren der nationalen Regulierungsbehörden im Verhältnis zu den betroffenen Marktteilnehmern transparent und partizipatorisch auszugestalten. Auf diese wird im Folgenden näher eingegangen (unter 1.), um anschließend die im Interesse einer harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens geschaffenen prozeduralen Regelungen näher zu erläutern (unter 2.).

1. Einrichtung einer Informationsordnung

Informationen sind im Rahmen eines Konzepts der bereichsspezifischen Marktregulierung aus verschiedenen Perspektiven von größter Relevanz. Zunächst ist eine möglichst weitgehende Transparenz des Marktes durch die schnelle Verfügbarkeit aktueller Informationen eine Bedingung für das Gelingen der durch den Marktprozess koordinierten Selbstregulierung der Wettbewerber.⁷⁴⁷ Daneben sind aber auch die mit der Regulierung der Kommunikationsmärkte befassten Aufsichtsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf eine möglichst umfassende Information über die Marktverhältnisse und deren Entwicklung

zu schaffen geeignet ist, oder das Koordinationsverfahren nicht doch faktisch von der Kommission dominiert werden wird.

angewiesen.⁷⁴⁸ Der neue Rechtsrahmen trägt diesen Umständen durch die Einrichtung einer Informationsordnung Rechnung und sieht eine Reihe von Regelungen vor, die die Regulierung verstärkt konsultativ, transparent und partizipatorisch gestalten.⁷⁴⁹ Nach Art. 6 Rahmenrichtlinie sind insbesondere die betroffenen Marktteilnehmer stärker in den Entscheidungsprozess der nationalen Regulierungsbehörden einzubeziehen (unter a). Art. 5 Rahmenrichtlinie sieht verschiedenartige Informationsrechte und -pflichten der in den Regulierungsprozess eingebundenen Parteien und Institutionen vor und weist den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission eine Rolle bei der Sammlung und Veröffentlichung von Informationen im Interesse der Markttransparenz zu (unter b).

a) Das Anhörungsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie

Der Einbindung der Marktteilnehmer und anderer interessierter Parteien in den Entscheidungsprozess der nationalen Regulierungsbehörden dient das Anhörungsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie. Es besitzt einen weiten Anwendungsbereich: Vor dem Erlass von Maßnahmen nach der Rahmen- oder den Einzelrichtlinien haben die nationalen Regulierungsbehörden in der Regel interessierten Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem jeweiligen Maßnahmenentwurf zu geben, soweit die geplante Maßnahme beträchtliche Auswirkungen auf den betreffenden Markt haben wird.⁷⁵⁰ Der Anwendungsbereich des Anhörungsverfahrens ist also zunächst nicht auf bestimmte regulatorische Maßnahmen beschränkt.⁷⁵¹ Eine Ausnahme gilt nur in den Fällen des Erlasses einstweiliger Maßnahmen aufgrund außergewöhnlicher Umstände (Art. 7 Abs. 6 Rahmenrichtlinie), sowie im Rahmen des Streitentscheidungsverfahrens der Art. 20 und 21 Rahmenrichtlinie;⁷⁵² hier ist kein Anhörungsverfahren durchzuführen. Die weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen sind aber ebenso wie die prozeduralen Anforderungen an die Durchführung des Anhörungsverfahrens durch den neuen Rechtsrahmen nur wenig konturiert.⁷⁵³ Dies gilt zunächst für den Begriff der

⁷⁴⁷ Vgl. *Hoffmann-Riem/Eifert*, *Regelungskonzepte*, S. 40 f.; sowie zur Bedeutung der Markttransparenz in ökonomischen Modellen bereits oben, § 2 C. I. 1. b) und E. I. 2., S. 14, 31 f.

⁷⁴⁸ Auf die Informationsasymmetrien zwischen Regulierten und Regulierern weist auch *Trute*, *Telekommunikationsrecht*, S. 864 f., hin.

⁷⁴⁹ *Koenig/Kühling*, MMR 2001, 90, 81.

⁷⁵⁰ Daneben sieht Art. 12 Abs. 2 Rahmenrichtlinie eine Pflicht zur Anhörung der „interessierten Parteien“ vor einer Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden über Kollokationsverpflichtungen vor.

⁷⁵¹ I.E. ebenso *Huppertz*, *Die SMP-Konzeption*, S. 271 ff.

⁷⁵² Dazu unten, § 3 E. III., S. 193 ff.

⁷⁵³ Vgl. *Scherer*, K&R 2002, 273, 279.

„beträchtlichen Auswirkungen auf den betreffenden Markt“. Nicht überzeugend ist insoweit der Vorschlag, den Begriff gleichbedeutend mit dem Begriff der „Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten“ im Sinne der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 81 EGV zu interpretieren, wie er im Zusammenhang mit dem in Art. 7 Rahmenrichtlinie geregelten Konsultationsverfahren verwandt wird.⁷⁵⁴ Dagegen spricht bereits der Wortlaut des Art. 6 S. 1 Rahmenrichtlinie, in dem die Erforderlichkeit einer internationalen Dimension an keiner Stelle angelegt ist. Aber auch die unterschiedlichen Zielsetzungen der Art. 6 und 7 Rahmenrichtlinie stehen einer solchen gleichsetzenden Auslegung entgegen. Denn die in Art. 7 geregelten Verfahren räumen der Kommission im Interesse der Konsolidierung des Binnenmarktes umfangreiche Konsultations- und gegebenenfalls Vetorechte ein,⁷⁵⁵ die nur gerechtfertigt sind, wenn die jeweilige Maßnahme tatsächlich Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben kann. Dagegen dient Art. 6 Rahmenrichtlinie dem Zweck, die interessierten Parteien des regulierten Sektors und damit gerade auch die privaten Marktteilnehmer bereits im Vorfeld des Erlasses einzelner regulativer Maßnahmen in den Prozess der Entscheidungsfindung einzubeziehen.⁷⁵⁶ Nichts spricht dafür, dies von einer zwischenstaatlichen Dimension der jeweiligen Entscheidung abhängig zu machen. Vielmehr sollten die nationalen Regulierungsbehörden vor diesem Hintergrund ihren Maßnahmenentwurf daraufhin untersuchen, ob die Auswirkungen auf dem von ihm betroffenen Markt ein Ausmaß erreichen, das die vorherige Einbeziehung der „interessierten Parteien“ als sinnvoll erscheinen lässt. Besonders hohe Anforderungen werden hier nicht zu stellen sein, zumal die besondere Situation der Eilbedürftigkeit einer Maßnahme durch die in Art. 6 S. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 6 Rahmenrichtlinie vorgesehene Ausnahmeregelung abgedeckt ist.

In verfahrensmäßiger Hinsicht haben die Regulierungsbehörden den interessierten Parteien innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Entwurf der geplanten Maßnahme zu geben. Ein solches Verfahren birgt allerdings das Risiko einer nicht unerheblichen Verfahrensverzögerung. Die Kommission erkennt dieses Problem und mahnt deswegen eine angemessene (kurze) Verfahrensdauer an. Bei Anhörungsverfahren im Zusammenhang mit den zentralen, an die beträchtliche Marktmacht eines Unternehmens anknüpfenden Regulierungsmaßnahmen sollen die nationalen Regulierungsbehörden

⁷⁵⁴ So aber anscheinend *Schütz/Attendorn/König*, Rdnr. 54.

⁷⁵⁵ Dazu ausführlich unten, § 3 E II. 2., S. 179 ff.

⁷⁵⁶ Dazu *Koenig/Kühling*, MMR 2001, 80, 81 f.

regelmäßig einen Zeitraum von höchstens zwei Monaten für die Durchführung des Anhörungsverfahrens vorsehen.⁷⁵⁷ Auch an diese Vorgabe der Kommission im Rahmen der Leitlinien zur Marktanalyse werden sich die nationalen Regulierungsbehörden „weitestgehend“ zu halten haben.⁷⁵⁸ Dasselbe gilt für die inhaltlichen Anforderungen an den Maßnahmenentwurf, den die nationalen Regulierungsbehörden den interessierten Parteien zur Kommentierung zur Verfügung zu stellen haben. Soweit dieser eine Entscheidung in Bezug auf beträchtliche Marktmacht betrifft, haben die nationalen Regulierungsbehörden nämlich insbesondere die von ihnen zu Grunde gelegte Marktdefinition zu begründen, ihre Beweise für die Existenz beträchtlicher Marktmacht bestimmter Unternehmen vorzutragen sowie „umfassende Einzelheiten zu den bereichsspezifischen Verpflichtungen, deren Auferlegung, Beibehaltung, Änderung oder Aufhebung die NRB erwägt, sowie eine Bewertung der Verhältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen“ darzulegen.⁷⁵⁹ Dies entspricht den oben beschriebenen hohen Anforderungen, die im Bereich des Kartellrechts an die Beweisführung der Aufsichtsinstanzen etwa im Verfahren der Fusionskontrolle gestellt werden. Um dafür Sorge zu tragen, dass die betroffenen Parteien auch tatsächlich ihr Recht zur Stellungnahme ausüben können, sollen die nationalen Regulierungsbehörden eine zentrale Informationsstelle einrichten, bei der alle laufenden Anhörungsverfahren veröffentlicht werden.⁷⁶⁰ Soweit nicht die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen droht, sind auch die Ergebnisse der Anhörungsverfahren zu veröffentlichen.⁷⁶¹ Eine unmittelbare Pflicht zur Berücksichtigung der Stellungnahmen sehen die Bestimmungen der Richtlinie nicht vor. Lediglich Erwägungsgrund 15 der Rahmenrichtlinie bestimmt, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Stellungnahmen der interessierten Parteien zu berücksichtigen haben, ehe sie einen endgültigen Entschluss fassen. Die Nichtberücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen steht damit der Rechtmäßigkeit eines entsprechenden Entschlusses nicht ohne weiteres entgegen, sie kann aber – je nach den Umständen des Einzelfalls – zu Ermessens- oder Begründungsfehlern führen.⁷⁶²

⁷⁵⁷ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 145.

⁷⁵⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 3 S. 1, Art. 16 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie.

⁷⁵⁹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 144.

⁷⁶⁰ Art. 6 S. 2 und 3 Rahmenrichtlinie.

⁷⁶¹ Art. 6 S. 4 Rahmenrichtlinie; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 148.

⁷⁶² Vgl. *Ladour*, K&R 2002, 110, 113.

Dem Anhörungsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie kommt im Rahmen der Verfahrensvorschriften des Richtlinienpakets eine besondere Bedeutung zu.⁷⁶³ Die weitgehenden Begründungserfordernisse bei der Vorlage eines Entwurfes setzen die nationalen Regulierungsbehörden bereits im Vorfeld einer Regulierungsentscheidung einem erheblichen Rechtfertigungsdruck aus. Sie unterstreichen, dass das partizipatorische Element im Regulierungsprozess nach dem neuen Rechtsrahmen gestärkt werden soll, weil die Rationalitäten der Regulierungsentscheidungen gegenüber den Marktakteuren bereits frühzeitig offen gelegt werden und diesen so ermöglichen, künftige Entwicklungen frühzeitig zu beeinflussen und ihre Investitionsentscheidungen entsprechend auszurichten.⁷⁶⁴ Eine frühzeitige Beteiligung der betroffenen Unternehmen ist auch geeignet, die Akzeptanz der in der Folge ergehenden Regulierungsentscheidung zu steigern. Darüber hinaus stellt das Anhörungsverfahren eine Möglichkeit dar, externen Sachverstand in den Entscheidungsprozess der nationalen Regulierungsbehörde einfließen zu lassen.⁷⁶⁵ Vor allem aber verbreitert das Verfahren die tatsächliche Entscheidungsgrundlage der Regulierungsbehörde und hilft auf diese Weise, Fehlsteuerungen zu vermeiden. Gerade angesichts der hohen Komplexität der zu treffenden Regulierungsentscheidungen, die regelmäßig zumindest auch prognostischen Charakter haben, ist es von ganz entscheidender Bedeutung, dass die Regulierungsbehörde etwa die Einschätzung der Marktteilnehmer über die zukünftige Wettbewerbsentwicklung auf einem bestimmten Markt zur Kenntnis nimmt. Entsprechend dem oben Ausgeführten dürfte dies einer der maßgeblichen Parameter bei der Beurteilung der Frage sein, ob ein bevorstehender oder zumindest wahrscheinlicher Markteintritt neuer Unternehmen bereits gegenwärtig eine disziplinierende Wirkung auf Grund des Bestehens von potentiell Wettbewerben auf etablierte Anbieter ausübt.

b) Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden zur Informationserhebung im Zusammenhang mit der Netzzugangsregulierung

⁷⁶³ Scherer, K&R 2002, S. 273, 279.

⁷⁶⁴ Koenig/Kühling, MMR 2001, 80, 81.

⁷⁶⁵ Vgl. zu den Erfahrungen mit partizipatorischen Entscheidungsprozessen im anglo-amerikanischen Kommunikationsrecht Koenig/Kühling, MMR 2001, 80, 81 ff.; Koenig/Kühling/ifo Institut, Liberalisierung der Telekommunikationsordnungen, S. 45 f. Zur Anlehnung der Verfahrenskonzeption an das amerikanische Vorbild auch Ladeur, K&R 2002, 110, 113; allgemein Holzengel, Europäische Regulierungsvorhaben, S. 6.

Um den nationalen Regulierungsbehörden die Wahrnehmung ihrer Aufgaben zu ermöglichen⁷⁶⁶ sieht Art. 5 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie vor, dass ihnen die Befugnis eingeräumt werden muss, von den relevanten Unternehmen diejenigen Informationen einzuholen, die die Behörden benötigen, um die Einhaltung der Bestimmungen des Rechtsrahmens sowie der sie konkretisierenden Entscheidungen zu überprüfen. Die betroffenen Unternehmen haben diese Informationen auf Anfrage umgehend an die Regulierungsbehörde zu übermitteln. Die nationalen Regulierungsbehörden können im Rahmen ihres zu begründenden⁷⁶⁷ Auskunftsersuchens im Einzelnen festlegen, welche Informationen die betreffenden Unternehmen vorzulegen haben und innerhalb welcher Frist dies zu geschehen hat, Art. 5 Abs. 1 Satz 2. Um eine unzumutbare Belastung für die Unternehmen zu verhindern, muss diese Verpflichtung zur Vorlage von Informationen allerdings in einem angemessenen Verhältnis zu der von den nationalen Regulierungsbehörden jeweils zu erfüllenden Aufgabe stehen.⁷⁶⁸ Von größerer praktischer Relevanz im Rahmen der Durchführung des im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierenden Marktanalyseverfahrens ist aber die Vorschrift des Art. 11 Abs. 1 UAbs. 1 f) Genehmigungsrichtlinie. Danach sind die Unternehmen im Rahmen ihrer Allgemeingenehmigung regelmäßig verpflichtet, der nationalen Regulierungsbehörde alle Informationen zur Verfügung zu stellen, die diese im Zusammenhang mit der Durchführung des Marktanalyseverfahrens benötigt.⁷⁶⁹

c) Pflichten zur Informationsübermittlung an die Kommission

Ebenso wie die Erhebung von Informationen bei den Marktteilnehmern eine Funktionsbedingung für die Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden darstellt, ist die Kommission auf die Verfügbarkeit von Informationen über die Regulierungstätigkeit der einzelnen nationalen Behörden angewiesen, um die ihr nach dem neuen Rechtsrahmen in bestimmten Bereichen zugewiesene Aufsichtsfunktion

⁷⁶⁶ Vgl. dazu Erwägungsgrund 13 der Rahmenrichtlinie.

⁷⁶⁷ Art. 5 Abs. 1 S. 4 Rahmenrichtlinie.

⁷⁶⁸ Vgl. Erwägungsgrund 13 und Art. 5 Abs. 1 Satz 3 Rahmenrichtlinie.

⁷⁶⁹ Vgl. dazu auch Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 131. Darüber hinaus können die nationalen Regulierungsbehörden zur Überprüfung besonderer, einem Unternehmen auferlegter Transparenz- oder Nichtdiskriminierungspflichten nach der Zugangsrichtlinie verlangen, dass die Unternehmen bestimmte Buchungsunterlagen vorlegen, Art. 11 Abs. 2 S. 1 Zugangsrichtlinie.

wahrnehmen zu können.⁷⁷⁰ Die Rahmen- und die Einzelrichtlinien sehen deshalb auch außerhalb der formellen Konsultationsverfahren des Art. 7 Rahmenrichtlinie⁷⁷¹ vielfältige Pflichten der nationalen Regulierungsbehörden vor, bestimmte Informationen an die Kommission zu übermitteln. Ganz allgemein bestimmt Art. 24 Rahmenrichtlinie, dass in den Mitgliedstaaten aktuelle Informationen über die Anwendung der Richtlinien veröffentlicht und unverzüglich an die Kommission übermittelt werden. Daneben finden sich in den Einzelrichtlinien eine Reihe spezieller Informations- und Notifizierungspflichten gegenüber der Kommission, die im Wesentlichen bestimmen, dass die nationalen Regulierungsbehörden die Kommission über bestimmte von ihnen getroffene Regulierungsmaßnahmen zu unterrichten haben. Vor dem Hintergrund des neuen Konzeptes einer flexiblen, auf die einzelnen Märkte bezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs haben die nationalen Regulierungsbehörden der Kommission insbesondere mitzuteilen, welche Unternehmen sie als Inhaber beträchtlicher Marktmacht identifiziert und welche besonderen bereichsspezifischen Verpflichtungen sie diesen Unternehmen auferlegt haben.⁷⁷²

d) Förderung von Markttransparenz durch die Bereitstellung relevanter Informationen

Die von den einzelnen Behörden auf diese Weise erlangten Informationen dienen allerdings nicht alleine dem Zweck, der jeweiligen Institution die effektive und effiziente Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben zu ermöglichen. Wie eingangs bereits angedeutet, sind die Befugnisse zur Informationsgewinnung den Aufsichtsbehörden auch im Interesse der „Herstellung eines hohen öffentlichen Informationsniveaus“⁷⁷³ eingeräumt. Zu diesem Zweck sieht der neue Rechtsrahmen spezielle Vorkehrungen zur Veröffentlichung der gewonnenen Informationen, regelmäßig unter Beachtung der Anforderungen an den Schutz möglicherweise betroffener Geschäftsgeheimnisse, und zu deren konzentrierter Bereitstellung vor.

⁷⁷⁰ Vgl. etwa Erwägungsgrund 25 Zugangsrichtlinie, der auch vorsieht, dass die Informationsübermittlung an die Kommission auf elektronischem Weg erfolgen kann, wenn geeignete Authentifizierungsverfahren verwendet werden.

⁷⁷¹ Dazu sogleich unter § 3 E. II. 2., S. 179 ff.

⁷⁷² Vgl. Art. 16 Abs. 2 und Erwägungsgrund 25 der Zugangsrichtlinie; Art. 36 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie. Vgl. daneben auch Art. 17 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie, wonach die nationalen Regulierungsbehörden der Kommission von ihr angeforderte Informationen über bestimmte Regulierungsmaßnahmen auf dem Endnutzermarkt bereitzustellen haben.

⁷⁷³ *Hoffmann-Riem/Eifert*, Regelungskonzepte, S. 40.

Auf Ebene der nationalen Regulierungsbehörden sind zunächst die im Rahmen des Anhörungsverfahrens bei den nationalen Regulierungsbehörden eingegangenen Stellungnahmen zu einzelnen Maßnahmenentwürfen gem. Art. 6 S. 4 Rahmenrichtlinie der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Allgemeiner verpflichtet Art. 5 Abs. 4 Rahmenrichtlinie die nationalen Regulierungsbehörden, Informationen bereitzustellen, die zu einem offenen, wettbewerbsorientierten Markt beitragen. Diese Verpflichtung steht unter dem Vorbehalt der Einhaltung der nationalen Vorschriften über den Zugang der Öffentlichkeit zu Informationen, sowie der nationalen und der gemeinschaftlichen Vorschriften zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen.⁷⁷⁴ Gem. Art. 5 Abs. 5 Rahmenrichtlinie haben die nationalen Regulierungsbehörden die jeweiligen Bedingungen und Verfahren für den allgemeinen Zugang zu diesen Informationen zu veröffentlichen.

Im Zusammenhang mit der Zugangsregulierung sind die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere verpflichtet, die Verpflichtungen, die sie einzelnen Unternehmen nach der Zugangsrichtlinie auferlegt haben, im Einzelnen zu veröffentlichen, soweit dadurch keine vertraulichen Informationen, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, betroffen sind. Diese Informationen müssen für alle interessierten Parteien öffentlich zur Verfügung gestellt werden, Art. 15 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.⁷⁷⁵ Auch hier haben die Mitgliedstaaten der Kommission eine Kopie aller veröffentlichten Informationen zu übermitteln. Nach Art. 15 Abs. 2 Satz 2 Zugangsrichtlinie stellt die Kommission diese Informationen „in einer unmittelbar zugänglichen Form zur Verfügung“. Der Kreis der zugangsberechtigten Nutzer ist hier nicht weiter eingegrenzt. Es liegt daher nahe, dass der Kommission die Aufgabe zukommen soll, die ihr von den unterschiedlichen nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung gestellten Informationen über die Auferlegung besonderer Verpflichtungen nach der Zugangsrichtlinie zu bündeln und konzentriert europaweit bereitzustellen.

Diese Informationssammlung und -bereitstellung durch die Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden ist ein wesentliches Element des neuen Rechtsrahmens, das vor dem Hintergrund der den nationalen Regulierungsbehörden übertragenen Entscheidungs- und Beurteilungsspielräumen unverzichtbar ist. Denn der Gewinn an Flexibilität bei der Marktregulierung bedeutet zugleich einen Verlust an Rechtssicherheit und Transparenz in

⁷⁷⁴ Vgl. auch Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 133 f.

⁷⁷⁵ Weitere Pflichten zur Veröffentlichung von Informationen durch die nationalen Regulierungsbehörden sieht die Zugangsrichtlinie etwa in Art. 13 Abs. 4 (Veröffentlichung der Kostenrechnungsmethode im Zusammenhang mit der Entgeltregulierung von Vorleistungen) und Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangsrichtlinie

Bezug auf die regulatorischen Rahmenbedingungen. Wenn sich die regulatorischen Verpflichtungen der Unternehmen im Einzelnen nicht aus dem Gesetz ergeben, sondern zunächst durch administrative Maßnahmen konkretisiert und festgesetzt werden müssen, müssen auch die auf die Inanspruchnahme der Leistungen des so verpflichteten Unternehmens angewiesenen gegenwärtigen und potentiellen Wettbewerber Zugang zu diesen Informationen haben.⁷⁷⁶ Eine zentrale Informationssammlung schafft so für neu eintretende Marktteilnehmer ebenso wie für existierende Wettbewerber von marktbeherrschenden Unternehmen einen hohen Gewinn an Transparenz im Markt. Die kurzfristige Verfügbarkeit von verlässlichen Informationen darüber, zu welchen Bedingungen ein Wettbewerber Zugang zu bestimmten Elementen eines Netzes eines beherrschenden Anbieters erhalten kann, ist eine entscheidende Voraussetzung dafür, dass die in dynamischen Märkten häufig nur innerhalb eines zeitlich begrenzten „window of opportunity“ existierenden Markteintrittschancen durch potentielle Wettbewerber tatsächlich genutzt werden können. Die zentrale Verfügbarkeit solcher Informationen für alle Märkte der Europäischen Union würde insoweit einen erheblichen Gewinn an Rechtssicherheit bedeuten und den tatsächlichen Wettbewerb in einem signifikanten Maß fördern. Durch eine solche Informationsbevorratung erhält die Kommission eine über die traditionelle Aufsichtsfunktionen hinausweisende Aufgabe als „Dienstleisterin des Wettbewerbs“, die gut geeignet sein könnte, die durch Regulierung zwangsläufig entstehenden Transaktionskosten für Unternehmen, die sich auf ein regulatorisches Rahmenwerk einzustellen haben, zu senken.

2. Harmonisierungsvorkehrungen: Prozedurale Beteiligungsrechte der Kommission

Der neue Regulierungsrahmen trägt dem zunehmenden Wettbewerb, der hohen technologischen Dynamik des Kommunikationssektors und der Konvergenz verschiedener Dienste und Infrastrukturen wie dargestellt unter anderem durch die Erweiterung der Regulierungsbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden und einer Ausweitung des den Regulierungsbehörde bei ihren Entscheidungen zukommenden Auswahlermessens Rechnung. Damit ergibt sich aber der benannte Konflikt mit dem Ziel der weiteren Harmonisierung und Vereinheitlichung der Regulierung des Kommunikationssektors in den Mitgliedsstaaten der

(Veröffentlichung von Buchungsunterlagen zur Kontrolle von Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen) vor.

⁷⁷⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund 22 der Zugangsrichtlinie. Danach soll durch die Veröffentlichung von Informationen durch die Mitgliedstaaten sichergestellt werden, „dass Marktteilnehmer sowie potenzielle Neueinsteiger ihre Rechte und Pflichten kennen und wissen, wo genaue einschlägige Informationen zu finden sind“.

Europäischen Union (vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie).⁷⁷⁷ Um insoweit ein Gegengewicht zu den erweiterten Entscheidungsbefugnissen der nationalen Regulierungsbehörde zu bilden, sieht der neue Regulierungsrahmen eine verstärkte Koordination zwischen den Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde und den auf Ebene der Europäischen Union formulierten Positionen vor.⁷⁷⁸ Verwirklicht wird diese Kooperation durch das in Art. 7 unter der Überschrift „Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation“ beschriebene „Konsolidierungsverfahren“. Das vom Richtliniengeber verfolgte Ziel beschreibt Art. 7 Abs. 2 Rahmenrichtlinie: Danach tragen die nationalen Regulierungsbehörden zur Entwicklung des Binnenmarktes bei, indem sie miteinander und mit der Kommission auf transparente Weise kooperieren, um in den Mitgliedstaaten eine kohärente Anwendung der Bestimmungen dieser Richtlinie und der Einzelrichtlinien zu gewährleisten. Das Konsolidierungsverfahren dient also neben der unmittelbaren Harmonisierung der telekommunikationsrechtlichen Regulierung im Binnenmarkt ebenso der Förderung der Transparenz der Regulierungsregime auf nationalstaatlicher Ebene. In einem weiteren programmatischen Satz wird den nationalen Regulierungsbehörden vorgegeben, den Versuch zu unternehmen, Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wege zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt zu erreichen (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 Rahmenrichtlinie). Da für die Herstellung eines Konsenses unter unterschiedlichen, zur Kooperation verpflichteten, Akteuren aber allein der programmatische Auftrag nicht immer ausreichend ist, wurde es für erforderlich gehalten, für bestimmte Fälle des Scheiterns der Konsensbildung der Kommission die Befugnis zur abschließenden Entscheidung zuzuweisen.⁷⁷⁹ Prozedural stehen dabei für die zu der

⁷⁷⁷ Vgl. zum Spannungsverhältnis von Flexibilität und Kohärenz im neuen Rechtsrahmen *Trute*, Regulierungsverbund, S. 567 ff.

⁷⁷⁸ Vgl. Kommunikationsbericht 1999, unter 4.8, S. 59; Begründung für den Änderungsantrag Nr. 16 im Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (10420/1/2001 – C5-0415/2001 – 2000/0184(COD)), Sitzungsdokument A5-0435/2001 v. 4.12.2001, S. 23 sowie *Europäische Kommission*, Stellungnahme gemäß Artikel 251 Absatz 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zur Änderung des Vorschlags der Kommission gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag vom 7.2.2002 KOM (2002) 78 endg., unter 4.1., S. 3.

⁷⁷⁹ Vgl. Kommunikationsbericht 1999, unter 4.8, S. 59 f. Die Kommission widersetzte sich erfolgreich dem Versuch des Rates, die Beteiligungsrechte der Kommission generell auf die Abgabe einer ausführlichen Stellungnahme zu beschränken, die von den nationalen Regulierungsbehörden zwar zu beachten, für diese letztlich aber nicht bindend wäre, vgl. zum Vorschlag des Rates Art. 6 Abs. 4 Rahmenrichtlinie i.d.F. des

gewünschten harmonisierten Anwendung des europäischen Kommunikationsrechts erforderliche horizontale und vertikale Abstimmung zwischen den unterschiedlichen nationalen und europäischen Regulierungsebenen grundsätzlich zwei Verfahren zur Verfügung: Das einfache Konsultationsverfahren des Art. 7 Abs. 3 (unter a) und das qualifizierte Konsultationsverfahren des Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie (unter b).⁷⁸⁰ Besondere Vorschriften gelten darüber hinaus im Falle der Eilbedürftigkeit einer Maßnahme (unter c). Die Kommission hat am 23.07.2003 eine Empfehlung verabschiedet, die weitere Einzelheiten des Verfahrens und insbesondere die Anforderungen an die Notifizierung der Maßnahmeentwürfe durch die nationalen Regulierungsbehörden konkretisiert.⁷⁸¹

a) Das Konsultationsverfahren nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie

Das (einfache) Konsultationsverfahren regelt Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Die Vorschrift enthält die Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden, vor dem Erlass bestimmter Maßnahmen die Kommission und die anderen nationalen Regulierungsbehörden zu benachrichtigen und deren Stellungnahmen zu dem Entwurf der geplanten Maßnahme einzuholen. Diese Verpflichtung besteht vor Erlass von Maßnahmen, die – *erstens* – in den Anwendungsbereich der Art. 15 oder 16 der Rahmenrichtlinie (Marktdefinitions- und -analyseverfahren), der Art. 5 oder 8 der Zugangsrichtlinie (insbesondere Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung) oder Art. 16 Universaldienstrichtlinie (Regulierung des Endnutzermarktes) fallen, soweit sie – *zweitens* – Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten haben werden. Damit kommt dem Konsultationsverfahren ein weiter Anwendungsbereich zu. Im hier untersuchten Zusammenhang ist insbesondere der Verweis auf Art. 8 Zugangsrichtlinie von Relevanz, da diese Vorschrift die Grundlage für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie darstellt.⁷⁸²

Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 38/2001 zur Rahmenrichtlinie v. 17.9.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34, sowie die entsprechende Begründung, aaO., S. 51, unter B. 1. b); ausführlicher zur Entstehungsgeschichte unten, § 3 E. II. 1. b), S. 188 ff.

⁷⁸⁰ Die Begriffe „qualifiziertes Konsultationsverfahren“ und „Vetoverfahren“ werden im Folgenden synonym verwendet.

⁷⁸¹ Empfehlung der Kommission vom 23. Juli 2003 zu den Notifizierungen, Fristen und Anhörungen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (K(2003) 2647), ABl. EG Nr. L 190 v. 30.7.2003, S. 13 ff. (im Folgenden: Kommissionsempfehlung zu Art. 7); dazu im Einzelnen *Ladeur*, K&R 2004, 153, 155 f.

⁷⁸² Ausführlich dazu unten, § 3 F IV 1, S. 214 ff.

Zur Auslegung des in Art. 7 Abs. 3 b) enthaltenen Merkmals der Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten kann auf die aus dem europäischen Wettbewerbsrecht bekannten Zwischenstaatlichkeitsklausel⁷⁸³ zurückgegriffen werden.⁷⁸⁴ Die dazu entwickelten Grundsätze lassen sich zunächst trotz des etwas abweichenden Wortlauts der Tatbestandsmerkmale auf Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie übertragen. In den Wettbewerbsvorschriften des EGV ist jeweils von einer „Beeinträchtigung“ des zwischenstaatlichen Handels die Rede, während Art. 7 Abs. 3 lediglich entsprechende „Auswirkungen“ verlangt. In der Rechtsprechung des EuGH ist aber anerkannt, dass eine solche Beeinträchtigung keine negative Qualität haben muss. Es reicht aus, dass eine Maßnahme überhaupt den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinflusst.⁷⁸⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt die danach erforderliche Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten vor, „wenn sich anhand einer Gesamtschau objektiver Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt“, dass die jeweils zu überprüfende Maßnahme „unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen kann“.⁷⁸⁶ In Erwägungsgrund 38 der Rahmenrichtlinie definiert der Richtliniengeber den Begriff der Maßnahmen, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können⁷⁸⁷ in Anlehnung an diese Konzeption des allgemeinen Wettbewerbsrechts.⁷⁸⁸ Er nennt beispielhaft eine Reihe von Maßnahmen, denen eine entsprechende zwischenstaatliche Dimension zukommen kann. Ganz allgemein sollen darunter etwa alle Maßnahmen fallen, die – gegebenenfalls nur potentiell – „die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten zu nachteiligen Auswirkungen führen“. Die Kommission selbst geht davon aus, dass „sehr zahlreiche“ Maßnahmen in diesem Sinne Auswirkungen auf den Handel

⁷⁸³ Vgl. Art. 81 Abs. 1, Art. 82 S. 1 sowie Art. 87 Abs. 1 EGV.

⁷⁸⁴ *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 285; *Scherer*, K&R 2002, 273, 282.

⁷⁸⁵ Vgl. *Schröter/Jabkob/Mederer-Schröter*, Art. 81 Rdnr. 195.

⁷⁸⁶ EuGH Rs. 56/65, Slg. 1966, 281 – LTM/Maschinenbau Ulm; EuGH, Rs. 71/74 – Frubo; van Landewijk u.a., Rs. 209 – 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Rdnr. 172; EuG, T-143/89, Slg. 1995, II-917, Rdnr. 34 – Ferrière Nord; bestätigt durch EuGH, Rs. C-219/95 P, Slg. 1997, I-4411 – Ferrière Nord; Rs. C- 215/96 u. C-216-96, Slg. 1999, I-161, 178 - Bagnasco u.a./Banco Popolare di Novara; Rs. 126/80, Slg. 1981, II-1563, 1578 - Salonia/Poidomani und Giglio.

⁷⁸⁷ Zur Irrelevanz der terminologischen Abweichung zu Art. 7 Abs. 3 b) Rahmenrichtlinie in der deutschen Sprachfassung vgl. *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 288, Fn. 737.

⁷⁸⁸ Maßnahmen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen können sind danach solche, „die unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell einen derartigen Einfluss auf das Handelsmuster zwischen Mitgliedstaaten haben können, dass ein Hemmnis für den Binnenmarkt geschaffen wird“; ebenso die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 147.

zwischen den Mitgliedstaaten haben werden.⁷⁸⁹ In Erwartung einer hohen Zahl von Mitteilungen nach Art. 7 Rahmenrichtlinie haben die betroffenen Generaldirektionen eine „task force“ zu deren Bearbeitung eingerichtet.⁷⁹⁰

Das Konsultationsverfahren beginnt damit, dass die jeweilige nationale Regulierungsbehörde der Kommission und den übrigen Regulierungsbehörden einen Entwurf der geplanten Maßnahme samt Begründung zur Verfügung stellt. Im Interesse eines zügigen Verfahrens soll dies per E-Mail⁷⁹¹ und zeitgleich mit der Durchführung des öffentlichen Anhörungsverfahrens nach Art. 6 Rahmenrichtlinie erfolgen.⁷⁹² Die Kommission und die übrigen Regulierungsbehörden sind berechtigt, innerhalb der selben Frist, welche die nationale Regulierungsbehörde für die Durchführung des nationalen Anhörungsverfahrens vorgesehen hat und die einen Monat nicht unterschreiten darf,⁷⁹³ Stellungnahmen an die vorliegende Regulierungsbehörde zu richten. Art. 7 Abs. 5 Rahmenrichtlinie verpflichtet die jeweilige nationale Regulierungsbehörde, den Stellungnahmen der anderen Regulierungsbehörden⁷⁹⁴

⁷⁸⁹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 147. Für den Fall der Definition von von der Kommissionsempfehlung abweichenden Märkten durch die nationalen Regulierungsbehörden stellt die Kommission in Erwägungsgrund 19 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte apodiktisch fest, dass „eine Vorabregulierung eines Marktes den Handel zwischen Mitgliedstaaten [...] beeinträchtigen könnte“.

⁷⁹⁰ Vgl. *Holznapel/Hombergs*, MMR 2005, 285, 291, insbes. Fn. 80; *Grussmann*, Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, 306, 310 und *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 17; sowie Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Elektronische Kommunikation in Europa - Regulierung und Märkte 2003, Bericht über die Umsetzung des EU-Reformpakets für elektronische Kommunikation v. 19.11.2003, KOM (2003) 715 endg., unter Ziff. 8., S. 47: „Die Kommission hat die notwendigen Strukturen geschaffen, die es ihr ermöglichen, ihre Aufgaben aus rechtlicher und verwaltungstechnischer Sicht möglichst effizient zu erfüllen“.

⁷⁹¹ Kommissionsempfehlung zu Art. 7, Ziff. 2, ABl. EG Nr. L 190 v. 30.7.2003, S. 13, 14. Auch im Übrigen sieht die Empfehlung die weitgehende Verwendung elektronischer Kommunikationsformen vor: Die Korrespondenz zwischen den nationalen Regulierungsbehörden (s. etwa Ziff. 13) ebenso wie mit der Kommission (Ziff. 2, 3, 12, 14) soll regelmäßig per E-Mail erfolgen; die Notifizierungen und Stellungnahmen der Kommission werden darüber hinaus in weiten Teilen auf der Website der Kommission veröffentlicht (Ziff. 3, 12, 14, 16 der Kommissionsempfehlung zu Art. 7). In den entsprechenden Verfahrensbestimmungen wird ein durchaus bedeutender Schritt hin zu verstärkter Nutzung des E-Government gesehen (so *Ladeur*, K&R 2004, 153, 156).

⁷⁹² Dazu Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 146. In diesem Zusammenhang ist auch die in Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie vorgesehene Pflicht, die Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden über die Bereitstellung des Entwurfes zu unterrichten, verständlich. Es könnte nämlich ausreichend sein, dass die jeweilige nationale Regulierungsbehörde den Entwurf einer Maßnahme im Rahmen des öffentlichen nationalen Anhörungsverfahrens in elektronischer Form veröffentlicht und die Kommission und die übrigen Regulierungsbehörden über diese Veröffentlichung informiert. *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 289, weist insoweit zu Recht auf die englische Sprachfassung hin, nach der die vorlegenden Regulierungsbehörden lediglich verpflichtet sind, den Maßnahmenentwurf zugänglich zu machen („to make the draft measure accessible to the Commission [...]“).

⁷⁹³ Vgl. Art. 7 Abs. 3 S. 2 und Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 146.

⁷⁹⁴ In der Praxis scheinen die Stellungnahmen der anderen Regulierungsbehörden bislang allerdings keine große Rolle zu spielen, vgl. *Ladeur*, K&R 2006, 197, 201.

und der Kommission weitestgehend Rechnung zu tragen. Folgenreich wird diese Verpflichtung vor allem dort, wo den nationalen Regulierungsbehörden ein nicht unerheblicher Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Hier müssen die eingegangenen Stellungnahmen in die Erwägungen der entscheidenden Behörde Eingang finden. Entsprechend dem Ziel des Konsultationsverfahrens werden die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere die von den übrigen nationalen Institutionen geltend gemachten Auswirkungen auf den Binnenmarkt bzw. andere nationale Märkte⁷⁹⁵ zu überprüfen und bei ihrer endgültigen Entscheidung zu berücksichtigen haben. In Bezug auf die deutsche Verfahrenskonzeption verdient der insoweit vorgebrachte Vorschlag Beachtung, die im Rahmen des Konsultationsverfahrens geltend gemachten Gesichtspunkte in Anknüpfung an im Bau- und Fachplanungsrecht entwickelte Grundsätze als abwägungserhebliche Belange zu betrachten, die im Rahmen der zu treffenden Entscheidung zu einem möglichst optimalen Ausgleich gebracht werden müssen.⁷⁹⁶ Angesichts des Harmonisierungsziels des neuen Rechtsrahmens können die Stellungnahmen dabei nicht allein aus Zumutbarkeits- oder Zweckmäßigkeitserwägungen hintenan gestellt werden; ihnen ist vielmehr im Rahmen des rechtlich möglichen durch die nationalen Regulierungsbehörden die größtmögliche Geltung zu verschaffen.⁷⁹⁷

Trotz der Pflicht zur weitestgehenden Berücksichtigung der abgegebenen Stellungnahmen verbleibt der vorlegenden Regulierungsbehörde im Rahmen des einfachen Konsultationsverfahrens aber die Kompetenz zur Letztentscheidung.⁷⁹⁸ Sie ist nach Art. 7 Abs. 5 Rahmenrichtlinie berechtigt, den – gegebenenfalls im Lichte der eingegangenen Stellungnahmen modifizierten – Entwurf anzunehmen. Die angenommene Fassung der Maßnahme ist der Kommission zu übermitteln.⁷⁹⁹

b) Vetoverfahren, Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie

⁷⁹⁵ Nach Erwägungsgrund 15 der Rahmenrichtlinie dient das Konsultationsverfahren insbesondere dazu, zu verhindern, dass sich Beschlüsse auf nationaler Ebene nachteilig auf den Binnenmarkt oder andere Ziele des Vertrages auswirken.

⁷⁹⁶ Vgl. *Ladeur*, K&R 2002, S. 110, 113 f.; eingehend *Ladeur/Möllers*, DVBl 2005, 525, 531 ff. Geringere Anforderungen stellen wohl *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 26, nach denen die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet sein sollen, die eingegangenen Stellungnahmen zur Kenntnis zu nehmen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen.

⁷⁹⁷ *Trute*, Regulierungsverbund, S. 575.

⁷⁹⁸ *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 24 ff.; *Scherer*, K&R 2002, 273, 281.

⁷⁹⁹ Art. 7 Abs. 5 a.E. Rahmenrichtlinie.

Diese Letztentscheidungskompetenz der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde ist im Anwendungsbereich des qualifizierten Konsultationsverfahrens gem. Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie auf die Kommission verlagert. Diese Bestimmung räumt der Kommission in Bezug auf bestimmte Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ein weitreichendes Vetorecht ein. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass sich der der Kommission im Rahmen des Konsultationsverfahrens nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie vorgelegte Maßnahmenentwurf entweder auf die Festlegung eines relevanten Marktes bezieht, der sich von den in der Kommissionsempfehlung nach Art. 15 Abs. 1 definierten Märkten unterscheidet⁸⁰⁰ oder aber die Festlegung enthält, inwieweit einem Unternehmen allein oder gemeinsam mit anderen beträchtliche Marktmacht zukommt.⁸⁰¹ Aus der Formulierung „inwieweit“ ergibt sich, dass auch eine Maßnahme, mit der festgestellt wird, dass *keinem* Unternehmen auf einem bestimmten Markt beträchtliche Marktmacht zukommt, dem Vetoverfahren unterliegt.⁸⁰² In diesem Fall würde eine nationale Regulierungsbehörde gem. Art. 16 Abs. 3 feststellen, dass auf dem betreffenden Markt wirksamer Wettbewerb besteht und die dort gegebenenfalls bestehenden spezifischen Verpflichtungen aufheben.⁸⁰³

Damit lässt sich die entscheidende Funktion des Vetoverfahrens bereits an dieser Stelle bestimmen: Die Marktdefinition und die Feststellung beträchtlicher Marktmacht bilden die Voraussetzungen für die Auferlegung bereichsspezifischer Verpflichtungen. Insoweit, als die Kommission die für eine besondere Regulierung in Betracht kommenden Märkte bereits im Rahmen des Erlasses ihrer Empfehlung festgelegt hat, kann sie – entsprechend dem bereits ausgeführten – die weitere, insbesondere räumliche, Konkretisierung der Märkte den nationalen Regulierungsbehörden überlassen. Insoweit aber, als die nationalen Regulierungsbehörden von diesen Vorgaben abweichen und insbesondere andere als die von der Kommission definierten Märkte in den Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung einbeziehen wollen, wird der Kommission durch Art. 7 Abs. 4 a) Rahmenrichtlinie ein Vetorecht eingeräumt. In gleichem Maße entscheidet die Feststellung

⁸⁰⁰ Art. 7 Abs. 4 a) Rahmenrichtlinie.

⁸⁰¹ Art. 7 Abs. 4 b) Rahmenrichtlinie.

⁸⁰² Deutlicher insoweit die englische Sprachfassung des Art. 7 Abs. 4 b) Rahmenrichtlinie: „whether or not to designate an undertaking as having, either individually or jointly with others significant market power“; ebenso *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 17; ähnlich *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 291 f.

⁸⁰³ Dies wäre deswegen der Fall, weil die in der Empfehlung der Kommission genannten Märkte bisher der Regulierung unterliegen.

der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens im Rahmen des Marktanalyseverfahrens über das Eingreifen sektorspezifischer Regulierungsinstrumente. Da die Kommission die Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden insoweit nicht durch eine der Empfehlung nach Art 15 Abs. 1 Rahmenrichtlinie entsprechende Maßnahme im Hinblick auf einzelne Märkte vorstrukturieren kann,⁸⁰⁴ ist ihr in Art. 7 Abs. 4 b) Rahmenrichtlinie ein umfassendes Vetorecht bei allen entsprechenden Entscheidungen eingeräumt. Das Vetoverfahren nach Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie sorgt daher im Zusammenspiel mit der Kommissionsempfehlung nach Art. 15 Abs. 1 Rahmenrichtlinie dafür, dass die Kommission über den Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung umfassend (mit-)bestimmen kann.

Weitere Voraussetzung für das Eingreifen des Vetoverfahrens ist allerdings, dass die geplante Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat. Dies ergibt sich bereits aus Art. 7 Abs. 3 und wird im Rahmen des Vetoverfahrens noch einmal klargestellt. Hinsichtlich der materiellen Anforderungen dieser Zwischenstaatlichkeitsklausel gilt das oben Ausgeführte entsprechend; sie werden bei der Entscheidung über die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes regelmäßig erfüllt sein.

Der weitere Verfahrensablauf nach Vorlage des Maßnahmenentwurfs stellt sich folgendermaßen dar: Ist die Kommission der Auffassung, dass der Entwurf ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde, oder hat sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den in Art. 8 Rahmenrichtlinie genannten Regulierungszielen, so kann sie dies gegenüber der nationalen Regulierungsbehörde erklären. Weitere inhaltliche Konkretisierungen der genannten materiellen Voraussetzungen sieht der neue Rechtsrahmen nicht vor. Der Vorschlag, den Begriff des Hemmnisses für den Binnenmarkt mit der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Kartellrechts gleichzusetzen,⁸⁰⁵ überzeugt nicht. Dagegen spricht bereits eine systematische Erwägung: Da die „Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten“ ohnehin Bedingung für die Durchführung sowohl des einfachen als auch des qualifizierten Konsultationsverfahrens sind, hätte das Merkmal des Hemmnisses für den Binnenmarkt daneben keine eigenständige Bedeutung. Darüber hinaus wird zu Recht geltend gemacht, dass bloße Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels – die, wie oben dargelegt, keine nachteilige Qualität besitzen muss – zwar eine Befassung der Kommission mit einer Maßnahme rechtfertige, alleine aber

⁸⁰⁴ Abstrakt erfüllen die Leitlinien zur Marktanalyse diesen Zweck.

⁸⁰⁵ So wohl *Scherer*, K&R 2002, 273, 282.

kein Vetorecht begründen könne.⁸⁰⁶ Ein solches Vetorecht lässt sich vielmehr nur dann rechtfertigen, wenn die Kommission zu der Einschätzung gelangt, dass die geplante Maßnahme zu einer tatsächlichen negativen Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels führen wird. Unter Verwendung dieses Prognosemaßstabes kann auch auf die in Erwägungsgrund 38 enthaltenen Beispiele zurückgegriffen werden, die sich ausdrücklich auch auf den Begriff des Binnenmarkthemmnisses beziehen.⁸⁰⁷ Danach ist erforderlich, dass eine Maßnahme erhebliche Auswirkungen auf Betreiber oder Nutzer in anderen Mitgliedstaaten besitzt. Dazu sollen unter anderem solche Maßnahmen gehören, die Preise in anderen Mitgliedstaaten beeinflussen, die die Möglichkeiten von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten beeinträchtigen, elektronische Kommunikationsdienste anzubieten, sowie – wie bereits genannt – solche Maßnahmen, die die Marktstruktur oder den Marktzugang berühren und für Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten nachteilige Auswirkungen haben. Insbesondere den zuletzt genannten Kriterien dürfte im Zusammenhang des Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie eine besondere Bedeutung zukommen. Denn da sowohl die Marktdefinition als auch das Marktanalyseverfahren über die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung bestimmen, haben die entsprechenden Entscheidungen regelmäßig erhebliche Auswirkungen auf die Marktstruktur und gegebenenfalls – etwa bei der Aufhebung von Zugangsverpflichtungen – auch auf den Marktzugang.

Daneben kann ein Einspruch der Kommission gegen einen Maßnahmenentwurf auch damit gerechtfertigt werden, dass ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den in Art. 8 Rahmenrichtlinie aufgeführten regulativen Zielen des neuen Rechtsrahmens geltend gemacht werden. Die praktische Bedeutung gerade der Überprüfung der Vereinbarkeit eines Maßnahmenentwurfs mit den Zielen des Art. 8 hängt in erheblichem Maße davon ab, inwieweit der Kommission an dieser Stelle ein Beurteilungs- und Prognosespielraum eingeräumt wird. Geht man von einem solchen Spielraum aus,⁸⁰⁸ so eröffnet dies der Kommission einen extrem weiten Interventionsspielraum, da sich

⁸⁰⁶ *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Fn. 81 zu Rdnr. 58.

⁸⁰⁷ *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Fn. 81 zu Rdnr. 58; a.A. *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, die den Erwägungsgrund ausschließlich auf den Begriff der Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten bezieht. Neben der ausdrücklichen Bezugnahme auf das Merkmal des „Hemmnis für den Binnenmarkt“ spricht dagegen aber, dass die genannten Beispiele nachteilige Auswirkungen für Märkte in anderen Mitgliedstaaten beschreiben, die nach der Rechtsprechung im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Zwischenstaatlichkeitsklausel gerade nicht erforderlich sind. Im Übrigen schließen sich beide Merkmale nicht aus: Dort, wo die geplante Maßnahme ein Hindernis für den Binnenmarkt bereitet, hat sie mit Sicherheit auch Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten.

entsprechende Zweifel im Hinblick auf die heterogenen Zielvorgaben des Art 8 Rahmenrichtlinie und deren inhaltlicher Unbestimmtheit unschwer begründen lassen dürften.⁸⁰⁹ Dem wird entgegengehalten, dass es gerade der den nationalen Regulierungsbehörden eingeräumte Beurteilungsspielraum verlange, die Schwelle für das Vetorecht nicht zu niedrig anzusetzen. Die erforderlichen ernsthaften Zweifel an der Zielkonformität einer Maßnahme dürften daher nur dann bestehen, wenn diese unter keinem Gesichtspunkt mit den einschlägigen Zielvorgaben zu vereinbaren sei.⁸¹⁰

Diese Auffassung ist aber vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie sowie unter teleologischen Gesichtspunkten abzulehnen. Das Konsultationsverfahren und insbesondere die Einspruchsrechte der Kommission gehörten zu den am meisten umstrittenen Vorschriften des neuen Rechtsrahmens.⁸¹¹ Der ursprüngliche Kommissionsentwurf sah ein umfassendes Vetorecht der Kommission hinsichtlich aller dem Konsultationsverfahren unterworfenen Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden vor.⁸¹² Diese Bestimmung stieß auf den Widerstand des Rates, der darin einen Widerspruch zu dem im Vertrag verankerten institutionellen Gleichgewicht erblickte. Er schlug eine Regelung vor, nach der bestimmte Regelungsgegenstände ganz aus dem Verfahren ausgegliedert wurden und die Kommission die Durchführung einer Maßnahme einer nationalen Regulierungsbehörde lediglich aufschieben konnte und nur berechtigt war, eine ausführliche Stellungnahme vorzulegen.⁸¹³ Der endgültige Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie war das Ergebnis eines Kompromisses zwischen beiden Positionen, der der Kommission eine verbindliche Entscheidungsbefugnis einräumte, diese aber auf wenige, allerdings für die Regulierung zentrale Entscheidungen beschränkte.⁸¹⁴ Für diesen Kernbereich regulatorischer

⁸⁰⁸ So etwa *Scherer*, K&R 2002, 273, 282.

⁸⁰⁹ Vgl. *Möschel*, K&R 2002, 161, 164 („Büchse der Pandora“) und *Scherer*, K&R 2002, 273, 282.

⁸¹⁰ *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Fn. 82 zu Rdnr. 58.

⁸¹¹ *Bartosch*, EuZW 2002, S. 389, 393; *Braun/Capito*, The Framework Directive, S. 335 f.; *Ladeur*, K&R 2002, S. 110, 112; *Trute*, Regulierungsverbund, S. 568 f.

⁸¹² Vgl. Art. 6 Abs. 1 und 4 des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM(2000) 393, ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 198.

⁸¹³ Vgl. Art. 6 Abs. 4 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Gemeinsamen Standpunkts (EG) Nr. 38/2001 zur Rahmenrichtlinie v. 17.9.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34, sowie die entsprechende Begründung, aaO., S. 51, unter B. 1. b).

⁸¹⁴ Vgl. Begründung für den Änderungsantrag Nr. 16 im Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische

Entscheidungen wurde eine entsprechende Kompetenz der Kommission allerdings gerade deshalb für unabdingbar gehalten, weil der den nationalen Behörden im neuen Rechtsrahmen eingeräumte größere Ermessensspielraum eine ausgleichende Harmonisierungsbefugnis erforderlich machte.⁸¹⁵ Denn das größere Maß an Beurteilungs- und Interventionsbefugnissen auf nationaler Ebene erhöhe die Flexibilität der Regulierung, schaffe aber auch das Risiko von Divergenzen zwischen den Mitgliedstaaten, die die Entwicklung eines echten europäischen Binnenmarktes im Kommunikationssektor gefährden könnten.⁸¹⁶ Da es also im Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie gerade darum geht, im Interesse der harmonisierten Anwendung des Rechtsrahmens ein Gegengewicht zu den erheblichen Entscheidungsspielräumen der nationalen Regulierungsbehörden zu schaffen, kann die Norm ihren Zweck nicht erfüllen, wenn die Kommission gerade diese Entscheidungsspielräume vollumfänglich zu respektieren hätte und die Art und Weise, wie die nationalen Regulierungsbehörden im Kernbereich der Regulierung die Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie verfolgen, nicht überwachen dürfte. Aus diesem Grund ist der Kommission bei der Beurteilung der Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 ein erheblicher Spielraum einzuräumen.

Erklärt die Kommission nun vor diesem Hintergrund, dass sie der Auffassung ist, dass die geplante Maßnahme ein Hindernis für den Binnenmarkt darstellt oder dass sie ernsthafte Zweifel an deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den Zielen des Art. 8 Rahmenrichtlinie hat, so wird der Beschluss über den Maßnahmenentwurf um weitere zwei Monate aufgeschoben. Innerhalb dieser nicht verlängerbaren⁸¹⁷ Frist hat die Kommission Gelegenheit, die nationale Regulierungsbehörde durch Beschluss aufzufordern,

Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (10420/1/2001 – C5-0415/2001 – 2000/0184(COD)), Sitzungsdokument A5-0435/2001 v. 4.12.2001, S. 23 f. sowie *Europäische Kommission*, Stellungnahme gemäß Artikel 251 Absatz 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zur Änderung des Vorschlags der Kommission gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag vom 7.2.2002 KOM (2002) 78 endg., unter 4.1., S. 3.

⁸¹⁵ Vgl. *Europäische Kommission*, Stellungnahme gemäß Artikel 251 Absatz 2 dritter Unterabsatz Buchstabe c) EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zur Änderung des Vorschlags der Kommission gemäß Artikel 250 Absatz 2 EG-Vertrag vom 7.2.2002 KOM (2002) 78 endg., unter 4.1., S. 3.

⁸¹⁶ Begründung für den Änderungsantrag Nr. 16 im Bericht des Ausschusses für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie des Europäischen Parlaments, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (10420/1/2001 – C5-0415/2001 – 2000/0184(COD)), Sitzungsdokument A5-0435/2001 v. 4.12.2001, S. 23.

den Entwurf zurückzuziehen. Vor dem Erlass eines solchen Beschlusses ist gem. Art. 7 Abs. 4 S. 3 i.V.m. Art. 22 Abs. 2 Rahmenrichtlinie der Kommunikationsausschuss im Rahmen eines Beratungsverfahrens nach Maßgabe von Art. 3 des Komitologie-Beschlusses⁸¹⁸ zu beteiligen.

Eine gewisse Beschränkung des weitgehenden Vetorechts der Kommission sieht Art. 7 Abs. 4 Satz 4 Rahmenrichtlinie in verfahrensmäßiger Hinsicht vor: Erstens muss der entsprechende Beschluss der Kommission detailliert begründen, weshalb die Kommission zu der Auffassung gelangt ist, dass der Maßnahmenentwurf nicht angenommen werden sollte. Zweitens ist die Kommission lediglich in der Lage, den Erlass bestimmter Maßnahmen der in Art. 7 Abs. 4 a) und b) Rahmenrichtlinie genannten Art zu verhindern. Sie ist dagegen nicht befugt, diese im Wege einer positiven Anordnungsbefugnis unmittelbar durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen.⁸¹⁹ Allerdings kann die Kommission mittelbar großen Einfluss auf die zu erlassenden Maßnahmen nehmen. Denn im Rahmen des Beschlusses, mit dem sie die nationalen Regulierungsbehörden zur Zurücknahme des Maßnahmenentwurfs verpflichtet, hat die Kommission spezifische Vorschläge zur Änderung des Maßnahmenentwurfs vorzulegen. Da auch ein erneuter, gegebenenfalls angepasster Maßnahmenentwurf das qualifizierte Konsultationsverfahren zu durchlaufen hätte, tut die jeweilige nationale Regulierungsbehörde gut daran, die von der Kommission vorgebrachten Änderungsvorschläge aufzugreifen. Trifft die Kommission dagegen innerhalb der zweimonatigen Frist des Art. 7 Abs. 4 S. 1 keine Entscheidung, so kann die nationale Regulierungsbehörde die geplante Maßnahme in Kraft setzen.⁸²⁰

c) Eilverfahren

Auch in Bezug auf das einfache und das qualifizierte Konsultationsverfahren des Art. 7 Abs. 3 und 4 gelten Erleichterungen bei einer Eilbedürftigkeit der Maßnahme, Art. 7 Abs. 6 Rahmenrichtlinie: Ist eine nationale Regulierungsbehörde der Auffassung, dass dringend gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen und stützt sie diese Auffassung auf das Vorliegen „außergewöhnlicher

⁸¹⁷ Vgl. Art. 7 Abs. 4 S. 2 Rahmenrichtlinie.

⁸¹⁸ S. dazu bereits oben, § 3 E I 2, S.167 ff.

⁸¹⁹ *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, 3, 8; *Scherer*, K&R 2002, 273, 282; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 60.

⁸²⁰ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 152 a.E.

Umstände“,⁸²¹ so kann sie unter Verzicht auf das Konsultations- und das Vetoverfahren einstweilige Maßnahmen erlassen, über die die Kommission und die übrigen nationalen Regulierungsbehörden unverzüglich zu unterrichten sind (Art. 7 Abs. 6 Rahmenrichtlinie). Will die nationale Regulierungsbehörde die einstweiligen Maßnahmen verlängern oder dauerhaft machen, so hat sie zuvor die jeweils regulär einschlägigen Verfahren durchzuführen, Art. 7 Abs. 6 S. 3 Rahmenrichtlinie.

3. Kritik und Würdigung

Die Auseinandersetzung um die verfahrensrechtlichen Vorschriften des neuen Rechtsrahmens hat sich auch nach der Verabschiedung des Richtlinienpakets fortgesetzt.⁸²² Die Kritik richtet sich dabei im Wesentlichen gegen die Einflussmöglichkeiten der Kommission auf Regulierungsentscheidungen der nationalen Behörden.⁸²³ Im Einzelnen werden vor allem drei Kritikpunkte vorgetragen: Erstens wird geltend gemacht, dass der Kommission grundsätzlich zu weitgehende Befugnisse eingeräumt würden. Zweitens verursachten die Konsultationserfordernisse erhebliche Verzögerungen,⁸²⁴ es entstehe ein verlangsamtes, aufwändiges Regulierungsumfeld, welches die nationalen Regulierungsbehörden belaste und dem Bedürfnis der Marktteilnehmer nach dynamischer Regulierung widerspräche.⁸²⁵ Schließlich sei das Verfahren der Kommissionsbeteiligung auf Grund nur gering konturierter Prüfungsmaßstäbe mit erheblichen inhaltlichen Unwägbarkeiten verbunden.⁸²⁶ Vor diesem Hintergrund wird gefordert, die materiellen Vorgaben zu konkretisieren und die prozeduralen Anforderungen zu verschlanken, etwa auf eine Anhörung der anderen nationalen Regulierungsbehörden zu verzichten.⁸²⁷ Angesichts der Tatsache, dass nunmehr 25 nationale Märkte in der Gemeinschaft existieren, auf denen je

⁸²¹ Dazu *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 337, die eine restriktive Auslegung anmahnen und einen äußerst begrenzten Anwendungsbereich des Eilverfahrens voraussagen.

⁸²² *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 55.

⁸²³ Teilweise werden in diesem Zusammenhang neben den Harmonisierungsbestrebungen auch die in der Vergangenheit aufgetretenen Meinungsverschiedenheiten zwischen der Kommission und einzelnen nationalen Regulierungsbehörden über Auslegung und Anwendung des europäischen Kommunikationsrechts als Hintergrund der gestärkten Kommissionsbefugnisse ins Spiel gebracht, vgl. *Braun/Capito*, Framework Directive, S. 337.

⁸²⁴ *Henseler-Unger*, K&R Beihefter 2/2006, 3, 4; *Haus*, WuW 2004, 171, 178; *Nikolinakos*, E.C.L.R. 2001, 93, 99; *Scherer*, K&R 2002, 273, 282.

⁸²⁵ So *Holznapel/Hombergs*, MMR 2006, 285.

⁸²⁶ *Möschel*, K&R 2002, 161, 164.

⁸²⁷ Vgl. die Reformvorschläge bei *Holznapel/Hombergs*, MMR 2006, 285, 288 ff.

unterschiedliche Regulierungsbehörden die Vorgaben des Gemeinschaftsgesetzgebers zu konkretisieren haben, dürfte jedenfalls eine – auch mit Befugnissen zur verbindlichen Entscheidung bestimmter Sachverhalte verbundene – Beteiligung der Kommission an den wesentlichen Regulierungsentscheidungen im Interesse der Verwirklichung des Binnenmarktes erforderlich sein.⁸²⁸ Dies gilt jedenfalls für die grundsätzlichen Entscheidungen über Fortbestand oder Aufhebung der sektorspezifischen Regulierung, die Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie dem Vetoverfahren unterwirft. Denn gerade hier könnte die nicht unerhebliche Gefahr bestehen, dass durch nationale Regulierungsentscheidungen der Wettbewerb im Binnenmarkt verzerrt wird. Würde etwa eine nationale Regulierungsbehörde die bereichsspezifischen Verpflichtungen des jeweiligen ehemaligen Monopolisten zu frühzeitig aufheben, so besäße dieses Unternehmen die Möglichkeit, von einer gesicherten Position in seinem Heimatmarkt aus in den europäischen Binnenmarkt zu expandieren und gegebenenfalls auf anderen Märkten aufgrund regulatorischer Verpflichtungen auf die Vorleistungen der dortigen Infrastrukturihaber zugreifen zu können. Angesichts des in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur beschriebenen Phänomens des *capture* von Aufsichtsbehörden durch die von ihnen überwachten Unternehmen ist ein solches Szenario nicht völlig fernliegend. Die Europäische Kommission dürfte einer entsprechenden Einflussnahme von Seiten einzelner nationaler Unternehmen jedenfalls in einem geringeren Maße ausgesetzt sein als nationale Behörden.⁸²⁹ Dabei mag bereits das Bestehen eines Vetorechts der allein an Primär- und Richtlinienrecht gebundenen Kommission die nationalen Regulierungsbehörden anhalten, ihren Entscheidungen einen harmonisierten europäischen Maßstab zugrunde zu legen.⁸³⁰ Solange im Interesse einer flexibleren Anwendung des Rechtsrahmens grundlegende Entscheidungen über Bestand und Umfang der sektorspezifischen Regulierung auf die Ebene nationaler Behörden übertragen werden, ist eine entsprechende Überwachungsfunktion der Kommission zur Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs im Binnenmarkt daher wohl unverzichtbar.

⁸²⁸ Zustimmend auch *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 429.

⁸²⁹ Insbesondere auch deswegen, weil jedenfalls gelegentlich der Vorwurf erhoben wird, dass die nationalen Regulierungsbehörden trotz ihrer gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebenen institutionellen Unabhängigkeit Teil der nationalen Verwaltungen bleiben und die Nationalstaaten noch immer große Anteile am Kapital zahlreicher Ex-Monopolisten halten.

⁸³⁰ *Trute*, Regulierungsverbund, S. 576.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass die hinsichtlich der Verlängerung der Verfahrensdauer geäußerten Bedenken unberechtigt wären.⁸³¹ Gerade in den dynamischen Märkten des Kommunikationssektors kommt der schnellen Herstellung von Rechts- und damit auch Investitionssicherheit eine überragende Bedeutung zu.⁸³² Der neue Rechtsrahmen versucht diese Probleme zum Teil durch die Vorgabe von Entscheidungsfristen zu bewältigen. Daneben können insbesondere die institutionellen Foren dazu genutzt werden, im Rahmen informeller Abstimmungsprozesse bereits frühzeitig eine Klärung der wesentlichen Punkte herbeizuführen⁸³³ und so vor allem einen Einspruch der Kommission im Rahmen des Vetoverfahrens nach Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie und die damit verbundenen zusätzlichen Verzögerungen zu vermeiden. Gleichwohl dürfte der Befund, mit dem neuen Verfahren der Marktregulierung sei die Grenze dessen erreicht, was an prozeduraler Expansion zu Lasten regulatorischer Effizienz hinnehmbar ist,⁸³⁴ zutreffend sein.

Ob diese Herausforderungen allein durch eine Straffung der Verfahren und die Vorgabe knapperer Entscheidungsfristen zu bewältigen sind, erscheint fraglich. Insgesamt könnten sich die als problematisch ausgemachten Punkte der Verfahrenskonzeption nämlich weniger als Mängel der konkreten Verfahrensausgestaltung darstellen, sondern als natürliche Folge einer Regulierungskonzeption, die verstärkt auf die Vorgabe regulatorischer Zielsetzungen und allgemeiner Abwägungskriterien setzt, deren Operationalisierung und individuelle Konkretisierung aber weitgehend der administrativen Rechtsanwendung überlässt und mögliche systematische Friktionen prozedural aufzufangen versucht. In den Mittelpunkt der Diskussion sollte daher die Angemessenheit einer Regulierungskonzeption gestellt werden, die entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen erforderlich macht. Der Frage, ob die Flexibilisierung des regulativen Konzeptes mit den negativen Folgen für die Transparenz des regulativen Rahmens und den Konsequenzen für Rechts- und Investitionssicherheit nicht zu teuer erkauft ist, wird noch nachzugehen sein.

⁸³¹ Selbst im Fall des zweifelsohne weiterhin regulierungsbedürftigen Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung vergingen 10 Monate zwischen Inkrafttreten des TKG 2004 und dem Erlass der Regulierungsverfügung. Da die ersten Vorermittlungen sogar 1,5 Jahre zuvor begannen, steht auch zu befürchten, dass eine Regulierungsverfügung zum Zeitpunkt ihres Erlasses in wesentlichen Teilen auf Daten beruht, die angesichts einer dynamischen Marktentwicklung bereits überholt sein können, vgl. *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 491.

⁸³² Vgl. *Trute*, Telekommunikationsrecht, S. 877.

⁸³³ Vgl. dazu Art. 7 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie, wonach die nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission im Rahmen ihrer allgemeinen Kooperationsverpflichtung versuchen sollen, „Einvernehmen über die geeignetsten Mittel und Wege zur Bewältigung besonderer Situationen auf dem Markt zu erreichen“; ähnlich *Scherer*, K&R 2002, 273, 282.

⁸³⁴ So *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 491.

III. Streitbeilegung und Rechtsschutz

1. Streitbeilegungsverfahren im neuen Rechtsrahmen

Angesichts der im ersten Teil beschriebenen Vermachtungstendenzen dynamischer Märkte mit Netzwerkstrukturen und der damit verbundenen Missbrauchspotentiale nimmt ein effizientes und wirksames Verfahren der behördlichen Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen eine Schlüsselstellung für die Funktionsfähigkeit der Märkte des Kommunikationssektors ein. Nur durch effiziente und zügige Mechanismen der Streitbeilegung kann verhindert werden, dass sich durch strategisches Verhalten erzielte Wettbewerbsvorsprünge aufgrund der besonderen Marktstrukturen perpetuieren. Gerade im Bereich von Netzzugang und Zusammenschaltung muss daher eine Partei, die zunächst – etwa mit einem marktbeherrschenden Infrastrukturanbieter – verhandelt hat, aber keine Einigung erzielen konnte, die Möglichkeit haben, sich an die nationale Regulierungsbehörde mit der Bitte um Entscheidung eines Streitfalles zu wenden.⁸³⁵

Ein solches Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen sehen die Art. 20 f. der Rahmenrichtlinie vor. Der Richtliniengeber verpflichtet die Mitgliedsstaaten dazu, den nationalen Regulierungsbehörden ein wirksames Verfahren an die Hand zu geben, mit dem Streitigkeiten zwischen den Marktteilnehmern innerhalb kurzer Frist verbindlich geregelt werden können. Der genaue Anwendungsbereich des außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens ergibt sich aus Art. 20 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie. Danach ist erstens erforderlich, dass es sich bei den Parteien um Unternehmen handelt, die elektronische Kommunikationsnetze oder -dienste in einem Mitgliedstaat anbieten. Von Bedeutung ist insoweit, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen ihrer Befugnis zur verbindlichen Streitentscheidung nicht allein gegenüber solchen Unternehmen tätig werden können, denen beträchtliche Marktmacht zukommt. Ein entsprechender Ergänzungsvorschlag⁸³⁶ wurde nicht in den Text der Richtlinie aufgenommen. Für die Anwendbarkeit des Streitbeilegungsverfahrens ist daher auch unerheblich, ob es sich bei der im Streit stehenden Verpflichtung nach dem neuen Rechtsrahmen um eine asymmetrische, an

⁸³⁵ Vgl. Erwägungsgrund 32 zur Rahmenrichtlinie.

⁸³⁶ Vgl. Committee on Industry, External Trade, Research and Energy, Report on a proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic

die beträchtliche Marktmacht eines Unternehmens anknüpfende Verpflichtung handelt oder nicht.⁸³⁷

Zweitens muss sich die Streitigkeit – inhaltlich – „im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus dieser Richtlinie oder den Einzelrichtlinien“ ergeben. Diese Formulierung ist sehr weit gefasst.⁸³⁸ Erwägungsgrund 32 der Rahmenrichtlinie nennt beispielhaft Streitigkeiten in Bezug auf den Zugang oder die Zusammenschaltung.⁸³⁹ In der Literatur werden eine Reihe weiterer denkbarer Konstellationen genannt.⁸⁴⁰ Grundsätzlich aber begründet Art. 20 Rahmenrichtlinie die Verpflichtung der nationalen Gesetzgeber, für den Regelungsbereich des neuen Kommunikationsrahmens insgesamt ein umfassendes Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung durch die nationalen Regulierungsbehörden zu schaffen.⁸⁴¹ Zur genaueren Bestimmung des Anwendungsbereichs des Streitbeilegungsverfahrens im Einzelfall mag es helfen, das Verfahren von der Rechtsfolgende her zu betrachten: Die Durchführung eines Verfahrens der Konfliktbewältigung ist nur dort sinnvoll, wo der neue Rechtsrahmen zugleich adäquate Abhilfemöglichkeiten bereitstellt. Da den nationalen Regulierungsbehörden im Streitbeilegungsverfahren alle nach dem Rechtsrahmen verfügbaren Eingriffsmöglichkeiten und Aufsichtsinstrumente zur Verfügung stehen,⁸⁴² sollte die Durchführung eines solchen Verfahrens immer dann zugelassen werden, wenn diejenige Partei, die die nationale Regulierungsbehörde anruft, den Erlass einer bestimmten, nach dem neuen Rechtsrahmen grundsätzlich zulässigen Regulierungsmaßnahme begehrt.

communications networks and services v. 7.2.2001 (COM(2000) 393 – C5-0428/2000 – 2000/0184(COD)), European Parliament, Session document A5-0053/2001, Amendment 69, S. 51.

⁸³⁷ Insoweit ebenso *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 17, Fn. 70.

⁸³⁸ *Holznagel/Schulz*, CR 2003, 567; *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 16.

⁸³⁹ Daneben sind dort Streitigkeiten „in Bezug auf die Mittel zur Übertragung von Teilnehmerverzeichnissen“ angeführt. Zu den früheren Vorschriften der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG über ein Streitbeilegungsverfahren und deren Umsetzung in der früheren Netzzugangsverordnung kritisch *Trute*, Regulierung, S. 177 ff.

⁸⁴⁰ Siehe *Holznagel/Schulz*, CR 2003, 567, 568 Fn. 12; *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 17 f.; *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, 23, 25.

⁸⁴¹ Keinen zwingenden Bedarf zur Einführung eines umfassenden, über den Bereich des Netzzugangs hinausgehenden Streitbeilegungsverfahrens sehen anscheinend *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 140. Für ein solches generelles Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten dagegen *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, S. 26; *Koenig/Loetz/Neumann* MMR Beilage 2/2003, S. 31, *dies.*, Novellierung, S. 122; vgl. auch *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, 23, 24 f. Im Rahmen der TKG Novelle 2004 wurde mit § 133 TKG ein umfassendes Verfahren zur Beilegung aller „sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes“ ergebenden Streitigkeiten geschaffen, vgl. dazu *Attendorn*, MMR 2005, 732 ff; *BerlKommTKG/Gurlit*, § 133 TKG Rdnr. 5. Die Bundesnetzagentur hat bereits erste Entscheidungen auf der Grundlage dieser Vorschrift getroffen, vgl. den Beschl. v. 12.7.2005, BK-3a 05/035, abgedr. In MMR 2005, 801.

⁸⁴² Vgl. Art. 20 Abs. 3 S. 2 Rahmenrichtlinie.

Das Streitbeilegungsverfahren ist dabei im Einzelnen gemeinschaftsrechtlich nur grob vorstrukturiert: Erforderlich ist zunächst ein Antrag eines der beteiligten Unternehmen, Art 20 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie. Alle Parteien haben mit der Regulierungsbehörde „in vollem Umfang“ zusammenzuarbeiten.⁸⁴³ Konkretere Verfahrensvorgaben enthält die Richtlinie nur in Bezug auf das bei Regulierungsentscheidungen im Kommunikationssektor oftmals kritische Zeitmoment: Die Entscheidung der Regulierungsbehörde hat „schnellstmöglich“, jedenfalls aber innerhalb von vier Monaten zu ergehen.⁸⁴⁴ Diese Frist soll lediglich in Ausnahmesituationen überschritten werden. Existieren andere, schnellere Verfahren zur Streitbeilegung,⁸⁴⁵ so können die Parteien auf diese verwiesen werden. Art. 20 Abs. 1 nennt insoweit beispielhaft ein mögliches Schlichtungsverfahren. Kommt es aber auf diesem Weg innerhalb von vier Monaten zu keiner Einigung und wird die Streitigkeit auch nicht vor Gericht gebracht, so fällt die Entscheidungskompetenz an die nationale Regulierungsbehörde zurück; sie hat auf Antrag einer der Parteien – wiederum schnellstmöglich, jedenfalls aber innerhalb von vier Monaten⁸⁴⁶ – eine verbindliche Entscheidung zu treffen.

Gem. Art. 20 Abs. 3 Satz 2 Rahmenrichtlinie stehen die Verpflichtungen, welche die nationale Regulierungsbehörde einem Unternehmen im Rahmen der Streitbeilegung auferlegen kann, im Einklang mit der Rahmenrichtlinie oder den Einzelrichtlinien. Diese etwas unglückliche Formulierung stellt klar, dass den Regulierungsbehörden im Streitbeilegungsverfahren dieselben inhaltlichen Befugnisse zur Verfügung stehen, wie sie ihnen insgesamt durch den gemeinschaftsrechtlichen Kommunikationsrechtsrahmen zugewiesen sind. Dabei haben die Regulierungsbehörden auch bei der Einzelfallentscheidung von Streitigkeiten zwischen bestimmten Unternehmen die ihnen

⁸⁴³ Art. 20 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie.

⁸⁴⁴ Der ursprüngliche Kommissionsentwurf sah noch eine Frist von nur zwei Monaten vor (vgl. Art. 17 Abs. 1 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Kommissionsvorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, KOM (2000) 393, ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 198). Die allgemeine Verlängerung der Frist auf vier Monate wurde auf Initiative des Rates eingefügt, s. Art. 18 Abs. 1 Rahmenrichtlinie i.d.F. des Gemeinsamen Standpunktes (EG) Nr. 38/2001 v. 17.9.2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 34, 46 und Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251 (2) of the EC Treaty concerning the common position of the Council on the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communications networks and services v. 18.9.2001, SEC (2001) 1365, unter 3.2.4., S. 8.

⁸⁴⁵ Art. 20 Abs. 2 S. 1 formuliert: „besser für eine frühzeitige Beilegung der Streitigkeiten [...] geeignet“.

⁸⁴⁶ Der Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 S. 3 Rahmenrichtlinie, nach dem die nationale Regulierungsbehörde auf Antrag einer Partei eine verbindliche Entscheidung trifft, "damit die Streitigkeit schnellstmöglich, auf jeden Fall aber innerhalb von vier Monaten beigelegt werden kann", ist insoweit etwas missverständlich. Wie hier *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, 23, 25.

allgemein vorgegebenen Regulierungsziele im Auge zu behalten. Denn gem. Art. 20 Abs. 3 Satz 1 Rahmenrichtlinie müssen die von den nationalen Regulierungsbehörden bei der Streitbeilegung getroffenen Entscheidungen stets auf die Verwirklichung der in Art. 8 Rahmenrichtlinie genannten Ziele ausgerichtet sein. Dem Streitbeilegungsverfahren kommt schließlich auch und gerade im Bereich von Zugang und Zusammenschaltung eine erhebliche Bedeutung zu. Denn Art. 5 Abs. 4 Zugangsrichtlinie verweist insbesondere für den Fall, dass Unternehmen keine Übereinkunft über entsprechende Verpflichtungen herstellen können – also etwa im Falle gescheiterter Zugangsverhandlungen – auf das Verfahren der Art. 20 und 21 Rahmenrichtlinie.⁸⁴⁷

Die im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens getroffenen Entscheidungen sind zu veröffentlichen und gegenüber den betroffenen Parteien vollständig zu begründen. Immer bleibt den Unternehmen der Weg der Klageerhebung bei Gericht offen. Dies stellt Art. 20 Abs. 5 Rahmenrichtlinie klar. Allerdings ist damit nicht der Rechtsschutz gegen eine im Streitbeilegungsverfahren des Art. 20 Rahmenrichtlinie ergangene Entscheidung gemeint.⁸⁴⁸ Denn dass gegen diese gerichtlicher Rechtsschutz zu gewähren ist, ergibt sich bereits aus Art. 4 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie, die die Mitgliedstaaten allgemein verpflichtet, angemessene Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden zu eröffnen.⁸⁴⁹ Vielmehr stellt Art. 20 Abs. 5 Rahmenrichtlinie klar, dass das Streitbeilegungsverfahren nach der Rahmenrichtlinie ein gerichtliches Vorgehen zur Durchsetzung eventueller Ansprüche gegen die andere Partei nicht hindert. Mit der Anrufung der nationalen Regulierungsbehörden als Streitschlichtungsinstanz steht also ein paralleles Verfahren zum gerichtlichen Rechtsschutz zur Verfügung.⁸⁵⁰

2. Grenzüberschreitende Streitigkeiten

Dort, wo sich Streitigkeiten über die sich aus dem neuen Rechtsrahmen und dessen nationaler Umsetzung ergebenden Verpflichtungen zwischen Unternehmen ergeben, die in

⁸⁴⁷ Dazu näher unten, § 3 F II., S. 208 ff.

⁸⁴⁸ So aber *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 63; *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 277.

⁸⁴⁹ Vgl. *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, S. 23, 25 unter Verweis auf die Beratungsergebnisse der Gruppe "Telekommunikation", Dok. 12550/00 des Rates der Europäischen Union.

⁸⁵⁰ *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, S. 23, 25; *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 121; ebenso *Holznagel/Schulz*, CR 2003, 567, 568 und *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 19 zum internationalen Streitbeilegungsverfahren. Dass ein gerichtliches Vorgehen parallel

unterschiedlichen Mitgliedstaaten angesiedelt sind, muss sichergestellt werden, dass auch diese grenzüberschreitenden Konflikte einfach und zügig beigelegt werden können. Dem dient das Verfahren des Art. 21 Rahmenrichtlinie. Die Überschrift „Beilegung grenzüberschreitender Streitigkeiten“ ist insoweit nicht ganz eindeutig. Denn allein die Tatsache, dass eine Streitigkeit eine internationale Dimension aufweist, führt noch nicht zur Anwendung des Verfahrens des Art. 21 Rahmenrichtlinie. Erwägungsgrund 33 der Rahmenrichtlinie stellt klar, dass ein gesondertes Verfahren zur Beilegung grenzüberschreitender Streitigkeiten notwendig ist, um Streitigkeiten zu bewältigen, die „außerhalb der Zuständigkeit einer einzelnen nationalen Regulierungsbehörde liegen“. Erforderlich ist daher, dass es sich um eine Streitigkeit zwischen zwei in unterschiedlichen Mitgliedstaaten angesiedelten Unternehmen handelt, für die eine einzelne Regulierungsbehörde wegen des grenzüberschreitenden Streitgegenstandes keine alleinige Zuständigkeit beanspruchen kann und die daher in die Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden von mindestens zwei Mitgliedstaaten fällt (Art. 21 Abs. 1 Rahmenrichtlinie).⁸⁵¹

Das Verfahren kann durch Antrag einer Partei an die betreffenden nationalen Regulierungsbehörden eingeleitet werden (Art. 21 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie). Die inhaltlichen Vorgaben an das Verfahren der Beilegung grenzüberschreitender Streitigkeiten sind in Art. 21 Abs. 2 Rahmenrichtlinie wiederum nur in ihren Grundzügen beschrieben: Von zentraler Bedeutung ist die Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden, ihre Maßnahmen zu koordinieren und die Streitigkeit im Einklang mit den Zielvorgaben des Art. 8 Rahmenrichtlinie beizulegen. Wie bei Art. 20 Abs. 3 S. 2 sieht Art. 21 Abs. 2 S. 3 Rahmenrichtlinie vor, dass die Verpflichtungen, die die nationale Regulierungsbehörde einem Unternehmen im Rahmen der Streitbeilegung auferlegen kann, im Einklang mit den Richtlinien des neuen Rechtsrahmens stehen müssen und verweist damit auf die allgemeinen Eingriffs- und Aufsichtsbefugnisse des Rechtsrahmens. Aus der Formulierung des Art. 21 Abs. 2 S. 3 Rahmenrichtlinie ergibt sich zugleich, dass eine verbindliche Entscheidung gegenüber einem Unternehmen alleine von der jeweils für dieses Unternehmen zuständigen Regulierungsbehörde getroffen wird; eine Entscheidungsbefugnis einer ausländischen

zu einem Verfahren nach Art. 20 Rahmenrichtlinie möglich ist, erkennen auch *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, S. 139, 140, an.

⁸⁵¹ *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, S. 23, 25.

Regulierungsbehörde gegenüber einem inländischen Unternehmen wird daher durch das grenzüberschreitende Streitbeilegungsverfahren nicht begründet.⁸⁵²

Ebenso wie auf nationaler Ebene wird den Mitgliedstaaten durch Art. 21 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie auch im Falle grenzüberschreitender Streitigkeiten die Möglichkeit eingeräumt, die Unternehmen auf alternative Mechanismen zur Konfliktlösung zu verweisen, soweit diese sich besser für eine frühzeitige Beilegung der Streitigkeit im Einklang mit den Zielen des Art. 8 Rahmenrichtlinie eignen. Führt ein solches Verfahren aber nicht innerhalb von vier Monaten zum Erfolg, so können die Regulierungsbehörden grundsätzlich wieder zur Streitbeilegung tätig werden. Allerdings ist hier - anders als im Falle des Art. 20 Abs. 2 S. 3 Rahmenrichtlinie - ein Antrag aller Parteien erforderlich, Art. 21 Abs. 3 S. 3 Rahmenrichtlinie. Schließlich bleibt auch bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten stets der Weg zu den Gerichten eröffnet, Art. 21 Abs. 4 Rahmenrichtlinie.

3. Rechtsschutzfragen

a) Überblick

Neben der Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen sieht der neue Rechtsrahmen auch grundlegende Bestimmungen über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden vor. Gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass es auf nationaler Ebene wirksame Verfahren gibt, nach denen jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Beschwerdestelle einen Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. Das Rechtsbehelfsverfahren wird gemeinschaftsrechtlich nicht isoliert, sondern als Teil des Regulierungsverfahrens verstanden, dass auch einer Behörde überantwortet werden könnte.⁸⁵³ Art. 4 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie formuliert dies gerade umgekehrt: Die Norm stellt fest, dass die Beschwerdestelle *auch* ein Gericht sein könne. Im Übrigen lässt das Gemeinschaftsrecht die Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelnen aber weitgehend offen,

⁸⁵² Vgl. *Holznagel/Schulz*, CR 2003, 567, 568; *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 17 f.

⁸⁵³ *Koenig/Loetz/Neumann*, MMR Beilage 2/2003, S. 31; *dies.*, Novellierung, S. 124.

und überlässt sie den Mitgliedstaaten.⁸⁵⁴ Statt eines Gerichtes käme auch eine andere Beschwerdestelle in Betracht, so lange sie nur über angemessenen Sachverstand verfügt, um ihrer Aufgabe gerecht zu werden (Art. 4 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie). Für diesen Fall sieht Art. 4 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie eine Pflicht zur schriftlichen Begründung der Entscheidungen der Beschwerdestelle vor; sie könnten dann von einem Gericht eines Mitgliedstaates nach Art. 234 EGV überprüft werden (Art. 4 Abs. 2 S. 2 Rahmenrichtlinie). Auch hinsichtlich der Verfahrensgestaltung finden sich lediglich grobe Vorgaben. Die Mitgliedstaaten haben dafür Sorge zu tragen, dass den Umständen des Falles angemessen Rechnung getragen wird und wirksame Einspruchsmöglichkeiten gegeben sind (Art. 4 Abs. 1 S. 3). Die Verfügbarkeit von „Einspruchsmöglichkeiten“ bedeutet nichts anderes, als dass gegen die Entscheidung der Beschwerdestelle oder des Gerichts Rechtsmittel eingelegt werden können.⁸⁵⁵ Art. 4 Abs. 1 S. 4 Rahmenrichtlinie sieht vor, dass der angegriffene Beschluss der nationalen Regulierungsbehörde bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Kraft bleibt, wenn nicht die Beschwerdeinstanz anders entscheidet. Damit ordnet das Gemeinschaftsrecht den Wegfall der (möglichen) aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs an.

b) Rechtsschutz bei Drittbetroffenheit?

Umstritten ist, inwieweit es die Vorgaben der Richtlinie erforderlich machen, dass tatsächlich jedem Nutzer oder Anbieter von Netzen oder Diensten ein Anspruch auf Rechtsschutz gegen Entscheidungen eingeräumt wird, von denen er in irgendeiner Weise (dritt-)betroffen ist. Der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie legt dies nahe, weil dort tatsächlich davon die Rede ist, dass „jeder“ Nutzer oder Anbieter einen Rechtsbehelf gegen eine Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörden einlegen kann, soweit er von ihr – in nicht weiter qualifizierter Weise – „betroffen“ ist.⁸⁵⁶ Diese Auslegung ist aber nicht zwingend; die Formulierung könnte durchaus in einem Sinne verstanden werden, dass allein die Adressaten der Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde klagebefugt sein sollen.⁸⁵⁷ Dafür spricht etwa Erwägungsgrund 12 der Rahmenrichtlinie, wonach „jede Partei, die einem

⁸⁵⁴ Vgl. *Holznapel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 9, unter Hinweis auf den Grundsatz der institutionellen Verfahrensautonomie.

⁸⁵⁵ Vgl. *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, S. 23, 26 Fn. 30, unter Verweis auf die englische Sprachfassung.

⁸⁵⁶ *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, S. 26, nehmen diese Vorschrift daher zum Anlass, den Abbau "eklatanter, in Deutschland bestehender Rechtsschutzdefizite" zu fordern.

Beschluss einer nationalen Regulierungsbehörde unterliegt“ das Recht haben sollte, bei einer unabhängigen Stelle einen Rechtsbehelf einzulegen.⁸⁵⁸ „Betroffener“ in diesem Sinne ist also zunächst derjenige, der einer Entscheidung der Regulierungsbehörde direkt unterworfen ist und damit Adressat im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts wäre.⁸⁵⁹ Gegen eine extensive Auslegung des Betroffenenbegriffs wird zudem vorgebracht, dass die englische Sprachfassung des Erwägungsgrundes⁸⁶⁰ klarer als die deutsche zum Ausdruck bringt, dass Art. 4 Rahmenrichtlinie gerade dem unmittelbar Betroffenen die Verfügbarkeit eines Rechtsbehelfs garantieren soll.⁸⁶¹ Schließlich kann auf ein teleologisches Argument zurückgegriffen werden: Vor dem Hintergrund der Praxis einiger Mitgliedstaaten, die Entscheidungen der Regulierungsbehörden lediglich einer förmlichen Verfahrenskontrolle zu unterwerfen,⁸⁶² dient Art. 4 Rahmenrichtlinie vor allem dazu, einen – unter der Geltung von Art. 19 Abs. 4 GG selbstverständlichen – Anspruch auf materielle Kontrolle der Regulierungsentscheidungen im gemeinschaftlichen Sekundärrecht für den Telekommunikationssektor zu verankern.⁸⁶³ Die Frage nach der Reichweite des Rechtsschutzes für Drittbetroffene wird danach durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht determiniert.⁸⁶⁴

4. Würdigung

Durch die Vorgaben für ein umfassendes Streitbeilegungsverfahren werden die nationalen Regulierungsbehörden in die Lage versetzt, die sich im Anwendungsbereich des neuen

⁸⁵⁷ *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, S. 139; *Scherer K&R* 2002, S. 279; *ders.* MMR Beilage 12/2002, 27.

⁸⁵⁸ *Immenga*, Telekommunikationsrechtliche Verfahren, S. 20; *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, S. 26 Fn. 163, fordern insoweit eine weite Auslegung dieser Formulierung. Nicht die formelle Adressateneigenschaft hinsichtlich des konkreten Verwaltungsakts, sondern die materielle Betroffenheit durch den Gehalt einer Regulierungsentscheidung soll entscheidend sein.

⁸⁵⁹ *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 10; *Koenig/Loetz/Neumann*, MMR Beilage 2/2003, S. 32; *dies.*, Novellierung, S. 123.

⁸⁶⁰ "Any party who is the subject of a decision by a national regulatory authority should have the right to appeal to a body that is independent of the parties involved."

⁸⁶¹ *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, 23, 27; *Koenig/Loetz/Neumann*, MMR Beilage 2/2003, 32.

⁸⁶² Vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Achter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor: Telekommunikation in Europa – Regulierung und Märkte 2002 v. 3.12.2002, KOM (2002) 695 endg., unter Ziff. 4.1.1., S. 20.

⁸⁶³ *Koenig/Loetz/Neumann*, MMR Beilage 2/2003, S. 32; *dies.*, Novellierung, S. 126.

⁸⁶⁴ Ebenso *Immenga*, Telekommunikationsrechtliche Verfahren, S. 20; *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle, S. 11; *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 123; *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, 23, 28.

Rechtsrahmens ergebenden Streitigkeiten zwischen den am Markt tätigen Unternehmen verbindlich zu entscheiden. Den Marktteilnehmern, auf deren Antrag das entsprechende Verfahren durchzuführen ist, ist damit ein wichtiges Instrument zur Durchsetzung der für ihre wettbewerbliche Position wesentlichen Ansprüche gerade im Bereich von Zugang und Zusammenschaltung an die Hand gegeben. Bereits die Möglichkeit der Anrufung der Regulierungsbehörde und eines eventuellen regulatorischen Tätigwerdens könnte die Verhandlungsposition des strukturell schwächeren – etwa den Zugang zum Netz des ehemaligen Monopolisten begehrenden – Verhandlungspartners stärken und insoweit die Erfolgsaussichten einer privatautonomen Verhandlungslösung erhöhen. Allerdings darf diese Funktion nicht überschätzt werden. Denn trotz eines möglichen Eingreifens der Regulierungsbehörde kann sich ein strategisches Verhalten des Verhandlungspartners auszahlen, wenn er das Zustandekommen einer verbindlichen Regelung durch die Dauer des Regulierungsverfahrens und die anschließende umfassende Inanspruchnahme von Rechtsschutzmitteln in einem so erheblichen Maße verzögern kann,⁸⁶⁵ dass bestimmte Marktchancen von dem anderen Unternehmen angesichts einer sich dynamisch vollziehenden Marktentwicklung nicht mehr genutzt werden können – möglicherweise sogar deshalb, weil es dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht inzwischen gelungen ist, seine Position in einem Maße zu festigen, die den ursprünglich geplanten Markteintritt des Wettbewerbers ökonomisch unmöglich macht. Um insoweit Anreize für ein strategisches Verhalten abzubauen, kommt dem Ausschluss der aufschiebenden Wirkung wie er in Art. 4 Abs. 1 S. 4 Rahmenrichtlinie vorgesehen ist, eine besondere Bedeutung zu. Daneben ist die Verfahrensdauer von größter Relevanz. Die Verlängerung der maximalen Entscheidungsfrist gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsentwurf auf vier statt zwei Monate ist angesichts der großen Bedeutung einer schnellen Durchsetzung von Zugangsansprüchen bedauerlich, stellt aber angesichts der häufig äußerst komplexen Sachverhalte und der bisherigen Praxis der nationalen Regulierungsbehörden wohl eine realistischere Einschätzung der zeitlichen Erfordernisse an die Entscheidungsfindung der Behörden dar. Es bleibt zu hoffen, dass vor dem Hintergrund dieser Frist die eigentliche Verpflichtung zur „schnellstmöglichen“ Entscheidung nicht völlig aus dem Blick gerät.

⁸⁶⁵ Auf die besondere Bedeutung der Entscheidungsbefugnisse dort, wo marktbeherrschende Unternehmen „auf Zeit spielen“ weist auch *Trute*, Regulierung, S. 179 und Telekommunikationsrecht, S. 878, hin.

F. Die Neukonzeption der Zugangsregulierung

Die neue Zugangsrichtlinie enthält den Kern derjenigen Regeln, die angesichts der Nachwirkungen der Monopolstrukturen und der wettbewerblichen Eigenarten der Telekommunikationsmärkte den Wettbewerb in diesem Sektor ermöglichen, aufrechterhalten und weiter fördern sollen. Sie will einen Rechtsrahmen für die Beziehungen zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern schaffen, der einen nachhaltigen Wettbewerb und die Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsdienste gewährleistet und die Interessen der Verbraucher fördert.⁸⁶⁶ Die Zugangsrichtlinie löst die bisherige Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG ab und schafft, anknüpfend vor allem an die prozeduralen Vorgaben der Rahmenrichtlinie und das dort verankerte Konzept der beträchtlichen Marktmacht, einen neuen regulativen Rahmen für Zugang und Zusammenschaltung im Kommunikationssektor. Die Grundlinien des neuen Regulierungskonzeptes lassen sich in vier Punkten nachzeichnen: *Erstens* wird die asymmetrische Regulierung, die besondere Regeln für Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht bereithält, grundsätzlich fortgeführt.⁸⁶⁷ Sie wird aber – *zweitens* – insoweit eingengt, als allein diejenigen Märkte, auf denen das Fehlen von funktionsfähigen Wettbewerbs zuvor durch die nationalen Regulierungsbehörden positiv festgestellt wurde, in ihren Blick geraten dürfen und die Zugangsverpflichtungen für jedes Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht individuell festgestellt werden müssen. *Drittens* steht dieser möglichen vertikalen Beschränkung der Zugangsregulierung eine potentielle horizontale Erweiterung ihres Anwendungsbereichs gegenüber. Schließlich werden den nationalen Regulierungsbehörden – *viertens* – bei der Konkretisierung der regulativen Verpflichtungen weitgehende Beurteilungsspielräume und anspruchsvolle Abwägungsentscheidungen übertragen, die durch die umfangreichen prozeduralen Vorkehrungen der Rahmenrichtlinie flankiert werden.

I. Anwendungsbereich der Zugangsrichtlinie

„Die ausschließliche oder nicht ausschließliche Bereitstellung von Einrichtungen und/oder Diensten für ein anderes Unternehmen unter bestimmten Bedingungen, zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“. Auf diese Weise definiert Art. 2 S. 2 a)

⁸⁶⁶ Art. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie.

⁸⁶⁷ *Bartosch*, EuZW 2002, S. 389, 393; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 118.

Zugangsrichtlinie den Begriff des Zugangs. Der Begriff, der zuvor im europäischen Telekommunikationsrecht nicht definiert war, erhält nun eine weit gefasste Bedeutung.⁸⁶⁸ Über den bisherigen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen geht er insbesondere insoweit hinaus, als er nicht mehr allein den Zugang zu Telekommunikationsnetzen betrifft - allein dies regelte das bisherige Zugangsregime⁸⁶⁹ -, sondern allgemeiner die Bereitstellung von zunächst nicht näher definierten Einrichtungen und Diensten erfasst.

Allerdings enthält die Definition des Zugangsbegriffs eine Einschränkung der Aktivlegitimation im Bereich der Zugangsregulierung. Da der Zugang „zur Erbringung elektronischer Kommunikationsdienste“ dienen muss, können die Anbieter von Inhalten – deren Dienste Art. 2 c) der Rahmenrichtlinie ausdrücklich aus dem Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes herausnimmt – keinen Zugang nach der Richtlinie beanspruchen.⁸⁷⁰ Dies bedeutet auch, dass insbesondere Rundfunkveranstalter regelmäßig keine entsprechenden Zugangsansprüche geltend machen können.⁸⁷¹ Dass der Zugang für Endnutzer, etwa im Sinne des „allgemeinen Netzzugangs“ des TKG-alt, ebenso nicht unter den Begriff des Zugangs im Sinne der Richtlinie fällt, stellt Art. 1 Abs. 2 S. 3 Zugangsrichtlinie darüber hinaus ausdrücklich fest.

Hinsichtlich der Passivlegitimation bestimmt die Richtlinie, dass Zugangsverpflichtungen nur „Betreibern“ auferlegt werden können, also Unternehmen, die ein öffentliches Kommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung bereitstellen oder zur Bereitstellung befugt sind, Art. 2 S. 2 c) Zugangsrichtlinie. Der Begriff des öffentlichen Kommunikationsnetzes umfasst so verschiedene Infrastrukturen wie Telekommunikations-Festnetze, Mobilfunknetze, Kabelfernsehnetze, terrestrische Rundfunknetze, Satellitennetze

⁸⁶⁸ Vgl. Erwägungsgrund 3 der Zugangsrichtlinie; *Haus*, WuW 2004, 171, 173; *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 394; *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 145; *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 121; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 165; *Neitzel/B. Müller*, CR 2004, 655.

⁸⁶⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG; Art. 16 Abs. 1 Richtlinie 98/10/EG und *Scherer*, K&R 2002, 329, 337; *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 17; *Neitzel/B. Müller*, CR 2004, 736, 737.

⁸⁷⁰ Kritisch insoweit *Neitzel/B. Müller*, CR 2004, 736, 737: Der zunehmenden Konvergenz werde auf diese Weise nur ungenügend Rechnung getragen; gerade an der „Schnittstelle zwischen Inhalt und Übertragung“ bestehe „eine schwerwiegende Regelungslücke“. Das aber verkennt den Zweck der Infrastrukturregulierung: Es sollen die Rahmenbedingungen geschaffen werden, um ein wettbewerbliches Leistungsangebot bereitzustellen, das die Nutzer von Kommunikationsdiensten ihrerseits in Anspruch nehmen können. Die Frage welche Inhalteanbieter zu welchen Bedingungen Zugang zu Kommunikationsinfrastrukturen erhalten, folgt einer gänzlich anderen Rationalität und muss daher – soweit Regulierung jeweils erforderlich ist – auch eigenständig regulativ beantwortet werden.

⁸⁷¹ *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 394.

und Netze, die das Internetprotokoll verwenden,⁸⁷² soweit sie ganz oder überwiegend zur Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste dienen.⁸⁷³

Einige Unklarheit herrscht darüber, ob nichtöffentliche Netze von der Zugangsregulierung erfasst werden. Erwägungsgrund 1 der Zugangsrichtlinie stellt klar, dass solche Netze grundsätzlich keinerlei Verpflichtungen im Rahmen der Richtlinie unterliegen sollen. Eine Ausnahme soll unter bestimmten Bedingungen nur dann gelten, wenn die Netze Zugänge zu öffentlichen Netzen nutzen.⁸⁷⁴ Trotzdem wird, teilweise unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte,⁸⁷⁵ teilweise ohne nähere Begründung⁸⁷⁶ die Auffassung vertreten, dass die Richtlinie auch nichtöffentliche Netze erfasse. Letztlich kann dies nur in Ansehung der jeweiligen Verpflichtung entschieden werden. Soweit die nationalen Regulierungsbehörden - wie in der Regel - gegenüber einem Netzbetreiber im Sinne der Definition des Art. 2 S. 2 c) tätig werden, setzt die Betreibereigenschaft per definitionem die Bereitstellung eines *öffentlichen* Telekommunikationsnetzes voraus.

Mit den „zugehörigen Einrichtungen“ unterliegen nun auch diejenigen mit einem elektronischen Kommunikationsnetz oder -dienst verbundenen Einrichtungen, welche die Bereitstellung des Netzes oder Dienstes ermöglichen oder unterstützen⁸⁷⁷ einer potentiellen Zugangsregulierung. Erfasst sind hier insbesondere Zugangsberechtigungssysteme für Hörfunk- und Fernsehdienste sowie elektronische Programmführer, für die die Zugangsrichtlinie in Art. 5 Abs. 1 S. 2 b) und Art. 6 besondere Regeln vorhält. Daneben unterfallen dem Begriff der „zugehörigen Einrichtung“ aber auch alle anderen wesentlichen Netzkomponenten, die sich nicht (mehr) in der Hand des eigentlichen Netzbetreibers befinden.⁸⁷⁸

⁸⁷² Vgl. Erwägungsgrund 1 der Zugangsrichtlinie.

⁸⁷³ Art. 2 d) Rahmenrichtlinie.

⁸⁷⁴ Darauf stellt auch *Scherer*, K&R 2002, 329, 337, ab.

⁸⁷⁵ *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 16, verweisen auf die Begründung des Rates zum Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 36/2001, ABl. EG Nr. C 337 v. 30.11.2001, S. 1, 16. Dort heißt es unter B. 1. c): „Der Rat hat beschlossen, den von der Kommission vorgeschlagenen breiten Anwendungsbereich dieser Richtlinie (der sowohl öffentliche als auch private Netze abdeckt) beizubehalten, hat jedoch einige spezifische Bestimmungen, wie z. B. Artikel 4 Absätze 1 und 2, geändert, um deutlich zu machen, dass sie nur für öffentliche Netze gelten“.

⁸⁷⁶ *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 394; *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 428.

⁸⁷⁷ Vgl. Art. 2 e) Rahmenrichtlinie.

⁸⁷⁸ *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 16 und *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 158 nennen das Beispiel eines Unternehmens, das die Übertragungsmasten eines Mobilfunkunternehmens erworben hat: Es kann nicht selbst als Netzbetreiber angesehen werden, stellt aber eine Einrichtung bereit, die die Bereitstellung von Diensten über das Netz erst ermöglicht.

Die Ausweitung des Zugangsbegriffs illustriert auch die Liste der in Art. 2 S. 2 a) Zugangsrichtlinie aufgezählten Beispiele.⁸⁷⁹ Unter den Begriff des Zugangs im Sinne der Richtlinie fällt danach neben dem Zugang zu Netzkomponenten und physischen Infrastrukturen etwa auch der Zugang zu einschlägigen Softwaresystemen einschließlich Systemen für die Betriebsunterstützung sowie der Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für Digitalfernsehsysteme und der Zugang zu Diensten für virtuelle Netze. Dem entsprechen die in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Zugangsrichtlinie genannten Beispiele für Zugangsverpflichtungen, die den Betreibern – unter anderem – auferlegt werden können. Dazu gehören neben Netzzugang und Zusammenschaltung auch so allgemeine Verpflichtungen wie diejenigen, mit um Zugang ersuchenden Unternehmen nach Treu und Glauben zu verhandeln oder ein Angebot von Diensten zu Großhandelsbedingungen zum Zwecke des Weiterverkaufs bereitzustellen. Besonders weitgehend ist die mögliche Verpflichtung, offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien zu gewähren, die für die Interoperabilität von Diensten unverzichtbar sind (Art. 12 Abs. 1 S. 2 e) Zugangsrichtlinie). Dies könnte den nationalen Regulierungsbehörden bei extensiver Auslegung das Recht einräumen, den Zugang oder die Offenlegung von Softwarestandards wie beispielsweise Programmschnittstellen (API) für Netzwerkanwendungen anzuordnen, um deren Interoperabilität sicherzustellen.⁸⁸⁰

Die Zusammenschaltung wird schließlich in Anlehnung an das bisherige Recht⁸⁸¹ als Unterfall des Zugangs definiert, der zwischen Betreibern öffentlicher Netze hergestellt wird.⁸⁸²

II. Subsidiarität der Regulierung von Endnutzermärkten

Der Anwendungsbereich der Zugangsrichtlinie ist noch in weiterer Hinsicht beschränkt: Wie bereits erwähnt, bestimmt Art. 1 Abs. 2 S. 3 ausdrücklich, dass der Zugang für Endnutzer

⁸⁷⁹ Vgl. *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 394.

⁸⁸⁰ *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 433 f.

⁸⁸¹ Dazu *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 360 f.; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 166.

⁸⁸² Nach Art. 2 b) Zugangsrichtlinie ist Zusammenschaltung „die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze, die von demselben oder einem anderen Unternehmen genutzt werden, um Nutzern eines Unternehmens die Kommunikation mit Nutzern desselben oder eines anderen Unternehmens oder den Zugang zu den von einem anderen Unternehmen angebotenen Diensten zu ermöglichen. Dienste können von den beteiligten Parteien erbracht werden oder von anderen Parteien, die Zugang zum Netz haben. Zusammenschaltung ist ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen Betreibern öffentlicher Netze hergestellt“.

nicht unter den Zugangsbegriff der Richtlinie fällt. Der neue Rechtsrahmen trennt auf diese Weise klar zwischen der Regulierung der Vorleistungs- und der Endkundenmärkte. Die Zugangsrichtlinie legt allein Rechte und Pflichten für „Betreiber und für Unternehmen, die eine Zusammenschaltung ihrer Netze und zugehörigen Einrichtung und/oder den Zugang hierzu wünschen“ fest. Ihr Gegenstand ist damit ausschließlich die Regulierung der Vorleistungsebene.⁸⁸³ Die relevanten Bestimmungen für die Auferlegung von Verpflichtungen betreffend die Endnutzerebene sind in der Universaldienstrichtlinie enthalten.⁸⁸⁴ Die wesentliche Vorschrift für das Verhältnis beider Regulierungsebenen findet sich in Art. 17 Abs. 1 b) Universaldienstrichtlinie. Danach sollen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf den Endnutzermärkten (nur) dann geeignete regulatorische Verpflichtungen nach der Universaldienstrichtlinie auferlegt werden, wenn Verpflichtungen nach der Zugangsrichtlinie oder Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl⁸⁸⁵ nicht ausreichen würden, um die Regulierungsziele nach Art. 8 Rahmenrichtlinie zu erreichen.⁸⁸⁶ Der neue Rechtsrahmen geht damit von der grundsätzlichen Subsidiarität der Regulierung der Endnutzermärkte gegenüber der Vorleistungsregulierung, insbesondere im Rahmen der durch die Zugangsrichtlinie bereitgestellten Regulierungsinstrumente, aus.⁸⁸⁷

III. Verhandlungspflichten und der Vorrang der Selbstregulierung

1. Vorrang der privatautonomen Selbstregulierung?

⁸⁸³ Holznel/Homberg, K&R 2003, 322, 323; Scherer, K&R 2003, 273, 275; Schütz/Attendorn/König, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 149.

⁸⁸⁴ So auch die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 108 ff. Ähnlich Tz. 64, wonach im Bereich der elektronischen Kommunikation generell mindestens der Dienstleistungsmarkt und der Zugangsmarkt zu betrachten sind. Die entsprechende Unterscheidung trifft auch der Anhang zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte; vgl. ebenso bereits die Zugangsmittelteilung, Tz. 45.

⁸⁸⁵ Nach Art. 19 Universaldienstrichtlinie.

⁸⁸⁶ Weitere Voraussetzung für eine Regulierung der Endnutzerebene ist nach Art. 17 Abs. 1 a) Universaldienstrichtlinie, dass eine nationale Regulierungsbehörde aufgrund einer nach Artikel 16 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie durchgeführten Marktanalyse feststellt, dass auf einem gemäß Art. 15 Rahmenrichtlinie ermittelten Endnutzermarkt kein wirksamer Wettbewerb herrscht.

⁸⁸⁷ Bartosch, EuZW 2002, 389, 396; Schütz/Attendorn, MMR Beilage 4/2002, S. 18; Immenga/Kirchner, TKMR 2002, 340, 343; Ladeur, ZUM 2005, 1, 2; für die Regulierung der Endkundenpreise auch Husch/Kemmler/Ohlenburg, MMR 2003, 139, 144; ähnlich BMWi, Eckpunkte, unter 5.8., S. 16; Knauth, K&R Beilage 1/2003, 24, 25; Vogelsang, MMR 2003, 509, 510. Ausführlich Koenig/Winkler TKMR 2003, 171, 174 ff. und Holznel/Homberg, K&R 2003, 322 ff. Die dort diskutierten Problemlagen im Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 1 b) Universalrichtlinie betreffen Fragen der Endnutzerregulierung und liegen deshalb außerhalb des Gegenstands der hier angestellten Überlegungen.

Das bisherige europäische Telekommunikationsrecht ging im Bereich von Netzzusammenschaltung und -zugang von einer Subsidiarität des regulatorischen Eingriffs gegenüber der Selbstregulierung der Marktakteure aus.⁸⁸⁸ Dort, wo Zusammenschaltungsvereinbarungen bereits durch Vermittlung des Marktes zustande kommen, war für einen hoheitlichen Eingriff kein Raum.⁸⁸⁹ Im neuen Rechtsrahmen ist dieser Grundsatz weniger scharf konturiert.⁸⁹⁰ Die Subsidiarität der staatlichen Regulierung lässt sich aber auch hier begründen:⁸⁹¹

a) Die Systematik des neuen Rechtsrahmens

Aus den Erwägungsgründen ergibt sich zunächst, dass Vereinbarungen über Zugang und Zusammenschaltung grundsätzlich durch die beteiligten Unternehmen nach Treu und Glauben ausgehandelt und auf gewerblicher Grundlage abgeschlossen werden sollen.⁸⁹² Die nationalen Regulierungsbehörden sollen befugt sein, Zugang und Zusammenschaltung zu angemessenen Bedingungen sicherzustellen, „soweit dies auf dem Verhandlungswege nicht erreicht wird“.⁸⁹³ Art. 5 Abs. 4 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung sicherstellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden „in begründeten Fällen aus eigener Initiative oder, falls keine Übereinkunft zwischen Unternehmen besteht, auf Ersuchen einer der beteiligten Parteien zum Tätigwerden befugt sind“. Diese Formulierung könnte so verstanden werden, dass die Regulierungsbehörden selbst dann, wenn die jeweiligen Unternehmen bereits eine Zugangs- oder Zusammenschaltungsvereinbarung abgeschlossen haben „in begründeten Fällen“ von sich aus tätig werden können. Gegen eine solche Auslegung sprechen aber bereits die klaren Bekenntnisse der Erwägungsgründe zur vorrangig privatautonomen Vereinbarung von Zugangsbedingungen. Die Vorschrift stellt daher vielmehr klar, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Falle des Scheiterns der selbstregulativen Marktprozesse auf Antrag eines der beteiligten Unternehmen in der Lage sein müssen, in der zwischen den Parteien umstrittenen Frage der Gewährung von

⁸⁸⁸ Kühling, *Netzwirtschaften*, S. 182 f., sieht im „Primat der privatautonomen Zugangsverhandlung“ eine sektorübergreifende Gemeinsamkeit der unterschiedlichen Bestimmungen der Zugangsregulierung.

⁸⁸⁹ Vgl. Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang II des Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG.

⁸⁹⁰ Ähnlich Koenig/Loetz, *Network Access*, S. 432.

⁸⁹¹ So i.E. auch Franzius, *EuR* 2002, 660, 669; Haus, *WuW* 2004, 171, 174; Scherer, *K&R* 2002, 329, 338; Schütz/Attendorn, *MMR Beilage* 4/2002, 19; Schütz/Attendorn/König, *Elektronische Kommunikation*, Rdnr. 192.

⁸⁹² Vgl. Erwägungsgrund 5 der Zugangsrichtlinie.

⁸⁹³ Vgl. Erwägungsgrund 6 der Zugangsrichtlinie.

Netzzugang oder -zusammenschaltung tätig zu werden – ohne damit bereits ein tatsächliches Einschreiten oder gar eine bestimmte Regulierungsmaßnahme vorweg zu nehmen. „In begründeten Fällen“ kann allein der sonst erforderliche Antrag einer der Parteien entfallen. Die systematische Stellung des Erfordernisses gescheiterter Verhandlungen in der zweiten Alternative der zitierten Vorschrift deutet lediglich darauf hin, dass einem entsprechenden Antrag einer Partei der Versuch vorausgegangen sein muss, eine Vereinbarung im Verhandlungswege zu erzielen.

Schließlich bestimmt Art. 4 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie, dass die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze berechtigt sind, über die Zusammenschaltung zu verhandeln.⁸⁹⁴ Diese Berechtigung bezieht sich nicht auf die jeweils anderen Marktteilnehmer, denn die Norm sieht ausdrücklich *zusätzlich* die Verpflichtung vor, in solche Zusammenschaltungsverhandlungen mit anderen Betreibern öffentlicher Kommunikationsnetze einzutreten.⁸⁹⁵ Die genannte Berechtigung in eigenständige Verhandlungen einzutreten besteht daher auch und gerade gegenüber den nationalen Regulierungsbehörden.⁸⁹⁶

b) Würdigung

Für eine lediglich subsidiäre Kompetenz der Regulierungsbehörden spricht schließlich auch die generelle und bereits im ersten Hauptteil geschilderte Erwägung, dass ein regulativer Eingriff nur dort gerechtfertigt sein kann, wo die Koordinierungsmechanismen des Marktes versagen. Der privatautonome Abschluss etwa einer Zugangsvereinbarung ist aber ein klares Indiz für die Funktionsfähigkeit dieser Mechanismen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem zugangsbegehrenden Unternehmen im Falle des Scheiterns der Verhandlungen die Alternative der Anrufung der nationalen Regulierungsbehörden verbleibt und damit in der

⁸⁹⁴ Auf die Vorschrift des Art. 4 Zugangsrichtlinie stellen auch *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 19 und *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 192, ab.

⁸⁹⁵ Dazu sogleich unter § 3 F. III. 2 a), S. 211 f.

⁸⁹⁶ Allerdings bezieht sich die Verhandlungspflicht des Art. 4 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie zunächst allein auf die Zusammenschaltung und nicht allgemein auf alle Zugangsbegehren, vgl. *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 122; sowie *Scherer*, K&R 2002, 329, 337, mit Nachweisen aus der Entstehungsgeschichte. Eine – in ihrer Reichweite allerdings weniger weitgehende – Verhandlungspflicht auch über Zugangsbegehren lässt sich mittelbar aber Art. 4 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie entnehmen: Wenn dort im Bereich der einem Unternehmen auferlegten Zugangsverpflichtungen ein Kontrahierungszwang vorgesehen ist (vgl. unten, § 3 F III 2 b), S. 212), so schließt dieser auch die Verpflichtung zum Eintritt in entsprechende Verhandlungen ein, vgl. *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 19; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 191. Schließlich betont Erwägungsgrund 5 der Zugangsrichtlinie dass auf den Märkten keine Beschränkungen bestehen sollten, die die Unternehmen davon abhalten, „Zugangs- und Zusammenschaltungsverhandlungen“ (Hervorhebung durch *Verf.*) untereinander auszuhandeln.

jeweiligen Verhandlungssituation ein Gegenpol zu der möglichen Marktmacht des Netzbetreibers geschaffen wird, die anderenfalls das zugangsbegehrende Unternehmen dazu zwingen kann, Zugangsbedingungen zu akzeptieren, die in einem wettbewerblich geprägten Markt nicht durchgesetzt werden könnten. Dies setzt allerdings wiederum voraus, dass die – potentielle – Regulierung hinreichend effektiv ist, um das marktmächtige Unternehmen zu veranlassen, bereits im Vorfeld auf strategisches Verhalten zu verzichten. Ähnlich wie der potentielle Wettbewerb ein marktmächtiges Unternehmen zu wettbewerbskonformen Verhalten zwingen kann, weil es anderenfalls mit dem Eintritt neuer Wettbewerber und damit dem Verfall seiner Marktmacht rechnen muss, kann allein die Existenz eines regulativen Rahmens ein marktmächtiges Unternehmen disziplinieren, weil es sich für den Fall des Missbrauches seiner Marktmacht auf regulative Eingriffe zu seinen Lasten einrichten muss. Die Selbstregulierung erfolgt „im Schatten des Regulierungsvorbehalts“.⁸⁹⁷ Ähnlich wie die Annahme der Existenz eines disziplinierenden potentiellen Wettbewerbs ist aber auch die Wirksamkeit dieser „potentiellen Regulierung“ sehr voraussetzungsvoll. Gerade angesichts der hohen Dynamik der Kommunikationsmärkte und der ausgeprägten positiven Externalitäten zahlreicher Märkte kann etwa ein zeitlicher Vorsprung bei der Bereitstellung bestimmter Produkte und Leistungen oder eine Verzögerung des Markteintritts von Konkurrenten bereits einen durch den späteren Vollzug von Regulierungsaufgaben nicht mehr zu kompensierenden Wettbewerbsvorteil begründen.

2. Förderung der Selbstregulierung durch Verhandlungs- und Kontrahierungspflichten

Der neue Rechtsrahmen beschränkt sich aber ebenso wie das bisherige europäische Telekommunikationsrecht nicht darauf, eine Auffanglinie für den Fall des Scheiterns von unternehmerischen Aushandlungsprozessen bereit zu stellen, die vorrangige selbstregulative Organisation des Sektors aber sich selbst zu überlassen. Vielmehr stellt er im Wege einer marktbegleitenden Regulierung eine Reihe von vor allem prozeduralen Instituten bereit, die den Versuch der Selbstregulierung angesichts der besonderen Charakteristika des Sektors unterstützen und mit Blick auf eine erfolgreiche Problemverarbeitung vorstrukturieren sollen.⁸⁹⁸ Neben den bereits oben besprochenen Informations- und Veröffentlichungspflichten

⁸⁹⁷ So zur Aufsichtskonzeption des TKG-alt *Hoffmann-Riem/Eifert*, Reglungskonzepte, S. 22.

⁸⁹⁸ Aus diesem Grund greift die von *Kühling*, *Netzwirtschaften*, S. 29 f. am Begriff der „regulierten Selbstregulierung“ geäußerte Kritik jedenfalls für den vorliegenden Zusammenhang zu kurz. Denn das Konzept geht deutlich über die tatbestandliche Verankerung eines Vorrangs der freiwilligen Erfüllung der regulatorischen Zielvorgaben (vgl. das Beispiel von *Kühling*, *Netzwirtschaften*, S. 30) hinaus.

gehören dazu im Bereich des Netzzugangs und der Netzzusammenschaltung die Verhandlungs- und Kontrahierungspflichten des Art. 4 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.

a) *Pflicht zur Verhandlung über die Zusammenschaltung*

Gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie sind die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze verpflichtet, über die Zusammenschaltung zwecks Erbringung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste zu verhandeln. Diese Verpflichtung besteht nur gegenüber „hierzu befugten Unternehmen“. Diese Formulierung wird nicht weiter erläutert, muss sich aber auf das bereits erwähnte, ebenfalls in Art. 4 Abs. 1 S. 1 vorgesehene Recht der Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze beziehen, miteinander in Zusammenschaltungsverhandlungen einzutreten. Daraus ergibt sich, dass auch nur Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze berechtigt sind, von anderen solchen Betreibern den Eintritt in Zusammenschaltungsverhandlungen zu verlangen. Diese Einschränkung der Aktivlegitimation folgt auch bereits aus dem Begriff der Zusammenschaltung selbst. Art. 2 S. 2 b) Zugangsrichtlinie definiert die Zusammenschaltung als *„die physische und logische Verbindung öffentlicher Kommunikationsnetze [...] Zusammenschaltung ist ein Sonderfall des Zugangs und wird zwischen den Betreibern öffentlicher Netze hergestellt“*. Schon begrifflich können also nur die Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze an Zusammenschaltungsvereinbarungen beteiligt sein.

Gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 dient die Verhandlungspflicht weiter dazu, die gemeinschaftsweite Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Damit wird der Anwendungsbereich der Verhandlungspflicht aber nicht auf grenzüberschreitende Zusammenschaltungsverhandlungen beschränkt. Da kaum ein Dienst als einzelnes Produkt tatsächlich „gemeinschaftsweit“ – also in allen Mitgliedsstaaten – angeboten wird, sind die Ziele der gemeinschaftsweiten Bereitstellung von Diensten und deren Interoperabilität als allgemeine Motive für die Einführung einer Verhandlungspflicht über die Zusammenschaltung von Netzen durch den Richtliniengeber in Art. 4 Zugangsrichtlinie aufgenommen worden.⁸⁹⁹ Der Anwendungsbereich der Vorschrift soll damit nicht auf den – praktisch kaum jemals relevanten – Fall beschränkt werden, dass

⁸⁹⁹ Ähnlich *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 19; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 192.

Zusammenschaltungsverhandlungen dem konkreten Zweck dienen, einen bestimmten Dienst tatsächlich in allen Mitgliedstaaten der EU verfügbar zu machen.⁹⁰⁰

Gelegentlich wird die Befürchtung geäußert, die Verhandlungsverpflichtung des Art. 4 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie könne ins Leere laufen, weil die Richtlinie keine Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung der Verhandlungsverpflichtung vorsehe.⁹⁰¹ Dies aber verkennt den systematischen Zusammenhang der Vorschriften der Art. 4 und Art. 5 Abs. 4 Zugangsrichtlinie: Nach Art. 5 Abs. 4 Zugangsrichtlinie können die nationalen Regulierungsbehörden insbesondere dann, wenn keine Übereinkunft zwischen Unternehmen über Fragen von Zugang und Zusammenschaltung erreicht wird, tätig werden – sei es auf Antrag einer der beteiligten Parteien oder gegebenenfalls auf eigene Initiative. Die Verweigerung von Verhandlungen kann danach unmittelbar das Tätigwerden der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde zur Folge haben, die sich ihrerseits aller Eingriffsbefugnisse nach der Zugangsrichtlinie bedienen kann.⁹⁰²

b) Zugangsverpflichtungen und Kontrahierungszwang

Die Verhandlungspflicht des Art. 4 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie betrifft regelmäßig das Vorfeld des regulatorischen Eingriffs und dient letztlich seiner Vermeidung. Sind gegenüber einem bestimmten Unternehmen allerdings bereits durch Regulierungsverfügung einzelne Zugangsverpflichtungen festgesetzt worden,⁹⁰³ so verdichtet sich die Verhandlungsverpflichtung zu einem Kontrahierungszwang:⁹⁰⁴ Art. 4 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie schränkt den privatautonomen Handlungsspielraum analog der auferlegten Zugangsverpflichtungen ein. Der jeweilige Betreiber hat anderen Unternehmen Zugang und Zusammenschaltung entsprechend der ihm auferlegten Bedingungen anzubieten. Damit

⁹⁰⁰ I.E. ebenso *Scherer*, K&R 2002, 329, 338, der zusätzlich darauf hinweist, dass der auf die Verhandlungspflicht bezogene Erwägungsgrund 5 der Zugangsrichtlinie feststelle, dass keine Beschränkungen für die Unternehmen bestehen dürften "insbesondere" – aber eben nicht nur – grenzüberschreitende Zusammenschaltungsvereinbarungen untereinander auszuhandeln.

⁹⁰¹ *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 146; ähnlich *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 190: „relativ stumpfes Schwert“.

⁹⁰² Zutreffend ist aber selbstverständlich, dass – worauf *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 190 hinweisen – dann die zusätzlichen Voraussetzungen einer Anordnung nach Art. 5 ff. Zugangsrichtlinie vorliegen müssen.

⁹⁰³ Dazu im Einzelnen sogleich unter § 3 F. IV., S. 214 ff.

⁹⁰⁴ Vgl. *Scherer*, K&R 2002, 329, 338; *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 19; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 191. Umfassend zu den Kontrahierungszwängen im deutschen Telekommunikationsrecht unter der Geltung des TKG-alt s. *Wolff*, Kontrahierungszwang, S. 39 ff.

werden die dem Unternehmen hoheitlich aufgegebenen Verpflichtungen unmittelbar in entsprechende Ansprüche der Wettbewerber transformiert.

3. Regulierung der Selbstregulierung: Kompetenzen der nationalen Regulierungsbehörden bei der Regulierung des Netzzugangs

Die den Prozess der marktkoordinierten Selbstregulierung ergänzende und absichernde staatliche Gewährleistungsverantwortung formuliert für den Bereich von Netzzugang und Netzzusammenschaltung Art. 5 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie: Danach fördern und – als Ausdruck der subsidiären Gewährleistungsverantwortung – garantieren die nationalen Regulierungsbehörden „gegebenenfalls“ bei ihren Maßnahmen zur Verwirklichung der in Art. 8 Rahmenrichtlinie genannten Regulierungsziele einen angemessenen Zugang und eine geeignete Zusammenschaltung sowie die Interoperabilität der Dienste. Dieser Auftrag wird ergänzt durch die Zielvorgaben der Effizienz, der Wettbewerbsstimulierung und des größtmöglichen Nutzens für die Endnutzer. Bei den zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumentarien zur Erfüllung der formulierten regulatorischen Aufgabe unterscheidet Art. 5 zwischen Befugnissen gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und solchen ohne beträchtliche Marktmacht. Diese Unterscheidung vollzieht die unterschiedliche Legitimation eines regulatorischen Eingriffs zur Unterstützung des Wettbewerbs angesichts besonderer Marktstrukturen einerseits und der Verfolgung bestimmter übergeordneter Ziele andererseits nach und setzt auf diese Weise die asymmetrische Regulierung des Telekommunikationssektors fort.

Die Schnittstelle zu dem in der Rahmenrichtlinie vorgesehenen Verfahren der Marktanalyse bildet insoweit Art. 8 Abs. 2 und 3 Zugangsrichtlinie. Hat die nationale Regulierungsbehörde in dem oben beschriebenen Verfahren festgestellt, dass ein Unternehmen auf einem – im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens als grundsätzlich regulierungsbedürftig eingestuft – bestimmten Markt beträchtliche Marktmacht besitzt, so erlegt sie diesem Unternehmen spezifische Verpflichtungen nach Art 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie auf.⁹⁰⁵ Gegenüber Unternehmen, denen keine beträchtliche Marktmacht zukommt, stehen der nationalen Regulierungsbehörde nach der Zugangsrichtlinie dagegen nur die beschränkten und an

⁹⁰⁵ Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie; dazu sogleich unter § 3 E. V., S. 214 ff.

weitere spezifische Voraussetzungen gebundenen Befugnisse nach den Art. 5 UAbs. 2 und Art. 6 zur Verfügung.⁹⁰⁶

IV. Regulierung marktmächtiger Unternehmen

Die zentralen Vorschriften über Voraussetzungen und Inhalt der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen enthalten die Art. 8 bis 13 Zugangsrichtlinie. Gemeinsam mit den Vorschriften über Marktdefinition und -analyse bilden sie den Kern der wettbewerbsrelevanten Regulierungsbestimmungen des neuen Rechtsrahmens.

1. Voraussetzungen für die Auferlegung asymmetrischer Zugangsverpflichtungen

Ausgangspunkt ist dabei die in Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie geregelte Verpflichtung der Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Art. 9 bis 13 vorgesehenen Verpflichtungen aufzuerlegen. Die genannten Verpflichtungen dürfen bis auf eng begrenzte Ausnahmen⁹⁰⁷ allein solchen Unternehmen auferlegt werden, die auf Grund der beschriebenen Marktanalyse nach Art. 16 Rahmenrichtlinie als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, Art. 8 Abs. 2 und 3 Zugangsrichtlinie. Wird allerdings ein Unternehmen entsprechend eingestuft, so legen Art 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie und Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie nahe, dass die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet sind, dem betreffenden Unternehmen entsprechende sektorspezifische Verpflichtungen aufzuerlegen, ihnen also insoweit kein Entschließungsermessen zukommt.⁹⁰⁸ Auch die Kommission vertritt in ihren Leitlinien zur Marktanalyse die Auffassung, dass es mit den Bestimmungen des neuen Rechtsrahmens nicht zu vereinbaren sei, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht keine bereichsspezifischen Verpflichtungen aufzuerlegen. Es müsse in jedem Fall mindestens eine solche Verpflichtung auferlegt werden.⁹⁰⁹ Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen nicht allein der Wortlaut von

⁹⁰⁶ Vgl. Art. 8 Abs. 3 Spiegelstrich 3 und unten, § 3 E. VI., S. 238 ff.

⁹⁰⁷ Dazu unten unter § 3 F. V., S. 238 ff.

⁹⁰⁸ Nach Art. 16 Abs. 4 „erlegt“ die nationale Regulierungsbehörde den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht „geeignete Verpflichtungen auf“.

⁹⁰⁹ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 114 und 21. Für „im Ergebnis unzutreffend“ halten dies *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 355, Fn. 81. Zu der dort vertretenen Auffassung, die nationalen Regulierungsbehörden hätten gerade im Rahmen ihrer Entscheidung nach Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie vor dem Hintergrund des Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie einen Funktionsvergleich zwischen sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht vorzunehmen, wurde bereits oben, § 3 D. IV., S. 163 ff. – ablehnend – Stellung genommen.

Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie und die Entstehungsgeschichte.⁹¹⁰ Es würde auch der Systematik der Rahmenrichtlinie widersprechen, nach der – wie oben dargestellt – in einem zwischen der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden horizontal abgestuften Verfahren über den Umfang und die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung entschieden werden soll. Die entscheidenden Verfahrensschritte sind insoweit das Marktdefinitions- und das Marktanalyseverfahren. Hier wird abschließend und – wie die Vorschriften des Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie zeigen unter umfassender Beteiligung der Kommission – über Bestand und Reichweite der sektorspezifischen Regulierung entschieden. Diese Systematik würde aufgelöst, wenn den nationalen Regulierungsbehörden im Anschluss an diese Verfahren auch ein Ermessensspielraum darüber zugestanden würde, ob sie die Instrumente der bereichsspezifischen Regulierung überhaupt anwenden wollen.⁹¹¹ Rechtfertigt die Struktur eines Marktes die Auferlegung von bereichsspezifischen Verpflichtungen und fehlt es auf diesem Markt wegen der Existenz eines marktbeherrschenden Unternehmens an wirksamem Wettbewerb, so geht der neue Rechtsrahmen davon aus, dass die Auferlegung solcher Verpflichtungen – auch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit⁹¹² – grundsätzlich erforderlich ist. Nach alledem kommt den Regulierungsbehörden also zwar ein Auswahl-, aber kein Entschließungsermessen zu.⁹¹³

⁹¹⁰ Den Vorschlag des Europäischen Parlamentes, ein Entschließungsermessen für die nationalen Regulierungsbehörden vorzusehen (Vgl. Abänderungsantrag 26, Stellungnahme des Europäischen Parlaments zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (KOM(2000)384 C5-0433/2000 2000/0186(COD)) vom 1.3.2001, A5-0061/2001, ABl. EG Nr. C 277 v. 1.10.2001, S.72 ff, 81), wurde von der Kommission nicht übernommen, vgl. Art. 8 Zugangsrichtlinie i.d.F. des Geänderten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung v. 4.7.2001, KOM(2001) 369.

⁹¹¹ Ähnlich *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 15, die etwas pauschaler darauf abstellen, dass der Verzicht auf die Auferlegung sektorspezifischer Verpflichtungen unter Verweis auf Gesichtspunkte der Verhältnismäßigkeit die grundsätzliche Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers für die Notwendigkeit und Reichweite sektorspezifischer Regulierung weitgehend außer Kraft setzen könnte, a.A. wohl *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 238 f.

⁹¹² Dazu *Huppertz*, Die SMP-Konzeption, S. 238 f.

⁹¹³ *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 15 f.; *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 146; *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S.13; *Scherer*, K&R 2002, 329, 339; ebenso unter Verweis auf Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 156 f.; *Klotz*, K&R Beilage 1/2003, 3, 7.; *Haus*, WuW 2004, 171, 177; *Neitzel/B. Müller*, CR 2004, 655, 656; *BerlKommTKG/Gurlit*, § 13 Rdnr. 40. Weitergehend *Jochum*, MMR 2005, 161, 163 f., die den Regulierungsbehörden anscheinend auch kein Auswahlermessen eingeräumt sieht.

2. Vollharmonisierung der Regulierungsbefugnisse im Bereich von Zugang und Zusammenschaltung?

Die Eingriffsbefugnisse, die den nationalen Behörden zur Erfüllung ihres Regulierungsauftrages im Bereich von Zugang und Zusammenschaltung gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Verfügung stehen, sind in den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie näher umrissen. Die möglichen Verpflichtungen umfassen Transparenz, Gleichbehandlung, getrennte Buchführung, Zugangsgewährung und Preiskontrolle. Verpflichtungen dieser Art sah bereits die bisherige Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG vor. Sie sollen als „Obergrenze der Auflagen für Unternehmen festgeschrieben werden, um eine Überregulierung zu vermeiden“.⁹¹⁴ Andere als die in Art. 8 bis 13 vorgesehenen Verpflichtungen dürfen Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht nur unter außergewöhnlichen Umständen auferlegt werden, Art. 8 Abs. 3 S. 2 Zugangsrichtlinie. Die nationalen Regulierungsbehörden müssen dafür in jedem Fall zuvor die Genehmigung der Kommission einholen, die über einen entsprechenden Antrag unter Einbeziehung des Kommunikationsausschusses im Beratungsverfahren eine Entscheidung trifft.⁹¹⁵

Damit ist es aber – entsprechend den allgemeinen Grundsätzen zur Umsetzung von Richtlinien – zunächst nicht ausgeschlossen, dass die in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Pflichten durch die Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen strenger ausgestaltet werden als vorgegeben.⁹¹⁶ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der genannten Formulierung in Erwägungsgrund 14 der Richtlinie. Als „Obergrenze“ sollen die aufgezählten Verpflichtungen nach ihrer Art, nicht aber nach ihrer Intensität festgeschrieben werden. Dafür spricht auch die Fassung von Art 8 Abs. 3 S. 2 Zugangsrichtlinie, der eine Genehmigungspflicht nur für „andere“, nicht aber für intensivere Verpflichtungen vorsieht. Schließlich ließe sich eine „Obergrenze“ der „Intensität“ für zahlreiche der in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Verpflichtungen angesichts der weiten Entscheidungsspielräume der nationalen Regulierungsbehörden und der nur beispielhaften

⁹¹⁴ So Erwägungsgrund 14 der Zugangsrichtlinie.

⁹¹⁵ Vgl. Art. 8 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Art. 14 Abs. 2 Zugangsrichtlinie.

⁹¹⁶ *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 15, Fn. 99; *Klotz*, MMR Beilage 1/2003, 3. Ausführlich zum Umsetzungsspielraum des deutschen Gesetzgebers im Bereich der Vorleistungsregulierung und insbesondere zu der Frage, ob den nationalen Regulierungsbehörden in allen Fällen sämtliche der in Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie vorgesehenen Regulierungsinstrumente zur Verfügung stehen müssen vgl. *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 4 ff.

Aufzählung von möglichen konkreten Verpflichtungen innerhalb der einzelnen Normen (vgl. etwa Art. 12 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie) nur schwerlich bestimmen.

In Bezug auf die nach ihrer *Art* zur Verfügung stehenden Regulierungsinstrumente schafft die Zugangsrichtlinie damit aber – jedenfalls grundsätzlich und für den Regelfall – einen umfassenden Rahmen für die Regulierung von Zugang und Zusammenschaltung in den Mitgliedstaaten, indem sie die verfügbaren Regulierungsoptionen enumerativ aufzählt.⁹¹⁷ Sie lässt den nationalen Gesetzgebern damit einen deutlichen geringeren Spielraum bei der Umsetzung des Rechtsrahmens und erschwert die Einführung zusätzlicher, über den Rahmen der Zugangsrichtlinie hinausgehender, Regulierungsinstrumente deutlich.⁹¹⁸ Dies steht im Gegensatz zur Rechtslage unter der Geltung der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG. Hier hatte der EuGH entschieden, dass die Richtlinie 97/33/EG keine vollständige Harmonisierung bezwecke und die Vorschriften dieser Richtlinie die Mitgliedstaaten daher nicht daran hinderten, Verpflichtungen in Bezug auf den Netzzugang zu schaffen, die in der Richtlinie nicht ausdrücklich vorgesehen waren.⁹¹⁹ Es ist zweifelhaft, ob diese Argumentation auf den neuen Rechtsrahmen übertragen werden kann.⁹²⁰ Im Bereich der den nationalen Behörden für die Regulierung des Netzzugangs zur Verfügung stehenden Eingriffsmöglichkeiten könnte die Zugangsrichtlinie nämlich eine vollständige Harmonisierung anstreben. Ob eine Richtlinie der abschließenden Regelung eines Sachverhalts in diesem Sinne dient – also ihre Harmonisierungsintensität –, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Zielsetzung und des Regelungssystems der Richtlinie zu prüfen.⁹²¹ Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die möglichst weitgehende Harmonisierung der rechtlichen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb auf den Kommunikationsmärkten in der Gemeinschaft allgemein zu den vorrangigen Zielen des neuen Rechtsrahmens zählt.⁹²² Der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie ist insoweit indifferent, da er lediglich vorsieht, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in Art. 9 bis 13 genannten Verpflichtungen

⁹¹⁷ *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 394.

⁹¹⁸ *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 430.

⁹¹⁹ S. EuGH, Urt. v. 13.12.2001, Rs. C-79/00, Slg. 2001, I-10075 = EuZW 2002, 150, 152 – Telefónica de España SA/Administración General del Estado.

⁹²⁰ Vgl. *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 430, Fn. 248; dazu auch *Bartosch*, EuZW 2002, 152.

⁹²¹ Vgl. EuGH Urt. v. 14.10.1987, Rs. C-278/85, Slg. 1987, 4069, Tz. 12 – *Kommission/Dänemark*; *Grabitz/Hilf-Tietje*, Vor Art. 94-97 EGV, Rdnr. 39 („nach einschlägiger Ermächtigungsgrundlage, dem System der Richtlinie und ihrem Gesamterscheinungsbild zu beurteilen“).

⁹²² Dazu oben, § 3 C II, S. 81 ff.

aufzuerlegen. Ob daneben weitere Verpflichtungen vorgesehen werden können, bestimmt die Vorschrift nicht. Der genannte Erwägungsgrund 14 spricht allerdings deutlich für die Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers, in Bezug auf die hier zur Verfügung zu stellenden Regulierungsbefugnisse eine abschließende Regelung treffen zu wollen.⁹²³ Auch der hohe Detailgrad⁹²⁴ der Regelungen der Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie deutet in diese Richtung. Gegen die Annahme, der Richtlinienggeber habe das Ziel einer harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens durch eine verbindliche und abschließende Festlegung der Regulierungsbefugnisse der nationalen Behörden erreichen wollen, spricht aber entscheidend die Vorschrift des Art. 8 Abs. 3 UAbs. 2 Zugangsrichtlinie. Denn hier erkennt der Gemeinschaftsgesetzgeber grundsätzlich an, dass die nationalen Regulierungsbehörden – wenn auch nur „unter außergewöhnlichen Umständen“ – Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den Art. 9 bis 13 vorgesehenen Verpflichtungen auferlegen können. Damit muss es aber auch dem nationalen Gesetzgeber möglich sein, den jeweiligen Behörden für den Fall des Vorliegens solcher „außergewöhnlicher Umstände“ entsprechende Befugnisse einzuräumen. Die Intention einer vollständigen Harmonisierung auf legislativer Ebene kann daher nicht festgestellt werden. Vielmehr wird das Harmonisierungsziel vor allem durch prozedurale Anforderungen verfolgt: Nach Art. 8 Abs. 3 UAbs. 2 S. 2 Zugangsrichtlinie bedarf jede Auferlegung abweichender Verpflichtungen der vorherigen Zustimmung der Kommission.⁹²⁵ Angesichts der bereits tatbestandlich hohen Anforderungen an die Zulässigkeit der Auferlegung abweichender Verpflichtungen und des insoweit umfassenden Zustimmungserfordernisses der Kommission dürfte es aber dabei bleiben, dass die in Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie geregelten Maßnahmen faktisch die – regelmäßige – Obergrenze für die den Unternehmen aufzuerlegenden Verpflichtungen darstellen werden.

3. Die einzelnen Zugangsverpflichtungen

In Bezug auf die in den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie vorgesehenen Verpflichtungen lassen sich zunächst die zentrale Bestimmung zur Zugangsgewährung in Art. 12 einerseits (dazu unter a) sowie die flankierenden Regelungen betreffend Transparenz (Art. 9),

⁹²³ *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 524, gehen vor diesem Hintergrund davon aus, dass der „Grundsatz der Vollharmonisierung“ einen „Eckpfeiler der Zugangsrichtlinie“ darstelle.

⁹²⁴ Zu diesem Kriterium vgl. *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110, 114 f.; *Calliess/Ruffert-Ruffert*, Art. 249 EG-Vertrag, Rdnr. 45; *Geiger*, Art. 249 EGV Rdnr. 10, Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* zur Rs. C-316/93 v. 27.01.1994, Slg. I-763, Tz. 28 – *Vaneetveld/SA Le Foyer*.

Gleichbehandlung (Art. 10) und getrennter Buchführung (Art. 11) andererseits unterscheiden, die den Anspruch auf Zugang und Zusammenschaltung absichern und unterstützen (dazu unter b). Zwischen beiden Gruppen steht die Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten gem. Art. 13 Zugangsrichtlinie (unter c). Angesichts der durch den Richtliniengeber aufgegriffenen hohen Dynamik der Regelungsmaterie und dem besonderen Bemühen, ein flexibles und anpassungsfähiges Regulierungsregime zu schaffen, kommt den Bedingungen, unter denen eine Evaluation und gegebenenfalls Revision der einmal auferlegten Zugangsverpflichtungen vorzunehmen ist, eine besondere Bedeutung zu (unter d).

a) Spezifische Zugangsverpflichtungen, Art. 12 Zugangsrichtlinie

Die eigentliche Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang kann den Betreibern auf der Grundlage von Art. 12 i.V.m. Art. 8 Zugangsrichtlinie auferlegt werden. Die nationalen Regulierungsbehörden sind danach befugt, die Betreiber dazu zu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben (Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie). Umfang und Natur der aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen im Einzelnen sind in der Richtlinie nicht vorgegeben. Vielmehr haben die nationalen Regulierungsbehörden insoweit eine Ermessensentscheidung zu treffen, die gemeinschaftsrechtlich zwar vorstrukturiert ist, den nationalen Regulierungsbehörden aber einen erheblichen Entscheidungsspielraum belässt.⁹²⁶

aa) Die Ermessensentscheidung der nationalen Regulierungsbehörde

Ausgangspunkt für die Regulierungsentscheidung ist dabei die bereits benannte Vorschrift des Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie, nach welcher die nationalen Regulierungsbehörden gegenüber einem als Inhaber beträchtlicher Marktmacht identifizierten Betreiber zum Einschreiten verpflichtet sind. In Konkretisierung des in Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie enthaltenen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips sieht Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie vor, dass sich Art und Umfang der zu ergreifenden Maßnahmen nach der Art des

⁹²⁵ Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 3 der Kommissionsempfehlung zu Art. 7, ABl. EG Nr. L 190 v. 30.7.2003, S. 13.

⁹²⁶ Zur Bedeutung des Wortlauts des Art. 8 Abs. 1, wonach keine konkrete regulatorische Intervention verlangt wird, sondern die nationalen Regulierungsbehörden *befugt* sein müssen, die in den folgenden Vorschriften genannten Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen, vgl. *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung, S. 8 ff.; *Koenig/Braun*, K&R Beilage 2/2002, 1, 25; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 167 f.

aufgetretenen Problems zu richten haben und im Hinblick auf die regulativen Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie angemessen und gerechtfertigt sein müssen.

Dies gilt bereits für die Frage, ob überhaupt eine Zugangsverpflichtung gerade nach Art. 12 Zugangsrichtlinie in Betracht kommt. Erste Anhaltspunkte für diese Entscheidung liefert Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie. Danach können entsprechende Verpflichtungen unter anderem auferlegt werden, wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass eine Zugangsverweigerung oder unangemessene Behinderungen mit einer ähnlichen Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen. Zwar ist damit nicht das allein ausschlaggebende Kriterium für die Zulässigkeit von Zugangsverpflichtungen genannt („unter anderem“). Doch wird der Frage, ob die Zugangsverpflichtung der Förderung des Wettbewerbs auch und gerade auf Endnutzerebene dient, angesichts der regulierungstheoretischen Rechtfertigung entsprechender Eingriffe stets eine zentrale Rolle zukommen müssen.⁹²⁷ Diese Erwägungen werden ergänzt durch einen Katalog von Faktoren, deren Berücksichtigung bei der Entscheidung der Regulierungsbehörde Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie vorschreibt.

Aus dem Zusammenspiel dieser Normen ergibt sich für die nationalen Regulierungsbehörden eine mehrstufige Erwägung: Zunächst müssen sie, aufbauend auf Marktdefinition und Marktanalyse nach Art. 15 und 16 Rahmenrichtlinie, in Bezug auf einem bestimmten Markt diejenigen Probleme definieren, die aus der beträchtlichen Marktmacht eines Betreibers folgen.⁹²⁸ Bereits dies kann nur im Blick auf die Regulierungsziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie, also insbesondere der Wettbewerbsförderung, der Entwicklung des Binnenmarktes und den Bürgerinteressen und ihren jeweiligen in Art. 8 Rahmenrichtlinie weiter ausdifferenzierten Ausprägungen, geschehen. Sodann müssen die angesichts der ermittelten Problemstellungen im Hinblick auf die Regulierungsziele angemessenen und gerechtfertigten Regulierungsoptionen in der Form von konkreten, dem marktmächtigen Betreiber aufzuerlegenden Verpflichtungen ermittelt werden.⁹²⁹ Die entsprechenden

⁹²⁷ Ähnlich *Scherer*, K&R 2002, 329, 341 („besonderes Gewicht“).

⁹²⁸ Vgl. Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte S. 6 unter 3.1.: „Die Marktdefinition soll in erster Linie systematisch die Wettbewerbshindernisse aufzeigen, mit denen sich Unternehmen konfrontiert sehen.“

⁹²⁹ Vgl. Erwägungsgrund 15 der Zugangsrichtlinie; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 117; Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte unter Ziff. 3.4., S. 13.

Entscheidungen sind insbesondere im Hinblick auf die Angemessenheit der Maßnahme zu begründen.⁹³⁰

bb) Der Katalog möglicher Zugangsverpflichtungen

Die nationalen Regulierungsbehörden können sich dabei an dem nicht abschließenden⁹³¹ Katalog möglicher Zugangsverpflichtungen in Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Zugangsrichtlinie orientieren, der die wesentlichen Konstellationen der Zugangsregulierung erfasst. Dazu gehören zunächst Verpflichtungen zur Gewährung des unmittelbaren Netzzugangs und der Zusammenschaltung wie die Verpflichtung, Dritten Zugang zu bestimmten Netzkomponenten oder Einrichtungen einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss zu gewähren⁹³² sowie die Verpflichtung zur Zusammenschaltung von Netzeinrichtungen.⁹³³

Im Rahmen der Durchführung einer Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang und -zusammenschaltung stellen sich aber vielfältige begleitende Probleme technischer und betriebswirtschaftlicher Art. Um eine effektive Umsetzung der Zugangsverpflichtung zu gewährleisten, sieht Art. 12 Abs. 1 S. 2 daher weiter eine Reihe von Beispielen für Verpflichtungen vor, die es erlauben, bereits in der Zugangsanordnung eigenständige Verpflichtungen vorzusehen, um potentielle Konflikte vorgehend zu regeln. Dazu gehört etwa die Verpflichtung, physischen Zugang zu Netzkomponenten oder ähnlichen Einrichtungen zu gewähren, wie etwa die Anordnung der Kollokation oder anderer Formen einer gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen wie Gebäuden, Leitungen oder Masten.⁹³⁴ Auf Ebene der technischen Voraussetzungen für die Durchführung des Zugangs und der Zusammenschaltung ist unter anderem die Verpflichtung angesiedelt, offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien zu gewähren, die für die Sicherstellung der Interoperabilität von Diensten oder im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Diensten für virtuelle Netze unverzichtbar sind.⁹³⁵

⁹³⁰ Dies ergibt sich aus Art. 7 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie; die besondere Bedeutung der Begründung betonen auch Erwägungsgrund 15 der Zugangsrichtlinie und die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 117.

⁹³¹ „Unter anderem“, vgl. auch *Neitzel/B. Müller*, CR 2004, 655, 657.

⁹³² Art. 12 Abs. 1 S. 2 a) Zugangsrichtlinie.

⁹³³ Art. 12 Abs. 1 S. 2 i) Zugangsrichtlinie.

⁹³⁴ Art. 12 Abs. 1 S. 2 f) Zugangsrichtlinie.

⁹³⁵ Art. 12 Abs. 1 S. 2 e) Zugangsrichtlinie.

Sowohl technische als auch betriebswirtschaftliche Hintergründe besitzt die Verpflichtung, Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen zu gewähren, die zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind.⁹³⁶ Dazu können etwa das Inkasso oder die Fakturierung von Forderungen gegenüber Endkunden im Falle des Resales gehören. Um im Interesse eines stärkeren Wettbewerbs auf Ebene der Endkundenmärkte⁹³⁷ entsprechende Geschäftsmodelle zu ermöglichen, sieht Art. 12 Abs. 1 S. 2 d) Zugangsrichtlinie die Möglichkeit vor, marktmächtigen Unternehmen die Verpflichtung aufzuerlegen, bestimmte Dienste zu Großhandelspreisen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten. Schließlich können auch im Rahmen spezifischer Zugangsverpflichtungen Vorkehrungen getroffen werden, die den Prozess ihrer selbstregulativen Umsetzung unterstützen sollen. So kann dem verpflichteten Unternehmen auferlegt werden, mit Unternehmen, die einen Antrag auf Zugang stellen, nach Treu und Glauben zu verhandeln,⁹³⁸ und den bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern.⁹³⁹

cc) Ein Beispiel: Infrastruktur vs. Dienstwettbewerb

Dabei kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht jede denkbare Fallgruppe der Auferlegung von Netzzugangsverpflichtungen gleichsam antizipierend durchgespielt werden. Um die Strukturen der neuen Regulierungsmechanismen klarzulegen ist dies aber auch nicht erforderlich. Die Komplexität der zu treffenden Regulierungsentscheidungen und die Anforderungen an den Entscheidungsprozess der nationalen Regulierungsbehörden lassen sich am Beispiel der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zum Zwecke des Weitervertriebes von Telekommunikationsdienstleistungen veranschaulichen. Dieser Themenkreis berührt eine sowohl zwischen den Marktteilnehmern als auch auf wissenschaftlicher Seite zum Teil mit Vehemenz geführte Debatte um die Vorzugswürdigkeit des Infrastruktur- vor dem Dienstwettbewerb.⁹⁴⁰ Diese vorwiegend ökonomische Frage kann und braucht vorliegend nicht vertieft zu werden; sie ist aber gut geeignet, um die

⁹³⁶ Art. 12 Abs. 1 S. 2 h) Zugangsrichtlinie.

⁹³⁷ Vgl. Art. 12 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie.

⁹³⁸ Art. 12 Abs. 1 S. 2 b) Zugangsrichtlinie.

⁹³⁹ Art. 12 Abs. 1 S. 2 c) Zugangsrichtlinie.

⁹⁴⁰ Vgl. dazu etwa *Börnsen/Coppik*, MMR 2004, 143, 144 f.; *dies.*, TKMR 2003, 317 ff.; *Vogelsang*, MMR 2003, 509; *Kurth*, MMR 2001, 653, 655 ff.; *Koenig*, MMR 2004, 139 ff.; *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR

Schwierigkeiten aufzuzeigen, denen sich eine nationale Regulierungsbehörde bei der Konkretisierung der neuen Regulierungssystematik im Einzelfall ausgesetzt sehen könnte.

Hat also eine nationale Regulierungsbehörde darüber zu entscheiden, ob sie einem marktmächtigen Unternehmen eine entsprechende Netzzugangspflichtung (Art. 12 Abs. 1. S. 2 a) Zugangsrichtlinie) zugunsten von dessen Konkurrenten auferlegt und dies gar mit der Verpflichtung verbindet, diesen Unternehmen einzelne Dienste zu Großhandelsbedingungen zum Zwecke des Weitervertriebs anzubieten (Art. 12 Abs. 1. S. 2 d) Zugangsrichtlinie⁹⁴¹), so wird sie bereits bei der Untersuchung der regulatorischen Zielvorgaben des Art. 8 Rahmenrichtlinie – auf deren Verwirklichung sie auch im Rahmen der einzelnen von ihr zu treffenden Maßnahmen hinzuwirken hat (Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie) – auf relevante, teilweise aber durchaus gegenläufige Kriterien stoßen.⁹⁴²

So sollen die nationalen Regulierungsbehörden einerseits im Rahmen des Zieles der Wettbewerbsförderung nach Art. 8 Abs. 2 Rahmenrichtlinie darauf hinwirken, dass die Nutzer größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität genießen (Art. 8 Abs. 2 a) Rahmenrichtlinie). Gerade die Preise standardisierter Produkte können durch effiziente Reseller aber erheblich unter Druck geraten, so dass dieses Kriterium für die Eröffnung von zusätzlichem (tatsächlichem, nicht lediglich potentiell!) Wettbewerb auf der Endnutzerebene durch die Ermöglichung verstärkten Dienstewettbewerbs streitet.⁹⁴³ Andererseits sollen sie aber auch effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern (Art. 8 Abs. 2 c) Rahmenrichtlinie). Dies spricht für eine nicht zu weitgehende Zulassung des Wiederverkaufs von Leistungen, die auf der Grundlage der Kommunikationsinfrastrukturen anderer Unternehmen erbracht werden, da auf diese Weise möglicherweise Anreize für die Investition in eigene Infrastrukturen abgebaut werden.⁹⁴⁴ Vollends ambivalent ist dann das sich unmittelbar anschließende Ziel „die Innovation zu unterstützen“. Mag man dabei auch zunächst an alternative Technologien zum Aufbau von Kommunikationsinfrastrukturen denken, so darf der Innovationsbegriff keinesfalls auf ein solches technologisches Verständnis

2003, 522, 524; *Koenig/Loetz*, TKMR 2004, 132 ff.; *Kirchner*, Dynamische Regulierung, S. 39 ff.; *Gabelmann*, Netzzugang, S. 165 ff.

⁹⁴¹ Zu den aus dieser Vorschrift folgenden Umsetzungsverpflichtungen s. *Koenig*, MMR 2004, 139 f.

⁹⁴² Vgl. *Kirchner*, Dynamische Regulierung, S. 43 f.

⁹⁴³ Die Bedeutung des Resale betont auch Erwägungsgrund 26 der Universaldienstrichtlinie, demzufolge Resale ein wertvolles Instrument zur Herstellung effektiveren Wettbewerbs auf allen Zugangs- und Dienstleistungsmärkten darstellt, um den Nutzern mehr Wahlmöglichkeiten zu bieten.

⁹⁴⁴ So sehen *Börnsen/Coppik*, TKMR 2003, 317, 320 und 325 durch Art. 8 Abs. 2 c) Rahmenrichtlinie einen gemeinschaftsrechtlichen „Richtungswechsel [...] weg von einer einseitigen Förderung von Intranetz-Wettbewerb, hin zu einem nachhaltigen Wettbewerb zwischen Netzen“ eingeleitet.

verengt werden. Es existieren auch betriebswirtschaftliche Innovationen: So können etwa neue Vergütungsmodelle wie eine Endverbraucher-Flatrate durchaus innovativ sein und ihre Berechtigung am Markt haben.

Diese Zielkonflikte setzen sich im Bereich der Zugangsrichtlinie fort. Art. 12 Abs. 1 S. 1 dieser Richtlinie betont die Bedeutung der Entwicklung eines wettbewerbsorientierten Marktes auf Endnutzerebene. Ein solcher Wettbewerb wird durch die Zulassung des Dienstewettbewerbs gefördert: Dass es den „Interessen der Endnutzer zuwiderläuft“, wenn der Zugang zu Zwecken des Wiederverkaufs von Leistungen zu günstigeren Preisen verhindert wird, dürfte außer Frage stehen. Die nationale Regulierungsbehörde müsste aber auch die in Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie genannten Faktoren berücksichtigen, die den Infrastrukturwettbewerb gegenüber dem Dienstewettbewerb zu bevorzugen scheinen.⁹⁴⁵

Danach sind nämlich unter anderem auch die Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs, sowie die Anfangsinvestitionen des Eigentümers unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken zu berücksichtigen.⁹⁴⁶ Es soll verhindert werden, dass eine kurzfristige Belegung des Wettbewerbs durch die Gewährung des Zugangs zu Infrastrukturen Anreize für die Wettbewerber abbaut, in eigene Infrastruktureinrichtungen zu investieren, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern würden.⁹⁴⁷

Die weiteren in Art. 12 Abs. 2 genannten Kriterien wie die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Errichtung konkurrierender Einrichtungen durch das zugangsbegehrende Unternehmen und die Möglichkeit der Gewährung des begehrten Zugangs angesichts der verfügbaren Kapazitäten des marktmächtigen Betreibers deuten eine Erforderlichkeits- und Zumutbarkeitsprüfung an, wie sie aus der Essential-Facilities-Doktrin des EuGH⁹⁴⁸ bekannt ist.⁹⁴⁹ Allerdings sind die genannten Faktoren hier anders als dort keine tatbestandlichen Voraussetzungen eines Zugangsanspruchs, sondern Kriterien, die - gemeinsam mit anderen – im Rahmen der von der nationalen Regulierungsbehörde zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sein werden.

⁹⁴⁵ Dazu *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 433.

⁹⁴⁶ Art. 12 Abs. 2 d) und c).

⁹⁴⁷ Vgl. Erwägungsgrund 19 zur Zugangsrichtlinie; *Börsen/Coppik*, MMR 2004, 143, 145.

⁹⁴⁸ Dazu unten, § 4 B. II. 2.

⁹⁴⁹ Auf die Verwandtschaft der Kriterien des Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie mit der Essential-Facilities-Doktrin weisen *Scherer*, K&R 2002, 329, 341 und *Thomaschki*, MMR 2003, 500, 501 zu Recht hin.

Hätte die nationale Regulierungsbehörde schließlich alle genannten Faktoren auf der Grundlage der vorangegangenen Verfahren der Marktdefinition und -analyse und im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall bewertet und wäre auf dieser Grundlage zu der Entscheidung gelangt, dem betreffenden Unternehmen eine Zugangsverpflichtung nach Art. 12 Zugangsrichtlinie auferlegen zu wollen, so müsste sie gem. Art. 8 Abs. 4 S. 2 Zugangsrichtlinie vor dem Erlass einer entsprechenden Regulierungsverfügung zunächst das Anhörungsverfahren nach Art. 6 Rahmenrichtlinie durchführen. Gegebenenfalls sind auch das einfache bzw. qualifizierte Konsultationsverfahren des Art. 7 Rahmenrichtlinie einzuleiten. Die eingegangenen Stellungnahmen von interessierten Parteien, anderen nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission müsste die jeweilige Behörde entsprechend dem oben Ausgeführten prüfen und sodann ihren Maßnahmenentwurf in diesem Lichte erneut unter Berücksichtigung der einschlägigen Zielvorgaben und der vielfältigen betroffenen Interessen auf die Erforderlichkeit etwaiger Anpassungen untersuchen.

dd) Würdigung

Das Beispiel verdeutlicht, dass die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen einen voraussetzungsvollen Abwägungsprozess erfordert, der insbesondere im Hinblick auf das zu beachtende Prinzip der Verhältnismäßigkeit (Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie) und die gemäß den Vorgaben der Regulierungsziele in Art. 8 Rahmenrichtlinie und der übrigen, gem. Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie zu beachtenden teilweise hoch komplexen Faktoren erhebliche Anforderungen an den technischen und ökonomischen Sachverstand des Regulierers stellt. Trotz der umfangreichen Zielvorgaben und vorgegebenen ermessensleitenden Kriterien bleibt für ihn im Einzelfall wohl ein erheblicher Entscheidungsspielraum, den er durch eigene ordnungspolitische Richtungsbestimmungen ausfüllen wird müssen.⁹⁵⁰

Durch die Eröffnung eines solchen Entscheidungsspielraums wird zunächst die gewünschte erhebliche Flexibilisierung der Regulierung erreicht. Diese dient vor allem dazu, auf Seite der Rechtsfolgen und Regulierungsinstrumente einen Ausgleich für das recht strikte Marktanalyseverfahren zu schaffen⁹⁵¹ und den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit einzuräumen, trotz ihrer grundsätzlichen Verpflichtung zum Tätigwerden gegenüber marktmächtigen Betreibern den ökonomischen und technologischen Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls gerecht zu werden. Auf diese Weise können beispielsweise einerseits die erheblichen Investitionen, die beim Aufbau einer neuen Infrastruktur – etwa dem rückkanalfähigen Ausbau der Kabelnetze – anfallen, im Rahmen der Regulierung berücksichtigt werden.⁹⁵² Andererseits könnte im Fall von existierenden Infrastrukturen des Ex-Monopolisten Berücksichtigung finden, dass sie zum Teil unter staatlicher Ägide und Verwendung von öffentlichen Mitteln noch unter dem Schutz des Monopols aufgebaut wurden⁹⁵³ und die bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen zu berücksichtigenden Investitionsrisiken⁹⁵⁴ als extrem gering anzusetzen sein werden.⁹⁵⁵ Mit der

⁹⁵⁰ Ähnlich *Scherer*, K&R 2002, 329, 341.

⁹⁵¹ Die Rigidität dieses Verfahrens kritisiert auch *Vogelsang*, MMR 2003, 509.

⁹⁵² Zu diesem Beispiel sowie insgesamt zur Dynamisierung des Regelungskonzeptes *Ladueur*, K&R 2002, 110, 115.

⁹⁵³ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte unter 1., S. 3.

⁹⁵⁴ Zu deren Relevanz vgl. Art. 12 Abs. 2 c) a. E. Zugangsrichtlinie.

⁹⁵⁵ Vgl. *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505, 506. Etwaige Investitionsrisiken dürften überwiegend technischer, weniger betriebswirtschaftlicher Natur gewesen sein.

höheren Flexibilität der Regulierung wird aber auch eine erhebliche Unsicherheit in den Markt getragen, die erst mit zunehmender Routine der Regulierer bei der Anwendung der neuen Regeln etwas abgebaut werden wird. Dieses Problem wird dadurch verschärft, dass die Richtlinien zwar einerseits umfassende Zielvorgaben enthalten, andererseits aber keine allgemeinen Kriterien bereitstellen, um die sich dadurch ergebenden zahlreichen Zielkonflikte aufzulösen.⁹⁵⁶ Dies ist einerseits bedenklich, weil den nationalen Regulierungsbehörden auf diese Weise die Möglichkeit eröffnet wird, vielfältige selbstdefinierte ordnungspolitische Konzeptionen in das Telekommunikationsrecht zu importieren, mag aber andererseits angesichts der Heterogenität der betroffenen Kommunikationsmärkte in der Gemeinschaft nicht anders möglich sein. Jedenfalls setzt das gewählte Regelungskonzept in der Folge ein erhebliches Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der nationalen Regulierungsbehörden. Ob sie die an sie gerichteten Erwartungen einlösen werden können, ist eine zunächst offene Frage.

b) Verpflichtungen zur Unterstützung der Selbstregulierung

Neben der Anordnung der eigentlichen Gewährung von Netzzugang sieht die Zugangsrichtlinie noch eine Reihe weiterer möglicher Verpflichtungen vor, die eher ergänzenden Charakter haben und hauptsächlich dazu dienen, die praktische Wirksamkeit der auferlegten Zugangsverpflichtungen abzusichern.⁹⁵⁷ Dazu verfolgen sie vor allem zwei Zwecke: Zunächst sollen sie den selbstregulativen Abschluss von Zugangs- und Zusammenschaltungsvereinbarungen, auch vor dem Hintergrund bestimmter, einem marktmächtigen Betreiber zuvor auferlegten Zugangsverpflichtungen, erleichtern und insbesondere den Spielraum des marktmächtigen Unternehmens für strategisches Verhalten begrenzen. Insoweit kommt den auferlegten Verpflichtungen eine die Marktprozesse nicht ersetzende, sondern eher unterstützende Funktion zu. Zum zweiten dienen sie dazu, den nationalen Regulierungsbehörden die Wahrnehmung ihrer Regulierungsaufgabe gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu ermöglichen und zu erleichtern.

aa) Transparenz, Art. 9 Zugangsrichtlinie

Diese Funktion der regulativ auferlegten Verpflichtungen als marktbegleitende Regulierung, die den Versuch der Selbstregulation mit Hilfe der Mechanismen des Marktes nicht ersetzen,

⁹⁵⁶ Koenig/Loetz, Network Access, S. 428.

⁹⁵⁷ Vgl. Koenig/Loetz aaO.

sondern vielmehr angesichts bestimmter struktureller Probleme zu deren Gelingen beitragen will,⁹⁵⁸ lässt sich etwa am Beispiel der in Art. 9 Zugangsrichtlinie vorgesehenen Transparenzverpflichtungen illustrieren. Nach Art. 9 Abs. 1 Zugangsrichtlinie können die marktmächtigen Betreiber dazu verpflichtet werden, bestimmte Informationen im Zusammenhang mit Netzzugang und Zusammenschaltung zu veröffentlichen. Dabei kann es sich etwa um Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen oder Tarife handeln. Zweck der Vorschrift ist es, durch die Transparenz in Bezug auf die Zugangs- und Zusammenschaltungsbedingungen einschließlich der Preise den Verhandlungsprozess zu beschleunigen und Streitigkeiten zu verhindern, sowie den Marktteilnehmern die Gewissheit zu bieten, dass ein bestimmter Dienst ohne Diskriminierung erbracht wird.⁹⁵⁹ Um die Effizienz einer entsprechenden Verpflichtung sicherzustellen⁹⁶⁰ sind die nationalen Regulierungsbehörden grundsätzlich befugt, detailliert anzuordnen, welche Informationen mit welchen Einzelheiten zu veröffentlichen sind, auf welche Art dies zu geschehen hat und ob die Informationen gebührenfrei zugänglich zu machen sind.⁹⁶¹ Auch hier werden die zulässigen Maßnahmen allerdings durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit gem. Art 8 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie, Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie begrenzt.

bb) Insbesondere: Das Standardangebot

Trotz einer gegebenenfalls bestehenden Verhandlungspflicht oder sogar eines Kontrahierungszwangs⁹⁶² im Falle der spezifischen Nachfrage eines einzelnen Unternehmens nach Zugangsleistungen, bestehen für ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erhebliche Verhandlungsspielräume bei der Ausgestaltung des begehrten Zugangs. Ebenso kann es den Abschluss einer Zugangsvereinbarung völlig verweigern und das nachfragende Unternehmen dadurch zwingen, die nationale Regulierungsbehörde anzurufen. Ein solches aufwändiges Verfahren der individuellen Aushandlung mit der Möglichkeit eines Scheiterns der selbstregulativen Prozesse in jedem Einzelfall und einer sich anschließenden behördlichen

⁹⁵⁸ Vgl. *Hoffmann-Riem/Eifert*, Regelungskonzepte, S. 29 f., die im Zusammenhang mit dem TKG-alt den Begriff der „aktiven Marktbegleitung“ verwenden.

⁹⁵⁹ So Erwägungsgrund 16 der Zugangsrichtlinie.

⁹⁶⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie, wonach die nationalen Regulierungsbehörden ihre Zuständigkeiten in effizienzfördernder Weise wahrzunehmen haben.

⁹⁶¹ Vgl. Art. 9 Abs. 3 und Erwägungsgrund 16 der Zugangsrichtlinie a.E.

⁹⁶² Vgl. oben, § 3 F. III. 2., S. 211 ff.

Intervention und deren gerichtlicher Kontrolle, bedeutet eine erhebliche Verzögerung bei der durch die Zugangsgewährung angestrebten Wettbewerbsförderung, bindet erhebliche Ressourcen bei Marktteilnehmern und Regulierungsbehörden und verursacht dadurch hohe Transaktionskosten. Es ist daher dort, wo eine bestimmte Leistung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht von einer großen Anzahl von Unternehmen in gleicher Weise nachgefragt wird, in hohem Maße ineffizient. Zudem besteht die Gefahr, dass verschiedene Unternehmen bei der Nachfrage nach derselben Leistung unterschiedlich behandelt werden.⁹⁶³ Um also eine effiziente und diskriminierungsfreie Bereitstellung von Zugangsleistungen zu gewährleisten, bietet es sich an, für häufig nachgefragte Produkte ein Angebot vorzuhalten, das von der Regulierungsbehörde und gegebenenfalls den Gerichten überprüft ist und das so detailliert ist, dass ein Wettbewerber mit einer entsprechenden Nachfrage es ohne weitere Verhandlungen annehmen kann. Diesem Zweck dient die in Art. 9 Abs. 2 Zugangsrichtlinie geregelte Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebotes.

In einem solchen Angebot sind unter anderem die betreffenden Dienstangebote dem Marktbedarf entsprechend in einzelne Komponenten aufzuschlüsseln und die jeweiligen Bedingungen für den Abschluss einer Zugangs- beziehungsweise Zusammenschließungsvereinbarung anzugeben. Die Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebotes ist, wie dargelegt, im Zusammenhang mit der Verhandlungs- und Kontrahierungspflicht des Art 4 Abs. 1 Zugangsrichtlinie zu sehen. Unter anderem durch die Vorlage eines Standardangebots erfüllen die Betreiber ihre Verpflichtung nach Art. 4 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie, Zugang und Zusammenschließung entsprechend den ihnen auferlegten regulativen Verpflichtungen zu angemessenen Bedingungen anzubieten.

Damit ein Standardangebot seine Funktionen insbesondere der Verfahrensbeschleunigung und der Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit erfüllen kann, formuliert Art. 9 Abs. 2 Zugangsrichtlinie einige inhaltliche Anforderungen und stattet die nationalen Regulierungsbehörden mit einer entsprechenden Kontroll- und Eingriffsbefugnis aus. Um auf der Grundlage des Standardangebots tatsächlich unmittelbar den Abschluss einer Zugangsvereinbarung zu ermöglichen, müssen die aufgenommenen Dienste hinreichend entbündelt sein. Dies bedeutet, dass die im Standardangebot aufgeführten Dienste „dem Marktbedarf entsprechend“, also entsprechend der – tatsächlichen oder prognostizierten – Nachfrage der Wettbewerber, so definiert werden, dass sie jeweils nur die einzelnen nachgefragten Komponenten umfassen. Dies soll sicherstellen, dass die Zugang begehrenden

⁹⁶³ Vgl. BeckKomm-TKG/Piepenbrock, Anh § 39, § 6 NZV, Rdnr. 23.

Unternehmen auf der Grundlage des Standardangebots nicht für Leistungen zahlen müssen, die für den gewünschten Dienst nicht erforderlich sind.⁹⁶⁴

Gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie haben die marktmächtigen Betreiber den Zugang und die Zusammenschaltung zu Bedingungen anzubieten, die mit den ihnen nach der Zugangsrichtlinie auferlegten Verpflichtungen in Einklang stehen. Um dies sicherzustellen sind die nationalen Regulierungsbehörden gem. Art. 9 Abs. 3 S. 2 Zugangsrichtlinie weiter befugt, den Betreibern Änderungen des Standardangebots vorzuschreiben. Es wird in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, ob der Begriff auf das Standardzusammenschaltungsangebot, das Standardentbündelungsangebot oder andere zusätzliche Standardangebote abstellt.⁹⁶⁵ Diese Unterscheidung bezieht sich auf die im früheren europäischen Rechtsrahmen enthaltenen Vorschriften zur Vorlage eines Standardangebots in Bezug auf die Zusammenschaltung einerseits,⁹⁶⁶ und die – zunächst weiter geltende – Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots für den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss und zugehörigen Einrichtungen nach Art. 3 der TAL-Verordnung Nr.2887/2000 andererseits.⁹⁶⁷ Anders als der alte Rechtsrahmen beschränkt Art. 9 Abs. 2 Zugangsrichtlinie die Möglichkeit der Verpflichtung eines Betreibers zur Vorlage eines Standardangebots nicht mehr auf bestimmte Zugangsleistungen wie etwa die Zusammenschaltung. Wie sich aus der Befugnis des Art. 9 Abs. 2 S. 2 ergibt, Standardangebote zu ändern um „den nach dieser Richtlinie auferlegten Verpflichtungen zur Geltung zu verhelfen“, können grundsätzlich auch alle nach der Zugangsrichtlinie zur Verfügung stehenden Verpflichtungen Gegenstand eines Standardangebots sein. Dies gilt insbesondere für die unterschiedlichen Spielarten der nach Art. 12 Zugangsrichtlinie auferlegten Zugangsverpflichtungen.

Besondere Vorgaben an den Inhalt eines Standardangebots enthält schließlich Art. 9 Abs. 4 Zugangsrichtlinie für den praktisch besonders bedeutsamen Fall, der Verpflichtung zur Gewährung von entbündeltem Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung nach Art. 12 Zugangsrichtlinie. Hier schreibt Anhang II zur Zugangsrichtlinie eine Reihe von Komponenten vor, die in einem entsprechenden Standardangebot enthalten sein müssen.

⁹⁶⁴ Vgl. Art. 9 Abs. 2 S. 1 Zugangsrichtlinie.

⁹⁶⁵ Siehe *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 126, Fn. 154 und begleitender Text.

⁹⁶⁶ Art. 7 Abs. 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG.

⁹⁶⁷ Dazu *Scherer*, K&R 2002, 329, 340; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 19 f.

Die Verpflichtung zu Veröffentlichung eines Standardangebots ist eine wichtige Maßnahme zur Steigerung der Effizienz der Kooperation von Zugangsberechtigten und Zugangsverpflichteten.⁹⁶⁸ Ihr wird das Potential zugeschrieben, zukünftig viele der bislang aufgetretenen Probleme bei den Vertragsangeboten und der Vertragspraxis etwa der DTAG für die Zusammenschaltung, den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und die Bereitstellung von Mietleitungen beheben zu können.⁹⁶⁹ Allerdings entbindet die Vorlage des Standardangebots nicht vom Versuch einer anderweitigen individuellen Vereinbarung.⁹⁷⁰ Das Standardangebot stellt aber für die zugangsbegehrenden Unternehmen eine Rückfalllinie für das Scheitern von Individualverhandlungen dar, demgegenüber sie sich nur besser stellen können.⁹⁷¹ Tatsächlich kann die Vorlage eines umfassenden Standardangebots, das von den Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden kann,⁹⁷² und das darüber hinaus gegebenenfalls von den Regulierungsbehörden (und den Gerichten überprüft) ist, mittelfristig die Aushandlungsprozesse bezüglich der Verwirklichung eines Zugangs, zu dessen Gewährung ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet wurde, erheblich beschleunigen. Angesichts der entscheidenden Bedeutung des Zeitfaktors bei der Nutzung von Marktchancen gerade in den dynamischen Märkten des Kommunikationssektors dürfte diesem Instrument damit eine große Bedeutung bei der Förderung des Wettbewerbs zukommen.

cc) Gleichbehandlung, Art. 10 Zugangsrichtlinie

Die Verpflichtung zur Veröffentlichung eines Standardangebots kann „insbesondere“ gegenüber Unternehmen angeordnet werden, denen Gleichbehandlungsverpflichtungen auferlegt wurden. Die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden, entsprechende Verpflichtungen in Bezug auf die Zusammenschaltung und den Netzzugang aufzuerlegen ergibt sich nun aus Art. 10 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.⁹⁷³ Durch eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung soll insbesondere solchen Wettbewerbsverzerrungen entgegengewirkt

⁹⁶⁸ Möschel/Haug, MMR 2003, 505, 506.

⁹⁶⁹ So Heun, CR 2003, 485, 491.

⁹⁷⁰ Möschel/Haug, MMR 2003, 505, 506.

⁹⁷¹ Vogelsang, MMR 2003, 510, 511. Allerdings stellt sich bei einer Abweichung vom Standardangebot das Problem einer möglichen Diskriminierung anderer Anbieter.

⁹⁷² Vgl. § 21 Abs. 3 S. 4 TKG.

⁹⁷³ Vgl. bisher etwa Art. 6 a) Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG. Zur Umsetzung in § 19 TKG vgl. Attendorn, MMR 2005, 353 ff.

werden, die sich aus der vertikalen Integration eines Betreibers mit Marktmacht ergeben könnten.⁹⁷⁴ Denn ein solches Unternehmen erbringt auf den Vorleistungsmärkten häufig Dienste für Unternehmen, mit denen es auf den nachgelagerten Märkten in unmittelbarem Wettbewerb steht.⁹⁷⁵ Aus diesem Grund erlangen die Gleichbehandlungspflichten vor allem im Verhältnis zwischen dem marktmächtigen Betreiber selbst und seinen Wettbewerbern Bedeutung. Sie sollen dafür Sorge tragen, dass der jeweilige Betreiber anderen Unternehmen, die gleichartige Dienste erbringen, gleichwertige Bedingungen einräumt und gegenüber Dritten Dienste und Informationen zu den gleichen Bedingungen und in der gleichen Qualität bereitstellt wie er es für die eigenen Produkte oder die seiner Tochter- und Partnerunternehmen tut (Art. 9 Abs. 2 Zugangsrichtlinie). Der Betreiber mit Marktmacht soll also seinen Wettbewerbern, soweit sie zur Erbringung ihrer eigenen Leistung auf dessen Dienste zurückgreifen, grundsätzlich dieselben Bedingungen einräumen, wie er sie sich auch selbst gewährt. Eine solche Gleichbehandlungsverpflichtung stellt damit ein grundsätzliches Diskriminierungsverbot von internen und externen Nachfragern dar.⁹⁷⁶

dd) Getrennte Buchführung, Art. 11 Zugangsrichtlinie

In engem Zusammenhang mit der Problematik der Schaffung von Wettbewerb angesichts der Marktmacht eines vertikal integrierten Ex-Monopolisten steht auch die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden nach Art. 11 Abs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie, marktmächtigen Betreibern für bestimmte Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Zusammenschaltung oder dem Zugang eine getrennte Buchführung vorzuschreiben. Denn gerade die Einhaltung der Nichtdiskriminierungspflicht des Art. 10 Zugangsrichtlinie lässt sich ohne Einblick in die internen betriebswirtschaftlichen Vorgänge des marktmächtigen Betreibers kaum kontrollieren. Solange die internen Kosten der Bereitstellung nicht bekannt sind – möglicherweise, weil sie von dem Betreiber selbst bisher nicht gesondert erfasst werden – ist insoweit die Auferlegung einer Gleichbehandlungspflicht sinnlos. Aus diesem Grund sieht Art. 10 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie besondere Vorkehrungen in Bezug auf vertikal integrierte Unternehmen vor und bestimmt, dass die nationalen Regulierungsbehörden von diesen Unternehmen insbesondere verlangen können, ihre Großkundenpreise und internen Kostentransfers transparent zu machen. Neben der Überwachung der

⁹⁷⁴ Vgl. *Koenig*, N&R 2006, 88.

⁹⁷⁵ Erwägungsgrund 17 der Zugangsrichtlinie.

⁹⁷⁶ Vgl. *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 435 f.; *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 146.

Gleichbehandlungspflicht des Art. 10 Zugangsrichtlinie soll dies insbesondere dazu dienen, unerlaubte Quersubventionen aufzudecken und diese gegebenenfalls zu verhindern.⁹⁷⁷ Auch hier steht es den nationalen Regulierungsbehörden grundsätzlich frei, die von den Betreibern zu verwendende Buchführungsmethode und das zu verwendende Format festzulegen.⁹⁷⁸ Die Zugangsrichtlinie enthält – anders als noch Art. 8 Abs. 1 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG – keine ausdrücklichen Vorschriften zur getrennten Buchführung von Betreibern, die weiterhin besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Sektoren besitzen. Der den nationalen Regulierungsbehörden eingeräumte Spielraum bei der Auferlegung von Verpflichtungen dürfte es aber möglich machen, entsprechende Verpflichtungen auf nationalstaatlicher Ebene weiterhin vorzusehen.⁹⁷⁹ Die Kommission hat am 19. September 2005 eine Empfehlung über die getrennte Buchführung und Kostenrechnung veröffentlicht, die Vorgaben zu Format und Methode der Buchführung enthält.⁹⁸⁰

Die Pflicht, über bestimmte Tätigkeiten besonders Buch zu führen, wird in Art. 11 Abs. 2 Zugangsrichtlinie durch die Befugnis der nationalen Regulierungsbehörden ergänzt, von den marktmächtigen Betreibern die Vorlage der Buchungsunterlagen einschließlich der Daten über die von Dritten erhaltenen Beträge zu verlangen. Diese Informationsbefugnis tritt neben die allgemeineren Rechte aus Art. 5 Rahmenrichtlinie. Soweit dies zur Verwirklichung eines offenen und wettbewerbsorientierten Marktes beiträgt, sind die nationalen Regulierungsbehörden berechtigt, diese Informationen zu veröffentlichen; sie haben dabei aber die gemeinschaftlichen und mitgliedstaatlichen Regeln zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu beachten.⁹⁸¹

⁹⁷⁷ Vgl. auch Erwägungsgrund 18 der Zugangsrichtlinie. Beide Aufgaben überschneiden sich: Eine Quersubventionierung kann zugleich gegenüber einem Wettbewerber eine Ungleichbehandlung darstellen, wenn sie dazu dient, dem eigenen Unternehmen bei der Bereitstellung bestimmter Dienste günstigere Konditionen einräumen zu können.

⁹⁷⁸ Art. 11 Abs. 1 S. 3 Zugangsrichtlinie.

⁹⁷⁹ *Koenig/Loetz*, Network Access, S. 436.

⁹⁸⁰ Empfehlung der Kommission vom 19. September 2005 über die getrennte Buchführung und Kostenrechnungssysteme entsprechend dem neuen Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation, ABl. EG Nr. L 266/64 v. 11.10.2005. Die Maßnahme dient der Neufassung einer bereits im Jahre 1998 von der Kommission veröffentlichten Empfehlung (Empfehlung der Kommission vom 8. April 1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten Telekommunikationsmarkt, Teil 2 – Getrennte Buchführung und Kostenrechnung, 98/322/EG, ABl. EG Nr. L 141 v. 13.5.1998, S. 6 ff.).

⁹⁸¹ Art. 11 Abs. 2 S. 2 Zugangsrichtlinie.

c) Entgeltregulierung auf Vorleistungsmärkten

Die Zugangsrichtlinie räumt den nationalen Regulierungsbehörden auch Befugnisse zur Regulierung von Entgelten für die Bereitstellung von Vorleistungen ein.⁹⁸² Art. 13 Abs. 1 sieht insoweit zunächst als zusätzliche Tatbestandvoraussetzung vor, dass die durchgeführte Marktanalyse darauf hinweist, dass ein Betreiber seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten oder Preisdiskrepanzen praktizieren könnte. Die jeweilige nationale Regulierungsbehörde braucht also keine tatsächlich missbräuchliche Preissetzung nachzuweisen; es ist ausreichend, wenn sie Hinweise auf ein entsprechendes Verhalten nachweisen kann.⁹⁸³ Wie bereits bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen steht den nationalen Regulierungsbehörden auf der Rechtsfolgende ein äußerst weitgehendes Ermessen bei der Auswahl geeigneter Maßnahmen zu.⁹⁸⁴ Die im bisherigen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen teilweise vorgesehene Festlegung auf den Maßstab der Kostenorientierung entfällt damit.⁹⁸⁵ Die nationalen Regulierungsbehörden können nunmehr abhängig von den Verhältnissen auf dem jeweils in Rede stehenden Markt über die Auferlegung von Verpflichtungen zur Preiskontrolle und zur Kostenrechnung entscheiden. Soweit der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt nicht intensiv genug ist, um überhöhte Preise zu verhindern, können sie grundsätzlich weiterhin eine ex-ante Verpflichtung zur Kostenorientierung der Preise vorsehen.⁹⁸⁶ Die Zugangsrichtlinie ermächtigt die nationalen Regulierungsbehörden in diesem Zusammenhang, dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bestimmte Auflagen in Bezug auf die anzuwendenden Kostenrechnungsmethoden zu machen,⁹⁸⁷ schreibt selbst aber keine bestimmte Kostenrechnungsmethode vor. Allerdings müssen die nationalen Regulierungsbehörden den Investitionen des Betreibers Rechnung tragen und ihm eine angemessene, risikoadäquate Rendite für das eingesetzte Kapital ermöglichen.⁹⁸⁸ Erforderlich ist darüber hinaus, dass die vorgegebenen Kostendeckungsmechanismen und Tarifsysteme die wirtschaftliche Effizienz

⁹⁸² Die Regulierung von Endnutzerentgelten ermöglicht etwa Art. 17 Universaldienstrichtlinie.

⁹⁸³ Scherer, K&R 2002, 329, 342.

⁹⁸⁴ Beese/Merkt, MMR 2000, 532, 535.

⁹⁸⁵ Für den Bereich der Vorleistungsmärkte sah bisher etwa Art. 7 Abs. 2 Zusammenschaltungsrichtlinie 1997 die Kostenorientierung der Zusammenschaltungsentgelte vor, vgl. Schütz/Attendorn/Koenig, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 171.

⁹⁸⁶ Erwägungsgrund 20 der Zugangsrichtlinie.

⁹⁸⁷ Art. 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S.1, Abs. 4 S. 1 Zugangsrichtlinie.

und einen nachhaltigen Wettbewerb fördern und für die Verbraucher möglichst vorteilhaft sind.⁹⁸⁹ Schließlich obliegt es dem verpflichteten Unternehmen nachzuweisen, dass die erhobenen Preise sich an diesen Parametern orientieren.⁹⁹⁰ Die Regelungen der Entgeltregulierung weisen in ihren Einzelproblemen weit über die Fragen der Zugangsgewährung zu Telekommunikationsnetzen hinaus und sind daher nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

d) *Evaluation und Anpassung der Zugangsverpflichtungen*

Trotz der Überschrift („Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von Verpflichtungen“) regelt Art. 8 Zugangsrichtlinie nicht ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen einmal auferlegte Verpflichtungen eines marktmächtigen Unternehmens geändert werden können. Für die Änderung der Verpflichtungen gelten daher – gemeinschaftsrechtlich – dieselben Voraussetzungen wie für deren erstmalige Auferlegung: Die geänderten Verpflichtungen müssen „angemessen und gerechtfertigt“ sein, Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie.⁹⁹¹ Ein erneutes Marktanalyseverfahren ist auch hier grundsätzlich nicht durchzuführen;⁹⁹² die Mitgliedstaaten können die Verpflichtungen grundsätzlich jederzeit ändern.⁹⁹³

Unabhängig von der *Möglichkeit* der Änderung sieht der neue Rechtsrahmen auf Ebene der nationalen Regulierungsbehörden eine periodische Revision der konkret durch die jeweilige Behörde auferlegten Zugangsverpflichtungen vor. Die nationalen Regulierungsbehörden haben gem. Art. 7 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie in „regelmäßigen Abständen“ ein erneutes Marktanalyseverfahren nach Art. 16 Rahmenrichtlinie durchzuführen. In diesem Zusammenhang haben sie die betroffenen Märkte daraufhin zu untersuchen, ob das existierende Zugangsregime in Art und Umfang weiterhin angemessen ist, also bestehende Verpflichtungen beibehalten, geändert oder aufgehoben werden sollen. Will die nationale Regulierungsbehörde bestehende Verpflichtungen ändern oder aufheben, so sind die betroffenen Parteien hiervon rechtzeitig zu unterrichten, Art. 7 Abs. 3 S. 2 Zugangsrichtlinie. Auf diese Weise wird vor allem auch den Wettbewerbern eines bisher als marktmächtig

⁹⁸⁸ Art. 13 Abs. 1 S. 2 Zugangsrichtlinie.

⁹⁸⁹ Art. 13 Abs. 2 S. 1 Zugangsrichtlinie.

⁹⁹⁰ Art. 13 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie.

⁹⁹¹ Vgl. *Schütz/Attendorn*, MMR Beilage 4/2002, 15.

⁹⁹² Vgl. Erwägungsgrund 15 der Zugangsrichtlinie.

⁹⁹³ Ebenso *Schütz/Attendorn/Koenig*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 151.

angesehenen Unternehmens ermöglicht, sich auf die veränderten regulatorischen Rahmenbedingungen und gegebenenfalls einen Wegfall bestimmter Zugangsansprüche einzustellen.

Die periodische Revision des konkreten Regulierungsrahmens dient der fortlaufenden Anpassung der Regulierung an sich verändernde Marktverhältnisse. Sie ist damit ein wesentliches Element einer Regulierungsstrategie, die auf erhöhte Flexibilität der Regulierung und die möglichst marktnahe Ansiedelung der Regulierungskompetenzen setzt. Mit einiger Berechtigung ließe sich auch die umgekehrte Kausalbeziehung herstellen: Die Einräumung größerer Flexibilität und die Verlagerung grundsätzlicher Entscheidungskompetenzen auf die Ebene der nationalen Regulierungsbehörden erfolgt gerade deshalb, weil dadurch eine weniger aufwändige und damit in kürzeren Intervallen mögliche Evaluation und gegebenenfalls auch Anpassung des existierenden Rechtsrahmens erfolgen kann. Dabei hat der Gemeinschaftsgesetzgeber vorrangig die Überprüfung der sektorspezifischen Regulierung auf mögliche Spielräume für deren Rückbau im Blick: Mit allmählich zunehmendem Wettbewerb sollen die bereichsspezifischen Regelungen schrittweise abgebaut werden und die Regulierungsbehörden daher die Möglichkeit haben, die Regulierungsaufgaben dort zu lockern, wo der Wettbewerb zu den gewünschten Ergebnissen führt.⁹⁹⁴ Dies ist aber nicht – auch nicht aus Sicht eines Richtliniengebers, der sich regelmäßig zum langfristigen Ziel eines Abbaus der sektorspezifischen Regulierung zu Gunsten des allgemeinen Wettbewerbsrechts bekennt⁹⁹⁵ – die alleinige Betrachtungsperspektive. Denn wenn die Revisionsvorkehrungen dem Zweck dienen, eine Anpassung des Rechtsrahmens an die sich dynamisch verändernden Marktverhältnisse zu ermöglichen, so muss die Qualität dieser Anpassung auch in der Lage sein, die beobachteten Marktentwicklungen nachzuvollziehen. Und dass sich die Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten des Kommunikationssektors nicht auf einer beständigen Trajektorie hin zu einem Ideal vollständigen oder auch nur potentiellen Wettbewerbs bewegt, haben die Entwicklungen der Jahre 1999/2000 eindrücklich vor Augen geführt. Der neue Rechtsrahmen muss auch auf solche Entwicklungen eine regulative Antwort zu geben im Stande sein. Dem trägt grundsätzlich auch der Gemeinschaftsgesetzgeber Rechnung, indem er anerkennt, dass auf Grund der technischen Entwicklung neue Engpässe entstehen können, die gegebenenfalls eine Vorabregulierung

⁹⁹⁴ Vgl. Erwägungsgrund 13 der Zugangsrichtlinie.

⁹⁹⁵ Dazu bereits oben, § 3 C. IV. 1., S. 89 ff.

erfordern.⁹⁹⁶ Trifft dies aber zu, so ist die Diskussion um die vollständige Rückführung der bereichsspezifischen Regulierung nicht mehr als eine Mahnung, im Markt stehenden Unternehmen regulatorische Verpflichtungen nicht leichtfertig aufzuerlegen. Auch ist das Bekenntnis zu einem Ziel der langfristigen Abschaffung einer sektorspezifischen Regulierung des Wettbewerbs auf Telekommunikationsmärkten in Frage gestellt. Denn es könnte sich erweisen, dass die Stufe eines strukturell gesicherten, dauerhaft ohne Regulierung auskommenden Wettbewerbs auf einigen Märkten niemals erreicht werden wird. Die Frage, ob dies auf Grund unveränderlicher struktureller Bedingungen der betreffenden Märkte dauerhaft der Fall sein wird, kann angesichts der unhintergehbaren Unsicherheit bei der Prognose zukünftiger Marktentwicklungen im Allgemeinen und der sich ständig verändernden technologischen Optionen des Kommunikationssektors im Besonderen nicht sinnvoll beantwortet werden. Zwar hält der neue Rechtsrahmen dennoch an diesem grundsätzlichen Bekenntnis fest. Er verankert aber keinen „Grundsatz der Deregulierung“, der es verbieten würde, die Regulierungsintensität dann wieder anzuheben, wenn dies angesichts der Marktentwicklung im Hinblick auf die regulatorischen Ziele des Art. 8 erforderlich und angesichts der in den einzelnen Richtlinien vorgehaltenen Regulierungsinstrumenten möglich ist.

4. Übergangsregelungen

Da die Regulierung nach dem neuen Rechtsrahmen die vorgängige Durchführung eines Marktanalyseverfahrens und die Auferlegung spezifischer Verpflichtungen für Betreiber mit besonderer Marktmacht vorsieht, bevor sie folgenreich werden kann, waren besondere Übergangsvorschriften erforderlich, um ein rechtliches Vakuum zu vermeiden und den Marktakteuren bis zur Implementation des Regulierungsrahmens auf Ebene der nationalen Regulierungsbehörden ein Mindestmaß an Rechts- und Planungssicherheit zu verschaffen.⁹⁹⁷ Dem dient im Bereich von Netzzugang und -zusammenschaltung vor allem Art. 7 Zugangsrichtlinie in Verbindung mit Art. 26 Rahmenrichtlinie. Danach sollen die wesentlichen Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung, die sich aus der

⁹⁹⁶ Erwägungsgrund 13 der Zugangsrichtlinie, der dies allerdings – entsprechend dem grundsätzlichen Bekenntnis zu einer (langfristig) umfassenden Rückführung der Regulierung – als ein „Übergangsproblem“ bezeichnet. Wie lange solche „Übergangsprobleme“ aber auftreten werden, ist damit noch nicht ausgemacht.

⁹⁹⁷ Ähnlich Erwägungsgrund 12 der Zugangsrichtlinie.

bisherigen Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG ergeben, zunächst fortgelten.⁹⁹⁸ Die Vorschriften ordnen allerdings nicht den vorläufigen Fortbestand des insoweit in Bezug genommenen bisherigen Rechtsrahmens insgesamt an, sondern beziehen sich allein auf die konkreten bisher geltenden Netzzugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen sowie entsprechende Feststellungen zur Marktmacht einzelner Unternehmen. Denn die Übergangsvorschriften ändern nichts daran, dass die von Art. 7 Zugangsrichtlinie in Bezug genommenen Vorschriften des alten Rechtsrahmens durch Art. 26 Rahmenrichtlinie mit Wirkung zum 25.7.2003 aufzuheben waren. Gleichzeitig waren die Mitgliedstaaten verpflichtet, den neuen Rechtsrahmen bis zu diesem Zeitpunkt durch nationale Bestimmungen umzusetzen und ab diesem Zeitpunkt auch anzuwenden. Aus diesem Grund spricht Erwägungsgrund 12 der Zugangsrichtlinie auch davon, dass die in Bezug genommenen „auferlegten Zugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen [...] zunächst in den neuen Rechtsrahmen übernommen werden“.⁹⁹⁹ Die Mitgliedstaaten haben aber dafür Sorge zu tragen, dass die nationalen Regulierungsbehörden möglichst bald nach dem Inkrafttreten der Zugangsrichtlinie – also auch schon bereits vor Ablauf von deren Umsetzungsfrist und der Gesamtimplementation des neuen Rechtsrahmens in nationales Recht – eine Marktanalyse nach Art. 16 Rahmenrichtlinie durchführen, um festzustellen, ob diese Verpflichtungen beibehalten, geändert oder aufgehoben werden sollten.¹⁰⁰⁰ Mit dieser Feststellung endet die Fortgeltung der bisherigen Verpflichtungen;¹⁰⁰¹ diese werden ab diesem Zeitpunkt durch – gegebenenfalls inhaltsgleiche – Verpflichtungen nach dem neuen Rechtsrahmen abgelöst. Etwaige Veränderungen sind den betroffenen Parteien gem. Art. 7 Abs. 3 S. 2 Zugangsrichtlinie auch hier anzukündigen.

⁹⁹⁸ Dabei handelt es sich um die sich aus Art. 4 bis 8, 11, 12 und 14 Richtlinie 97/33/EG, Art. 16 Richtlinie 98/10/EG sowie Art. 7 und 8 Richtlinie 92/44/EG ergebenden Verpflichtungen. Art und Umfang dieser übergangsweisen „Fortgeltung“ sind durchaus umstritten, vgl. dazu im Einzelnen *Scherer/Mögelin*, K&R Beilage 4/2004 S. 8 ff. – die eine Aufrechterhaltung der zur Umsetzung der genannten Vorschriften erlassenen nationalen Regelungen für gemeinschaftswidrig halten – einerseits und *Rädler/Elspaß*, CR 2004, 418 ff. andererseits.

⁹⁹⁹ Vgl. dazu *Tschentscher/Bosch*, K&R Beilage 4/2004, 14, 19 f.; sowie *Scherer/Mögelin*, K&R Beilage 4/2004, 3, 8 ff.

¹⁰⁰⁰ Art. 7 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie, vgl. *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch, Rdnr. 124, die die Durchführung eines Marktanalyseverfahrens vor Umsetzung der Richtlinien angesichts eines möglichen Widerspruchs zum (noch) geltenden nationalen Recht für potentiell problematisch halten.

¹⁰⁰¹ Vgl. Art. 7 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.

V. *Regulierung nicht marktmächtiger Unternehmen*

Wie bereits erwähnt¹⁰⁰² sieht Art. 4 Zugangsrichtlinie eine Pflicht für Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze vor, über die Zusammenschaltung ihrer Netze zu verhandeln – unabhängig von deren jeweiliger Marktstellung. Darüber hinausgehende spezifische und hoheitlich sanktionierte Verpflichtungen zur Gewährung von Netzzugang und Zusammenschaltung von Unternehmen, denen keine beträchtliche Marktmacht zukommt, sind nicht durch die Abwesenheit wirksamen Wettbewerbs gerechtfertigt und lassen sich daher nur in Ausnahmefällen legitimieren. Dementsprechend sind die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden gegenüber solchen Unternehmen – insbesondere im Vergleich mit dem ihnen gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingeräumten regulativen Spielraum – äußerst beschränkt.¹⁰⁰³ Art. 8 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie listet die Konstellationen auf, in denen die nationalen Regulierungsbehörden nicht marktmächtigen Unternehmen entsprechende Verpflichtungen auferlegen können. Die Norm formuliert damit eine Reihe von Ausnahmen des Grundsatzes, dass Unternehmen, die nicht gem. Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, keine Verpflichtungen nach den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie auferlegt werden dürfen.

1. *Regulierung von Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren*

Die im vorliegenden Zusammenhang wichtigste Fallgruppe der Regulierung nicht marktmächtiger Unternehmen dürfte die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen bzw. die Anordnung der Zusammenschaltung von Netzen zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes, also der Möglichkeit der Kommunikation aller Teilnehmer der unterschiedlichen Netze miteinander, sein. Eine Grundlage für entsprechende Maßnahmen stellt der neue Rechtsrahmen mit Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 a) Zugangsrichtlinie zur Verfügung. Danach können die nationalen Regulierungsbehörden zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes von Diensten, Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, bestimmte Verpflichtungen auferlegen.¹⁰⁰⁴ Eine solche Kontrolle der Zugangswege zum Endnutzer kann

¹⁰⁰² S.o., § 3 F. III. 2. a), S. 211 ff.

¹⁰⁰³ Ebenso *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 394; insoweit ähnlich auch *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 524, nach denen „gerade Maßnahmen gegen nicht marktbeherrschende Betreiber äußerst restriktiv vorzunehmen“ sein sollen.

¹⁰⁰⁴ Die Vorschrift war im ursprünglichen Kommissionsentwurf nicht enthalten und wurde auf Initiative des Rates in die Zugangsrichtlinie aufgenommen, vgl. Art. 5 Abs. 1 a) i.d.F. des Gemeinsamen Standpunktes

zunächst mittels der Inhaberschaft oder der Kontrolle über die physische Verbindung zum Endnutzer in einem Fest- oder Mobilfunknetz ausgeübt werden. Daneben kann sie aber auch beispielsweise durch die Fähigkeit zur Vergabe von Nummern vermittelt werden, die zur Erreichung eines Endnutzers erforderlich sind – etwa bei der Vergabe von IP-Adressen.¹⁰⁰⁵

Den Umfang und die Art der aufzuerlegenden Verpflichtungen regelt Art. 5 Zugangsrichtlinie nicht abschließend. Die Vorschrift sieht lediglich vor, dass zu den möglichen Verpflichtungen „in begründeten Fällen“ auch die Verpflichtung der Unternehmen gehören kann, ihre Netze zusammenzuschalten. Im Übrigen ergeben sich die Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden aus dem Verweis des Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie auf die Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie. Art. 8 Abs. 3 sieht vor, dass die Zugangsverpflichtungen, die gegenüber marktmächtigen Betreibern ausgesprochen werden können, solchen Unternehmen, die nicht als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, nur „unbeschadet der Art. 5 Absätze 1 und 2“ Zugangsrichtlinie *nicht* auferlegt werden dürfen. Daraus wird zu Recht geschlossen, dass den nationalen Regulierungsbehörden eben diese Befugnisse im Falle des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 a) Zugangsrichtlinie gegenüber nicht marktmächtigen Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, zur Verfügung stehen.¹⁰⁰⁶ Unter den Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 a) Zugangsrichtlinie können also auch nicht marktmächtigen Unternehmen grundsätzlich die Verpflichtungen der Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie auferlegt werden.¹⁰⁰⁷

Diese Befugnisse wurden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Teil heftig angegriffen.¹⁰⁰⁸ Dabei wird übersehen, dass auch die Auferlegung von Verpflichtungen nach

(EG) Nr. 36/2001, vom Rat festgelegt am 17. September 2001 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 2001/.../EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom ... über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. C 337, S. 1, 6, sowie die entsprechende Begründung unter Ziff. B. 1. a), aaO., S. 16.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Erwägungsgrund 6 der Zugangsrichtlinie.

¹⁰⁰⁶ Vgl. Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 124; *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 145; *Scherer*, K&R 2002, 329, 339; *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 189.

¹⁰⁰⁷ Differenzierend *Geppert/Ruhle*, CR 2004, 424, 430, die ebenso wie *Bosch*, K&R 2005, 208, 213 jedenfalls die strenge Entgeltregulierung nach Art. 13 Zugangsrichtlinie aus systematischen Gründen auf nicht marktbeherrschende Unternehmen in keinem Fall anwenden wollen.

¹⁰⁰⁸ Vgl. etwa Ausschuss für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie, Empfehlung für die zweite Lesung betreffend den Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie) (10418/1/2001 – C5-0416/2001 – 2000/0186(COD)), Dok. Nr. A5-0434/2001 v. 28.11.2001 (sog. Brunetta-Report), Änderungsantrag 18, S. 19: „Freifahrtschein, jedem Betreiber ohne Durchführung einer Marktanalyse Verpflichtungen in Bezug auf Zugang und Zusammenschaltung aufzuerlegen“. Der entsprechende

Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 a) Zugangsrichtlinie an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und insbesondere den speziellen Zweck der Ermächtigungsgrundlage gebunden ist.¹⁰⁰⁹ Danach dürfen die genannten Verpflichtungen nur dann und nur insoweit auferlegt werden, als dies gerade zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes von Diensten erforderlich ist. Zusätzlich ordnet Art. 5 Abs. 3 an, dass die nach Art. 5 Abs. 1 und 2 Zugangsrichtlinie auferlegten Verpflichtungen objektiv, transparent, verhältnismäßig und nichtdiskriminierend sein müssen. Im Übrigen verweist Art. 5 Abs. 3 Zugangsrichtlinie in prozeduraler Hinsicht auch für die Auferlegung von Zugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbundes auf die Anhörungs- und Konsultationsverfahren der Art. 6 und 7 Rahmenrichtlinie. Bei gemeinschaftsrechtskonformer Anwendung der entsprechenden Eingriffsbefugnisse dürfte die Befürchtung einer unangemessenen Ausweitung der Regulierung auf der Grundlage der diskutierten Vorschrift daher unbegründet sein.¹⁰¹⁰

2. Sonstige Verpflichtungen nicht marktmächtiger Betreiber

Neben den Regulierungsbefugnissen zur Sicherstellung des End-zu-End-Verbundes unterschiedlicher Infrastrukturen und Dienste verweist Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie auf eine Reihe anderer Konstellationen, in denen die nationalen Regulierungsbehörden gegenüber Betreibern tätig werden können, denen keine beträchtliche Marktmacht zukommt.¹⁰¹¹ Besonders nah verwandt mit der eigentlichen Zugangs- und Zusammenschaltungsrichtlinie ist dabei die Anordnung der gemeinsamen Nutzung von Einrichtungen oder Grundbesitz einschließlich der physischen Kollokation nach Art. 12 Abs. 2 Rahmenrichtlinie. Auf der Grundlage dieser Bestimmung können die nationalen Regulierungsbehörden gegenüber einem Betreiber eines elektronischen Kommunikationsnetzes unabhängig von seiner Marktstellung nach Durchführung einer öffentlichen Anhörung aller interessierten Parteien die Kollokation insbesondere dann anordnen, wenn Unternehmen aus Gründen des Umweltschutzes, der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit oder der Stadtplanung und der Raumordnung keinen Zugang zu tragfähigen Alternativen haben.

Antrag, den Verweis auf Art. 5 Abs. 1 und 2 aus Art. 8 Abs. 3 S. 1 Zugangsrichtlinie zu streichen, wurde letztlich aber nicht angenommen.

¹⁰⁰⁹ Vgl. noch einmal Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie und Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie.

¹⁰¹⁰ So im Ergebnis wohl auch *Neitzel/B. Müller*, CR 2004, 736, 737 f.

¹⁰¹¹ Vgl. auch die Auflistung in den Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 124.

Daneben verweist Art. 8 Abs. 3 auf mögliche Verpflichtungen zur getrennten Rechnungslegung für Unternehmen, die elektronische Kommunikationsdienste anbieten und ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Wirtschaftszweigen besitzen (Art. 13 Rahmenrichtlinie), auf Maßnahmen im Zusammenhang mit Verpflichtungen, die ein Unternehmen im Rahmen eines Auswahlverfahrens hinsichtlich der Nutzungsrechte für Funkfrequenzen eingegangen ist (Bedingung B7 des Anhangs zur Genehmigungsrichtlinie i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Genehmigungsrichtlinie), bestimmte Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Nummerierungsressourcen und der Nummernübertragbarkeit (Art. 27, 28 und 30 Universaldienstrichtlinie), Verpflichtungen auf Grund der Datenschutzrichtlinie und Verpflichtungen, die auf Grund internationaler Verpflichtungen der Gemeinschaft erforderlich sind. Schließlich enthält die Zugangsrichtlinie auch besondere Vorschriften über den Zugang zu digitalen Rundfunk- und Fernsehdiensten in Art. 5 Abs. 1 b) und Art. 6 i.V.m. mit Anhang I zur Zugangsrichtlinie.¹⁰¹² Danach können Netzbetreiber verpflichtet werden, in dem zur Gewährleistung des Zugangs von Endnutzern zu bestimmten Rundfunk und Fernsehdiensten erforderlichen Umfang Zugang zu Anwendungsprogramm-Schnittstellen (API) und elektronischen Programmführern (EPG) zu gewähren.¹⁰¹³ Außerdem enthält Art. 6 i.V.m. Anhang I Teil 1 der Zugangsrichtlinie bestimmte Anforderungen an die Ausgestaltung von und den Zugang zu Zugangsberechtigungssystemen für digitale Rundfunk- und Fernsehdienste, die zum Teil aus der bisherigen - nun durch den neuen Rechtsrahmen aufgehobenen¹⁰¹⁴ - Fernsehnormenrichtlinie¹⁰¹⁵ übernommen sind. Auf eine nähere Darstellung dieser Problemkreise wird verzichtet, weil sie über die eigentliche Frage der Gewährung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen zu Zwecken des Schutzes und der Eröffnung des Wettbewerbs auf Telekommunikationsmärkten hinausweisen. Die Existenz dieser Regelungen mag aber als weiterer Anhaltspunkt dafür dienen, dass die Fragen des Netzzugangs vielfältig mit anderen, sich aus der technischen (Nummerierung!) und gesellschaftlichen (Datenschutz!) Dimension der Materie des Telekommunikationsrechtes ergebenden Problemkreisen verwoben sind und diese Bezüge in der regulativen Ordnung verarbeitet werden müssen.

¹⁰¹² Vgl. dazu *Scherer*, K&R 2002, 329, 342 f.

¹⁰¹³ Art. 5 Abs. 1 UAbs. 2 b) i.V.m. Anhang II Teil 2 Zugangsrichtlinie.

¹⁰¹⁴ Vgl. Art. 26 Rahmenrichtlinie.

¹⁰¹⁵ Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen, ABl. EG Nr. L 281 v. 23.11.1995, S. 51.

VI. Zusammenfassung: Das System des Netzzugangs im europäischen Recht

Der bisherige Rechtsrahmen sah eine Reihe von unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Verpflichtungen zur Gewährung des Zugangs zu Kommunikationsnetzen vor. Dieses System wird im neuen Rechtsrahmen abgelöst durch ein Konzept der flexiblen Definition der einem Unternehmen auf Grund seiner Marktmacht aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen. Die Entscheidung über die Auferlegung einzelner Zugangsverpflichtungen stellt die konzeptionell zweite Stufe im Rahmen der marktbezogenen Konkretisierung des Regulierungsrahmens durch die nationale Regulierungsbehörde dar. Während das Marktdefinitions- und das Marktanalyseverfahren nach der Rahmenrichtlinie dazu dienen, die *Reichweite* der sektorspezifischen Regulierung festzulegen, wird auf der Grundlage der Bestimmungen der Zugangsrichtlinie über den konkreten *Umfang* dieser Regulierung auf einem spezifischen Markt entschieden. Beide Verfahrensschritte könnten in der Praxis der nationalen Regulierungsbehörde zusammenfallen.¹⁰¹⁶ Jedenfalls knüpft die Entscheidung über die Auferlegung besonderer asymmetrischer Zugangsverpflichtungen regelmäßig unmittelbar an die im Rahmen der Marktanalyse vorgenommene Definition der wettbewerblichen Probleme auf einen relevanten Markt an. Auf deren Grundlage sind die erforderlichen und angemessenen Zugangsverpflichtungen festzulegen. Bei dieser Entscheidung kommt den nationalen Regulierungsbehörden kein Entschließungs- aber ein erhebliches Auswahlermessen zu. Die von den nationalen Regulierungsbehörden zu treffende Auswahlentscheidung wird dabei nur in einem geringen Maße gemeinschaftsrechtlich determiniert. Zwar sieht die Zugangsrichtlinie einen Katalog von ihrer Art nach abschließenden Zugangsverpflichtungen vor. Deren Steuerungsleistung ist aber zunächst gering, weil sie ihrerseits einen erheblichen Spielraum zur Ausgestaltung der konkreten Verpflichtungen lassen. Dies gilt vor allem für die im regulatorischen Konzept zentrale Vorschrift des Art. 12 Zugangsrichtlinie zur Auferlegung von spezifischen Zugangsverpflichtungen, in ähnlichem Maße aber auch etwa für die Auferlegung von Verpflichtungen zur Preiskontrolle und Kostenrechnung nach Art. 13 oder solchen zur

¹⁰¹⁶ In der Praxis der Bundesnetzagentur werden Marktdefinitions- und analyseverfahren einerseits und die Auferlegung spezifischer Zugangsverpflichtungen im Rahmen einer Regulierungsverfügung andererseits allerdings regelmäßig in zwei getrennten Verfahrensschritten vorgenommen, vgl. *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 488. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass ein mögliches Veto der Kommission gegen die Marktanalyse nach § 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG auch auf die Auferlegung der Zugangsverpflichtungen nach § 13 Abs. 1 TKG durchschlägt, vgl. *BerlKommTKG/Gurlit*, § 13 Rdnr. 27 unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien zu § 13 Abs. 1 S. 3 TKG. Die Vorschrift eröffnet der Bundesnetzagentur ausdrücklich die Wahl, die Zugangsverpflichtungen nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG zusammen mit oder erst im Anschluss an die Durchführung des Verfahrens nach § 12 TKG aufzuerlegen.

Sicherstellung des End-zu-End Verbundes nach Art. 5 Abs. 1 a) Zugangsrichtlinie. Bei der Ausübung ihrer Kompetenzen werden die nationalen Regulierungsbehörden daher weiter auf die allgemeinen Zielvorgaben des neuen Rechtsrahmens verpflichtet. Darüber hinaus gibt die Zugangsrichtlinie, auch im Zusammenhang mit einzelnen Befugnissen zur Auferlegung bestimmter Verpflichtungen, konkrete ermessensleitende Kriterien für die Auswahlentscheidung der nationalen Behörden vor. Problematisch ist in diesem Zusammenhang aber, dass Kriterien für die relative Gewichtung der einzelnen entscheidungserheblichen Faktoren fehlen. Dies mag im Interesse der Flexibilisierung der Entscheidungsvorgänge auf nationaler Ebene, die eine schnellere Anpassung des regulativen Rahmens an die konkreten Marktverhältnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten und durchaus auch die unkompliziertere und zügigere Ausschöpfung von Deregulierungspotenzialen ermöglichen soll, auch erforderlich sein. Trotzdem werden auf diese Weise die bereits an anderer Stelle benannten Gefahren für die Harmonisierung der regulativen Rahmenbedingungen der Kommunikationsmärkte in der Gemeinschaft und die Rechts- und Investitionssicherheit erheblich verschärft. Da im Vorfeld weitgehend unklar ist, wie die einzelnen Regulierungsbehörden den ihnen eingeräumten Entscheidungsspielraum im Bereich der Netzzugangsregulierung ausfüllen werden, wird allein durch die Vorgaben der Zugangsrichtlinie nicht einmal ein Mindestmaß an Harmonisierung erreicht. Es wird daher die Befürchtung geäußert, dass die Kommission versuchen wird, diese Defizite prozedural im Rahmen des Verfahrens nach Art 6 und 7 Rahmenrichtlinie aufzufangen.¹⁰¹⁷ Diese Sorge scheint angesichts des prominenten Platzes, der dem Harmonisierungsziel im neuen Rechtsrahmen eingeräumt wird und dem breiten Anwendungsbereich der die Kommission in Regulierungsentscheidungen auf nationaler Ebene einbindenden Verfahren nicht völlig unberechtigt.¹⁰¹⁸ Dies könnte aber gleich in zweierlei Hinsicht problematisch sein: Zunächst ist der Kommission in Bezug auf die konkret aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen durch Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie kein Vetorecht eingeräumt; dieses bezieht sich allein auf die Festlegung abweichender Märkte und die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht eines

¹⁰¹⁷ So *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 146, die befürchten, dass auf diese Weise eine europäische Regulierungsbehörde „durch die Hintertür“ faktisch doch durchgesetzt würde, ähnlich *Scherer*, K&R 2002, 329, 339.

¹⁰¹⁸ Erste Praxiserfahrungen scheinen die Bedenken zu bestätigen. So ist die Vizepräsidentin der Bundesnetzagentur der Auffassung, das Einschreiten der Kommission habe zu einer tendenziellen Ausweitung der Regulierung geführt und beließe den nationalen Behörden nur wenig Spielräume für flexible Entscheidungen. Abweichungen von den Vorgaben der Kommission seien nur unter extrem hohem Begründungsaufwand und allenfalls in seltenen Einzelfällen möglich, vgl. *Henseler-Unger*, K&R Beihefter 2/2006, 3, 4.

Unternehmens. Das Verfahren des Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie wird auf Grund der dortigen Bezugnahme auf die Art. 5 und 8 der Zugangsrichtlinie auf die entsprechenden Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde zwar regelmäßig Anwendung finden. Hält die nationale Regulierungsbehörde aber trotz der von der Kommission abgegebenen Stellungnahme an einem von der Kommission als mit dem Ziel der Harmonisierung oder mit anderen Vorgaben des neuen Rechtsrahmens für nicht vereinbar eingestuften Maßnahmenentwurf fest, so kann die Kommission alleine an der in Art. 7 Abs. 5 Rahmenrichtlinie vorgesehenen Pflicht der nationalen Regulierungsbehörde zur „weitestgehenden“ Beachtung ihrer Stellungnahme ansetzen und möglicherweise den Weg eines Vertragsverletzungsverfahrens wählen.¹⁰¹⁹ Auf jeden Fall bedeutet die vor dem Hintergrund der Flexibilisierung erforderliche verfahrensmäßige Einbindung der Kommission eine nicht unerhebliche zeitliche Verzögerung der – verbindlichen – Regulierungsentscheidung.

Daneben verschärft sie aber auch die, ebenfalls durch die Einräumung erheblicher Entscheidungsspielräume geschaffenen, Unsicherheiten für die Marktteilnehmer. Bereits die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörde sind auf Grund der nur geringen Vorstrukturierung durch den neuen Rechtsrahmen nur eingeschränkt prognostizierbar. Die Möglichkeit einer Einflussnahme der Kommission verlängert diese Unsicherheit auf dem Zeitstrahl bis zu einer verbindlichen Entscheidung. Die Zugangsregulierung kann ihrer überragenden Bedeutung für die Entstehung und den Bestand des Wettbewerbs auf netzgebundenen Kommunikationsmärkten angesichts der Dynamik der Märkte nur dann gerecht werden, wenn sie verlässliche regulative Rahmenbedingungen bereitstellt, die gegebenenfalls rasch durch Einzelfallentscheidungen konkretisiert werden können. Sollte sich erweisen, dass die Zugangsregulierung nach dem neuen Rechtsrahmen diese Anforderungen auf Grund eines vor dem Hintergrund überschätzter Deregulierungsperspektiven entwickelten Konzeptes der Flexibilisierung und der Verlagerung der Entscheidungskompetenzen auf die administrative nationale Ebene nicht erfüllen kann, so wäre der gewonnene Entscheidungsspielraum und der Zuwachs an Adaptionsfähigkeit des regulativen Konzeptes auch im Lichte der besonderen Herausforderungen der „Regulierung dynamischer Märkte“ zu

¹⁰¹⁹ Dass diese Annahme nicht fern liegt, zeigen die ersten Entscheidungen der Kommission in den Vetoverfahren nach Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Nach dieser Vorschrift besitzt die Kommission wie dargelegt kein Vetorecht hinsichtlich der *Auswahl* der geplanten Verpflichtungen eines marktmächtigen Betreibers, vgl. *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 489. Dennoch drohte die Kommission in einem Verfahren betreffend die finnischen Mobilfunkmärkte damit, die Ausgestaltung der dort geplanten

teuer erkaufte. Viel wird hier von der Umsetzung der Vorgaben des neuen Rechtsrahmens durch die nationalen Gesetzgeber abhängen. Auf die Frage, inwieweit dies mit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes im Jahre 2004 gelungen ist, wird noch zurückzukommen sein.

Verpflichtungen im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens zu sanktionieren, vgl. *Schütz*, MMR 3/2004, XX.

§ 4 – Regulierung und Deregulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen

Im ersten Hauptteil der Arbeit wurden die ökonomischen Grundlagen der Zugangsregulierung und, vor deren Hintergrund, die wirtschaftspolitische Debatte um deren Rückführung zugunsten der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts dargestellt. Im zweiten Teil wurde auf dieser Grundlage die neue gemeinschaftsrechtliche Konzeption der sektorspezifischen Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen vorgestellt. Unter zusammenfassenden Rückgriff auf die dort gewonnenen Erkenntnisse soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit die Vorstellung einer auf die Marktöffnung beschränkten transitorischen Regulierung in der Systematik des neuen Rechtsrahmens selbst angelegt und für einzelne Regelungen folgenreich geworden ist (unter A.). Diese Untersuchung mündet in einer kritischen Würdigung des zentralen (De-)Regulierungsmechanismus des Marktdefinitionsverfahrens, das über die zukünftige Reichweite der sektorspezifischen Regulierung bestimmt und an entscheidender Stelle einen voraussetzungsvollen Funktionsvergleich zwischen den Eingriffsinstrumentarien des allgemeinen Kartellrechts und der sektorspezifischen Regulierung verlangt (unter B.).

A. Der neue Rechtsrahmen als Marktöffnungsregulierung?

I. *Bekanntnis zur weiteren Deregulierung*

Der neue Rechtsrahmen ist vor dem Hintergrund einer zunächst äußerst erfolgreichen ersten Phase der regulativen Marktöffnung geschaffen worden.¹⁰²⁰ Die grundlegenden Policy-Entscheidungen wurden durch den Kommunikationsbericht 1999 vorbereitet und damit zu einer Zeit getroffen, die durch eine äußerst optimistische Perspektive der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikations- und Informationstechnologiemärkten gekennzeichnet war. Das neue Konzept der Zugangsregulierung wurde vor diesem Hintergrund vor allem als Antwort auf den bereits entstandenen und zukünftig in noch höherem Maße erwarteten stärkeren Wettbewerb und die zunehmende, sich aus damaliger

¹⁰²⁰ Vgl. Kommunikationsbericht 1999, S. 1, Dreyer, TKMR 2002, 259 und oben, § 2 G. III. 1., S. 48 ff.

Sicht stetig steigende, Dynamisierung der Kommunikationsmärkte entworfen.¹⁰²¹ Dies gilt besonders für das kennzeichnende Strukturmerkmal einer erheblichen Flexibilisierung der Regulierung, deren wesentliche Elemente die Übertragung der Kompetenzen zur Entscheidung über Reichweite und Umfang der sektorspezifischen Regulierung von der Ebene des Gesetzgebers auf die der Verwaltung und die Einräumung weitreichender Entscheidungsspielräume für die Regulierungsbehörden darstellen.¹⁰²² Das neue Regulierungskonzept dient damit der besseren und schnelleren Anpassung der regulatorischen Rahmenbedingungen an veränderte Marktgegebenheiten. Daneben soll es aber ebenso die Rückführung der Regulierung dort erlauben, wo eine besondere sektorspezifische Regulierung auf Grund des zunehmenden Wettbewerbs nicht mehr erforderlich ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber bekennt sich ausdrücklich zur Perspektive der langfristigen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung auf den Kommunikationsmärkten.¹⁰²³ Er macht sich damit grundsätzlich die Vorstellung einer Zugangsregulierung zu Eigen, die weitgehend mit der *Eröffnung* von Wettbewerb angesichts der Marktmacht des ehemaligen Monopolisten befasst ist und sich daher im Laufe der Zeit selbst überflüssig machen soll.

II. Systematische Verankerung des Deregulierungsziels?

Angesichts dieser im Rechtssetzungsverfahren zum Ausdruck gekommenen und in den Erwägungsgründen der Richtlinien des neuen Rechtsrahmens nachweisbaren Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers, der besonderen kommunikationsrechtlichen Wettbewerbsregulierung einen transitorischen Charakter beizulegen, ist es bemerkenswert, dass gelegentlich die Kritik geäußert wird, der neue Rechtsrahmen diene in erster Linie der Perpetuierung und der Ausdehnung der Regulierung.¹⁰²⁴ Tatsächlich werde das Konzept einer dynamischen Regulierung, in dem sektorspezifische Regulierung allmählich durch die Anwendung des allgemeinen Kartell- und Wettbewerbsrechts abgelöst werde, weitgehend zugunsten eines statischen Regulierungskonzepts aufgegeben und das Auslaufen der sektorspezifischen Regulierung auf diese Weise blockiert, jedenfalls aber erheblich

¹⁰²¹ Vgl. oben, § 3. C. IV. 2., S. 91 ff.

¹⁰²² Dazu oben, § 3. C. IV. 3., S. 95 ff.

¹⁰²³ S.o., § 3 C. IV. 1., S. 89 ff.

¹⁰²⁴ So zu den Richtlinienentwürfen der Kommission *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 55 f.

verlangsamt.¹⁰²⁵ Diese Kritik wirft die Frage auf, inwieweit das gewählte Konzept der Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen – über unverbindliche Absichtserklärungen hinaus – tatsächlich der Vorstellung einer im Zeitverlauf immer weniger erforderlichen Regulierung der Marktöffnung verpflichtet ist.

Zwar ermöglicht das Konzept der flexiblen marktbezogenen Ermittlung der Regulierungsbedarfe eine vollständige Aufgabe der Regulierung einzelner Märkte, wenn im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens festgestellt wird, dass deren Strukturen die Auferlegung besonderer sektorspezifischer Verpflichtungen nicht (weiter) zu rechtfertigen vermögen.¹⁰²⁶ Auch verankert Art. 16 Abs. 3 Rahmenrichtlinie insoweit einen Mechanismus für das Auskaufen der sektorspezifischen Regulierung,¹⁰²⁷ als die nationalen Regulierungsbehörden für den Fall, dass auf einem Markt keinem Unternehmen (mehr) beträchtliche Marktmacht zukommt, verpflichtet werden, sämtliche dort bestehende asymmetrische bereichsspezifische Verpflichtungen aufzuheben. Zugleich ist die Systematik des neuen Rechtsrahmens aber auch durch erhebliche Vorbehalte gegenüber einer zu raschen weiteren Deregulierung gekennzeichnet. Dies kommt zunächst im Rahmen der prozeduralen Beteiligungsrechte der Kommission zum Ausdruck. Dem Vetoverfahren nach Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie unterliegen die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden, im Marktdefinitionsverfahren andere als die in den entsprechenden Kommissionsverfahren genannten Märkte zu definieren, sowie die Entscheidung über die Existenz eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt. Die Kommission behält sich damit in vollem Umfang ein Veto bei allen Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden vor, die den Bestand der sektorspezifischen Regulierung auf einem bestimmten Markt betreffen. Die Zustimmung der Kommission ist dabei für eine Erweiterung der sektorspezifischen Regulierung erforderlich, etwa bei der Definition neuer, in der Kommissionsempfehlung nicht enthaltender Märkte. Daneben kommt der Kommission aber auch ein Veto bei der Entscheidung zu, die sektorspezifische Regulierung auf einem bestimmte Markt aufzugeben, etwa weil sie der Auffassung ist, dass dem ehemaligen Monopolisten auf diesem Markt keine beträchtliche Macht mehr zukommt. Die Kommission stellt ausdrücklich fest, dass sie jedenfalls in der ersten Phase der Umsetzung des neuen

¹⁰²⁵ *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 156 f.; *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 55 f. (noch zum Kommissionsentwurf der Rahmenrichtlinie).

¹⁰²⁶ Vgl. oben, § 3 D. II., S. 109 ff.

¹⁰²⁷ So *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 343; *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb, S. 56.

Rechtsrahmens nicht davon ausgeht, dass die nationalen Regulierungsbehörden bestehende Vorabverpflichtungen aufheben, ohne dass eindeutig nachgewiesen ist, dass die Verpflichtungen ihren Zweck erfüllt haben und nicht länger erforderlich sind. Vielmehr verweist sie stattdessen auf das durch den neuen Rechtsrahmen zur Verfügung gestellte differenzierte Regulierungsinstrumentarium und damit auf die mögliche Anpassung der Verpflichtungen an die einschlägigen wettbewerblichen Problemlagen.¹⁰²⁸

Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Zusammenhang auch die Frage, ob etwa durch technische Innovationen neu entstehende Märkte einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden können. Die Vorstellung einer „Marktöffnungsregulierung“ würde die Annahme nahe legen, dass dies nicht der Fall ist, weil auf solchen Märkten kein Ex-Monopolist tätig ist, dessen besondere Stellung die Auferlegung besonderer Verpflichtungen rechtfertigen würde. Soweit einem sonstigen Unternehmen auf einem solchen Markt besondere Marktmacht zukäme, wäre dies lediglich Folge des allgemeinen Innovationswettbewerbs und ebenfalls nicht geeignet, besondere regulatorische Eingriffe zu begründen. Tatsächlich mahnt Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie Zurückhaltung bei der Regulierung neuer Märkte an. Einem Marktführer sollten auch bei einem regelmäßig beträchtlichen Marktanteil auf einem solchen neuen Markt keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden, da eine verfrühte Regulierung die Wettbewerbsbedingungen dort unverhältnismäßig stark beeinflussen könne.¹⁰²⁹ Andererseits soll aber gerade die Zugangsregulierung auch der Möglichkeit Rechnung tragen, dass infolge technischer Entwicklungen neue Engpässe auf Märkten Wettbewerbsprobleme verursachen können, die ebenfalls eine Vorabregulierung erfordern.¹⁰³⁰ Auch auf neuen Märkten soll daher gegebenenfalls im Wege der Intervention der nationalen Regulierungsbehörden verhindert werden, dass das führende Unternehmen die Entstehung von Wettbewerb vereitelt.¹⁰³¹ Vor

¹⁰²⁸ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 119; zustimmend *Franzius*, EuR 2002, 660, 678 f.

¹⁰²⁹ Ebenso zunächst die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 32; auch nach Erwägungsgrund 15 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte sollen „neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von ‚Vorreitervorteilen‘ besteht, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht“ kommen.

¹⁰³⁰ Erwägungsgrund 13 der Zugangsrichtlinie. Die Kommission nennt dort beispielhaft den Bereich der Breitbandkabelnetze. Hier ist es bereits zu einem Konflikt zwischen der deutschen Bundesnetzagentur und der Kommission gekommen. Die damalige RegTP wollte den neuen glasfaserbasierten Internetbreitbanddienst der DTAG (V-DSL) generell aus der Regulierung ausschließen, was von der Kommission nicht akzeptiert wurde, vgl. *Ladeur*, K&R 2006, 197, 198; *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 189. Zu den Betreibungen, eine Sonderregelung betreffend die Regulierung neuer Märkte in das TKG aufzunehmen s. u., Fn. 1266.

¹⁰³¹ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 32.

diesem Hintergrund stehen die unmittelbar Geltung beanspruchenden Regelungen der Richtlinien der Regulierung neuer Märkte jedenfalls nicht grundsätzlich entgegen. Auch wenn an dieser Stelle eine besondere Sensibilität gegenüber möglichen wettbewerblichen Fehlsteuerungen durch den regulativen Eingriff angezeigt ist, bleibt dieser auch auf neuen Märkten grundsätzlich möglich und kann bei besonderen Wettbewerbsproblemen auch sinnvoll sein. Ob neu entstehende Märkte einer Zugangsregulierung unterworfen werden sollen, ist daher im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens anhand der dazu entwickelten allgemeinen Kriterien zu untersuchen. Diese lassen ausreichend Raum dafür, auch die wettbewerblichen Besonderheiten junger Märkte in dynamischen Sektoren zu berücksichtigen.

All dies zeigt, dass der neue Rechtsrahmen tatsächlich nicht die konsequente Deregulierungsstrategie verfolgt, die von manchen¹⁰³² gefordert wird. Der neue Rechtsrahmen sieht abstrakte Maßstäbe für die Entscheidung über die Regulierung einzelner Märkte vor und erlaubt die flexible Ausgestaltung des konkreten Rechtsrahmens für die Zugangsregulierung. Dieses System erlaubt zwar grundsätzlich die Rückführung der Regulierung, ermöglicht aber ebenso deren Ausweitung, sollte dies erforderlich sein. Während der neue Rechtsrahmen sich zwar zum Ziel einer langfristigen Rückführung der Regulierung bekennt, schafft er tatsächlich also ein System der Zugangsregulierung, das eine flexible Anpassung der Regulierung in allen Dimensionen ermöglicht.¹⁰³³ Damit löst sich der Gemeinschaftsgesetzgeber aber tatsächlich auch von der Vorstellung einer Wettbewerbsentwicklung im Kommunikationssektor, die sich – durch die Regulierung gefördert – stetig auf das Ideal eines vollkommen unabhängig von jeglicher bereichsspezifischer Regulierung funktionierenden Marktes hin vollzieht. Stattdessen installiert er ein Regulierungskonzept, das die flexible und komplexitätsangemessene Verarbeitung bestehender und neu auftretender wettbewerblicher Probleme auf Kommunikationsmärkten erlaubt. Er tritt damit in eine zweite Phase der Entwicklung des europäischen Kommunikationsrechts ein, die das bisherige Konzept einer reinen Marktöffnungsregulierung ablöst. Ob und wann darauf allerdings die vom Gemeinschaftsgesetzgeber programmatisch in den Blick genommene dritte Phase, in der die sektorspezifische Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen vollständig in die Hände des allgemeinen Wettbewerbsrechts übergeben werden kann, folgt, ist eine

¹⁰³² S.o., § 2 G. I., S. 36 ff. *Kirchner*, Europäische Regulierung, S. 157, befürchtet im Gegenteil, dass das Konzept des neuen Rechtsrahmens zu einem „überhöhten Regulierungsniveau“ führen könnte.

¹⁰³³ Dazu im Zusammenhang mit den Evaluationsvorkehrungen des neuen Rechtsrahmens bereits oben, § 3 F. IV. 3 d), S. 235 ff.

gegenwärtig noch offene Frage.¹⁰³⁴ Ein solcher Übergang wird durch den neuen Rechtsrahmen zwar grundsätzlich ermöglicht. Gleichzeitig erkennt der Rechtsrahmen aber an, dass die Aufgabe der Zugangsregulierung sich nicht darauf beschränkt, die aus den ehemaligen Monopolen folgenden wettbewerblichen Probleme zu bewältigen, sondern gegebenenfalls auch neue strukturelle Probleme auf Kommunikationsmärkten auftauchen können, die regulativ bewältigt werden müssen.

III. Unzureichende Steuerungsleistung im Bereich des Marktdefinitionsverfahrens

Die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber den Anwendungsbereich der Zugangsregulierung trotz seines grundsätzlichen Bekenntnisses zu einer langfristigen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung zunächst jedenfalls potentiell ausweitet und sich von einer rein marktöffnenden Regulierungskonzeption löst, wäre zunächst angesichts der Unkalkulierbarkeit zukünftiger Marktentwicklungen nicht weiter folgenreich. Es könnte argumentiert werden, dass das neue Regulierungskonzept einerseits den gegenwärtigen Wettbewerbsproblemen gerecht werden will, andererseits aber auch die Rückführung der Regulierung dort ermöglichen will, wo sie angesichts der Wettbewerbsentwicklung nicht mehr erforderlich ist. Die vollständige Überführung der sektorspezifischen Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht bliebe dann ein wünschenswertes Ziel, das möglicherweise in Zukunft verwirklicht werden kann, wenn die Evolution der Märkte hinreichend weit vorangeschritten ist.

Dies wäre an sich unproblematisch, wenn das Festhalten am Paradigma der Marktöffnungsregulierung nicht dazu geführt hätte, dass die regulativen Vorgaben an entscheidenden Stellen des neuen Rechtsrahmens nur unzureichend klar konturiert sind. Dies zeigt vor allem der Vergleich der Bestimmungen der Rahmenrichtlinie im Bereich des Marktdefinitionsverfahrens einerseits und des Marktanalyseverfahrens andererseits. Art. 14 Rahmenrichtlinie sieht detaillierte Vorgaben zu dem im Rahmen des Marktanalyseverfahrens entscheidenden Begriff der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens vor. Zusätzlich kann auf Grund der Anlehnung an den wettbewerbsrechtlichen Begriff der Marktbeherrschung auf die dort durch Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden. Art. 16 Rahmenrichtlinie bestimmt im Einzelnen, welche Konsequenzen sich an das Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen beträchtlichen

¹⁰³⁴ Ähnlich *Franzius*, EuR 2002, 660, 661, 669.

Marktmacht und damit von wirksamem Wettbewerb auf diesem Markt knüpfen. Gerade für das Marktanalyseverfahren lässt sich aber ein besonders enger Bezug zu der Vorstellung einer für eine Übergangsphase erforderlichen wettbewerbseröffnenden Zugangsregulierung nachweisen. Denn nach Art. 16 Abs. 3 S. 2 Rahmenrichtlinie sind bereichsspezifische Verpflichtungen einschließlich der Zugangsverpflichtungen nach Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie dann aufzuheben, wenn auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, also keinem Unternehmen (mehr) eine beträchtliche Marktmacht zukommt. Hat die – gegebenenfalls durch regulatorische Intervention unterstützte – Wettbewerbsentwicklung demnach die Marktposition des beherrschenden Unternehmens, regelmäßig also des ehemaligen Monopolisten, ausreichend erodiert, so ist zu deregulieren.

Demgegenüber sind die Kriterien für die Entscheidung über die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nicht entsprechend klar definiert. Welche Merkmale eines Marktes „die Auferlegung der in den Einzelrichtlinien dargelegten Verpflichtungen rechtfertigen können“ (Art. 15 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie), ergibt sich aus der Richtlinie nicht. Auch die in der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte enthaltenen drei Kriterien sind allgemein gehalten und nicht einfach operationalisierbar.¹⁰³⁵ Diese Problematik stellt sich sowohl im Falle der Überprüfung von Deregulierungsperspektiven als auch bei der Untersuchung von (neuen) Märkten auf einen eventuell bestehenden Regulierungsbedarf.

Die besondere, über eine bloße wettbewerbsrechtliche Marktabgrenzung hinausgehende Funktion des Marktdefinitionsverfahrens erlangt zunächst im Rahmen der Erarbeitung der Kommissionsempfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte Bedeutung und erlaubt der Kommission, bereits auf dieser Ebene die grundsätzliche Reichweite der sektorspezifischen Regulierung festzulegen. Daneben spielt sie auf nationaler Ebene vor allem dort eine Rolle, wo die nationalen Regulierungsbehörden neu entstehende und damit von der Kommissionsempfehlung nicht erfasste Märkte der sektorspezifischen Regulierung unterwerfen wollen.¹⁰³⁶ Zwar kann grundsätzlich auch die im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens anzustellende Prüfung eines bereits bisher regulierten Marktes zu dem Ergebnis kommen, dass die Strukturen dieses Marktes die Auferlegung von besonderen

¹⁰³⁵ Dies bemängelt auch *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 13. Ihr Schluss, u.a. wegen des Fehlens hinreichend konkreter Maßstäbe keine eigenständige Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit von Märkten durch die nationalen Regulierungsbehörden zuzulassen, ist allerdings nicht überzeugend, vgl. dazu bereits oben, § 3 D. II. 2. a), S. 123 ff.

¹⁰³⁶ Dazu oben § 3 D. II. 2., S. 123 ff.

Verpflichtungen nicht mehr rechtfertigen – etwa, wenn sich im Sinne des ersten von der Kommission genannten Kriteriums die zunächst bestehenden Zugangsschranken auf Grund von technologischen Innovationen und der Entwicklung alternativer Infrastrukturen aufgelöst haben. Insoweit spielen die im Marktdefinitionsverfahren zu prüfenden Kriterien also auch aus der Deregulierungsperspektive eine Rolle, wenn sie hier auch neben die Prüfung treten, ob auf dem bereits bisher regulierten Markt dem regulierten Unternehmen weiterhin beträchtliche Marktmacht zukommt. Bei der Untersuchung der Regulierungsnotwendigkeit neuer Märkte und damit einer potentiellen Ausweitung der Regulierung spielt das Marktdefinitionsverfahren aber deshalb eine besonders herausragende Rolle, weil die im Marktanalyseverfahren vorzunehmende Untersuchung der Marktstellung einzelner Unternehmen keinerlei tauglichen Kriterien für die Frage nach der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit eines solchen Marktes bereitzustellen in der Lage ist. Auf die Marktmacht eines dominanten Unternehmens kann es dabei nicht ankommen, weil diese für sich alleine genommen keine besondere regulatorische Intervention rechtfertigt.¹⁰³⁷ Hier entscheidet also allein die im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens anzustellende Prüfung über die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung.

Die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber dieser Bedeutung des Marktdefinitionsverfahrens nicht hinreichend Rechnung getragen und die entsprechenden von Kommission und nationalen Regulierungsbehörden zu treffenden Entscheidungen nicht ausreichend durch materielle Kriterien vorstrukturiert hat, hängt möglicherweise damit zusammen, dass der neue Rechtsrahmen in weiten Teilen nach wie vor der Vorstellung von Telekommunikations- und insbesondere Zugangsregulierung als eines Instruments zur Marktöffnung verhaftet ist, welches vorrangig damit befasst ist, „den Niedergang des ehemaligen Monopolisten zu verwalten“¹⁰³⁸ und sich deswegen stärker dem im Rahmen des Marktanalyseverfahrens zu untersuchenden Kriterium der beträchtlichen Marktmacht zuwendet und an deren Erosion explizite Deregulierungsforderungen knüpft. Ziel des regulatorischen Konzeptes ist es dann aber, den Übergang zu einer Wettbewerbssituation zu ermöglichen, von der unsicher ist, ob sie überhaupt erreicht werden kann. In diesem Zusammenhang ist die Kritik, dass es dem neuen Rechtsrahmen nicht gelänge, eine kohärente Vision der ökonomischen Besonderheiten des Telekommunikationssektors und der staatlichen

¹⁰³⁷ S.o., § 3 D. II. 1. a) bb), S. 112 f.

¹⁰³⁸ Vgl. *Larouche*, *Journal of Network Economics*, Vol. 3 [2002] 129, 142: „manage the decline of the incumbent“.

Verantwortung für die Telekommunikationsregulierung zu entwerfen,¹⁰³⁹ berechtigt. In der Folge eröffnen sich erhebliche Unsicherheiten bei der nationalen Umsetzung der europäischen Vorgaben ebenso wie bei der Rechtsanwendung.

Darüber hinaus führt dieser Mangel an einer klar konturierten Vorstellung über Aufgabe und Funktion der (Zugangs-)Regulierung auch dazu, dass grundlegende Streitigkeiten bereits im regulatorischen System angelegt werden: Wenn die Regulierung einerseits dann aufzuheben sein soll, wenn die verbleibenden strukturellen Wettbewerbshindernisse auf den regulierten Märkten sich unter Wettbewerbsdruck aufgelöst haben, der Gemeinschaftsgesetzgeber aber nicht in der Lage ist, für diese Prüfung im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens klare Kriterien vorzugeben, noch eine konkrete zeitliche Perspektive eröffnet wird,¹⁰⁴⁰ so wird für die betroffenen Marktteilnehmer ein erheblicher Anreiz geschaffen, mit allen ihnen zu Gebote stehenden Mitteln auf die von den nationalen Regulierungsbehörden zu treffenden Entscheidungen zu ihren Gunsten Einfluss zu nehmen.¹⁰⁴¹ Erhebliche juristische und ökonomische Auseinandersetzungen über grundlegendste Fragen der Regulierung sind damit vorprogrammiert. Sie tragen erneute Unsicherheiten in den Markt, binden bei allen Beteiligten erhebliche Ressourcen und verursachen so hohe Kosten. Viel wird hier von der Umsetzung der Regelungen zu Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren in nationales Recht abhängen. Ob es dem deutschen Gesetzgeber gelungen ist, die beschriebenen Defizite des neuen Regulierungsrahmens auszugleichen und die Chancen zu nutzen, wird im abschließenden Teil der Arbeit untersucht werden.

B. Zugangsregulierung zwischen Kartellrecht und sektorspezifischer Regulierung

I. Funktionsvergleich von Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung als Regulierungsvoraussetzung

Die Entscheidung über Bestand und Reichweite der sektorspezifischen Regulierung siedelt der neue Rechtsrahmen nach dem Ausgeführten systematisch also vor allem auf der Ebene

¹⁰³⁹ Larouche, *Journal of Network Economics*, Vol. 3 [2002] 129, 142.

¹⁰⁴⁰ Vgl. auch *Kirchner*, *Europäische Regulierung*, S. 157, der ebenfalls – allerdings vor dem Hintergrund einer strikt auf die Marktöffnung begrenzten Konzeption der Regulierung – fordert, dass den nationalen Regulierungsbehörden klare Vorgaben für den Übergang von der sektorspezifischen ex-ante Regulierung zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts an die Hand gegeben werden.

des Marktdefinitionsverfahrens an. Die dort anzuwendenden materiellen Kriterien lassen sich aber wie beschrieben allein der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte sowie der begleitend durch die Kommission veröffentlichten Begründung entnehmen. Von den drei dort genannten Kriterien – dem Bestehen von Zugangshindernissen, der fehlenden Tendenz zu wirksamem Wettbewerb und der mangelnden Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts –¹⁰⁴² ist das zuletzt genannte aus mehreren Gründen von besonderem Interesse: Zunächst erlaubt es dieses Kriterium – gleichsam aus der deregulatorischen Perspektive – jedenfalls grundsätzlich, selbst solche Märkte aus dem Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung auszuschneiden, die strukturell möglicherweise weiterhin bestimmte Charakteristika aufweisen, die eine besondere hoheitliche Intervention zum Schutze des Wettbewerbs erforderlich machen. Zweitens entscheidet sich in diesem Funktionsvergleich zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung in Bezug auf bisher nicht regulierte oder neu entstehende Märkte des Kommunikationssektors, ob diese angesichts bestimmter, auf ihnen festgestellter Wettbewerbsprobleme der besonderen sektorspezifischen Regulierung oder (allein) dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterworfen werden sollen. Und schließlich wendet sich diese Frage – anders als die nach dem Bestehen von Marktzutrittsschranken oder den dynamischen Tendenzen eines Marktes – auch originär an den Juristen, der beantworten muss, welches von der Rechtsordnung bereitgestellte Instrumentarium zur Bewältigung der ihr gestellten Aufgabe besser geeignet ist.

II. Zugang zu Telekommunikationsnetzen auf der Grundlage der Essential Facilities Doktrin

Um sie beantworten zu können – oder, im Hinblick auf die Abstraktheit der vorliegenden Untersuchung, um Maßstäbe für die im Rahmen der auf einem bestimmten Markt und die dort festgestellten wettbewerblichen Probleme bezogenen Einzelfallprüfung bereitstellen zu können – ist es erforderlich, einen Blick auf die durch das Wettbewerbsrecht bereitgestellten alternativen Instrumente zur Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen zu werfen. Im Vordergrund steht dabei die im Zusammenhang der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG diskutierte Essential-Facilities-Doktrin. Auf der Grundlage dieses Instituts kann die Verweigerung des Zugangs zu bestimmten wesentlichen

¹⁰⁴¹ Vgl. *Noam*, *Interconnecting the Network of Networks*, S. 13.

¹⁰⁴² Vgl. dazu im Einzelnen oben, § 3 D. II. 1. a) bb), S. 112 ff.

Einrichtungen als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung angesehen werden. Diese Rechtsfigur war in den letzten Jahren Gegenstand erhöhter wissenschaftlicher Aufmerksamkeit. Im vorliegenden Zusammenhang ist es weder möglich noch erforderlich, den zahlreichen einschlägigen Gesamtdarstellungen¹⁰⁴³ eine weitere hinzuzufügen. Es soll aber kurz auf jene Elemente der Essential-Facilities-Doktrin hingewiesen werden, die ihre Tauglichkeit als alternatives Instrument der Zugangsregulierung beeinflussen.

1. Die Essential-Facilities-Doktrin im amerikanischen Recht

Das Konzept der Essential-Facilities-Doktrin stammt ursprünglich aus dem US-amerikanischen Antitrustrecht. Seine deutlichste Ausformung hat das Prinzip der Zugangsgewährung zu „wesentlichen Einrichtungen“ in einem grundlegenden und insbesondere für den Telekommunikationssektor relevanten Urteil des 7th Circuit des United States Court of Appeal erfahren, das den Zugang zu Telekommunikationsnetzen im Ortsbereich betraf. In der Entscheidung *MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*¹⁰⁴⁴ stellte das Gericht unter Rückgriff auf frühere Entscheidungen vier konkrete Tatbestandsvoraussetzungen für die Zugangsgewährung zusammen:

- Die Kontrolle einer wesentlichen Einrichtung („essential facility“) durch einen Monopolisten;
- die tatsächliche Unmöglichkeit oder die wirtschaftliche Unzumutbarkeit für den zugangsbegehrenden Wettbewerber, die wesentliche Einrichtung selbst zu errichten;
- die Verweigerung des Zugangs zu der wesentlichen Einrichtung;
- die Zumutbarkeit der Gewährung des begehrten Zugangs.

Trotz dieser und anderer Entscheidungen der US-amerikanischen Instanzgerichte sind und waren die genaue Kontur und die eigenständige Berechtigung dieses Rechtsinstituts aber umstritten.¹⁰⁴⁵ Zum Teil wird keine eigenständige dogmatische Bedeutung der Essential-

¹⁰⁴³ Vgl. etwa die Monographien von *Holzhäuser*, Essential Facilities; *Lust*, Die Essential-Facilities-Doktrin; *Tränkle*, Die "essential facilities"-Doktrin; *Stollhoff*, Ausschluß von Marktrisiken durch essential facilities; *Haas*, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze; *Ackermann*, Essential Facilities; *Scheuffele*, Die Essential-Facilities-Doktrin; *Beckmerhagen*, Die essential facilities doctrine; *Rottenbiller*, Essential Facilities als ordnungspolitisches Problem; *Hohmann*, Die essential facility doctrine.

¹⁰⁴⁴ 708 F. 2d 1081, 1132 – 1133 (7th Circ. 1983).

¹⁰⁴⁵ Vgl. ausführlich zur wechselvollen Geschichte der Essential-Facilities-Doktrin im US-amerikanischen Recht *Tränkle*, Die "essential facilities"-Doktrin, S. 5 ff.; *Holzhäuser*, Essential Facilities, S. 168 ff.;

Facilities-Doktrin anerkannt und für ihre Rückführung in die allgemeinen Grundsätze der Geschäftsverweigerung plädiert.¹⁰⁴⁶ Es wird geltend gemacht, dass zahlreiche US-amerikanische Entscheidungen, die zur Rechtfertigung der Essential-Facilities-Doktrin herangezogen werden, sich weniger auf besondere Wettbewerbsprobleme als auf Besonderheiten des amerikanischen Kartellrechts zurückführen ließen. Die Entscheidungen beruhten allesamt auf sec. 2 Sherman-Act, der ein allgemeines Monopolisierungsverbot enthält. Ein solches Verbot sei in dieser Form im europäischen oder deutschen Kartellrecht nicht anzutreffen. Beide Rechtsordnungen akzeptieren marktbeherrschende Stellungen bis zum Monopol grundsätzlich, unterwerfen die Unternehmen dann aber einer verhaltensorientierten Missbrauchsaufsicht.¹⁰⁴⁷ Es wird vor diesem Hintergrund geltend gemacht, dass sich die Essential-Facilities-Doktrin im amerikanischen Recht vor allem als Versuch darstelle, den weiten Tatbestand des sec. 2 Sherman-Act einzuschränken und rechtswidrige von erlaubten Fällen des *Monopolizing* abzugrenzen.¹⁰⁴⁸ Dabei bewege sie sich an der Grenze von Verhaltens- und Marktstrukturkontrolle. Für viele der vorliegenden Fälle sei unter europäischem und deutschem Recht ein Rückgriff auf die Essential-Facilities-Doktrin nicht erforderlich, sie könnten durch Kartellverbot, Fusionskontrolle oder Behinderungsmissbrauch erfasst werden.¹⁰⁴⁹

Diese konzeptionellen Unterschiede sollten allerdings auch nicht überschätzt werden. So hat der United States Supreme Court im Jahre 2004 in der Entscheidung *Verizon Communications Inc. v. Trinko*¹⁰⁵⁰ ausdrücklich hervorgehoben, dass auch unter US-amerikanischem Kartellrecht der Besitz einer Monopolstellung und selbst die Erzielung von Monopolgewinnen nicht nur nicht rechtswidrig seien, sondern – im Gegenteil – einen

Markert, Monopolisierungsverbot, S. 661 ff.; Jacobi, Third-Party-Access, S. 182 ff.; Kühling, Netzwirtschaften, S. 208 ff.

¹⁰⁴⁶ Vgl. *Areeda*, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, 58 Antitrust Law Journal 841; *Areeda/Hovenkamp*: Antitrust Law, Vol. III A (1996), § 771 c, S. 176: „We state our belief that the essential facilities doctrine is both harmful and unnecessary and should be abandoned (...) In virtually every instance where competitive problems can be effectively addressed by forcing the monopolist to deal, traditional doctrine of refusal to deal is sufficient to the task“ (zitiert nach *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 353 f. Fn. 28). Ähnlich auch *Börner*, DAJV-NL 3/1999, 73 ff.; *Haus*, N&R 2004, 143, 147. Ausführliche Darstellung der Kritik bei *Holzhäuser*, Essential Facilities, S. 177 ff.

¹⁰⁴⁷ Vgl. zu diesen konzeptionellen Unterschieden auch *Koenig/Loetz*, EWS 2000, 377, 379, 381; *Markert*, Monopolisierungsverbot, S. 662 f.; *Tränkle*, Die „essential facilities“-Doktrin, S. 11 ff. sowie *Jacobi*, Third-Party-Access, S. 199 ff., der vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte „die apodiktische Feststellung der Rezeption dieses Rechtsinstruments als kaum vertretbar“ beurteilt.

¹⁰⁴⁸ *Schwintowski*, WuW 1999, 842 ff.

¹⁰⁴⁹ Zum ganzen *Schwintowski*, WuW 1999, 842 ff.; *Klaue*, RdE 1996, 51.

¹⁰⁵⁰ Entscheidung vom 13.1.2004, GRURInt 2004, 674.

wesentlichen Bestandteil des freien Marktes darstellten. Die Aussicht auf Monopolgewinne sei ein wesentlicher Anreiz dafür, betriebswirtschaftliche Risiken in Kauf zu nehmen, die ihrerseits Innovationen und wirtschaftliches Wachstum förderten. Im Interesse des Schutzes von Innovationsanreizen sei eine Monopolstellung daher nur dann zu sanktionieren, wenn sie mit wettbewerbsfeindlichem Verhalten zusammenfalle.¹⁰⁵¹

Dennoch hat sich der Supreme Court in der Entscheidung *Verizon v. Trinko* in hohem Maße skeptisch zur Essential-Facilities-Doktrin geäußert. Das Verfahren betraf erneut den Zugang zu lokalen Telekommunikationsinfrastrukturen. Durch den Telecommunications Act 1996 wurden in den Vereinigten Staaten auch die regionalen Telefonnetze für den Wettbewerb geöffnet. Eine New Yorker Anwaltskanzlei verklagte das Unternehmen Verizon als den ehemaligen Monopolanbieter für das regionale Telefonnetz im Staat New York auf Schadensersatz, weil das Unternehmen dem durch die Kanzlei genutzten neu eintretenden Anbieter, AT&T, angeblich nur unzureichenden Zugang zu den eigenen Leistungen gewährt hatte.¹⁰⁵² Das Gericht prüfte insbesondere einen Verstoß gegen sec. 2 Sherman Act und stellte dabei grundsätzliche Erwägungen zum Verhältnis von sektorspezifischer Telekommunikationsregulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht an, auf die an anderer Stelle zurückzukommen sein wird.

Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem von Interesse, dass das Gericht ausdrücklich darauf hinweist, dass die Essential-Facilities-Doktrin lediglich durch einige Instanzgerichte entwickelt und durch den Supreme Court bisher nicht anerkannt worden sei. Dabei konnte der Supreme Court erneut offen lassen, ob dieser Rechtsfigur eine eigenständige Bedeutung zukommt oder nicht.¹⁰⁵³ In jedem Fall setze die Anwendung der Doktrin nämlich voraus, dass der begehrte Zugang nicht verfügbar sei. Dort, wo eine Behörde über die Kompetenz verfüge, den Zugang durchzusetzen und dessen Reichweite und Bedingungen festzusetzen, kämen

¹⁰⁵¹ United States Supreme Court GRUR Int. 2004, 674, 675 f. *Drexler*, IIC 2004, 788, 796 f. kritisiert dies als rückwärtsgewandt und späten Erfolg der *Chicago School*; zustimmend dagegen *Graf v. Merveldt*, GRUR Int. 2004, 678, 680 f.

¹⁰⁵² Aus diesem Grund stützte sich die Klage im Wesentlichen auf Kartellrecht, da nur dieses entsprechende Abhilfemöglichkeiten und Schadensersatzansprüche vorsieht, vgl. *Drexler*, IIC 2004, 788, 795. Nach einer von drei Richtern vertretenen abweichenden Meinung wäre die Klage wegen der fehlenden Aktivlegitimation der Klägerin abzuweisen gewesen, vgl. United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 678.

¹⁰⁵³ United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 676; allerdings bezieht sich das Gericht wiederholt auf diejenigen Autoren, die eine besonders kritische Position gegenüber der Essential-Facilities-Doktrin einnehmen und zitiert mehrmals die Aufsätze von *Areeda*, Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles, sowie *Areeda/Hovenkamp*, oben Fn. 1046.

keine Ansprüche auf der Grundlage der Essential-Facilities-Doktrin – ihre grundsätzliche Berechtigung einmal unterstellt – in Betracht.¹⁰⁵⁴

Ob das Gericht damit für das US-amerikanische Recht einen allgemeinen Vorrang des Telekommunikationsrechts vor dem Kartellrecht begründet hat,¹⁰⁵⁵ ist allerdings fraglich. Denn die Ausführungen zur Essential-Facilities-Doktrin müssen wohl als ein bloßes obiter dictum angesehen werden. Das Gericht hat zunächst die allgemeinen Grundsätze des sec. 2 Sherman Act geprüft und lediglich festgestellt, dass sich an seinem Ergebnis auch dann nichts ändern würde, wenn man die Essential-Facilities-Doktrin als geltendes Recht unterstellen würde.¹⁰⁵⁶ Eingangs weist das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass gem. sec. 601(b)(1) des Telecommunications Act 1996 die Anwendung des allgemeinen Kartellrechts durch das Gesetz ausdrücklich unberührt gelassen werden soll. Gerade angesichts dieser Tatsache aber ist es bemerkenswert, dass dort, wo eine sektorspezifische Zugangsregulierung existiert, das Gericht die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin zwar nicht im Wege der Gesetzeskonkurrenz, wohl aber auf tatbestandlicher Ebene ausschließt.

Die vorliegende Arbeit besitzt keinen rechtsvergleichenden Schwerpunkt und kann auch keine belastbaren Aussagen zum US-amerikanischen Recht treffen. Die Zurückhaltung, die der Supreme Court auch und gerade gegenüber der Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin im Telekommunikationssektor übt, mag aber durchaus als Vorbild für den angemessenen Umgang mit dieser Rechtsfigur im europäischen Recht dienen.

2. Die Essential-Facilities-Doktrin im europäischen Recht

In Europa bezog sich zunächst die Kommission in ihren drei Hafen-Entscheidungen¹⁰⁵⁷ ausdrücklich auf die Essential-Facilities-Doktrin. Für den Telekommunikationsbereich hat die Kommission in ihrer Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf

¹⁰⁵⁴ „It suffices for present purposes to note that the indispensable requirement for invoking the doctrine is the unavailability of access to the „essential facilities“; where access exists, the doctrine serves no purpose. Thus, it is said that “essential facility claims should ... be denied where a state or federal agency has effective power to compel sharing and to regulate its scope and terms”, United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 676.

¹⁰⁵⁵ So *Spies*, MMR 2004, Heft 3 S. VIII: “In einem Satz zusammengefasst hat der US-Supreme Court entschieden, dass allgemeines Wettbewerbsrecht (“Anti Trust Law”) in der Regel durch den Telecommunications Act 1996 verdrängt wird“.

¹⁰⁵⁶ United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 676.

¹⁰⁵⁷ B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd., (Sealink I), EG-Bull. Nr. 6, 1992, Tz. 1.3.30; Sea Containers/Stena Sealink, Entsch. 94/19/EG, ABl. EG Nr. L 15 v. 18.1.1994, S. 8 (Sealink II); Entsch. 94/119/EG, ABl.

Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich¹⁰⁵⁸ dargelegt, unter welchen Voraussetzungen ein Telekommunikationsunternehmen auf der Grundlage von Art. 82 EG¹⁰⁵⁹ zur Gewährung von Zugang zu einer von ihm kontrollierten wesentlichen Einrichtung verpflichtet ist. Die dort umrissenen Anforderungen gleichen den beschriebenen Kriterien der amerikanischen MCI-Entscheidung. Danach will die Kommission folgende Faktoren „in ihrer Gesamtheit berücksichtigen“:¹⁰⁶⁰ *Erstens* müsse der Zugang zu der fraglichen Einrichtung im Allgemeinen eine wesentliche Voraussetzung dafür sein, dass sich Unternehmen am Wettbewerb im betreffenden Markt beteiligen können. *Zweitens* müsse eine ausreichende Kapazität zur Bereitstellung des Zugangs verfügbar sein. *Dritte* Voraussetzung ist, dass der Eigentümer der Einrichtung alternativ die Nachfrage auf einem bestehenden Dienste- oder Produktmarkt nicht befriedigt, die Entstehung eines potentiellen neuen Dienstes oder Produktes verhindert oder den Wettbewerb auf einem bestehenden oder potentiellen Dienste- oder Produktmarkt beeinträchtigt. *Viertens* muss das Unternehmen, das den Zugang beantragt, zur Zahlung eines angemessenen und nicht diskriminierenden Entgelts bereit sein und ansonsten alle nichtdiskriminierenden Zugangsbedingungen akzeptieren. Schließlich dürfe – *fünftens* – die Zugangsverweigerung nicht sachlich gerechtfertigt sein.¹⁰⁶¹

Die praktische Bedeutung die das Konzept der „wesentlichen Einrichtungen“ in der kartellrechtlichen Rechtsprechung erlangt hat, steht in keinem Verhältnis zu der publizistischen Aufmerksamkeit, die der Essential-Facilities-Doktrin zuteil wurde. Der EuGH hat sich inzwischen vor allem in drei Entscheidungen mit den Grundsätzen des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen beschäftigt.¹⁰⁶² Ohne dass das Gericht dort ausdrücklich Rückgriff auf die Essential-Facilities-Doktrin genommen hatte, wurde vor allem die Magill-Entscheidung¹⁰⁶³ vielerorts als implizite Bestätigung der Essential-Facilities-Doktrin

EG Nr. L 55 v. 26.2.1994, S. 52 (Hafen von Rødby). Vgl. Ausführlich zur Kommissionspraxis *Holzhäuser*, Essential Facilities, S. 181 ff.

¹⁰⁵⁸ Mittlg. 98/C 265/02, ABIEG 1998 Nr. C 265/2.

¹⁰⁵⁹ Zum Zeitpunkt des Erlasses der Mitteilung noch Art. 86 EGV.

¹⁰⁶⁰ Mittlg. 98/C 265/02, ABIEG 1998 Nr. C 265/2, Ziff. 91.

¹⁰⁶¹ Zur Essential-Facilities-Doktrin in der Zugangsmittlung vgl. ausführlich *Koenig/Loetz*, EWS 2000, 377 ff.; *Holzhäuser*, Essential Facilities, S. 214 ff.; *Riehmer*, MMR 1998, 355, 356 ff.

¹⁰⁶² Daneben wird in neueren Entscheidungen von den Parteien häufiger Rückgriff auf die Grundsätze der Essential-Facilities-Doktrin genommen, vgl. EuG, Urt. v. 23.10.2003, Rs. T-65/98, Tz. 148 und 161 – Van den Bergh Foods/Kommission; Schlussanträge des Generalanwalts Jean Mischo vom 28. Januar 2003 in der Rs. C-363/01, Tz. 37 – Flughafen Hannover-Langenhagen GmbH/Deutsche Lufthansa AG.

¹⁰⁶³ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P, Slg. 1995 I-743 – Magill.

angesehen.¹⁰⁶⁴ Der EuGH entschied, dass es Sendeunternehmen wegen Art. 82 Abs. 2 lit. b EGV verwehrt sei, ihr faktisches Monopol bei den Programminformationen mit Hilfe des Urheberrechts dazu zu missbrauchen, jeglichen Wettbewerb auf dem Markt der von ihnen nicht selbst angebotenen wöchentlichen Programmzeitschriften zu verhindern.¹⁰⁶⁵ Die Entscheidung löste umfangreiche Stellungnahmen in der Literatur aus, vor allem weil Befürchtungen um den Bestand von Immaterialgüterrechten, die als Ausschließlichkeitsrechte immer auch ein faktisches Monopol begründen, aufkamen.¹⁰⁶⁶ Gerade wegen der Besonderheiten der durch Immaterialgüterrechte begründeten Monopolstellung kann die Magill-Entscheidung aber wohl nur begrenzt als Präjudiz zur Essential-Facilities-Doktrin herangezogen werden.¹⁰⁶⁷ Tatsächlich dürfte die Gewährung des Zugangs zu den Programminformationen in nicht unerheblichem Maße auf die verfehlte Entscheidung des britischen Urheberrechts zurückzuführen sein, einfache (Programm-)Daten urheberrechtlich zu schützen.¹⁰⁶⁸

In der Folge der Magill-Entscheidung entbrannte eine heftige Debatte darüber, ob der Anwendungsbereich des Art. 82 EGV durch eine derart weitgehende Förderungspflicht des

¹⁰⁶⁴ So etwa entschieden – noch vor dem Bronner-Urteil – *Emmerich*, Kartellrecht, 8. Auflage 1999, S. 215, 462 m.w.N. und besonders deutlich für den Bereich des Telekommunikationsrechts etwa BeckTKG-Komm/*Piepenbrock*, § 33 Rdnr. 39: „Durch das sog. Magill-Urteil [...] hat der EuGH die Grundsätze der „essential facilities“-Doktrin bestätigt“; vgl. auch *Scherer*, MMR 1999, 315, 316.

¹⁰⁶⁵ EuGH, Urt. v. 6.4.1995, verb. Rs. C-241/91 P u. C-242/91 P, Slg. 1995 I-743, Tz. 54-56 – Magill.

¹⁰⁶⁶ Vgl. etwa *Pilny*, GRUR Int. 1995, 954 ff.; *Deselaers*, EuZW 1995, 563 ff.; *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626 ff.; *Bechtold*, EuZW 1995, 345 ff.; *Götting*, JZ 1996, 307 ff.; ferner *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1994, 302 ff.; *Eilmansberger*, EuZW 1992, 625, 632 f. (noch zur vorangegangenen Entscheidung des EuG).

¹⁰⁶⁷ *Koenig/Loetz*, EWS 2000, 377, 381; auch der EuGH lässt dies in der im Folgenden besprochenen Bronner-Entscheidung ausdrücklich offen, vgl. EuGH, Urt. v. 26.11. 1998, Rs. 7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 39 ff., insbesondere Tz. 41.

¹⁰⁶⁸ So zutreffend *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rdnr. 130; ähnlich *Doutrelepoint*, GRUR Int. 1994, 302, 307; *Cohen Jehoram/Mortelmans*, GRUR Int 1997, 11, 15; *Götting*, JZ 1996, 309 f.; *Jaestedt*, WuW 1995, 483, 485. Im Rahmen des Verfahrens vor dem EuG berief sich auch die Kommission auf die nach urheberrechtlichen Grundsätzen fehlende Schützwürdigkeit einfacher Informationen, vgl. EuG, Urt. v. 10.7.1991, Rs. T-70/89, Slg. 1991 II-535, Tz. 29-31 – BBC/Kommission. Da aber mangels einer Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften oder einer Vereinheitlichung im Rahmen der Gemeinschaft die Festsetzung der Voraussetzungen und der Modalitäten des Urheberrechtsschutzes Sache der Mitgliedstaaten ist (EuG, Urt. v. 10.7.1991, Rs. T-70/89, Slg. 1991 II-535, Tz. 53 – BBC/Kommission; EuGH, Urt. v. 26.11. 1998, Rs. 7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 49 – Magill), bediente sich das Gericht der Unterscheidung zwischen dem Bestand des Urheberrechts und dessen Ausübung. Letztere könne im Sinne von Art. 82 EG missbräuchlich sein, „wenn mit den Bedingungen und Modalitäten der Ausübung dieses Rechts in Wirklichkeit ein Ziel verfolgt wird, das in offensichtlichem Widerspruch zu den Zwecken des Artikels 86 steht“, vgl. EuG, Urt. v. 10.7.1991, Rs. T-70/89, Slg. 1991 II-535, Tz. 58 – BBC/Kommission; ausführlich dazu *Mennicke*, ZHR 160 (1996), 626, 639 ff.; zur Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung auch EuGH, Urt. v. 26.11. 1998, Rs. 7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 50; EuGH, Urt. v. 5.10.1988, Rs. 238/87, Slg. 1988, 6211, Tz. 9 – Volvo.

beherrschenden Unternehmens nicht überdehnt würde.¹⁰⁶⁹ Ein Grund dafür ist, dass der Tatbestand und die Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung auf der Grundlage der Essential-Facilities-Doktrin in der Rechtsprechung der Gerichte und der Praxis der Kommission noch zu wenig konturiert waren. Das galt insbesondere für den zentralen Begriff der „wesentlichen Einrichtung“.¹⁰⁷⁰ Vor diesem Hintergrund bemühte sich der EuGH in den folgenden und weiterhin für das Essential-Facilities-Konzept im europäischen Wettbewerbsrecht bestimmenden Entscheidungen *Bronner ./. Mediaprint*¹⁰⁷¹ und *IMS Health ./. NDC Health*¹⁰⁷² erkennbar, einem Zulassungszwang auf der Grundlage von Art. 82 EGV enge Grenzen zu ziehen.

Der Antragsteller in der *Bronner*-Entscheidung, die Oscar Bronner GmbH & Co KG, gab eine österreichische Tageszeitung mit einem Marktanteil von 3,6% bei der Druckauflage und 4 % am Anzeigenmarkt heraus. Der Antragsgegner, Mediaprint, verlegte Tageszeitungen mit einem Marktanteil von 46,8 bzw. 42%, für die er ein landesweites Vertriebs- und Zustellungssystem unterhielt. *Bronner* begehrte mit seinem Antrag die Aufnahme der eigenen Tageszeitung in das Vertriebssystem, da es ihm aufgrund der geringen Auflagenzahl selbst nicht möglich sei, ein eigenes rentables Vertriebssystem aufzubauen. Die Postzustellung erfolge erst am späten Vormittag und stelle daher keine geeignete Alternative dar. Der EuGH unterstellte die (vom Vorlagegericht zu prüfende) Marktbeherrschung von Mediaprint auf dem Markt für Zustellungssysteme und untersuchte die Frage, ob die Verweigerung der Aufnahme in das Vertriebssystem einen Missbrauch dieser marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 82 EGV darstellte. Das Gericht ließ dabei ausdrücklich offen, ob die in der Magill-Entscheidung für Immaterialgüterrechte entwickelten Grundsätze „auf die Ausübung eines beliebigen Eigentumsrechts anwendbar“ seien.¹⁰⁷³ Selbst wenn dies der Fall sein sollte, müssten drei weitere, wohl verallgemeinerungsfähige Voraussetzungen dafür vorliegen, dass die von einem Marktbeherrscher errichtete Einrichtung als „wesentlich“ angesehen und die Verweigerung des Zugangs zu der Einrichtung als Missbrauch i.S.v. Art. 82 EG qualifiziert werden könne.¹⁰⁷⁴

¹⁰⁶⁹ Vgl. die Nachweise oben, Fn. 1066 und 1068 sowie *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350 m.w.N.

¹⁰⁷⁰ *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 354.

¹⁰⁷¹ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86.

¹⁰⁷² EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524.

¹⁰⁷³ EuGH, Urt. v. 26.11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 41; zur Frage der Übertragbarkeit auf andere absolute Rechts siehe auch *Jacobi*, Third-Party-Access, S. 143 ff.

¹⁰⁷⁴ Vgl. *Scherer*, MMR 1999, S. 315 ff., 317 f.

- Die Verweigerung des Zugangs zu der Einrichtung oder Dienstleistung muss erstens „geeignet“ sein, „jeglichen Wettbewerb“ auf dem angrenzenden Markt durch denjenigen, der den Zugang begehrt,¹⁰⁷⁵ „auszuschalten“.
- Die Zugangsverweigerung darf „nicht objektiv zu rechtfertigen sein“.
- Die Einrichtung/Dienstleistung selbst muss für die Ausübung der Tätigkeit des Wettbewerbers „in dem Sinne unentbehrlich [sein], dass kein tatsächlicher oder potentieller Ersatz für die entsprechende Einrichtung/Dienstleistung besteht“.¹⁰⁷⁶

Der EuGH lehnte anhand dieser Maßstäbe den Zugangsantrag ab. Zum einen stünden nämlich alternative Vertriebswege zur Verfügung, auch wenn diese weniger günstig seien.¹⁰⁷⁷ Zum anderen gäbe es keine Hindernisse, die einem Verleger mit ähnlicher Auflagenstärke alleine oder in Zusammenarbeit mit anderen die Errichtung eines landesweiten Vertriebssystems unmöglich machten oder unzumutbar erschwerten.¹⁰⁷⁸

Aus der Bronner Entscheidung folgen eine Reihe von restriktiven Konsequenzen für die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin. Zunächst gilt danach, dass das Vorhandensein eines „tatsächlichen Ersatzes“ für die Einrichtung, zu der Zugang begehrt wird, keine Gleichwertigkeit des Nutzens für den Zugangsbegehrenden erfordert.¹⁰⁷⁹ Die möglicherweise größte Bedeutung für die Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin im Telekommunikationssektor besitzt aber die Tatsache, dass der EuGH die Frage, ob es dem Zugangsbegehrenden zumutbar sein soll, die Einrichtung selbst zu duplizieren stärker objektiv beurteilt. Der EuGH stellt hier äußerst hohe Anforderungen an die Zumutbarkeit der Erschließung und Nutzung potentieller Alternativen. Erforderlich ist, dass technische, rechtliche oder wirtschaftliche Hindernisse bestehen, die geeignet sind, jedem Wettbewerber – allein oder in Zusammenarbeit mit anderen Wettbewerbern – die Errichtung einer eigenen Einrichtung unmöglich zu machen oder zumindest unzumutbar zu erschweren.¹⁰⁸⁰ Eine nur relative – also für ein Unternehmen mit geringerer Finanzstärke oder Marktstärke gegebene –

¹⁰⁷⁵ Zwar knüpft der EuGH hier an den konkret zugangsbegehrenden Wettbewerber an. Aus der weiteren Begründung ergibt sich jedoch, dass der Wettbewerb ohne die Zugangsgewährung vollkommen zum Erliegen kommen muss; vgl. *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 361.

¹⁰⁷⁶ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 41.

¹⁰⁷⁷ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 43.

¹⁰⁷⁸ EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 44 ff.

¹⁰⁷⁹ Dazu *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 358 f.; *Körber*, RIW 2004, 881, 886 f., 889.

¹⁰⁸⁰ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 44; *Scherer*, MMR 1999, 315, 317 f.; *Fleischer/Weyer*, WuW 1999, 350, 360 f.; *Jacobi*, Third-Party-Access, S. 148.

Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Errichtung einer eigenen Einrichtung ist nicht ausreichend.¹⁰⁸¹ Diese Überlegungen hat der EuGH in der Sache *IMS* bestätigt. Das Gericht hat noch einmal hervorgehoben, dass es für die Annahme der „Unerlässlichkeit“ der Vorleistung auf Grund „wirtschaftlicher Hindernisse“ erforderlich ist, dass die Entwicklung einer alternativen Einrichtung selbst dann unrentabel wäre, wenn sie „in vergleichbarem Umfang“ erbracht würde wie die bestehende Einrichtung,¹⁰⁸² und damit die gleichen Größen- bzw. Skalenvorteile wie das bestehende Unternehmen genießen würde.¹⁰⁸³

In der Entscheidung *IMS ./. NDC* bestätigt der EuGH aber nicht allein die Grundsätze der Bronner-Entscheidung. Das Gericht konturiert die Voraussetzungen, unter denen eine Zugangsverweigerung als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung angesehen werden kann, weiter und zieht entsprechenden Ansprüchen enge Grenzen. Wie die Magill-Entscheidung betraf auch dieses Urteil die Frage, unter welchen Voraussetzungen nach Art. 82 EGV eine Verpflichtung zur Erteilung einer (Zwangs-)Lizenz an bestimmten Urheberrechten bestehen kann. Der Sachverhalt stellt sich vereinfacht wie folgt dar: Die IMS Health GmbH hatte ein System zur Darstellung von Absatzzahlen von Arzneimitteln entwickelt, das diese nach bestimmten regionalen Bereichen („Bausteinen“) aufgliederte und urheberrechtlichen Schutz genoss. Das System hatte sich zum de-facto Standard entwickelt, so dass abweichende Systeme mit einer anderen Anzahl oder Zusammensetzung von Bausteinen am Markt faktisch nicht durchsetzbar waren. Ein Wettbewerber hatte daher beantragt, das durch IMS entwickelte System in Lizenz nutzen zu dürfen.

Der EuGH verwies zunächst auf die oben skizzierten Grundsätze der Bronner-Entscheidung zur „Unerlässlichkeit“ der Nutzung des betreffenden Produktes und überließ es dem Vorlagegericht zu beurteilen, ob die dort aufgestellten Anforderungen erfüllt seien.¹⁰⁸⁴ Die Frage, unter welchen Voraussetzungen dem Wettbewerber zugemutet werden könne, das begehrte Produkt selbst zu erstellen, konnte in *IMS* aufgrund der urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte an dem von IMS genutzten System naturgemäß keine Rolle spielen.

¹⁰⁸¹ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.11.1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 45 f.; *Larouche*, Competition Law and Regulation, S. 195.

¹⁰⁸² EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 28.

¹⁰⁸³ Ebenso *Höppner*, EuZW 2004, 748, 750.

¹⁰⁸⁴ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 28 f.

Unter Rückgriff auf die Magill-Entscheidung stellte der EuGH allerdings neben der Unerlässlichkeit der Leistung drei weitere Voraussetzungen auf, unter denen die Verweigerung des Zugangs zu Erzeugnissen oder Dienstleistungen missbräuchlich sei:

- Die Weigerung muss geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen;
- die Weigerung darf nicht gerechtfertigt sein;
- die Weigerung muss das Auftreten eines neuen Erzeugnisses verhindern.¹⁰⁸⁵

Die ersten beiden Voraussetzungen finden sich in dieser oder ähnlicher Form bereits in der Bronner-Entscheidung. Allerdings stellt der EuGH klar, dass der vorgelagerte Markt nicht tatsächlich existieren muss, sondern es vielmehr ausreicht, dass der Markt für die Vorleistung potentiell oder hypothetisch bestimmt werden kann. Dies sei dann der Fall, wenn die vorgelagerten Erzeugnisse oder Dienstleistungen für eine bestimmte Tätigkeit unerlässlich sind und nach ihnen eine tatsächliche Nachfrage seitens der Unternehmen besteht, für deren Tätigkeit sie unerlässlich sind.¹⁰⁸⁶ Faktisch dürfte dies einen Verzicht auf das Erfordernis der Existenz zweier einander vor- bzw. nachgelagerter Märkte bedeuten. Der EuGH grenzt die vorliegende Fallgruppe damit insbesondere zu den Fällen eines Geschäftsabbruchs oder einer Belieferungsverweigerung ab, wie sie insbesondere durch die Entscheidungen *Commercial Solvents*¹⁰⁸⁷ und *Télémarketing*¹⁰⁸⁸ ausgeformt wurden. Hier unterscheidet sich der Ansatz des EuGH auch grundsätzlich von demjenigen des Supreme Court. Das amerikanische Gericht hatte nämlich in *Trinko v. Verizon* maßgeblich darauf abgestellt, dass die begehrte Leistung durch Verizon bisher nicht am Markt angeboten wurde und das Unternehmen allein aufgrund besonderer bereichsspezifischer Verpflichtungen zur gesonderten Bereitstellung dieser Leistungen angehalten würde.¹⁰⁸⁹ Während in anderen Fällen etwa der plötzliche Abbruch einer bisher profitablen Geschäftsbeziehung eine Missbrauchsabsicht nahe lege, könnten die Gerichte hier nicht beurteilen, auf welchen Motiven die Nichtbereitstellung der Leistung beruhe.¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸⁵ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 38.

¹⁰⁸⁶ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 44.

¹⁰⁸⁷ EuGH, Urt. v. 6.3.1974, verb. Rs. 6 und 7/73, Slg. 1974, 223.

¹⁰⁸⁸ EuGH, Urt. v. 3.11.1985, Rs. 311/84, Slg. 1985, 3261.

¹⁰⁸⁹ United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 676.

¹⁰⁹⁰ United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 676 und *Drexler*, IIC 2004, 788, 799.

Die dritte durch den EuGH in IMS aufgestellte Voraussetzung betrifft die Wettbewerbsverhältnisse auf dem nachgelagerten Markt und wurde bereits in der Magill-Entscheidung angesprochen. Dort wurden die Programminformationen durch die Anstalten nur in ihren eigenen Programmführern veröffentlicht. Durch die Verweigerung des Zugangs zu diesen Informationen verhinderten die Anstalten das Angebot einer Fernsehzeitschrift, die Informationen bezüglich aller Programme zusammengefasst anbot. In diesem Sinne hat der EuGH in der IMS-Entscheidung festgestellt, dass ein Zugang zu einem für die Tätigkeit auf einem abgeleiteten Markt unerlässlichen Erzeugnis nur dann gewährt werden muss, wenn das zugangsbegehrende Unternehmen sich nicht im Wesentlichen darauf beschränken will, diejenigen Leistungen zu erbringen, die bereits auf dem abgeleiteten Markt angeboten werden. Vielmehr ist erforderlich, dass das eintretende Unternehmen neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen anbieten möchte, die der Inhaber der Einrichtung nicht bereits selbst anbietet und für die eine potentielle Nachfrage der Verbraucher besteht.¹⁰⁹¹

3. Würdigung – „Essential-Facilities-Doktrin“ als alternative Grundlage der Zugangsregulierung?

Nachdem die Behandlung der Problematik der Verweigerung des Zugangs zu „unerlässlichen Vorleistungen“ oder „wesentlichen Einrichtungen“ in der Rechtsprechung insbesondere des EuGH in groben Zügen nachgezeichnet wurde, stellt sich die Frage nach der Leistungsfähigkeit einer so verstandenen Essential-Facilities-Doktrin im Rahmen des Art. 82 EGV als konkrete Alternative zu der telekommunikationsrechtlichen Zugangsregulierung des neuen Rechtsrahmens, wie sie weiter oben beschrieben wurde. Gerade die erheblichen tatbestandlichen Einengungen, die diese Rechtsfigur durch die Bronner und die IMS-Entscheidungen des EuGH insbesondere im Hinblick auf die Anforderungen an die Wesentlichkeit (unter a) und die Eröffnung von Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt (unter b) erfahren hat,¹⁰⁹² begründen insoweit Zweifel.

a) Anforderungen an die Wesentlichkeit der Einrichtung bestimmen die Art des Wettbewerbs

Gerade die Maßstäbe, die an die „Wesentlichkeit“ der Einrichtung und damit (auch) an die zumutbaren Anstrengungen eines Wettbewerbers gestellt werden, diese Einrichtung selbst zu

¹⁰⁹¹ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 49; dazu *Lubitz*, K&R 2004, 469, 471 f.

¹⁰⁹² *Körber*, RIW 2004, 881, 883; *Drexl*, IIC 2004, 788 f.

schaffen, bestimmen ganz maßgeblich Art und Umfang des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt. Die Zugangsmitteilung der Kommission geht insoweit noch von einer *relativen* Unmöglichkeit aus. Der Zugang zu einer Einrichtung ist danach bereits dann wesentlich, wenn „die beabsichtigten Aktivitäten entweder gar nicht durchgeführt werden können oder aber auf unvermeidbare Weise in hohem Maße unwirtschaftlich werden“.¹⁰⁹³ Dies deutet darauf hin, dass es hier gerade auf die Perspektive des nachfragenden Unternehmens ankommt. Der EuGH wählte in Bronner einen strengeren Maßstab:¹⁰⁹⁴ Danach wäre einschränkend zu fragen, ob die Eigenschaften der wesentlichen Einrichtung – etwa die Kosten ihrer Duplizierung – es nicht lediglich dem zugangsbegehrenden, sondern *jedem*, selbst „wagemutigen“ Unternehmen mit einer ähnlichen Marktstärke wie der Inhaber der Einrichtung, unmöglich machen würden, in den Markt einzutreten.¹⁰⁹⁵

Bereits mit dieser tatbestandlichen Voraussetzung aber wäre der Anwendungsbereich einer auf das europäische Kartellrecht gestützten Zugangsregulierung auf wenige Bereiche beschränkt, in denen *kein* Unternehmen – sei es allein oder in Zusammenarbeit mit anderen! – in der Lage wäre, alternative Einrichtungen aufzubauen. Beachtet man dann noch, dass es nach der Rechtsprechung des EuGH unerheblich ist, ob eine alternative Infrastruktur

¹⁰⁹³ Zugangsmitteilung, Tz. 91 a), Hervorhebung durch Verf.

¹⁰⁹⁴ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 46, unter Verweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts *Jacobs* v. 28.5.1998 zur Rs C-7/97, Ziff. 68.

¹⁰⁹⁵ Die genannten Voraussetzungen der Rechtsprechung des EuGH zur Essential-Facilities-Doktrin wurden zwar bereits bisher durchaus zur Auslegung insbesondere des Begriffs der „Wesentlichkeit“ einer Leistung im Rahmen der besonderen sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht nach § 33 TKG-alt herangezogen (vgl. *Holzhäuser*, Essential Facilities, S. 225 ff.; *Trute/Spoerr/Bosch-Trute* § 33 Rdnr. 36 ff.; *Scheurle/Mayen-Glahs*, § 33 Rdnr. 34 a f.; vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 11.2.2000 – 13 B 1891/99, NVwZ 2000, 704 ff.; ablehnend *Rudolf*, Das Recht auf Netzzugang, S. 111 f.). Die Frage, ob die einem solchen Rückgriff auf die Grundsätze der Essential-Facilities-Doktrin zugrunde liegende Vorstellung einer Rezeption dieser Rechtsfigur in das deutsche Telekommunikationsrecht berechtigt ist und sie methodisch zulässig erscheint, soll hier nicht weiter verfolgt werden. Das BVerwG äußert sich insoweit jedenfalls zu Recht zurückhaltend und betont die vorrangig autonome Begriffsbildung des (nationalen) Telekommunikationsrechts: Ob der Gesetzgeber die telekommunikationsrechtliche Missbrauchsaufsicht als besonderen Fall der Essential-Facilities-Doktrin konzipiert habe, hält das Gericht für unerheblich. Angesichts der konkreten Ausformung der gesetzlichen Regelungen im TKG-alt könne nur dann auf solche allgemeinen Grundsätze zurückgegriffen werden, wenn der Regelungsgehalt der Normen durch Auslegung anders nicht zu ermitteln sei (BVerwG, Urt. v. 25.4.2001 – 6 C 6.00, MMR 2001, 681, 686 f.). In jedem Fall aber sah § 35 TKG-alt eine besondere Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen vor, die unabhängig vom Vorliegen der besonderen Anforderungen an die „Wesentlichkeit“ der Leistung geltend gemacht werden konnte (dazu *Holzhäuser*, Essential Facilities, S. 248 ff.; ders., MMR 2000, 466 ff., 471). Auch das BVerwG verweist darauf, dass die Verpflichtung zur Gewährung von Netzzugang nach § 35 TKG gerade unabhängig davon bestehe, ob die Dienstleistungen der Wettbewerber über alternative Zugangstechniken angeboten werden könnten oder der Aufbau eigener Netze möglich wäre, siehe Urt. v. 25.4.2001 – 6 C 6.00, MMR 2001, 681, 687.

möglicherweise weniger günstig oder effektiv ist,¹⁰⁹⁶ so wird man selbst im Falle von „bottlenecks“ wie der Teilnehmeranschlussleitung davon ausgehen müssen, das inzwischen alternative Infrastrukturen wie beispielsweise Wireless Local Lan zur Verfügung stehen, die von einem „wagemutigen“ Unternehmen mit entsprechender Größe durchaus genutzt werden könnten. Wettbewerbsmodelle wie Resale wären auf der Grundlage des Art. 82 EGV wohl in keinem Fall durchsetzbar. Wahrscheinlicher wäre eine oligopolistische Marktstruktur großer, vertikal integrierter Anbieter. Ob auf diese Weise das Potential einer in hohem Maße ausdifferenzierten Kommunikationsinfrastruktur voll ausgeschöpft werden kann, erscheint zweifelhaft.

b) Zugang zur Markteröffnung

Noch größere Probleme für die Anwendung des Essential-Facilities-Konzepts im Bereich der telekommunikationsrechtlichen Zugangsregulierung bereitet die in der IMS-Entscheidung aufgestellte Bedingung des „Auftretens eines neuen Erzeugnisses“.¹⁰⁹⁷ Zunächst ist allerdings fraglich, ob dieses Kriterium auch auf die mögliche Gewährung des Zugangs zu physischen Infrastrukturen übertragen werden kann. In der IMS-Entscheidung ging es nämlich wie dargelegt um die (mögliche) Gewährung einer Zwangslizenz an bestimmten Urheberrechten. Das Gericht argumentierte, dass eine Abwägung zwischen dem Interesse am Schutz des geistigen Eigentumsrechts und der – auch negativen – wirtschaftlichen Handlungsfreiheit seines Inhabers auf der einen und dem Interesse am Schutz des freien Wettbewerbs auf der anderen Seite vorgenommen werden müsse. Letzteres könne ersteres nur überwiegen, „wenn die Verweigerung der Lizenz die Entwicklung des Marktes zum Nachteil der Verbraucher verhindert“.¹⁰⁹⁸ Dies sei eben nur dann der Fall, wenn das die Lizenz begehrende Unternehmen neue Erzeugnisse oder Dienstleistungen auf dem nachgelagerten Markt anbieten wolle, nach denen eine potentielle Nachfrage bestehe.

Das Gericht hat also mit dem besonderen Ausschließlichkeitscharakter des geistigen Eigentums argumentiert, dass nur in dem Fall eingeschränkt werden dürfte, dass den Verbrauchern durch seine Ausübung ein Schaden entstünde weil eine Nachfrage auf dem

¹⁰⁹⁶ EuGH, Urt. v. 26.11. 1998, Rs. C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = EuZW 1999, 86, Tz. 43 f.; EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 28.

¹⁰⁹⁷ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 48 f.

¹⁰⁹⁸ EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01, GRUR 2004, 524, Tz. 48.

nachgelagerten Markt nicht befriedigt werden könnte.¹⁰⁹⁹ Dementsprechend wird teilweise geltend gemacht, dass der Missbrauch im Falle der Verweigerung einer Lizenz für ein Schutzrecht anders zu beurteilen sei, als die Verweigerung des Zugangs zu anderen, nicht durch ein solches Recht geschützten Einrichtungen, weil das Ausschließlichkeitsrecht gerade der „spezifische Gegenstand“ des seinem Inhaber eingeräumten gewerblichen Schutzrechts sei.¹¹⁰⁰ Dies ist aber zweifelhaft: Die „anderen Einrichtungen“, zu denen Zugang begehrt wird, werden regelmäßig im Eigentum des den Zugang Verweigernden stehen. Dass bürgerlich-rechtliche Eigentum verleiht seinem Inhaber aber keine geringeren Ausschließlichkeitsrechte als etwa das Urheberrecht (vgl. § 903 S. 1 BGB).¹¹⁰¹

Es muss also davon ausgegangen werden, dass nach der IMS-Entscheidung eine Zugangsgewährung generell nur dort in Betracht kommt, wo der Zugangsbegehrende neue Produkte auf dem nachgelagerten Markt anbieten möchte, die insbesondere der Inhaber der Einrichtung bisher nicht erstellt. Welche Anforderungen an die „Neuheit“ der Produkte und deren Innovativität im Einzelnen zu stellen sein werden, ist eine schwierige Abgrenzungsfrage und wird gegebenenfalls noch gerichtlich geklärt werden müssen.¹¹⁰² Generalanwalt *Gulmann* hat in den Schlussanträgen zur Rechtssache *Magill* vorgeschlagen, als neues Produkt nur ein solches anzusehen, das ein anderes Bedürfnis befriedigt als dasjenige des Inhabers der wesentlichen Einrichtung und deshalb mit diesem nicht in Wettbewerb steht.¹¹⁰³ Aber auch im Falle weniger strenger Anforderungen ist eine so verstandene Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EGV nicht in der Lage, Wettbewerb auf denjenigen Märkten zu schaffen – oder aufrechtzuerhalten –, auf denen der Ex-Monopolist und Erbringer der wesentlichen Vorleistungen selbst tätig ist.¹¹⁰⁴ Gerade dies ist aber eine der zentralen Aufgaben der Zugangsregulierung im Telekommunikationssektor.

¹⁰⁹⁹ Kritisch zu dieser Betrachtungsweise *Drexler*, IIC 2004, 788, 801 ff.

¹¹⁰⁰ So *Lubitz*, K&R 2004, 469, 472.

¹¹⁰¹ Im Übrigen werden auch im Bereich des Zugangs zu Kommunikationsnetzen häufig Rechte am geistigen Eigentum wie etwa Urheberrechte an Software betroffen sein.

¹¹⁰² Vgl. dazu *Körber*, RIW 2004, 881, 889; ferner *Hoeren*, MMR 2004, 459, 461.

¹¹⁰³ Schlussanträge zu den verb. Rs. C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743, Tz. 97 f.

¹¹⁰⁴ *Höppner*, EuZW 2004, 748, 751 f. ist demgegenüber der Auffassung, dass die Essential-Facilities-Doktrin in ihrer Konkretisierung durch den EuGH in der IMS-Entscheidung gerade dazu diene, den nachgelagerten Markt, auf dem der Inhaber der Vorleistung „unangreifbar“ geworden sei, für den Wettbewerb zu öffnen. Eine solche Interpretation der Essential Facilities Doktrin als Instrument der „strukturellen Öffnung von Märkten“, auf denen der Inhaber der vorgelagerten wesentlichen Einrichtung bereits tätig ist, müsste sich aber jedenfalls mit dem Diktum des EuGH auseinandersetzen, nach dem es für die Begründung des Zugangsanspruchs gerade nicht ausreicht, auf dem nachgelagerten Markt mit dem Inhaber der Vorleistung in Wettbewerb treten zu wollen.

Die Essential-Facilities-Doktrin schaut auf eine äußerst wechselvolle Geschichte im US-amerikanischen ebenso wie im europäischen Recht zurück. Bestand und genaue Einzelheiten des Rechtsinstituts mögen nach wie vor ungesichert sein.¹¹⁰⁵ In ihrer gegenwärtigen Konturierung durch den EuGH jedenfalls scheint sie nach allem aber kaum geeignet, die regulatorischen Probleme des Zugangs zu Kommunikationsnetzen angemessen zu verarbeiten.

4. *Essential facilities und der neue Kommunikationsrechtsrahmen*

Es mag auch mit der restriktiven Handhabung der Essential-Facilities-Doktrin durch den EuGH zusammenhängen, dass die Kommission dem Konzept in ihren, im Zusammenhang mit dem neuen Rechtsrahmen erlassenen, Leitlinien zur Marktanalyse eine weniger prominente Rolle zuzuweisen scheint. Die Kommission behandelt dort die Frage ausschließlich im Zusammenhang mit der Würdigung beträchtlicher Marktmacht im Rahmen des Marktanalyseverfahrens.¹¹⁰⁶ Sie weist darauf hin, dass bisher keine Rechtsprechung für den Bereich der elektronischen Kommunikation vorliegt und sieht die Doktrin der wesentlichen Einrichtungen vor allem als eine Ergänzung zu den Verpflichtungen an, die einem Unternehmen nach dem neuen Rechtsrahmen auferlegt werden können. Die Kommission legt Wert auf die Feststellung, dass die besonderen Anforderungen an die Wesentlichkeit einer Einrichtung nach der beschriebenen Rechtsprechung keinen Einfluss auf die Feststellung der Marktmacht eines Unternehmens nach dem neuen Rechtsrahmen haben. So könnte ein Netzbetreiber etwa auch dann, wenn es alternative Konkurrenznetze gäbe, eine beherrschende Stellung einnehmen (und damit letztlich der Regulierung unterworfen werden), etwa weil Größe und Bedeutung seines Netzes ihn in die Lage versetzten, sich unabhängig von anderen Netzbetreibern zu verhalten. Letztlich betont die Kommission damit, dass eine Regulierung von marktmächtigen Unternehmen nach dem neuen Rechtsrahmen gerade unabhängig von den restriktiven Voraussetzungen der Essential-Facilities-Doktrin möglich sein soll. Insgesamt sollen die Grundsätze über den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen für die ex-ante Anwendung von Art. 14 Rahmenrichtlinie „weniger relevant“ sein als für die ex-post-Anwendung von Art. 82 EG.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁵ Zurückhaltend auch *Kühling*, *Netzwirtschaften*, S. 230 f.; *Haus*, N&R 2004, 143, 147.

¹¹⁰⁶ Siehe Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 81 f.

¹¹⁰⁷ So die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 82. Dies dürfte gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass in der Vergangenheit immer wieder Versuche unternommen worden sind, Grundsätze des

Das augenscheinliche Bemühen der Kommission, den Import von Begrifflichkeiten der Essential-Facilities-Doktrin auf die Ebene des für die Entscheidung über die Auferlegung besonderer Zugangsverpflichtungen maßgeblichen Marktanalyseverfahrens zu verhindern, weist auf eine, neben den geschilderten restriktiven tatbestandlichen Voraussetzungen der Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin, zweite Schwäche des Instituts für die Regulierung des Wettbewerbs auf Telekommunikationsmärkten hin. Denn auf Ebene der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren wird lediglich über die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes entschieden. Welche Verpflichtungen im Einzelnen ausgewählt werden, um den besonderen dort festgestellten Wettbewerbsproblemen zu begegnen, bleibt zunächst in das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörden gestellt. Geht es nun auf dieser Ebene gerade darum, einem Wettbewerber des marktmächtigen Unternehmens den Zugang zu bestimmten Einrichtungen dieses Unternehmens zu gewähren, so können an die Konzeption der Essential-Facilities-Doktrin angelehnte Kriterien durchaus ermessenslenkende Anhaltspunkte für Art und Umfang der aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen bereitstellen. In diesem Sinne sieht Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie auch vor,¹¹⁰⁸ dass bei einer entsprechenden Prüfung unter anderem die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung sowie Art und der Typ der Zusammenschaltung und des Zugangs¹¹⁰⁹ ebenso zu berücksichtigen sind, wie die Möglichkeit der Zugangsgewährung angesichts der verfügbaren Kapazität.¹¹¹⁰ Die Tatsache, dass es sich hierbei aber (lediglich) um im Hinblick auf die – weitergehenden – Regulierungsziele zu berücksichtigende Faktoren, nicht aber um bindende Tatbestandsmerkmale handelt, erlaubt angesichts der vielfältigen Regulierungsaufgaben eine deutlich komplexitätsangemessenere Auferlegung von Zugangsverpflichtungen.

Die angeblich größere Flexibilität des allgemeinen Wettbewerbsrechts kehrt sich hier in ihr Gegenteil um: Die Maßstäbe, die Kommission und Gerichtshof für die Anwendung des Art. 82 EGV entwickeln, müssen für alle Wirtschaftssektoren von Tageszeitungen über Fernsehprogramme bis zu Telekommunikationsdienstleistungen in gleichem Maße adäquate Lösungsmuster bereitstellen. Sollte es aber zutreffen, dass für die Aufsicht über den

Telekommunikationsrechts auf den Gehalt wettbewerbsrechtlicher Konzepte wie insbesondere der Essential-Facilities-Doktrin zu reduzieren, von besonderer Bedeutung sein.

¹¹⁰⁸ Vgl. dazu bereits oben, § 3 F IV 3 a) cc), S. 222 ff.

¹¹⁰⁹ Art. 12 Abs. 2 a) Zugangsrichtlinie.

¹¹¹⁰ Art. 12 Abs. 2 b) Zugangsrichtlinie.

Telekommunikationssektor angesichts von anhaltenden ökonomischen Besonderheiten auch eigenständige rechtliche Konzepte zu deren Bewältigung erforderlich sind, so würde sich bei umfassender Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts auch auf diese Bereiche vermutlich mittelfristig ein „Sonderwettbewerbsrecht“ für den Kommunikationssektor entwickeln, das durchaus dysfunktionale Folgewirkungen auf die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts in anderen Wirtschaftsbereichen haben könnte. Die Diskussionen im Anschluss an die wesentlich durch Besonderheiten des angelsächsischen Urheberrechts veranlasste Magill-Entscheidung und die Bemühungen des EuGH zur Begrenzung der sich daraus ergebenden Tendenzen in der Rechtsentwicklung mögen hier als warnendes Beispiel dienen.

Im Rahmen eines Funktionsvergleichs von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht wird auch zu berücksichtigen sein, dass der neue Rechtsrahmen den nationalen Regulierungsbehörden auf der Rechtsfolgenseite einen umfangreichen Katalog von Eingriffsbefugnissen zur Verfügung stellt, die von der Auferlegung von Transparenzverpflichtungen bis hin zur Entgeltregulierung reichen. Er bindet die Auswahl des jeweils anzuwendenden regulatorischen Instruments an bestimmte ermessensleitende Kriterien und, allgemein, an die Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die regulatorischen Ziele. Diese Systematik kann erheblich zu einer komplexitätsangemessenen Regulierung der Telekommunikationsmärkte beitragen. Es ist fraglich, inwieweit auf der Grundlage der Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG eine ähnlich effiziente und effektive Regulierung möglich ist.¹¹¹¹ Denn ungeachtet der beschriebenen tatbestandlichen Verengung des Anwendungsbereichs der Essential-Facilities-Doktrin, die deren Eignung zur Bewältigung der wettbewerblichen Probleme im Bereich des Netzzugangs insgesamt in Zweifel zieht, bildet sie ohnehin allenfalls eine unmittelbare Verpflichtung zur Zugangsgewährung nach Art. 12 Zugangsrichtlinie ab. Die übrigen Eingriffsbefugnisse, und zwar gerade auch jene, die einen deutlichen schwächeren Eingriff in die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der am Markt tätigen Unternehmen darstellen, stellt das allgemeine Kartellrecht nicht oder nur unzureichend bereit. Wiederum gewährt gerade die sektorspezifische Regulierung den Aufsichtsinstanzen einen erheblichen Spielraum auch und gerade bei der schonenden Intervention angesichts eines bestimmten festgestellten regulatorischen Handlungsbedarfs.

¹¹¹¹ Vgl. *Klotz*, ZWeR 2003, 283, 313, der die Vorteile der sektorspezifischen Regulierung in einer „schnelleren, präziseren und effektiveren Regelung des Wettbewerbsproblems in ehemals monopolisierten Märkten“ sieht, daneben aber Spielraum für eine ergänzende Anwendung des allgemeinen Kartellrechts anerkennt.

III. Strukturelle Unterschiede der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht und der sektorspezifischen Netzzugangsregulierung

Damit sind bereits zwei Strukturmerkmale der bereichsspezifischen Regulierung angesprochen, die dazu führen können, dass sie eine bestimmte regulatorische Aufgabe im Bereich der Gewährleistung des Netzzugangs gegebenenfalls besser bewältigen kann als das allgemeine Wettbewerbsrecht: Die Möglichkeit, das Regulierungsregime genauer an die ökonomischen Gegebenheiten der betroffenen Märkte anpassen zu können einerseits und – durchaus damit zusammenhängend – die flexiblere Auswahl an Regulierungsinstrumentarien, die durch das Telekommunikationsrecht bereitgestellt werden können, andererseits.

Darüber hinaus lassen sich unabhängig von der konkreten Tauglichkeit der Zugangsregulierung auf der Grundlage der Essential-Facilities-Doktrin eine Reihe weiterer struktureller Unterschiede zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung identifizieren, die Anhaltspunkte für deren jeweilige Eignung zur Bewältigung wettbewerblicher Probleme im Kommunikationssektor liefern könnten. Wie oben ausgeführt ist für jeden einzelnen Markt, der im Rahmen des Marktdefinitionsverfahren als regulierungsbedürftig eingestuft werden soll, zu prüfen, ob die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrecht ausreicht, um einem festgestellten Marktversagen entgegenzuwirken. Wann und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll, regelt der neue Rechtsrahmen nicht ausdrücklich. Allein die Begründung zur Empfehlung der Kommission über relevante Produkt und Dienstmärkte nennt beispielhaft einige Anhaltspunkte, anhand derer die relative Effizienz des Wettbewerbsrechts und einer bereichsspezifischen Regulierung festgestellt werden könnten:

Dazu gehört zunächst der Fall, dass besonders voraussetzungsvolle Maßnahmen getroffen werden.¹¹¹² Darunter sollen etwa die Auferlegung detaillierter Buchhaltungsverpflichtungen für Regulierungszwecke, Maßnahmen zur Kostenermittlung oder begleitende Maßnahmen zur Überwachung der gewährten Zugangsbedingungen einschließlich technischer Parameter fallen.¹¹¹³ Die Beispiele verweisen auf die Erforderlichkeit der Bereitstellung komplexitätsangemessener Regulierungsinstrumente. Dazu gehört nicht allein, dass der neue Rechtsrahmen eine weitgehende Auswahl an den Unternehmen aufzuerlegenden

¹¹¹² Die Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte formuliert: „wenn bei einer Maßnahme zur Behebung eines Marktversagens zahlreiche Anforderungen erfüllt sein müssen“, aaO., unter Ziff. 3.2., 3., S. 11.

¹¹¹³ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, aaO.

Verpflichtungen unterschiedlicher Intensität bereithält, die eine Anpassung des konkreten Regulierungsrahmens auf einem Markt an die spezifischen, dort festgestellten wettbewerblichen Probleme ermöglicht. Vielmehr schafft der neue Rechtsrahmen durch vielfältige Informations-, Konsultations- und Streitbeilegungsvorkehrungen erst einen institutionellen und verfahrensrechtlichen Rahmen, der die Aussichten auf eine im Ergebnis effiziente und effektive regulatorische Tätigkeit mit Bezug auf dynamische und komplexe Märkte erhöht.¹¹¹⁴

Das zweite von der Kommission genannte Beispiel für die Erforderlichkeit einer sektorspezifischen Regulierung sind Fälle, in denen ein häufiges und/oder frühzeitiges Einschreiten erforderlich ist.¹¹¹⁵ Hiermit wird die grundlegende Unterscheidung zwischen dem ex-ante Charakter der sektorspezifischen Regulierung und der lediglich ex-post eingreifenden allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Missbrauchsaufsicht in Bezug genommen. In diesem Zusammenhang wird zu Recht darauf hingewiesen, dass sich eine solche Unterscheidung nicht streng durchhalten lässt, da auch das allgemeine Kartellrecht – etwa im Bereich der Fusionskontrolle – Elemente einer ex-ante Kontrolle von Marktentwicklungen enthält, während umgekehrt auch die sektorspezifische Regulierung gelegentlich nur einen nachgängigen Eingriff der Regulierungsbehörden ermöglicht.¹¹¹⁶ Ist das Zugangsbegehren eines Wettbewerbers abgelehnt worden, so stellt sich auch die daraufhin ergehende telekommunikationsrechtliche Zugangsanordnung als „ex-post“ Regulierung dar. Gerade in den dynamischen Märkten des Kommunikationssektors¹¹¹⁷ scheint auf Grund der Wachstumscharakteristika von Netzwerkstrukturen und den dort zu beobachtenden und eingangs beschriebenen Selbstverstärkungseffekten („tipping“) die Gefahr besonders groß zu sein, dass die missbräuchliche Ausnutzung bestimmter, möglicherweise gerade durch diese Netzwerkstrukturen vermittelter, Marktpositionen zu jedenfalls mittelfristig irreversiblen wirtschaftlichen Machtpotentialen führen kann. Hinzu kommt, dass gerade in dynamischen Märkten Markteintrittschancen oft nur kurzfristig genutzt werden können. Diese Chancen können von etablierten Infrastrukturbetreibern durch Blockadestrategien und rechtliche Auseinandersetzungen vereitelt werden. Die Gefahr, hohe Verluste in der Form von Schadensersatzleistungen zu erleiden ist gering, weil der Marktwert neu eintretender

¹¹¹⁴ Dazu oben, § 3 E., S. 165 ff.

¹¹¹⁵ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, aaO.

¹¹¹⁶ *Larouche*, Journal of Network Industries, Vol. 3 [2002], S. 131 f.

¹¹¹⁷ Vgl. zu deren Charakteristika bereits oben, § 3 C. IV. 2., S. 91 ff.

Angebote im Nachhinein kaum mit einiger Sicherheit zu bestimmen ist. Im Falle der ex-post Regulierung des Netzzugangs stellt sich dieses Problem der missbräuchlichen Verzögerung der Zugangsgewährung in verschärftem Maße. Bis ein Zugangsanspruch gegebenenfalls gerichtlich durchgesetzt ist und erzwungen werden kann, dürfte der Wettbewerber in vielen Fällen bereits entmutigt und der Erfolg der Wettbewerbsbehinderung für den Netzeigner sichergestellt sein.¹¹¹⁸ Angesichts dieser Charakteristika ist es von besonderer Bedeutung, dass ein Regulierungskonzept Vorkehrungen enthält, die einen Missbrauch der besonderen Marktstellung nicht erst nachgängig sanktionieren, sondern den Optionenraum der im Markt tätigen Unternehmen von vornherein so strukturieren, dass das Potential für ein entsprechendes strategisches Verhalten möglichst reduziert wird. Dies bezieht sich weniger auf die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung auferlegter Zugangsverpflichtungen und die Überwachung ihrer Implementierung – auch wenn entsprechende regulatorische Befugnisse im Wege einer Auffanglinie für den Fall des Versagens der vorgelagerten Instrumente, die zu einem Gelingen der wettbewerblichen Selbstregulierung beitragen sollen, von entscheidender Bedeutung sind. Im Vordergrund stehen vielmehr die institutionellen oder prozeduralen Arrangements zur Kooperation und Streitbeilegung, wie etwa Verhandlungspflichten oder die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots,¹¹¹⁹ die eine möglichst zügige und marktnahe Bewältigung potentieller Konflikte fördern sollen. Sollte dies aber eine fortbestehende Aufgabe von Regulierung im Kommunikationssektor sein, so erscheint in hohem Maße fraglich, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht ihr gewachsen ist und angesichts seines allgemeinen horizontalen Geltungsanspruchs gewachsen sein kann, ohne selbst eine Funktionsänderung zu erfahren.

Schließlich soll – als letztes von der Kommission angeführtes Beispiel – die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts auch dann nicht ausreichend sein, „wenn bei einer Maßnahme [...] die Gewährleistung der Rechtssicherheit vorrangig ist“.¹¹²⁰ Die Kommission geht also anscheinend davon aus, dass die in der Regel detaillierteren Bestimmungen der sektorspezifischen Regulierung besser in der Lage sind, den am Markt tätigen Unternehmen Rechts- und damit Investitions- und Planungssicherheit zu vermitteln. Diese Einschätzung dürfte vor dem Hintergrund der Tatsache, dass eine mögliche Anwendung der Essential-Facilities-Doktrin auf die Zugangsregulierung im Telekommunikationssektor bisher jedenfalls

¹¹¹⁸ Hellwig, Wettbewerbspolitik, S. 29.

¹¹¹⁹ Vgl. oben, § 3 F. III., S. 207 ff. und § 3 F. IV. 3. b), S. 227 ff.

¹¹²⁰ Begründung zur Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte, aaO.

auf Ebene der Gemeinschaftsgerichte noch präzedenzlos ist und die Voraussetzungen für einen entsprechenden Zugangsanspruch im einzelnen trotz der Bronner- und der IMS-Entscheidung durchaus noch in weiten Teilen ungeklärt sind,¹¹²¹ wohl zutreffen. Wettbewerbsbehörden und Gerichte entscheiden darüber, ob bestimmte Verhaltensweisen wettbewerbskonform sind oder nicht. Dabei geben sie regelmäßig aber keine präzisen Handlungsanweisungen, sondern untersagen lediglich gewisse wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen. Eine ex-ante Regulierung dürfte deshalb, jedenfalls solange sie längerfristig einer stabilen Linie folgt, mehr Klarheit und Kalkulationssicherheit schaffen.¹¹²² Da die Zugangsregulierung ein ganz zentraler Parameter der wettbewerblichen Rahmenbedingungen auf den Telekommunikationsmärkten darstellt und sowohl die Geschäftsmodelle der Wettbewerber als auch die betriebswirtschaftlichen Entscheidungen etwaiger verpflichteter Unternehmen in erheblichem Maße von ihr abhängen dürften, wird der Rechtssicherheit bei der Entscheidung über die Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen wohl regelmäßig „vorrangige Bedeutung“ im Sinne der Ausführungen der Kommission zukommen.

Diese Erörterungen können nur erste Anhaltspunkte für die Kriterien liefern, die bei einer Untersuchung der relativen Leistungsfähigkeit von Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung heranzuziehen sein werden. Im konkreten Einzelfall wird es auf eine Prognose der Marktentwicklung im Falle der Anwendung der jeweiligen Regulierungsregime ankommen.¹¹²³ Die beispielhaft von der Kommission genannten Kriterien machen dabei deutlich, dass sich die Beurteilung nicht etwa allein auf die Möglichkeit der Auferlegung eines Kontrahierungszwangs zur Sicherstellung des Zugangs zu bestimmten (Netz-) Einrichtungen auf telekommunikations- oder wettbewerbsrechtlicher Grundlage verengen lässt. Vielmehr ist eine Gesamtbewertung der zu erwartenden Wettbewerbsentwicklung auf dem Markt erforderlich, die eine voraussetzungsvolle Abschätzung der relativen Regulierungseffizienz unterschiedlicher rechtlicher Konzepte erforderlich macht. Einen Eindruck von der Komplexität dieser Aufgabe vermitteln die einem ähnlichen Zweck dienenden Gutachten der Monopolkommission nach § 81 Abs. 3 TKG-alt. Es ist erstaunlich, dass der neue Rechtsrahmen die hier anzuwendenden Kriterien alleine in den

¹¹²¹ Vgl. oben und *Koenig/Loetz*, EWS 2000, 377, 380 f. und 383: „Das Essential facilities Konzept der Kommission wirft allerdings mehr Fragen auf, als es Antworten gibt“.

¹¹²² *Haucap/Kruse*, WuW 2004, 266, 268 f.

¹¹²³ *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, 340, 355.

Erwägungsgründen und der Begründung zu der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte nennt und auch dort inhaltlich kaum konturiert.

Als weiterer Anhaltspunkt dafür, dass gegenüber der Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Rahmen der Zugangsregulierung ein gewisses Misstrauen angezeigt ist, mag schließlich noch die bereits oben im Zusammenhang mit der Essential-Facilities-Doktrin diskutierte Entscheidung des United States Supreme Court in Sachen *Verizon v. Trinko* dienen. Das Gericht diskutiert die unterschiedlichen Funktionen von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Kartellrecht und arbeitet insbesondere die potentiellen Defizite einer kartellrechtlichen Zugangsregulierung heraus. Dabei zeigen sich deutliche Parallelen zu den von der Kommission genannten Kriterien. So hält auch der Supreme Court eine kartellrechtliche Aufsicht auf Grund der hohen technischen Komplexität der Sachverhalte und den damit verbundenen Anforderungen an den speziellen Sachverstand der Aufsichtsbehörde für problematisch.¹¹²⁴ Wegen dieser hohen Komplexität seien zahlreiche Auseinandersetzungen wahrscheinlich, die in ihrem Umfang die Kartellgerichte überfordern könnten. Die Anwendung des Kartellrechts *neben* der bereichsspezifischen Zugangsregulierung könne außerdem zu zahlreichen zusätzlichen Rechtsstreitigkeiten auf dieser Ebene führen.

Vor allem aber würde die Kartellaufsicht angesichts der Komplexität der Regulierungsaufgabe an ihre Funktionsgrenzen stoßen. Zugangsverpflichtungen müssten detailliert vorgegeben und dauerhaft überwacht werden. Dies aber würde die Kartellaufsicht überfordern. Das Gericht führt aus:

*„We think Professor Areeda got it exactly right: ‚No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremedia[ble] by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency.‘”*¹¹²⁵

Nun mögen sich diese Ausführungen nicht ohne weiteres auf das Gemeinschaftsrecht übertragen lassen. Dennoch gilt auch hier, dass das Wettbewerbsrecht aus gutem Grund zurückhaltend mit der Anordnung spezifischer Abschlusszwänge umgeht, weil es zwar Aufgabe der Wettbewerbsaufsicht sein muss, missbräuchliches und wettbewerbschädigendes Verhalten zu unterbinden, es aber nur die Aufgabe der Marktteilnehmer sein kann, im

¹¹²⁴ United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 677.

¹¹²⁵ United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 677.

„Entdeckungsverfahren“ des Marktes Austauschbeziehungen miteinander zu den Bedingungen einzugehen, die sie selbst für angemessen erachten.¹¹²⁶

Auch und gerade angesichts einer Wettbewerbsentwicklung, die zum Entstehen eines zunehmend auf den unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen ausdifferenzierten, „pluralen“ Netzwerks beiträgt, erscheint die Perspektive, dass sich Regulierung in naher Zukunft verstärkt in der punktuellen Intervention bei – ausnahmsweise – missbräuchlichen Verhalten erschöpft, eher unwahrscheinlich.¹¹²⁷ Dies auch deshalb, weil die Zugangsverweigerung gar nicht in jedem Fall auf einem bewusst missbräuchlichen Verhalten beruhen muss, sondern schlicht in einem fehlenden Konsens der Akteure über die Bereitstellung einzelner, in dieser Form sonst nicht angebotener Leistungskomponenten bestehen mag.¹¹²⁸ In einem pluralistischen „Netzwerk der Netzwerke“ werden Abstimmungs- und Aushandlungsprozesse, die zu Zeiten des integrierten Netzwerkes intern durchgeführt wurden, externalisiert und finden nun zwischen unterschiedlichen Unternehmen statt.¹¹²⁹ Es mag sich erweisen, dass die Intergrationsleistung für dieses pluralistische Netzwerk verstärkt durch Regulierung zu erbringen sein wird. Dabei werden möglicherweise Interessen betroffen sein und berücksichtigt werden müssen, die über die bloße Wettbewerbseröffnung im Telekommunikationssektor hinausgehen.¹¹³⁰ Dies aber weist über den Gegenstand der vorliegenden Arbeit hinaus. Für die Regulierungskonzeption unter dem neuen Rechtsrahmen dürfte jedenfalls gelten: Auch wenn der Funktionsvergleich zwischen Wettbewerbs- und Kartellrecht im Wege einer Wirkungsprognose für jeden Einzelmarkt anzustellen sein wird und sich hier sicherlich im Zeitablauf auch Deregulierungspotentiale bei einzelnen Märkten ergeben werden, erscheint es jedenfalls wahrscheinlich, dass der sektorspezifischen Zugangsregulierung im Kommunikationssektor jedenfalls in absehbarer Zukunft ein wichtiger und nicht notwendigerweise geringerer Anwendungsbereich als bisher verbleiben wird.

¹¹²⁶ Vgl. *Mailänder*, Schranken für das Vertragsdiktat, S. 271 ff.

¹¹²⁷ Gleichwohl verschieben sich die Regulierungsziele in heterogenen Netzwerken von der Sicherstellung einer allgemeinen und gleichen Versorgung hin zur Gewährleistung der Entwicklungsoffenheit der (nicht allein) technischen Optionen, vgl. *Ladeur*, ArchPT 1997, 193.

¹¹²⁸ Ähnlich United States Supreme Court, GRUR Int. 2004, 674, 677: “an incumbent LEC’s failure to provide a service with sufficient alacrity might have nothing to do with exclusion”.

¹¹²⁹ Vgl. *Noam*, Telecommunications in Europe, S. 425, der eine zurückhaltende Prognose bezüglich der Deregulierungspotentiale anstellt: „Where does a pluralist Network leave future policy? It would be naive to assume fewer regulatory tasks“; vgl. auch *Ladeur*, AfP 1997, 598, 599 zur zunehmenden Ausdifferenzierung der für die Erbringung medialer Dienstleistungen wie Pay-TV erforderlicher Teilkomponenten, die sich der Abbildung in einem einfachen Marktmodell entzieht und nicht durch bloße Deregulierung bewältigen lässt.

¹¹³⁰ In jedem Fall werden technische, ökonomische und politisch-rechtliche Entscheidungen deutlich enger miteinander verwoben sein, vgl. *Ladeur*, CR 1999, 395, 401.

§ 5 – Die Umsetzung des Konzepts der marktbezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs im Telekommunikationsgesetz

A. Die Novellierung des TKG

I. Der Weg zum neuen Telekommunikationsgesetz

Die Umsetzung der Vorgaben des neuen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens in deutsches Rechts war alleine durch Änderungen des bisherigen Telekommunikationsgesetzes nicht möglich. Die Transformation der Richtlinien in das nationale Recht erforderte vielmehr eine umfassende Gesetzesreform.¹¹³¹ Damit wurde einige Jahre nach dem Inkrafttreten des TKG-alt am 1.8.1996¹¹³² eine Novellierung des TKG erforderlich. Das neue Telekommunikationsgesetz ist am 26.6.2004 in Kraft getreten.¹¹³³ Die Umsetzungsfrist des europäischen Rechtsrahmens, der die nationale Implementierung bis zum 24.7.2003 vorsah, ist damit vom deutschen Gesetzgeber deutlich verfehlt worden.¹¹³⁴ Aus diesem Grund hatte die Kommission Anfang Oktober 2003 ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 226 EG gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.¹¹³⁵

¹¹³¹ Vgl. Begründung zum TKG-E, BR-Drs. 755/03, Allgemeiner Teil, 2., S. 75; *Vogelsang*, MMR 2003, 509.

¹¹³² Vgl. § 100 Abs. 1 S. 1 TKG-alt. Das Gesetz wurde am 31.7.1996 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I S. 1120 ff.).

¹¹³³ § 151 Abs. 1 S. 1 TKG; das Gesetz wurde am 25.06.2004 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I 2004, 1190).

¹¹³⁴ Zur unmittelbaren Wirkung der Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist siehe *Ellinghaus*, CR 2003, 657 ff. Die Umsetzung des Richtlinienpakets in den bisherigen Mitgliedsstaaten der Union dokumentiert *Scherer*, Umsetzung des neuen Rechtsrahmens, S. 28 ff.

¹¹³⁵ Vgl. Pressemitteilungen der Kommission vom 8.10.2003, IP/03/1356 und vom 17.12.2003, IP/03/1750 sowie Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Elektronische Kommunikation in Europa - Regulierung und Märkte 2003, Bericht über die Umsetzung des EU-Reformpakets für elektronische Kommunikation v. 19.11.2003, KOM (2003) 715 endg., unter Ziff. 9., S. 47 f. Außer gegen die Bundesrepublik Deutschland leitete die Kommission wegen der verzögerten Umsetzung der Richtlinien auch Verfahren gegen Belgien, Griechenland, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande, Portugal und Spanien ein. Nachdem die Frist zur Umsetzung der Datenschutzrichtlinie am 31.10.2003 ebenfalls abließ, hat die Kommission inzwischen insoweit ebenfalls Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (Pressemittteilung der Kommission v. 5.12.2003, IP/03/1663). Nach der Umsetzung des Richtlinienpakets in deutsches Recht kam es erneut zu Konflikten. Die Kommission hat inzwischen mit einer Stellungnahme gem. Art. 226 EGV v. 12.4.2005 (C [2005] 1196) im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens Nr. 2004/2221 gemeinschaftsrechtliche Bedenken vor allem gegen die Umsetzung von Art. 8 Abs. 1, 2 und 4 sowie Art. 13 der Zugangsrichtlinie geltend gemacht. Die Kommission ist der Auffassung, dass insbesondere die Vorschriften der §§ 23 und 30 TKG das den nationalen Reglerbehörden nach den genannten Bestimmungen der Zugangsrichtlinie bei der

1. Entstehungsgeschichte

Die Vorarbeiten zur Novellierung des TKG begannen auf ministerieller Ebene mit der Erstellung eines Arbeitsentwurfes der Abteilung VII des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, der seit dem 20.1.2003 vorlag, aber noch unvollständig war.¹¹³⁶ Am 30.4.2003 legte das Wirtschaftsministerium einen ersten Referentenentwurf (RefE) nebst den Entwürfen für vier Rechtsverordnungen¹¹³⁷ vor. Dieser erfuhr bereits eine breite wissenschaftliche Diskussion,¹¹³⁸ und war Gegenstand eines informellen Anhörungsverfahrens. Das Ministerium forderte die interessierten Kreise auf, bis zum 28.5.2003 Stellungnahmen und Kommentierungen abzugeben und führte am 11.6.2003 eine mündliche Anhörung durch. Im Verlauf des Anhörungsverfahrens gingen dem Ministerium zahlreiche Stellungnahmen von Verbänden, Forschungsinstitutionen und Einzelpersonen zu, die teilweise zu Anpassungen des RefE führten. Am 15.10.2003 wurde durch das Bundeskabinett der Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG-E) beschlossen. Die Ausschüsse legten am 9.12.2003 ihre Empfehlungen für die Stellungnahme des Bundesrats vor¹¹³⁹, die dieser am 19.12.2003 abgab.¹¹⁴⁰ Die erste Beratung des Entwurfs durch den Bundestag erfolgte am 15.1.2004.¹¹⁴¹ Nach Behandlung durch die Ausschüsse in zweiter und dritter Lesung¹¹⁴² wurde der Gesetzentwurf am 13.3.2004 durch den Bundestag angenommen.¹¹⁴³ Gem. Art. 87 f Abs. 1 GG bedarf das Telekommunikationsgesetz der Zustimmung des Bundesrates. Dieser rief den Vermittlungsausschuss an, der seine Beschlussempfehlung am 5.5.2004 vorlegte.¹¹⁴⁴ Nach

Auswahl der aufzuerlegenden Zugangsverpflichtungen zustehende Auswahlermessen unangemessen einschränken, dagegen *Koenig/Neumann/Senger*, MMR 2006, 365 ff.

¹¹³⁶ Arbeitsentwurf der Abteilung VII des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit v. 22.2.2003. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren auch *Wilms/Masing/Jochum-Wilms*, Einl. TKG Rdnr. 142 ff.

¹¹³⁷ Entwurf einer Telekommunikations-Nummerierungsverordnung (TKNV); Entwurf einer Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV 2003); Entwurf einer Telekommunikations-Notrufverordnung (TNotrufV) sowie der Entwurf einer Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation – Telekommunikations-Überwachungsverordnung (TKÜV).

¹¹³⁸ Vgl. etwa *Büllesbach/Scherer*, CR-Beilage 7/2003; *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522 ff.; *Heun*, CR 2003, 485 ff.; *Holznapel*, MMR 2003, 513 ff.; *Klotz*, MMR 2003, 495 ff.; *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505 ff.; *Oberndörfer*, ZUM 2003, 654 ff.; *Ohlenburg*, MMR 6/2003, XIV f.; *dies.*, TKMR 2003, 164 ff.; *Schütz*, MMR 2003, 518 ff.; *Thomaschki*, MMR 2003, 500 ff.; *Vogelsang*, MMR 2003, 509 ff.

¹¹³⁹ BR-Drs. 755/2/03 v. 9.12.2003.

¹¹⁴⁰ BR-Drs. 755/03 v. 19.12.2003.

¹¹⁴¹ Vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/86 v. 15.1.2004.

¹¹⁴² Vgl. Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 15/89 v. 12.3.2004.

¹¹⁴³ BR-Drs. 200/04 v. 12.3.2004.

¹¹⁴⁴ BT-Drs. 15/3063; zu den Änderungen durch das Vermittlungsverfahren *Katzschmann*, IR 2004, 176.

Annahme durch den Bundestag (6.5.2004)¹¹⁴⁵ und den Bundesrat (14.5.2004)¹¹⁴⁶ konnte das Gesetz am 22.6.2004 ausgefertigt und drei Tage später im Bundesgesetzblatt verkündet werden.

2. Überblick und Systematik

Das neue TKG ist in 11 Teile gegliedert. Die für die wettbewerbssichernde Funktion des Gesetzes zentralen und im vorliegenden Zusammenhang besonders interessierenden Vorschriften finden sich im zweiten Teil. Sie umfassen zunächst in Abschnitt 1 das „Verfahren der Marktregulierung“, das im Wesentlichen die Vorschriften der Rahmenrichtlinie zum Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren sowie die begleitenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen in nationales Recht umsetzt. Vor allem diesen Vorschriften wendet sich die Untersuchung im Folgenden zu. In Abschnitt 2 finden sich die Bestimmungen über die „Zugangsregulierung“, die der Umsetzung der Zugangsrichtlinie dienen und insbesondere die der Bundesnetzagentur zur Verfügung stehenden regulatorischen Instrumente bei der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen regeln. Abschnitt 3 behandelt die „Entgeltregulierung“;¹¹⁴⁷ der kurze Abschnitt 4 sieht Verpflichtungen zur Betreibervorauswahl und dem Angebot von Mietleitungen vor. Abschnitt 5 schließlich sieht eine konzeptionell aus dem TKG-alt übernommene besondere Missbrauchsaufsicht vor, die in dieser Form im europäischen Rechtsrahmen nicht angelegt ist. Die übrigen Bestimmungen, etwa betreffend den Kundenschutz (Teil 3); die Rundfunkübertragung (Teil 4), die Planung von Frequenz- und Nummerierungsressourcen (Teil 5) oder das Fernmeldegeheimnis und den Datenschutz (Teil 7) verfolgen im Wesentlichen außerwettbewerbliche Ziele.

Der Entwurf umfasst 152 Paragraphen und ist damit knapp um die Hälfte umfangreicher als das TKG-alt. Dies beruht vor allem darauf, dass eine Reihe von bisher im Verordnungswege geregelten Materien unmittelbar in das TKG überführt wurden.¹¹⁴⁸ Im vorliegenden Zusammenhang betrifft dies vor allem die bisherige Netzzugangsverordnung,¹¹⁴⁹ daneben

¹¹⁴⁵ Vgl. Plenarprotokoll 15/108 v. 6.5.2004 und BR-Drs. 379/04.

¹¹⁴⁶ Vgl. Plenarprotokoll 799 v. 14.5.2004.

¹¹⁴⁷ Dazu etwa *Groebel*, K&R Beilage 1/2004, 18 ff.; *Thomaschki*, K&R Beilage 1/2004, 21, 23 f.; *Wegmann*, K&R Beilage 1/2004, 25, 28; *Ellinghaus*, MMR 2004, 293, 294 f.; *ders.* CR 2004, 23, 27 f.; *Holznapel/Hombergs/Rosengarten*, K&R 2004, 505, 506 ff.; *Nacimiento*, K&R 2005, 1, 4 ff.

¹¹⁴⁸ Vgl. Begründung zum TKG-E, BR-Drs. 755/03, Allgemeiner Teil, 5., S. 76.

¹¹⁴⁹ Verordnung über besondere Netzzugänge (Netzzugangsverordnung - NZV) v. 23.10.1996, BGBl. I S. 1568.

aber auch die bisherige Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung,¹¹⁵⁰ die Datenschutzverordnung,¹¹⁵¹ die Entgeltregulierungsverordnung,¹¹⁵² die Frequenzzuteilungsverordnung¹¹⁵³ und das Fernsehsignalübertragungsgesetz.¹¹⁵⁴ Trotz dieser weitgehenden Integration zahlreicher Regelungsgegenstände in das Gesetz sieht das TKG weiterhin eine nicht unbeträchtliche Anzahl von Verordnungsermächtigungen vor. Diese berechtigen zum Erlass einer Kundenschutzverordnung (§ 45 TKG), eines Frequenzbereichszuweisungsplans (§ 53 TKG) einer Verordnung betreffend das Verfahren der Aufstellung eines Frequenznutzungsplans (§ 54 Abs. 3 TKG), sowie zum Erlass von Verordnungen betreffend die Verwaltung von Nummerierungsressourcen (§ 66 Abs. 4 TKG), die Verfügbarkeit von Notrufnummern (§ 108 Abs. 2 S. 1 TKG), die Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen im Bereich der Telekommunikation (§ 110 Abs. 2 TKG) sowie die Entschädigung für die im Rahmen der Überwachung erbrachten Leistungen (§ 110 Abs. 9 TKG), Auskunftersuchen von öffentlichen Stellen bezüglich Kundendaten (§ 112 Abs. 3 TKG), die Akkreditierung von Abrechnungsstellen für den internationalen Seefunkverkehr (§ 141 Abs. 1 TKG), die Gebühren und Auslagen der Bundesnetzagentur (§ 142 Abs. 2 S. 1 TKG), den Frequenznutzungsbeitrag (§ 143 Abs. 4 S. 1 TKG) und den Telekommunikationsbeitrag (§ 144 Abs. 4 S. 1 TKG).¹¹⁵⁵

II. Die Neugestaltung des Systems der Marktregulierung

1. Netzzugang und -zusammenschaltung nach dem Telekommunikationsgesetz 1996

Das TKG-alt enthielt entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der ersten Generation im Rahmen des ONP-Konzeptes unmittelbar anwendbare gesetzliche Verpflichtungen betreffend die Gewährung von Netzzugang und die Zusammenschaltung von

¹¹⁵⁰ VO v. 30.1.1997, BGBl. I S. 141.

¹¹⁵¹ Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV) v. 18.12.2000, BGBl. I S. 1740.

¹¹⁵² Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV) v. 1.10.1996, BGBl. I S. 1492.

¹¹⁵³ Frequenzzuteilungsverordnung v. 26.4.2001, BGBl. I S. 829.

¹¹⁵⁴ Fernsehsignalübertragungsgesetz vom 14.11.1997, BGBl. I S. 2710, zuletzt geändert durch Art. 20 des Gesetzes vom 7. Mai 2002, BGBl. I S. 1529.

¹¹⁵⁵ Zu den verbleibenden Verordnungsermächtigungen s. *Heun*, CR 2004, 893, 894; *ders.* CR 2003, 485, 486; zu verfassungsrechtlichen Problemen der Erhebung des Telekommunikationsbeitrags s. *Roth*, MMR 2005, 424.

Telekommunikationsnetzen.¹¹⁵⁶ Das Gesetz definierte den Netzzugang als die „die physische und logische Verbindung von Endeinrichtungen oder sonstigen Einrichtungen mit einem Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben sowie die physische und logische Verbindung eines Telekommunikationsnetzes mit einem anderen Telekommunikationsnetz oder Teilen desselben zum Zwecke des Zugriffs auf Funktionen dieses Telekommunikationsnetzes oder auf die darüber erbrachten Telekommunikationsdienstleistungen“ (§ 3 Nr. 9 TKG); die Netzzusammenschaltung als denjenigen „Netzzugang, der die physische und logische Verbindung von Telekommunikationsnetzen herstellt, um Nutzern, die an verschiedenen Telekommunikationsnetzen angeschaltet sind, die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation zu ermöglichen“ (§ 3 Nr. 24 TKG).

Die wesentlichen Vorschriften zur Marktregulierung enthielt der vierte Teil des Telekommunikationsgesetzes 1996 unter der Überschrift „Offener Netzzugang und Zusammenschaltung“. Die Vorschriften der §§ 33 bis 39 bildeten, ergänzt durch verschiedene administrative Rechtsakte, den bereichsspezifischen regulativen Rahmen für den Zugang zu Telekommunikationsnetzen unter dem TKG-alt. Unter den auf Grundlage des TKG-alt erlassenen Rechtsverordnungen war zunächst die bereits erwähnte Netzzugangsverordnung (NZV) von Bedeutung;¹¹⁵⁷ in geringerem Umfang enthielt daneben aber auch die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV)¹¹⁵⁸ den Netzzugang betreffende Regelungen.

Die erste Vorschrift des vierten Teiles, § 33 TKG-alt, unterwarf marktbeherrschende Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen einer besonderen Missbrauchsaufsicht. Sie hatten ihren Wettbewerbern grundsätzlich diskriminierungsfreien Zugang zu ihren intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen zu gewähren, soweit diese wesentlich waren (§ 33 Abs. 1 S. 1 TKG-alt). Nutzte ein Unternehmen entgegen dieser Vorschrift seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich aus, so konnte die Regulierungsbehörde ihm ein

¹¹⁵⁶ Ausführlich zur Rechtslage unter der Geltung des TKG-alt siehe etwa *Holzner/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, S. 91 ff.; *Rudolf*, Das Recht auf Netzzugang, S. 74 ff.; *Engel/Knieps*, Zugang zu wesentlichen Leistungen, S. 13 ff.; *Hefekäuser/Dreier*, CR 1997, 110 ff.; *Nolte*, BB 1996, 2629 ff.; *Wegmann*, Regulierte Marktöffnung, S. 216 ff.; *Röhl*, Zusammenschaltung, S. 63 ff.; *Weißhaar/Koenig*, MMR 1998, S. 475 ff.; *Säcker/Calliess*, K&R 1999, 289 ff., 337 ff.; *Tschentscher/Neumann*, BB 1997, 2437 ff. *Chen-jung Chan*, Staatliche Regulierung, S. 104 ff. sowie die Kommentierungen von *Scheurle/Mayen/Glahs*, §§ 33 ff.; *BeckTKG-Komm/Piepenbrock*, §§ 33 ff. und *Trute/Spoerr/Bosch-Trute*, TKG §§ 33 ff.

¹¹⁵⁷ Verordnung über besondere Netzzugänge v. 23.10.1996, BGBl. I S. 1568.

¹¹⁵⁸ Verordnung v. 11.12.1997, BGBl. I S. 2910, geändert durch die Erste Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 14.4.1999, BGBl. I Nr. 19 v. 21.4.1999.

Verhalten auferlegen oder untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären (§ 33 Abs. 2 S. 1 TKG-alt).

Gem. § 35 Abs. 1 S. 1 TKG-alt hatte der Betreiber eines Telekommunikationsnetzes, der Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit anbot und auf einem solchen Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfügte, anderen Nutzern Zugang zu seinem Telekommunikationsnetz oder zu Teilen desselben zu ermöglichen. Dies konnte gem. § 35 Abs. 1 S. 2 TKG-alt über für sämtliche Benutzer zur Verfügung gestellte Anschlüsse (allgemeiner Netzzugang) oder besondere Anschlüsse (besonderer Netzzugang) erfolgen. Eine eigene Eingriffsermächtigung für den Fall eines Verstoßes gegen die Pflicht zur Gewährung von Netzzugang sah § 35 TKG-alt nicht vor.

Die Zusammenschaltung von Netzen war in den §§ 36 und 37 TKG-alt geregelt.¹¹⁵⁹ Während § 36 TKG-alt jeden Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes ungeachtet seiner Marktstellung verpflichtete, anderen Betreibern solcher Netze auf Anfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben, ermächtigte § 37 TKG-alt die Regulierungsbehörde im Falle des Scheiterns der Zusammenschaltungsverhandlungen nach Anrufung durch einen der Beteiligten eine Zusammenschaltungsanordnung zu erlassen.

Gem. § 38 TKG-alt schließlich waren Vereinbarungen über die Gewährung von Netzzugängen nach § 35 TKG-alt unwirksam, soweit sie geeignet waren, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt der Telekommunikation ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu beeinträchtigen.

Stark vereinfachend lässt sich damit sagen: Die §§ 33, 35 TKG-alt knüpften an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung an und unterwarfen die marktstarken Anbieter einer besonderen Pflicht zur Förderung des Wettbewerbs. Die Vorschriften waren strukturell der Missbrauchsaufsicht des Kartellrechts verwandt. Die §§ 36, 37 TKG-alt sollten im Interesse der bestmöglichen Kommunikation der Nutzer eine Vernetzung der unterschiedlichen Telekommunikationsinfrastrukturen ermöglichen. Sie verfolgten damit einen Infrastrukturauftrag eigener Art. § 38 TKG-alt schließlich enthielt ein auf

¹¹⁵⁹ Dazu etwa *Badura/Schneider*, RTkom 1999, S. 161 ff.; *Berger*, CR 1999, 222 ff.; *Bock/Völcker*, CR 1998, S. 473 ff.; *Kaufmann*, CR 1998, 728 ff.; *Klein/Binder*, MMR 2001, S. 569 ff.; *Koenig/Loetz*, K&R 1999, S. 298 ff.; *Wieland/Enderle*, MMR 1999, S. 379 ff.

Netzzugangsvereinbarungen bezogenes Verbot wettbewerbsbeschränkender Abreden und rückte damit in die Nähe des allgemeinen Kartellverbots in § 1 GWB.¹¹⁶⁰

Diese unmittelbar gesetzlich vorgegebenen Zugangsverpflichtungen genügten offensichtlich nicht den Anforderungen des neuen Regulierungsrahmens. Eine weitgehende Neufassung der Vorschriften über den Netzzugang und die Zusammenschaltung war daher erforderlich.

2. Überblick über das neue System der Marktregulierung

Die mit „Marktregulierung“ überschriebenen Regelungen des zweiten Teils des TKG setzen im Wesentlichen die Vorgaben der Rahmen- und der Zugangsrichtlinie in bundesdeutsches Recht um. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wurden bereits ausführlich vorgestellt; die folgenden Ausführungen brauchen deren materiellen Gehalt daher nicht aufs Neue nachzuzeichnen. Vielmehr stehen die Besonderheiten der Systematik ihrer Umsetzung im Vordergrund.

Die wesentlichste Neuerung im Bereich des Netzzugangs ist, dass entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben eine Zugangsregulierung mit Ausnahme von Maßnahmen zur Herstellung des End-zu-End Verbundes nur noch dann möglich ist, wenn die Bundesnetzagentur die Regulierungsbedürftigkeit des jeweiligen Marktes zuvor positiv festgestellt hat. Um den Marktteilnehmern Rechtssicherheit zu vermitteln¹¹⁶¹ und den Übergang zum neuen nationalen Rechtsrahmen zu erleichtern, sollen nach dem Inkrafttreten des TKG die nach dem TKG-alt bestehenden Verpflichtungen, die an die durch die Bundesnetzagentur getroffene Feststellung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens anknüpfen, gem. § 150 Abs. 1 TKG zunächst weitergelten.¹¹⁶² Allerdings hat die Bundesnetzagentur unmittelbar nach dem Inkrafttreten des Gesetzes den gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebenen Regulierungsprozess einzuleiten, indem sie

¹¹⁶⁰ Allerdings kann § 38 TKG mit Vereinbarungen über besondere und allgemeine Netzzugänge, die keine Netzzusammenschaltungen sind, grundsätzlich auch vertikale Vereinbarungen erfassen und besitzt damit einen ähnlich umfassenden Anwendungsbereich wie Art. 81 EGV; vgl. BeckTKG-Komm/Salger/Traugott, § 28 Rdnr. 2.

¹¹⁶¹ Vgl. Begründung zu § 148 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 143.

¹¹⁶² Ausführlich zu den Übergangsregelungen des neuen TKG *Scherer/Mögelin*, K&R Beilage 4/2004, 3 ff.; *Tschentscher/Bosch*, K&R Beilage 4/2004, 15 ff.; *Nacimiento*, K&R 2005, 1 ff.; *Rädler/Elspaß*, CR 2004, 418 ff.; *Heun*, CR 2004, 893, 905. Das VG Köln lehnt eine extensive Auslegung des § 150 TKG allerdings ab. Nach Auffassung des Gerichts bewirkt § 150 Abs. 1 TKG nicht die Fortgeltung abstrakter gesetzlicher Verpflichtungen und Befugnisse, sondern allein derjenigen Verpflichtungen, die keines weiteren regulatorischen Vollzugsakts mehr bedürfen, sondern aus sich heraus vollziehbar sind, vgl. VG Köln, CR 2005, 868, 869; CR 2005, 441 und CR 2004, 826; vgl. dazu auch *Nacimiento*, K&R 2006, 9 ff.

diejenigen Telekommunikationsmärkte festlegt, die für eine Regulierung in Betracht kommen (§ 10 Abs. 1 TKG). Der Gesetzgeber hat sich erst spät im Gesetzgebungsverfahren entschieden, die in der Kommissionsempfehlung genannten drei Kriterien unmittelbar in das Gesetz zu übernehmen und die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung damit an die Existenz von Marktzutrittschranken, das Fehlen einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb und die mangelnde Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu knüpfen.

Gemeinsam mit dem Verfahren der Marktdefinition ist eine Marktanalyse nach § 11 TKG durchzuführen. Gegenstand dieser Analyse ist die Frage, ob auf dem als regulierungsbedürftig definierten Markt „wirksamer Wettbewerb“ herrscht. Dies ist nicht der Fall, wenn einem oder mehreren Unternehmen auf diesem Markt beträchtliche Marktmacht zukommt.

Kommt die Marktanalyse zu dem Ergebnis, dass auf einem Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so ist die Bundesnetzagentur verpflichtet, dem Unternehmen, das über beträchtliche Marktmacht verfügt, regulatorische Verpflichtungen nach dem zweiten Teil des TKG aufzuerlegen (§ 9 Abs. 2 TKG). Dies erfolgt im Wege einer abstrakten Regulierungsverfügung (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG). Das TKG übernimmt dabei die im neuen Rechtsrahmen vorgesehenen einzelnen Verpflichtungen, die dem marktmächtigen Unternehmen gegebenenfalls auferlegt werden können. Dazu gehören vor allem die in § 21 TKG vorgesehenen Zugangsverpflichtungen.¹¹⁶³ Die Vorschrift dient der Umsetzung von Art. 12 Zugangsrichtlinie¹¹⁶⁴ und gibt die dort vorgesehenen Abwägungsparameter und Eingriffsbefugnisse teilweise wörtlich wieder.

Nachdem auf diese Weise die einem bestimmten Unternehmen obliegenden Pflichten zur Gewährung von Zugang konkretisiert wurden, setzt das TKG 2004 in einem zweiten Schritt – ähnlich wie das TKG-alt – grundsätzlich zunächst auf den Versuch der Selbstregulierung durch die Akteure. Dieser wird allerdings durch eine Reihe von prozeduralen Vorkehrungen und materiellen Verpflichtungen unterstützt. Dazu gehört zunächst, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht insoweit, als ihnen Verpflichtungen zur Gewährung von Zugang nach § 21 TKG auferlegt worden sind, gegenüber anderen Unternehmen, die diese Leistung nachfragen unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung ein Angebot auf entsprechenden Zugang abgeben müssen (§ 22 Abs. 1 TKG). Darüber hinaus soll die Bundesnetzagentur diese Unternehmen auch zur Vorlage eines

¹¹⁶³ Dazu *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 102 ff.

¹¹⁶⁴ Vgl. Begründung zu § 19 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 88.

Standardangebots für regelmäßig nachgefragte Leistungen verpflichten (§ 23 TKG)¹¹⁶⁵. Schließlich behält die Bundesnetzagentur die Befugnis, im Falle des Scheiterns der selbstregulativen Aushandlung einer Zugangs- oder Zusammenschaltungsvereinbarung gegebenenfalls die bestehenden Zugangsverpflichtungen im Wege der Anordnung nach § 25 TKG durchsetzen. Ein solches Tätigwerden der Behörde ist aber nur so weit und so lange zulässig, wie sich die betreffenden Unternehmen nicht selbst auf eine Zugangs- oder Zusammenschaltungsvereinbarung einigen.

Ergänzt werden die Vorschriften des zweiten Abschnitts durch die in Abschnitt fünf geregelte besondere Missbrauchsaufsicht (§ 42 TKG), die auf der bisherigen Vorschrift des § 33 TKG-alt aufbaut, aber angesichts der genannten und gegenüber der Vorschrift des § 37 TKG-alt erweiterten Möglichkeit einer Zugangsanordnung durch die Bundesnetzagentur an Bedeutung verloren haben dürfte.¹¹⁶⁶

Neben diesem mehrstufigen Verfahren der Marktregulierung sind die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze unabhängig von ihrer Marktmacht ähnlich wie bisher nach § 36 TKG-alt verpflichtet, mit anderen Betreibern über die Zusammenschaltung ihrer Netze zu verhandeln bzw. ein entsprechendes Angebot vorzulegen, § 16 TKG. Eine Zusammenschaltungsanordnung gegenüber Netzbetreibern bleibt unabhängig von deren Marktmacht weiterhin möglich, setzt aber gem. § 18 Abs. 1 S. 1 TKG nunmehr u.a. voraus, dass der Adressat der Verfügung den Zugang zu Endnutzern kontrolliert.¹¹⁶⁷

3. Weiterer Gang der Darstellung

Die weitere Darstellung setzt sich nicht zum Ziel, das System der Zugangsregulierung auch auf nationaler Ebene umfassend darzustellen. Die neue Systematik der behördlichen

¹¹⁶⁵ Zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Standardangebot im TKG vgl. *Steinwälder*, MMR 2005, 84, 85 ff.

¹¹⁶⁶ Vgl. zur Neufassung der besonderen Missbrauchsaufsicht *Robert*, K&R 2005, 354 ff.; *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 106 ff.; *BerlKommTKG/Gersdorf*, § 42 Rdnr. 1 ff. Entgegen der von *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 106, 107 vertretenen Auffassung hat das VG Köln inzwischen entschieden, dass auch der Erlass einer Missbrauchsverfügung nach § 42 TKG die vorherige Durchführung eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens voraussetzt. Denn die für § 42 TKG erforderliche Feststellung der beträchtlichen Marktmacht eines Unternehmens könne nach § 9 TKG nur im Verfahren der §§ 10, 11 TKG erfolgen. Ohne eine solche förmliche Feststellung unterlägen die betreffenden Märkte nicht der Marktregulierung nach dem zweiten Teil des TKG, vgl. VG Köln, Beschl. v. 21.12.2005, Az 21 K 1200/05, N&R 2006, 77 mit krit. Anm. *Fuchs*, N&R 2006, 78 ff.; für die Erforderlichkeit der Verfahren nach §§ 10, 11 TKG auch *BerlKommTKG/Gersdorf*, § 42 Rdnr. 10; *Robert*, K&R 2005, 354, 358; *Schütz*, Kommunikationsrecht, S. 428, Rdnr. 859.

Auferlegung von Zugangsverpflichtungen durch die Bundesnetzagentur lässt sich nur schwer in überkommene Kategorien des deutschen Verwaltungsrechts einordnen. Die für ein einzelnes Unternehmen bestehenden regulatorischen Verpflichtungen werden durch die Bundesnetzagentur im Rahmen der Auferlegungsentscheidung nach § 21 TKG zukünftig losgelöst vom einzelnen Fall der Zugangsgewährung abstrakt-individuell für jeden Markt festzusetzen sein. Die Aufarbeitung der verwaltungsrechtlichen Problematiken einer solchen Regulierungssystematik – etwa Rechtsnatur der Auferlegungsentscheidung, deren Voraussetzungen im Einzelnen, der dagegen zu erlangende Rechtsschutz usw. –¹¹⁶⁸ müssen einer anderen Arbeit vorbehalten bleiben. Die vorliegende Betrachtung wendet sich ihrem Erkenntnisinteresse folgend allein dem im ersten Abschnitt des zweiten Teils des TKG geregelten Verfahren der Marktregulierung zu und untersucht, auf welche Weise der deutsche Gesetzgeber einen gemeinschaftsrechtlichen nur gering vorstrukturierten Mechanismus zur Bestimmung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierung umgesetzt hat.

¹¹⁶⁷ Zur Regulierung nicht marktmächtiger Betreiber nach dem neuen TKG vgl. *Koenig/Winkler*, MMR 2004, 783 ff.

¹¹⁶⁸ Überblick bei *Mayen*, CR 2005, 21, 22 ff.

B. Das Verfahren der Marktregulierung

I. *Marktdefinition: Abgrenzung von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht im TKG*

Die noch im Referentenentwurf für die dem § 10 TKG entsprechende Vorschrift des § 8 RefE vorgesehene Überschrift „Marktabgrenzung“ wurde im TKG ersetzt durch die Bezeichnung „Marktdefinition“. Dies ist mehr als eine kosmetische Korrektur. Sie entspricht der Terminologie des europäischen Rechts und verdeutlicht, dass die nach § 10 TKG vorzunehmende Festlegung derjenigen Märkte, die für eine besondere Marktregulierung nach dem zweiten Teil des TKG in Betracht kommen, inhaltlich über die bloße Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes nach den Kriterien des Kartellrechts hinausgeht.¹¹⁶⁹ Das TKG stellt mit den Vorschriften des zweiten Teiles Instrumente zur sektorspezifischen Regulierung des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor bereit. Diese sind aber nicht wie noch unter Geltung des TKG-alt ohne weiteres auf bestimmte vorgegebene Märkte anzuwenden.¹¹⁷⁰ Wie beschrieben hat die Bundesnetzagentur vielmehr in einem vorgelagerten Verfahren diejenigen Märkte festzulegen, auf denen sie sektorspezifische Regulierungsmaßnahmen ergreifen möchte. Entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren wird in diesem Zusammenhang der Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung festgelegt.¹¹⁷¹ Im zweiten Hauptteil der vorliegenden Untersuchung wurde herausgearbeitet, dass der neue Rechtsrahmen die in diesem Zusammenhang auf die Regulierungsbehörden übertragene Aufgabe insbesondere im Bereich der anzulegenden materiellen Kriterien für die Festlegung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes nur unzureichend klar konturiert. Für den nationalen Gesetzgeber liegt darin zugleich eine Chance wie eine Herausforderung: Er hat die Gelegenheit, die Defizite des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmens bei der Umsetzung

¹¹⁶⁹ Vgl. die entsprechende Anregung zu § 8 RefE in ZEI, Anmerkungen zum Referentenentwurf zur TKG-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (BMWA), Anm. 22 zu § 8.

¹¹⁷⁰ Eine Ausnahme bildet insoweit die genannte Bestimmung des § 18 TKG.

¹¹⁷¹ Inwieweit darüber hinaus zusätzlich auf die Instrumente des Kartellrechts zurückgegriffen werden kann, bestimmt sich nach § 2 Abs. 3 TKG. Danach bleiben die Vorschriften des GWB anwendbar, soweit das TKG keine abschließende Regelung trifft. Grundsätzlich sieht das TKG 2004 damit anders als das TKG-alt einen Vorrang der bereichsspezifischen Regulierung in ihrem Anwendungsbereich vor, vgl. zu den Einzelheiten *Wissmann*, K&R Beihefter 2/2006, 10, 12; *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rdnr. 894; *BerlKommTKG/Säcker*, Einl. I Rdnr. 39 ff.; *Holthoff-Frank*, K&R Beihefter 2/2006, 14, 15; *Haus*, N&R 2004, 143, 145.

jedenfalls teilweise zu kompensieren. Gleichzeitig läuft er aber auch eher Gefahr, sich dem Vorwurf einer gemeinschaftswidrigen Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben auszusetzen.

1. Der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ im Regierungsentwurf

Es dürfte auch mit dieser Problematik zusammenhängen, dass die Bestimmungen zum Marktdefinitionsverfahren noch während des Gesetzgebungsverfahrens grundlegend verändert wurden. Der Regierungsentwurf sah als zentrale materielle Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes in § 9 TKG-E noch das Begriffspaar des *funktionsfähigen* und des *wirksamen* Wettbewerbs vor.¹¹⁷² Während der Begriff des *wirksamen Wettbewerbs* entsprechend den Vorgaben des Gemeinschaftsrecht als die Abwesenheit des Bestehens von beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt definiert wird – so bereits § 11 Abs. 1 S. 1 TKG-E – und auch Eingang in die verabschiedete Gesetzesfassung gefunden hat, versuchte der TKG-E mit der Einführung des Begriffes des *funktionsfähigen Wettbewerbs* einen Maßstab für die im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens angesiedelte Prüfung der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit eines bestimmten Marktes bereitzustellen.

§ 2 Nr. 10 TKG-E definierte den funktionsfähigen Wettbewerb als einen „Wettbewerb, der bestimmte Funktionen – produktive und dynamische Effizienz – erfüllt und dabei so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht“.¹¹⁷³ Ein solcher Wettbewerb sollte insbesondere dann nicht bestehen, „wenn die

¹¹⁷² Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 17.10.2003, BR-Drs. 755/03.

¹¹⁷³ Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs war dabei keine Schöpfung des Entwurfverfassers. Vielmehr steht er in einer ganz bestimmten ökonomischen und juristischen Tradition (*Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 598; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 23). Er wurde entscheidend geprägt von Kantzenbach und es wurde versucht, in Abgrenzung von den Ansätzen des vollständigen Wettbewerbs (dazu s. oben § 2 B. I. 1. a.) und der Theorie bestreitbarer Märkte (s. dazu oben § 2 B. I. 1.) auf der Grundlage der Bestimmung von fünf Wettbewerbsfunktionen ein realitätsnahes wettbewerbspolitisches Konzept zu entwickeln (Dazu *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, K&R 2003, 8, 9; *Koenig/Kühling*, WuW 2000, 596, 598; *Neitzel*, CR 2002, 256. Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs geht seinerseits zurück auf die von *John Maurice Clark* begründete Vorstellung der „workable competition“. Zu den Aufgaben, die der Wettbewerb zu erfüllen habe, gehören danach die Sicherstellung einer leistungsgerechten Einkommensverteilung, die Angebotssteuerung gemäß den Käuferpräferenzen, eine optimale Faktorallokation, die Ermöglichung der laufenden Anpassung von Produkten und Produktionskapazitäten an außerwirtschaftliche Daten wie eine sich verändernde Nachfragestruktur und Produktionstechnik sowie die Förderung des technischen Fortschritts. Das Konzept funktionsfähigen Wettbewerbs wurde in unterschiedlichen Zusammenhängen im bundesdeutschen Recht rezipiert. Allerdings erfolgte die Rezeption stets stark kontextabhängig, so dass die im Rahmen des allgemeinen Wettbewerbsrechts erfolgten Konkretisierungen des Konzepts für die Auslegung von telekommunikationsrechtlichen

Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um dem Marktversagen oder wettbewerbswidrigem Verhalten entgegen zu wirken“.¹¹⁷⁴ Die Frage nach der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs stellte sich danach also vor allem als die Frage nach der relativen Leistungsfähigkeit von allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung. Der Entwurfsverfasser ging dabei sogar so weit, die in der Begründung zur Kommissionsempfehlung aufgeführten einzelnen Anhaltspunkte für die fehlende Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts¹¹⁷⁵ in die Legaldefinition des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ aufzunehmen. Die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts sollte danach insbesondere dann nicht ausreichen, „wenn ein häufiges Einschreiten unerlässlich ist, ein frühzeitiges Einschreiten erforderlich ist, um Planungssicherheit und Rechtssicherheit zu schaffen, technische Parameter fortlaufend überwacht werden müssen oder umfangreiche Kostenermittlungen erforderlich sind“.

Dieser Rückgriff des Entwurfsverfassers auf den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs als Kriterium für den Rückbau der sektorspezifischen Regulierung war vor dem Hintergrund der Regelungen des TKG-alt konsequent. Denn auch das bisherige Telekommunikationsgesetz verwendete den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs als materielles Deregulierungskriterium. Die Monopolkommission sollte nämlich im Rahmen der von ihr gem. § 81 Abs. 3 S. 1 TKG-alt regelmäßig vorzulegenden Berichte zu der Frage, ob auf den Märkten der Telekommunikation „funktionsfähiger Wettbewerb“ besteht, auch auf die aus ihrer Sicht notwendigen Konsequenzen für einzelne Bestimmungen des TKG hinweisen¹¹⁷⁶ und dabei insbesondere die Potenziale für eine Rückführung der bereichsspezifischen Regulierung ausloten.¹¹⁷⁷ Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs stellte also das Kriterium bereit, nach dem über Empfehlungen zum Abbau der sektorspezifischen Regulierung des Telekommunikationssektors entschieden wurde. In

Begriffen von nur beschränktem Wert sind (*Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, K&R 2003, 8, 9; *dies.*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 38).

¹¹⁷⁴ Zur Vielschichtigkeit des Begriffes *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb, S. 32 ff.; 65 ff.

¹¹⁷⁵ Dazu ausführlich oben, § 4 B. III., S. 274 ff.

¹¹⁷⁶ § 81 Abs. 3 S. 2 TKG-alt, dazu bereits oben, § 2 G. II., S. 42 ff.

¹¹⁷⁷ Ausdrücklich sah dies § 81 Abs. 3 S. 3 TKG-alt für die Vorschriften über die Entgeltregulierung vor. Die an die gesetzgebenden Körperschaften des Bundes gerichtete (§ 81 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 TKG-alt) Berichtspflicht diente aber allgemein dem Zweck, eine regelmäßige parlamentarische Kontrolle der Notwendigkeit einer sektorspezifischen Regulierung im Hinblick auf die marktregulierenden Instrumente des TKG zu ermöglichen, vgl. *Scheurle/Mayen-Ulmen*, § 81 Rdnr. 5; *BeckTKG-Komm/Geppert*, § 81 Rdnr. 9.

Anlehnung an diesen legislativen Zweck des § 81 Abs. 3 TKG-alt¹¹⁷⁸ interpretierte bereits die Monopolkommission „funktionsfähigen Wettbewerb“ als strukturell gesicherten Wettbewerb, der auch dann fortbesteht, wenn die sektorspezifische Regulierung zurückgeführt wird.¹¹⁷⁹ Diese Definition hatte der Entwurfsverfasser in § 2 Nr. 10 TKG-E übernommen.

Vor diesem Hintergrund war es daher zunächst durchaus folgerichtig, dass der TKG-E den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs nunmehr auf Ebene der von der Bundesnetzagentur zu treffenden Entscheidung zur Marktdefinition ansiedelte. Denn auch die Entscheidung über den Fortbestand der sektorspezifischen Regulierung auf bestimmten Märkten ist nun nicht mehr auf der Ebene des Gesetzgebers, sondern auf administrativer Ebene im Rahmen des Marktdefinitions- und -analyseverfahrens zu treffen. Indem § 10 Abs. 2 S. 1 TKG-E die wettbewerbliche Regulierung eines Marktes unmittelbar mit dem Fehlen von funktionsfähigem Wettbewerb verknüpfte, vollzog der Entwurfsverfasser aber nicht lediglich den Kompetenztransfer hinsichtlich der Entscheidung über das „Ob“ eines regulativen Eingriffs in bestimmte Märkte von der nationalstaatlichen auf die Ebene der nationalen Regulierungsbehörden nach. Die Zusammenschau von § 9 Abs. 1 TKG-E, der das Fehlen von wirksamem und funktionsfähigem Wettbewerb als kumulative Voraussetzungen für die Regulierung eines bestimmten Marktes nannte und § 10 Abs. 2 TKG-E, wonach für eine Marktregulierung nur diejenigen Märkte in Betracht kommen, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, zeigt, dass die Entwurfsfassung die Bedeutung dieses Kriteriums von einem programmatischen Leitsatz zur Unterstützung der Politikformulierung auf gesetzgeberischer Ebene hin zu einer Tatbestandsvoraussetzung für jegliche wettbewerbsorientierte Regulierung eines Marktes verdichtete.

Dieser Schritt war aber nicht unproblematisch.¹¹⁸⁰ Denn die Monopolkommission hatte stets drauf verzichtet, subsumtionsfähige Kriterien für die Feststellung eines „funktionsfähigen Wettbewerbs“ zu entwickeln. Sie hielt dies angesichts der bewusst offenen Verwendung des Begriffes in den Wirtschaftswissenschaften und der dynamischen Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse auf den Telekommunikationsmärkten für nicht geboten und angesichts ihres Auftrages, eine wettbewerbspolitische Stellungnahme zur Fortentwicklung des Ordnungsrahmens des Telekommunikationssektors *de lege ferenda* abzugeben auch nicht

¹¹⁷⁸ Vgl. Begründung zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes, BT-Drs. 13/3609.

¹¹⁷⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 9; *dies.*, Sondergutachten 29, Tz. 54, und oben unter § 2 F III 3.

für erforderlich. Die Entscheidung über etwaige Veränderungen des Ordnungsrahmens verbleibe beim Gesetzgeber. Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs habe keine unmittelbaren, gegebenenfalls auf dem Rechtsweg einzuklagenden oder in Frage zu stellenden Wirkungen.¹¹⁸¹ Dennoch hielt die Monopolkommission die Beibehaltung des Begriffs des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ als Kriterium für die Marktdefinition für vertretbar, wenn der Bundesnetzagentur bei seiner Anwendung ein Beurteilungsspielraum zugestanden würde.¹¹⁸² Von anderer Seite wurde dagegen die Verwendung wettbewerbstheoretischer Grundbegriffe ohne erkennbare Orientierung am wirtschaftswissenschaftlichen Sprachgebrauch nachdrücklich kritisiert.¹¹⁸³

2. Vom „funktionsfähigen Wettbewerb“ zu den Kriterien der Kommissionsempfehlung

Vor diesem Hintergrund regte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf an, den Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ anhand der drei in der Kommissionsempfehlung genannten Kriterien zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes zu definieren.¹¹⁸⁴ Die Bundesregierung sagte in ihrer Gegenäußerung zu, eine entsprechende Änderung zu prüfen.¹¹⁸⁵ Der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ war in der Folge eines der wesentlichen Themen in den Beratungen des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit.¹¹⁸⁶ Im Rahmen der öffentlichen Anhörung von Sachverständigen vor dem Ausschuss wurde vor allem in zweierlei Hinsicht Kritik an der Verwendung des Begriffs des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ geäußert:¹¹⁸⁷ Dieser sei erstens zu unbestimmt und in seinem Verhältnis zum Begriff des wirksamen Wettbewerbs ungeklärt. Zweitens sei die

¹¹⁸⁰ Vgl. zur Kritik *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 523; *Säcker*, K&R Beilage 1/2004, S. 2; *Heun*, CR 2004, 893, 900; *Schuster*, TKMR 2003, 243; *BerlKommTKG/Heinen*, § 10 Rdnr. 5 ff.

¹¹⁸¹ *Monopolkommission*, Sondergutachten 33, Tz. 14 ff.; *dies.*, Sondergutachten 40, Tz. 34.

¹¹⁸² *Monopolkommission*, Sondergutachten 40, Tz. 35.

¹¹⁸³ *Säcker*, K&R Beilage 1/2004, S. 2.

¹¹⁸⁴ BT-Drs. 15/2316 v. 9.1.2004, S. 110.

¹¹⁸⁵ BT-Drs. 15/2345 v. 14.1.2004, S. 2.

¹¹⁸⁶ Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 15/2316 und 15/2345 – Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) v. 10.3.2004, BT-Drs. 15/2679.

¹¹⁸⁷ Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (oben Fn. 1186), BT-Drs. 15/2679, S. 5 ff.

Vereinbarkeit des Begriffes als Kriterium für die Regulierung mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zweifelhaft, weil diese den Begriff nicht vorsähen.¹¹⁸⁸

Der Ausschuss empfahl daraufhin, den Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ insgesamt aus dem Gesetz zu streichen. An die Stelle des im Entwurf in Übereinstimmung mit der bisherigen Gesetzesfassung vorgesehenen Regulierungsziels der Sicherstellung eines „funktionsfähigen Wettbewerbs“ trat in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG „die Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation“.¹¹⁸⁹ Die in § 2 Abs. 2 Nr. 10 enthaltene Definition des „funktionsfähigen Wettbewerbs“, die auch auf die Kriterien der relativen Leistungsfähigkeit von allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung Bezug genommen hatte, wurde gestrichen.¹¹⁹⁰ In § 10 TKG wurde der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ als materielles (De-)Regulierungskriterium ersetzt durch die drei Kriterien der Kommissionsempfehlung; in § 9 wurde ein Verweis auf die „Voraussetzungen des § 10“ eingefügt.¹¹⁹¹ Für eine Marktregulierung nach dem TKG kommen danach nur diejenigen Märkte in Betracht, „die durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein nicht ausreicht, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken“. Das deutsche Telekommunikationsrecht übernimmt damit weitgehend wörtlich die in Erwägungsgrund 9 der Kommissionsempfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte enthaltenen Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes. Zu deren Auslegung kann daher erneut auf die Kommissionsempfehlung und ihre Begründung zurückgegriffen und insoweit auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹¹⁹² Die beiden ersten Kriterien erfordern eine umfassende prognostische Analyse von Marktstruktur und Wettbewerbsentwicklung. Ebenso wie die Beurteilung des zunächst als Regulierungskriterium vorgesehenen „funktionsfähigen Wettbewerbs“ kann eine solche

¹¹⁸⁸ Vgl. dazu auch *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505; *Büllesbach/Scherer*, CR-Beilage 7/2003, 1; *Ellinghaus*, CR 2004, 23, 25; *Wegmann*, K&R Beilage 1/2004, 25, 26; *Schuster*, TKMR 2003, 243; *BerlKommTKG/Heinen*, § 10 Rdnr. 8.

¹¹⁸⁹ Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit (9. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 15/2316 und 15/2345 – Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) v. 10.3.2004, BT-Drs. 15/2674, S. 11.

¹¹⁹⁰ Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (oben Fn. 1189), BT-Drs. 15/2674, S. 12.

¹¹⁹¹ Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (oben Fn. 1189), BT-Drs. 15/2674, S. 17.

¹¹⁹² Vgl. oben § 3 D. II. 1. a) bb), S. 112 ff.

Analyse nicht vollständig auf den Rückgriff auf wirtschaftspolitische Wertungen verzichten.¹¹⁹³ Aus diesem Grund ist der der Bundesnetzagentur durch § 10 Abs. 2 TKG ausdrücklich eingeräumte Beurteilungsspielraum von größter Bedeutung.¹¹⁹⁴

3. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Allerdings sind mit der Aufgabe des Begriffes des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ und der Übernahme der Kriterien der Kommissionsempfehlung nicht alle Zweifel an der Vereinbarkeit der Regelung des § 10 TKG mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ausgeräumt. Denn es ist durchaus fraglich, ob eine generelle, dem Marktanalyseverfahren vorgelagerte Prüfung des Regulierungsbedarfs im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens mit den Vorgaben der Rahmenrichtlinie vereinbar ist.¹¹⁹⁵

In Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie, der die Aufgaben der nationalen Regulierungsbehörden im Marktdefinitionsverfahren regelt, fehlt nämlich eine dem Art. 15 Abs. 1 S. 2 entsprechende Bezugnahme auf die Prüfung von Strukturmerkmalen, die die Auferlegung von besonderen sektorspezifischen Verpflichtungen nach den Einzelrichtlinien rechtfertigen können. Die Norm sieht lediglich vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien und der Empfehlung der Kommission die „relevanten Märkte“ innerhalb ihres Hoheitsgebiets vor allem in geografischer Hinsicht abgrenzen.¹¹⁹⁶ Jedenfalls nach Auffassung der Kommission haben die nationalen Regulierungsbehörden im Bereich der Empfehlung in der Regel keine entsprechende eigenständige Prüfung betreffend die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes vorzunehmen. Die an die nationalen Regulierungsbehörden zur Harmonisierung der Durchführung des Marktdefinitions- und des Marktanalyseverfahrens gerichteten Leitlinien sehen eine solche

¹¹⁹³ Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 40, Tz. 34. *Trute*, Regulierung, S. 180, weist zu Recht darauf hin, dass der Regulierungsbehörde bereits unter dem früheren Rechtsrahmen erhebliche Gestaltungsspielräume zugewiesen waren, die der Behörde durchaus auch eine – sektoriell begrenzte – politische Funktion übertrugen.

¹¹⁹⁴ Zu dessen Reichweite im Einzelnen siehe unten unter § 5 B. I. 6., S. 302 ff. Kritisch zur Einräumung eines Beurteilungsspielraums dagegen *Wegmann*, K&R Beilage 1/2004, 25, 26 f.; *von Danwitz*, DVBl. 2003, 1405, 1409 (zur Entgeltregulierung); *Krautscheid*, MMR Beilage 12/2002, 30, 32.

¹¹⁹⁵ Kritisch etwa *Klotz*, MMR 2003, 495, 497 f.; *Büllesbach/Scherer*, CR Beilage 7/2003, 1; vgl. auch *Holznagel/Homberts*, K&R 2006, 285, 290.

¹¹⁹⁶ Die regelmäßige Beschränkung auf die räumliche Marktabgrenzung heben auch die Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 36 und Erwägungsgrund 2 der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte hervor.

Prüfung jedenfalls nicht ausdrücklich vor.¹¹⁹⁷ Vielmehr sollen die nationalen Regulierungsbehörden in Bezug auf die von ihnen sachlich und räumlich abgegrenzten Märkte regelmäßig allein zu untersuchen haben, ob auf ihnen wirksamer Wettbewerb herrscht.¹¹⁹⁸ Lediglich die damit verbundene Prüfung der Marktmacht der auf dem in Frage stehenden Markt entscheidet dann über die Auferlegung besonderer bereichsspezifischer Verpflichtungen.

Dass die Kommission allerdings regelmäßig keinen Spielraum für eine eigenständige Prüfung der strukturellen Regulierungsnotwendigkeit einzelner Märkte durch die nationalen Regulierungsbehörden anerkennt bedeutet nicht, dass bereits die Bereitstellung entsprechender Maßstäbe durch den nationalen Gesetzgeber gemeinschaftsrechtswidrig wäre. Denn wie bereits oben begründet, überträgt der neue Rechtsrahmen den nationalen Regulierungsbehörden im Zusammenspiel mit der Kommission die grundsätzliche Entscheidung über Ausmaß und Fortbestand der sektorspezifischen Regulierung des Wettbewerbs durch Zugangsverpflichtungen. Er ermöglicht es den nationalen Regulierungsbehörden – jedenfalls grundsätzlich und unter Beachtung der weitgehenden Beteiligungsrechte der Kommission – insbesondere auch *zusätzliche* Märkte festzulegen, die nicht von der Kommission als strukturell regulierungsbedürftig in ihre Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte aufgenommen wurden. Für eine solche Entscheidung der nationalen Regulierungsbehörden bedarf es aber ebenso wie auf Ebene der Kommission materieller Steuerungskriterien, die weder der im Rahmen der Marktanalyse zu untersuchende Begriff des wirksamen Wettbewerbs, noch eine Marktabgrenzung nach den allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts bereitstellen kann. Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie schließt es nicht aus, dass die nationalen Vorschriften allgemein eine Prüfung der materiellen Regulierungsbedürftigkeit dieser Märkte vorsehen, solange die geforderte „weitestgehende“ Berücksichtigung der Kommissionsvorgaben sichergestellt ist. Die verbleibende Frage, unter welchen Voraussetzungen die Bundesnetzagentur unter Verweis auf die drei in § 10 Abs. 2 S. 1 TKG niedergelegten Kriterien auf die Regulierung eines durch die Kommission definierten Marktes verzichten darf, stellt sich dann als Facette der Problematik der Bindungswirkung der Empfehlung dar.

4. Prüfungsumfang der Bundesnetzagentur

¹¹⁹⁷ Vgl. zum ganzen bereits oben, § 3 D. II. 2., S. 123 f.

¹¹⁹⁸ Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 19.

Trotz dieser grundsätzlichen Zulässigkeit der Bereitstellung entsprechender Kriterien für die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes bleibt demnach fraglich, inwieweit die Prüfung der Kommission von der Bundesnetzagentur im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nachzuvollziehen ist. Dass die nationalen Regulierungsbehörden berechtigt sind, bei Vorliegen besonderer nationaler Gegebenheiten auf die Regulierung der durch die Kommission definierten Märkte zu verzichten, wurde bereits dargelegt¹¹⁹⁹ und wird inzwischen auch durch die Kommissionspraxis bestätigt. In den ersten nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie durchgeführten Konsultationsverfahren hat die Kommission das Recht der nationalen Regulierer, einen Markt unter Berufung auf die drei Kriterien aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen, anerkannt.¹²⁰⁰

Es verbleibt damit die Frage, ob die Bundesnetzagentur auch in jedem Fall verpflichtet ist, die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes anhand der in § 10 Abs. 2 S. 1 TKG genannten drei Kriterien zu begründen. Die Vorschriften der §§ 9 Abs. 1 und 10 Abs. 2 S. 1 TKG, nach denen nur solche Märkte für eine Regulierung nach Teil 2 des TKG in Betracht kommen, die die beschriebenen drei Kriterien erfüllen, legen dies zunächst nahe.¹²⁰¹ Dafür spricht, dass die Empfehlung der Kommission auf einer Durchschnittsbetrachtung aller Mitgliedstaaten beruht und deswegen die Gegebenheiten der nationalen Märkte im Einzelfall nur unzureichend berücksichtigt.¹²⁰²

Demgegenüber scheint der neue Rechtsrahmen die Entscheidung über die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes primär der Kommission im Rahmen der von ihr zu erlassenden Empfehlung zuzuweisen. Dafür spricht etwa der fehlende ausdrückliche Verweis auf eine solche Prüfung durch die nationalen Regulierungsbehörden in Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie. Nach Tz. 17 der Kommissionsempfehlung sollen entsprechend der Formulierung in Art. 15 Abs. 1 S. 2 Rahmenrichtlinie Vorabverpflichtungen nur dann

¹¹⁹⁹ Siehe oben, § 3 D. II. 2. a), S. 123 ff.; für eine eigene Prüfungskompetenz der Bundesnetzagentur auch *BerlKommTKG/Heinen*, § 10 Rdnr. 19 f.

¹²⁰⁰ Vgl. *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 521; zur Zulässigkeit der Definition von gegenüber der Märkteempfehlung abweichenden Märkten auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Überprüfung der Märkte nach dem Rechtsrahmen der EU zur Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation v. 6.2.2006, KOM (2006) 28 endg., S. 5 unter Ziff. 4.1; über erste Erfahrungen mit der Kommissionspraxis zu Art. 7 berichten *Ladeur*, K&R 2005, 198, 203 ff.; *ders.*, K&R 2006, 197, 200 ff.; *Schütz*, MMR 2004, Heft 3, XX; *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 488 ff.

¹²⁰¹ Für eine gesonderte Untersuchung der Legitimation des regulatorischen Eingriffs auf allen Märkten in diesem Sinn *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522 f.; *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 521; *Knauth/Krüger*, K&R Beilage 1/2004, 3.

aufgelegt werden, wenn der jeweilige Markt Merkmale aufweist, die eine bereichsspezifische Regulierung rechtfertigen können. Tz. 18 stellt direkt im Anschluss klar, dass diejenigen Märkte, die solche, die bereichsspezifische Regulierung rechtfertigenden Merkmale aufweisen, von der Kommission in ihrer Empfehlung definiert worden sind.¹²⁰³ Die Festlegung eines relevanten Marktes in der Empfehlung enthält damit auch das Diktum der Kommission, dass auf diesem Markt eine sektorspezifische Regulierung erforderlich ist. Dies entbindet die Bundesnetzagentur aber nicht von einer eigenen Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit der jeweiligen Märkte.¹²⁰⁴ Bereits entsprechend den oben beschriebenen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen zur Bindungswirkung von Empfehlungen nach § 249 Abs. 5 EGV ist die nationale Regulierungsbehörde verpflichtet, sich mit den Feststellungen der Kommission auseinanderzusetzen. § 10 Abs. 2 S. 3 TKG sieht nicht vor, dass die Märkte schlicht entsprechend der Kommissionsempfehlung definiert werden. Vielmehr hat die Bundesnetzagentur eine eigene Bewertung vorzunehmen, bei der sie die Vorgaben der Kommission eben „weitestgehend“ zu berücksichtigen hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es berechtigt, von einer „Vermutungswirkung“ der Marktdefinition der Kommission im Rahmen der Empfehlung zu sprechen.¹²⁰⁵

Der Gesetzgeber ist der Empfehlung der Monopolkommission nicht gefolgt, eine Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit auf nationaler Ebene nur ausnahmsweise dann vorzusehen, wenn auf Grund von „spezifischen Entwicklungen auf dem nationalen Markt ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass die für den gemeinschaftsweiten Markt zutreffende Diagnose auch die nationalen Verhältnisse widerspiegelt“.¹²⁰⁶ Der insoweit klare Wortlaut des § 10 Abs. 2 TKG zwingt die Bundesnetzagentur vielmehr, sich in jedem Fall mit den drei Kriterien der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes auseinanderzusetzen.¹²⁰⁷ Angesichts der Vermutungswirkung der Kommissionsempfehlung auch für die nationale Marktdefinition

¹²⁰² *Knauth/Krüger*, K&R Beilage 1/2004, 3.

¹²⁰³ Ebenso Nr. 36 der Leitlinien zur Marktanalyse.

¹²⁰⁴ Die im Übrigen auch als tatsächliche Grundlage für die, in jedem Fall auf nationaler Ebene zu treffende, Entscheidung über die Auferlegung spezifischer Zugangsverpflichtungen von erheblicher Bedeutung ist.

¹²⁰⁵ Insoweit zutreffend *Elkettani*, K&R Beilage 1/2004, 11, 15; ähnlich *Heun*, CR 2004, 893, 900; zur Bindungswirkung der Empfehlung im Einzelnen vgl. oben, § 3 D. II. 2. a), S. 123 ff

¹²⁰⁶ Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 40, Tz. 32.

¹²⁰⁷ Ebenso *Schütz*, Kommunikationsrecht, Rdnr. 303 a. E., vgl. auch die Nachweise oben Fn. 1201. Der Bundesnetzagentur wird allerdings bereits vorgeworfen, dass sie den drei Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG in der Praxis bisher keine eigenständige und einzelfallbezogene Bedeutung zuerkennt und statt dessen die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes allein aus der Existenz beträchtlicher Marktmacht ableitet, vgl. *Zwach*, K&R Beihefter 2/2006, 20.

sind aber dort, wo bereits von der Kommission als grundsätzlich regulierungsbedürftig eingestufte Märkte betroffen sind – auch im Interesse der Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung – keine überhöhten Anforderungen an die Begründungspflichten der Bundesnetzagentur zu stellen. Sind bei Anwendung der drei Kriterien keine nationalen Besonderheiten ersichtlich, die die Vermutung der Regulierungsbedürftigkeit der in der Empfehlung enthaltenen Märkte widerlegen, so ist dieser Markt in „weitestgehender“ Beachtung der Empfehlung auch im Verfahren des § 10 TKG als der sektorspezifischen Regulierung unterworfen zu definieren.¹²⁰⁸

5. Marktabgrenzung

Neben die Ermittlung der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes anhand der Maßstäbe des § 10 Abs. 2 TKG tritt im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens die Festlegung der „sachlich und räumlich relevanten Telekommunikationsmärkte“ nach § 10 Abs. 1 TKG. Die danach – grundsätzlich – erforderliche Marktabgrenzung hat im Lichte der europarechtlichen Vorgaben¹²⁰⁹ nach den allgemeinen kartellrechtlichen Kriterien, insbesondere der Angebots- und Nachfragesubstituierbarkeit zu erfolgen.¹²¹⁰ Allerdings wird der der Bundesnetzagentur hier grundsätzlich eingeräumte Entscheidungsspielraum durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in prozeduraler Hinsicht wieder eingeschränkt. Denn die Bundesnetzagentur hat auch bei der von ihr vorzunehmenden Marktdefinition gem. § 10 Abs. 2 S. 3 TKG „weitestgehend“ die Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors zu berücksichtigen.¹²¹¹ Insoweit, als diese Empfehlungen Vorgaben für die zu regulierenden Märkte bereitstellen, kommt der Bundesnetzagentur nach Auffassung der Kommission im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens regelmäßig allein die Aufgabe zu, die geografische Tragweite der relevanten Märkte zu bestimmen.¹²¹² Soweit die Bundesnetzagentur also insbesondere bei der

¹²⁰⁸ Im Ergebnis ebenso *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 100.

¹²⁰⁹ Vgl. Art. 15 Abs. 3 S. 1 a.E. Rahmenrichtlinie und oben § 3 D II. 1. b) und 2. a), S. 116 ff. und S. 126 f.

¹²¹⁰ Vgl. *Klotz*, MMR 2003, 495, 496; Leitlinien zur Marktanalyse, Tz. 38 ff. und oben, § 3 D II 1 b) aa), S. 116 ff. und Fn. 500. Ausführlich zu den Besonderheiten der Marktabgrenzung im Telekommunikationssektor auch *Krüger*, K&R Beilage 1/2003, 9, 10 ff. Die damalige RegTP hatte noch unter Geltung des alten Rechtsrahmens ein Eckpunktepapier zur sachlichen und räumlichen Abgrenzung von Märkten und der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung veröffentlicht, dazu etwa *Mayen*, MMR 2001, 496 ff.; *Stögmüller*, CR 2001, 507 ff.

¹²¹¹ Siehe dazu oben, § 3 D. II. 1. c), S. 121 ff. Die Vorschrift enthält einen dynamischen Verweis auf die Empfehlung „in ihrer jeweils geltenden Fassung“.

¹²¹² So Nr. 36 der Leitlinien zur Marktanalyse.

sachlichen Marktabgrenzung von diesen Vorgaben abweichen will,¹²¹³ hat die Kommission im Rahmen des Vetoverfahrens unter den beschriebenen Voraussetzungen¹²¹⁴ die Möglichkeit, die Bundesnetzagentur dazu aufzufordern, den entsprechenden Entwurf zu ändern oder zurückzuziehen (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG).

6. Der Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur

Auf die Bedeutung, die einem angemessenen Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur angesichts der Komplexität der Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes anhand der in § 10 Abs. 2 TKG vorgesehenen Kriterien zukommt, wurde bereits hingewiesen. Gem. § 10 Abs. 2 S. 2 TKG werden die relevanten Märkte von der Bundesnetzagentur „im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt“. Ausweislich der Entwurfsbegründung soll auf diese Weise die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung in Anlehnung an andere wertende Entscheidungen im Bereich des Umwelt- und Wirtschaftsverwaltungsrechts auf Beurteilungsfehler beschränkt werden.¹²¹⁵ Begründet wird dies mit dem prognostischen Charakter der Entscheidung,¹²¹⁶ die unter umfassender Beteiligung anderer Akteure wie den Unternehmen, der Kommission, den nationalen Regulierungsbehörden und der Monopolkommission und im Einvernehmen mit dem BKartA getroffen werde und auf Grund ihres wertenden Inhalts von den Gerichten nicht nachvollzogen werden könne.¹²¹⁷

Dabei ist die Reichweite des der Bundesnetzagentur eingeräumten Beurteilungsspielraums nicht völlig eindeutig geregelt. § 10 Abs. 2 S. 2 TKG bezieht sich unmittelbar nur auf § 10 Abs. 2 S. 1 TKG. Dies legt die Vermutung nahe, dass der Bundesnetzagentur ein Spielraum allein bei der Beurteilung der Kriterien für die grundsätzliche Regulierungsbedürftigkeit eingeräumt ist, die sachliche und räumliche Marktabgrenzung – ähnlich wie im allgemeinen

¹²¹³ Vgl. Begründung zu § 10 TKG-E, S. 84.

¹²¹⁴ S. o. § 3 E. II. 2. a), S. 184 ff.

¹²¹⁵ Vgl. dazu *Ladeur*, DVBl. 2005, 525, 531 ff.

¹²¹⁶ Damals noch in Bezug auf das Bestehen „funktionsfähigen Wettbewerbs“. Nichts anderes gilt aber für die nun vorgesehenen drei Kriterien. Diese mahnen ausdrücklich eine dynamische Betrachtung an und fordern eine Untersuchung, ob die betreffenden Märkte „längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren“.

¹²¹⁷ Vgl. Begründung zu § 10 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 84; zustimmend *Ellinghaus*, MMR 2004, 293, 296 f.

Kartellrecht¹²¹⁸ – aber der vollständigen gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Nach Auffassung der Monopolkommission schließt der Beurteilungsspielraum auch die Abgrenzung derjenigen Märkte ein, die nicht in der Kommissionsempfehlung vorgegeben sind.¹²¹⁹

Es bietet sich hier an, eine Parallele zu der in ihren Einzelheiten allerdings umstrittenen Vorschrift des § 71 Abs. 5 GWB zu ziehen. Diese Bestimmung legt den Umfang und die Grenzen der gerichtlichen Kontrolle von kartellbehördlichen Entscheidungen im Beschwerdeverfahren fest. Gem. § 71 Abs. 5 S. 1 GWB ist eine kartellbehördliche Verfügung „auch dann unzulässig oder unbegründet, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat, insbesondere wenn sie die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck dieses Gesetzes verletzt hat“. Die allein auf Ermessensentscheidungen bezogene Terminologie des Gesetzes erklärt sich daraus, dass bei Erlass des Gesetzes in der Dogmatik noch nicht streng zwischen Handlungsermessen und Beurteilungsspielraum unterschieden wurde.¹²²⁰ Diese Unterscheidung spielt daher im Rahmen von § 71 Abs. 5 GWB keine Rolle.¹²²¹ Nach ihrem gesetzgeberischen Zweck soll die Vorschrift verhindern, dass die beschwerdegerichtliche Überprüfung einer kartellbehördlichen Entscheidung vor Beurteilungs- und Behördenermessensspielräumen halt macht.¹²²² Dieser weitgehende Prüfungsumfang wird durch § 71 Abs. 5 S. 2 GWB begrenzt. Nach dieser Vorschrift ist die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage und Entwicklung der Nachprüfung des Gerichts entzogen. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass ihrer Natur nach (wirtschafts-)politische Wertungen verrechtlicht werden.¹²²³ Vor diesem Hintergrund bezieht sich die eingeschränkte gerichtliche Prüfungskompetenz aber allein auf solche Vorschriften, die politische Erwägungen tatbestandlich erforderlich machen wie im Fall der Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 1 GWB.¹²²⁴ Selbst in diesem Fall ist aber jeweils zu prüfen, ob die Tatsachenfeststellungen zur wirtschaftlichen Lage und ihrer Entwicklung zutreffend sind und diese Tatsachen die

¹²¹⁸ Vgl. etwa Wiedemann-Werner, Hdb. KartellR § 54 Rdnr. 96; Immenga/Mestmäcker-K. Schmidt, § 71 Rdnr. 37.

¹²¹⁹ So im Sondergutachten 39, Tz. 15 a.E., zum Regierungsentwurf.

¹²²⁰ Bechtold, § 71 Rdnr. 13.

¹²²¹ Zutreffend Immenga/Mestmäcker-K. Schmidt, § 71 Rdnr. 36 a.E., 43; Langen/Bunte-Kollmorgen, § 71 Rdnr. 48.

¹²²² Vgl. BGH GRUR 1968, 659, 660 f. – Fensterglas II; KG WuW/E OLG 3137, 3141 – Rheinmetall-WMF; KG WuW/E OLG 2021, 2022 – Bahnhofsbuchhandel; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, S. 565; Bechtold, § 71 Rdnr. 13.

¹²²³ Bechtold, § 71 Rdnr. 14; Quack in FK, § 70 Rdnr. 36.

angegriffene Verfügung der Kartellbehörden im Wege eine Schlüssigkeitsprüfung tragen.¹²²⁵

Die Auslegung der Tatbestände des GWB unterliegt ebenfalls der Prüfung durch das Beschwerdegericht.¹²²⁶ Aus diesem Grund hat die Vorschrift des § 71 Abs. 5 S. 2 GWB auch nur eine äußerst geringe praktische Bedeutung.¹²²⁷

Der Beurteilungsspielraum der Bundesnetzagentur sollte daher in jedem Fall auf die Prüfung der Kriterien der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes nach § 10 Abs. 2 TKG beschränkt werden.¹²²⁸ Hier ist ein entsprechender Beurteilungsspielraum allerdings auch angezeigt. Denn die Frage nach der relativen Leistungsfähigkeit von allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung angesichts einer zu prognostizierenden Marktentwicklung kann – wie bereits ausgeführt – nicht objektiv und unbeeinflusst von wirtschaftspolitischen Wertungen und Voraussagen getroffen werden.

Die grundsätzliche Einräumung eines Beurteilungsspielraums ist daher auf Grund der Komplexität der prognostischen Entscheidung und aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung zu begrüßen. Die Rechtssicherheit würde auch durch eine vollumfängliche gerichtliche Kontrolle nicht erhöht.¹²²⁹ Die geäußerten Bedenken¹²³⁰ sprechen allerdings dafür, den Beurteilungsspielraum ähnlich der eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle des allgemeinen Kartellrechts auf die Entscheidungselemente zu beschränken, die originär diejenigen Strukturmerkmale aufweisen, die die Einräumung eines solchen Beurteilungsspielraums rechtfertigen. Dies trifft im vorliegenden Zusammenhang nur für die unmittelbare Beurteilung der abstrakten Regulierungsbedürftigkeit und damit die Frage nach den strukturellen und dynamischen Merkmalen des betreffenden Marktes sowie der relativen Leistungsfähigkeit von Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung, nicht aber für den aus dem Wettbewerbsrecht bekannten Prozess der Marktabgrenzung zu. Dies gilt umso mehr, als insoweit aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht eine umfassende

¹²²⁴ *Bechtold*, § 71 Rdnr. 14; *Langen/Bunte-Kollmorgen*, § 71 Rdnr. 49.

¹²²⁵ KG WuW/E OLG 1937, 1939, 1943 – Thyssen-Hüller; *Langen/Bunte-Kollmorgen*, § 71 Rdnr. 49.

¹²²⁶ Vgl. *Immenga/Mestmäcker-K. Schmidt*, § 71 Rdnr. 45; *Langen/Bunte-Kollmorgen*, § 71 Rdnr. 48; KG WuW/E OLG 570, 573 – Thomas Phosphat; BGH WuW/E BGH 907, 911 – Fensterglass VI.

¹²²⁷ *Immenga/Mestmäcker-K. Schmidt*, § 71 Rdnr. 45; *Langen/Bunte-Kollmorgen*, § 71 Rdnr. 48 a.E.

¹²²⁸ Kritisch gegenüber einem Beurteilungsspielraum bei der Marktabgrenzung auch *Möschel/Haug*, MMR 505, 506; wie hier *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 520; *Wilms/Masing/Jochum-Jochum*, § 10 Rdnr. 55.

¹²²⁹ So hat das Bundesverwaltungsgericht die Vorstellung, „dass die Kompetenz der Gerichte zur Entscheidung wissenschaftlicher Streitfragen mit deren Komplexität nicht abnimmt, sondern steigt“ bereits in anderem Zusammenhang als „schwer nachvollziehbar“ verworfen (vgl. BVerwG NvWZ 1999, 1232, 1234 und *Ellinghaus*, MMR 2004, 293, 297).

Rechtsprechung zur Verfügung steht, die die Rechtssicherheit in den entsprechenden Fragen wesentlich erhöhen kann. Dieser Vorteil sollte durch eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle nicht aufgegeben und die Möglichkeit einer entsprechenden Begrenzung der Reichweite des Beurteilungsspielraums, die der Wortlaut des § 10 Abs. 2 TKG eröffnet, genutzt werden.

II. Das Marktanalyseverfahren im TKG

1. Überblick und Verfahren

Ergänzt wird das Verfahren der Marktdefinition durch das in § 11 TKG geregelte Marktanalyseverfahren, welches der Umsetzung von Art. 16 Zugangsrichtlinie dient. Während im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens *Märkte* festgelegt werden, die grundsätzlich der sektorspezifischen Regulierung unterfallen können und deren genaue sachliche und räumliche Grenzen bestimmt werden, wird im Rahmen des Marktanalyseverfahrens darüber entschieden, ob einzelnen auf diesem Markt tätigen *Unternehmen* Vorabverpflichtungen auferlegt werden sollen. Maßgebliches Kriterium für diese Entscheidung ist, ob auf dem betreffenden Markt „wirksamer Wettbewerb“ besteht, § 10 Abs. 1 S. 1 TKG. Dabei wird die Bundesnetzagentur wiederum auf die „weitestgehende“ Berücksichtigung der Vorgaben der Kommission verpflichtet. Diese sind für das Marktanalyseverfahren in den Leitlinien zur Marktanalyse und zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht enthalten. Insoweit kann auf die Ausführungen zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verwiesen werden.¹²³¹ Ein struktureller Unterschied im Zusammenspiel der Bundesnetzagentur mit der Kommission besteht gegenüber dem Marktdefinitionsverfahren darin, dass – wie bereits herausgearbeitet – der nationalen Regulierungsbehörde im Rahmen des Marktanalyseverfahrens die originäre Entscheidungskompetenz zukommt, die durch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben insbesondere in Form der Leitlinien zur Marktanalyse nur prozedural, nicht aber im Hinblick auf bestimmte Verfahrensergebnisse vorstrukturiert ist. Dieser weitergehenden Entscheidungsfreiheit steht eine umfassendere Kompetenz der Kommission zur Kontrolle der auf nationaler Ebene getroffenen Entscheidungen gegenüber: Während der Kommission in Bezug auf die Marktdefinition durch die Bundesnetzagentur nur dann ein Vetorecht zukommt, wenn die Behörde von den Festlegungen der

¹²³⁰ Vgl. die Nachweise oben Fn. 1194.

Kommissionsempfehlung abweichen will (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 Alt. 1 TKG), kommt der Kommission hinsichtlich jeder Feststellung beträchtlicher Marktmacht – und damit der Abwesenheit wirksamen Wettbewerbs – ein solches Einspruchsrecht zu.¹²³²

2. Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs

Entsprechend der gemeinschaftsrechtlichen Adaption der Gleichsetzungsthese¹²³³ verknüpft § 11 Abs. 1 S. 2 TKG den Begriff des wirksamen Wettbewerbs untrennbar mit der Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht.¹²³⁴ Die Ausgangsfrage nach dem Bestehen wirksamen Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG), ist nach § 11 Abs. 1 S. 2 TKG negativ zu beantworten, wenn ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen. Die sich in S. 3 anschließende Definition des Begriffes der beträchtlichen Marktmacht übernimmt weitgehend wörtlich den Text von Art. 14 Abs. 2 S. 1 Rahmenrichtlinie. Der im bisherigen TKG-alt verwandte und noch im RefE enthaltene¹²³⁵ Verweis auf die Definition des § 19 Abs. 3 GWB musste entfallen, da den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der Begriff der Marktbeherrschung im Sinne des Art. 81 EGV zu Grunde liegt. Dieser unterscheidet sich aber insbesondere im Hinblick auf die Vermutungsregeln bei Vorliegen bestimmter Marktanteile wesentlich von Grundsätzen des § 19 Abs. 3 GWB und der dazu ergangenen wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung.¹²³⁶ § 11 Abs. 1 S. 5 TKG schließlich setzt die Bestimmung des Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie über die Marktmachterstreckung auf Nachbarmärkte in nationales Recht um.¹²³⁷ Wiederum übernimmt das TKG die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nahezu wörtlich. Allerdings

¹²³¹ Siehe oben, § 3 D. III., S. 128 ff.

¹²³² § 11 Abs. 3 i.V.m. 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 Alt. 2 TKG; dazu Wilms/Masing/Jochum-Jochum, § 11 Rdnr. 9 ff.

¹²³³ Vgl. oben, § 3 D. III. 2., S. 132 ff.

¹²³⁴ Vgl. BerlKommTKG/Heinen, § 11 Rdnr. 7; zu der unter Geltung der bisherigen Regelungen des TKG-alt geführten Diskussion darüber, auf welche Weise wirksamer bzw. funktionsfähiger Wettbewerb gegenüber dem Begriff der Marktbeherrschung abzugrenzen war, siehe Immenga/Kirchner, TKMR 2002, 340, 349 m.w.N.

¹²³⁵ Vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 Ref-E.

¹²³⁶ Siehe dazu bereits oben, § 3 D. III. 3. a) aa), S. 141 ff.; sowie die Begründung zu § 11 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 85. Zur Kritik an der Fassung des Referentenentwurfs s. Klotz, MMR 2003, 495, 497; Doll/Rommel/Wehmeier, MMR 2003, 522, 523; für die Unzulässigkeit der Inbezugnahme des § 19 GWB auch Immenga/Kirchner, TKMR 2002, 340, 349; für den Verweis ins allgemeine Wettbewerbsrecht dagegen wohl Möschel/Haug, MMR 2003, 505, 506; wieder anders Heun, CR 2003, 485, 489, nach dessen Ansicht die marktbeherrschende Stellung i.S.d. GWB höhere Anforderungen stellt als der im Art. 14 Rahmenrichtlinie verwandte Begriff der beträchtlichen Marktmacht.

stellt § 11 Abs. 1 S. 5 TKG zusätzlich klar, dass auch der Nachbarmarkt im Verfahren des § 10 Abs. 2 TKG als Markt identifiziert worden sein muss, auf dem kein funktionsfähiger Wettbewerb besteht. Die Regulierungsbedürftigkeit wegen der fehlenden Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts muss also gerade für den Markt festgestellt worden sein, auf den ein Unternehmen seine, auf einem vorgelagerten Markt bestehende, Marktmacht zu erstrecken versucht. Da beide Märkte im Verfahren des § 10 TKG als regulierungsbedürftig definiert worden sein müssen, muss es sich auch bei beiden Märkten jeweils um „Telekommunikationsmärkte“ handeln (vgl. § 10 Abs. 1 TKG). Infrastrukturmärkte und Märkte für Inhalte sind demnach nicht benachbart im Sinne von § 11 Abs. 1 S. 4 TKG. Eine etwaige Übertragung von Marktmacht auf solche Märkte kann daher nur im Wege der Missbrauchsaufsicht nach dem GWB¹²³⁸ oder nach medienrechtlichen Grundsätzen geahndet werden. Auf Grund der im Wesentlichen wörtlichen Übernahmen aus dem Richtlinienentwurf ergeben sich im Hinblick auf den materiellen Gehalt des Begriffes der beträchtlichen Marktmacht im Übrigen keine Besonderheiten gegenüber dem Gemeinschaftsrecht. Insoweit kann erneut auf die obigen Ausführungen¹²³⁹ verwiesen werden.

III. Verfahrensvorkehrungen und Beteiligungsrechte

1. Konsultations- und Konsolidierungsverfahren

a) Nationales Konsultationsverfahren

Nach Durchführung des Marktdefinitions- und Analyseverfahrens hat die Bundesnetzagentur zunächst entsprechend der Vorgaben von Art. 6 Rahmenrichtlinie ein nationales Konsultationsverfahren durchzuführen. Dabei wird interessierten Parteien gem. § 12 Abs. 1 S. 1 TKG innerhalb einer bestimmten Frist Gelegenheit gegeben, zu dem Entwurf der Ergebnisse der Verfahren nach §§ 10 und 11 TKG Stellung zu nehmen.¹²⁴⁰ Der aus der Rahmenrichtlinie übernommene Begriff der interessierten Partei soll nach dem Willen des Entwurfverfassers wie der aus dem deutschen Verwaltungsrecht bekannte Begriff des

¹²³⁷ Insgesamt kritisch zu dieser Regelung („großes Risiko für Überregulierung“) *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 523.

¹²³⁸ *Vogelsang*, MMR 2003, 509, 510.

¹²³⁹ Vgl. oben, § 3 D. III. 3., S. 139 ff.

¹²⁴⁰ Zur praktischen Durchführung *Gramlich*, CR 2005, 560, 561.

Beteiligten zu verstehen sein.¹²⁴¹ Erfasst ist damit jeder, dessen rechtliche Interessen durch die geplante Maßnahme berührt werden können.¹²⁴² Die Ergebnisse der Anhörungsverfahren sind von der Bundesnetzagentur unter Wahrung etwaiger Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten bei einer einheitlichen Informationsstelle zu veröffentlichen, die auch eine Liste aller laufenden Anhörungen vorhält (§ 12 Abs. 1 S. 2 bis 4 TKG). Angesichts des in Art. 6 Rahmenrichtlinie vorgesehenen weitergehenden Anwendungsbereiches des Anhörungsverfahrens hat der Gesetzgeber zusätzlich in § 15 TKG eine Auffangvorschrift geschaffen, nach der auch in allen übrigen Fällen, in denen die Bundesnetzagentur eine Maßnahme ergreift, die beträchtliche Auswirkungen auf den jeweiligen Markt hat, ein Konsultationsverfahren nach § 12 Abs. 1 TKG durchzuführen ist.¹²⁴³

b) Europäisches Konsultationsverfahren

Den weiteren Verfahrensgang regelt § 12 Abs. 2 TKG. Danach hat die Bundesnetzagentur die aus ihrer Sicht endgültigen Entwürfe des Ergebnisses der Marktdefinition sowie des Ergebnisses der Marktanalyse einschließlich der Feststellung, welche Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, der Kommission und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden nebst einer Begründung vorzulegen, sofern die Maßnahmeentwürfe Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben.¹²⁴⁴ Wie sich aus § 12 Abs. 2 S. 2 TKG in Übereinstimmung mit den europäischen Vorgaben ergibt, kann die Bundesnetzagentur das Konsultationsverfahren parallel auf nationaler und auf europäischer Ebene durchführen: Nach dieser Vorschrift darf die Bundesnetzagentur die Ergebnisse von Marktdefinition und -analyse nicht vor Ablauf eines Monats – beginnend mit der Vorlage des Maßnahmenentwurfs auf europäischer Ebene – oder einer eventuell festgesetzten längeren Frist für die Durchführung des nationalen Anhörungsverfahrens verbindlich festlegen. Beide Fristen können also parallel laufen. Soweit die Kommission oder die anderen nationalen Regulierungsbehörden Stellungnahmen zu dem vorgelegten Maßnahmenentwurf abgeben, hat

¹²⁴¹ Begründung zu § 12 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 85.

¹²⁴² Vgl. § 13 Abs. 2 VwVfG.

¹²⁴³ In der Praxis nimmt das nationale Konsultationsverfahren einschließlich der bisher regelmäßig kurzfristig erfolgten Erteilung des Einvernehmens des BKartA zwischen 11 und 21,5 Monaten in Anspruch, vgl. *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 488.

¹²⁴⁴ Vgl. § 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG sowie § 10 Abs. 3 TKG für das Marktdefinitions- und § 11 Abs. 3 TKG für das Marktanalyseverfahren. Dabei kann sich die Bundesnetzagentur den in der Kommissionsempfehlung zu Art. 7 (ABl. EG Nr. L 190 v. 30.7.2003, S. 13) vorgesehenen Verfahren bedienen – also etwa die Maßnahmeentwürfe auf deutsch und in elektronischer Form übermitteln, vgl. im Einzelnen oben, § 3 E. II. 2. a), S. 181 ff.

die Bundesnetzagentur diesen „weitestgehend“ Rechnung zu tragen.¹²⁴⁵ Einen auf dieser Grundlage neu gefassten Entwurf übermittelt sie wiederum der Kommission, § 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

c) *Vetoverfahren*

Das weitere Verfahren bestimmt sich nach dem Inhalt des vorgelegten Entwurfes. Enthält dieser entweder auf Ebene der Marktdefinition die Festlegung eines Marktes, der sich von den in der Empfehlung der Kommission definierten Märkten unterscheidet, oder im Rahmen der Marktanalyse die Festlegung, inwieweit ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen, so steht der Kommission grundsätzlich die Durchführung eines Vetoverfahrens offen, § 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 TKG. Die diesbezügliche Formulierung ist wenig geglückt: Im Gesetzestext heißt es bei der zweiten tatbestandlichen Alternative „oder die Festlegung, inwieweit ein oder mehrere Unternehmen auf *diesem* Markt über beträchtliche Marktmacht verfügen“ [Hervorhebung durch Verf.]. Würde sich dies auf die direkt zuvor benannte Alternative der Festlegung eines nicht in der Empfehlung der Kommission definierten Marktes beziehen, so wären die Voraussetzungen des Vetoverfahrens bedeutend enger gefasst als in Art. 7 Abs. 4 b) Rahmenrichtlinie. Dort wird auf Art. 16 Abs. 3 bis 5 Rahmenrichtlinie verwiesen. Die Vorschrift sieht damit die Durchführung des Vetoverfahrens immer dann vor, wenn die nationalen Regulierungsbehörden wegen des Bestehens wirksamen Wettbewerbs auf bereichsspezifische Maßnahmen verzichten oder diese aufheben (Art. 16 Abs. 3 Rahmenrichtlinie), Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem relevanten Markt bestimmen (Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie) oder entsprechende Feststellungen im länderübergreifenden Verfahren treffen (Art. 16 Abs. 5 Rahmenrichtlinie) möchten. Das Vetoverfahren ist insoweit nicht auf Feststellungen hinsichtlich der beträchtlichen Marktmacht auf einem nicht in der Kommissionsempfehlung genannten Markt beschränkt. Dasselbe muss im Wege europarechtskonformer Auslegung auch für die Regelung des § 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 Alt. 2 TKG gelten.¹²⁴⁶

Unterliegt ein vorgelegter Entwurf nach dem Ausgeführten grundsätzlich dem Vetorecht der Kommission, so kann diese innerhalb der ihr für eine Stellungnahme im Zuge des Konsultationsverfahrens nach § 12 Abs. 1 S. 2 TKG eingeräumten Frist erklären, dass der

¹²⁴⁵ Vgl. dazu nochmals *Ladeur*, DVBl. 2005, 525, 533 f.; *Trute*, Regulierungsverbund, S. 574 ff.

¹²⁴⁶ Für einen entsprechenden Willen des Entwurfsverfassers spricht auch die Formulierung in der Begründung zu § 12 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 86.

Entwurf ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde oder sie ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Entwurfs mit Gemeinschaftsrecht hat. Dies verschafft der Kommission eine weitere zweimonatige Untersuchungsfrist, innerhalb derer die Bundesnetzagentur die notifizierten Ergebnisse des Marktdefinitions- und Analyseverfahrens nicht verbindlich festlegen darf. Die Kommission kann die Bundesnetzagentur innerhalb dieser Frist auffordern, den Entwurf zurückzuziehen.¹²⁴⁷ Die Bundesnetzagentur hat dieser Aufforderung Folge zu leisten (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 TKG).¹²⁴⁸ Insoweit setzt § 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG die Vorgaben von Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie um.¹²⁴⁹

Ergeht ein Vetobeschluss der Kommission, so kann die Bundesnetzagentur auf der Grundlage des Beschlusses erneut ein nationales Konsultationsverfahren durchführen, § 12 Abs. 2 Nr. 2 S. 3 TKG.¹²⁵⁰ Die Bundesnetzagentur kann auf dieser Grundlage ihren Entwurf entsprechend der Vorgaben der Kommission¹²⁵¹ anpassen und ihn erneut der Kommission vorlegen.¹²⁵² Anderenfalls muss sie den Entwurf vollständig verwerfen. In diesem Fall hat die Bundesnetzagentur gem. § 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 5 TKG das Bundesministerium für Wirtschaft

¹²⁴⁷ Eine solche Vetoentscheidung hat die Kommission etwa in Bezug auf das durch die Bundesnetzagentur – damals RegTP – durchgeführte Marktdefinitions- und -analyseverfahren für die Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen getroffen, vgl. Entsch. v. 17.5.2005, KOM (2005) 1442 endg. Die Bundesnetzagentur hatte für jeden Betreiber eines öffentlichen Telefonnetzes einen eigenen Markt für die Anrufterminierng definiert, was der Kommissionsempfehlung zur Märkteabgrenzung entspricht. Obwohl die jeweiligen Betreiber auf den einzelnen Märkten naturgemäß einen Marktanteil von 100% besaßen, ging die Bundesnetzagentur allerdings nur im Fall der DTAG von der Existenz beträchtlicher Marktmacht aus. Bezüglich der alternativen Netzbetreiber war die Behörde der Auffassung, dass die Nachfragemacht der DTAG etwaige monopolistische Handlungsspielräume hinreichend beschränke. Die Kommission stellte daraufhin fest, dass ein Marktanteil von 100% eine starke Vermutung für das Bestehen beträchtlicher Marktmacht begründe, die nur unter außergewöhnlichen Umständen widerlegt werden könnte. Diese habe die Bundesnetzagentur nicht dargelegt, vgl. Schreiben der Kommission v. 11.3.2005 – SG-Greffe (2005) D/201075, N&R 2005, 71 ff. mit Anm. *Elspaß*, ferner *Koenig/Neumann*, CR 2005, 487, 489; *Ladeur*, K&R 2006, 197, 201.

¹²⁴⁸ Der Referentenentwurf sah noch vor, dass die Bundesnetzagentur an den Beschluss der Kommission nur dann gebunden ist, wenn die Kommission ihrer Verpflichtung nach Art. 7 Abs. 4 S. 2 Rahmenrichtlinie nachgekommen ist und der Beschluss mit einer detaillierten und objektiven Analyse der Gründe versehen ist, warum die Kommission die Auffassung vertritt, dass der Entwurf nicht angenommen werden sollte und er zugleich spezifische Vorschläge zur Änderung des Entwurfes enthält. Diese Fassung wurde aber zu Recht aufgegeben, weil das Gemeinschaftsrecht Begründungspflicht und Bindungswirkung des Beschlusses nicht verknüpft.

¹²⁴⁹ Dazu im Einzelnen oben, § 3 E. II. 2. a), S. 184 ff.

¹²⁵⁰ An dieser Stelle spricht das TKG nicht mehr wie in § 12 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 von „interessierten Parteien“ sondern unmittelbar von „Beteiligten“. Ein inhaltlicher Unterschied dürfte damit nicht verbunden sein (vgl. oben Fn. 1241 und begleitender Text). Die Verwendung des Begriffes der „interessierten Partei“ illustriert das Bestreben des Gesetzgebers dort, wo – wie in § 12 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 TKG – unmittelbar gemeinschaftsrechtliche Vorgaben umzusetzen sind, deren Wortlaut unmittelbar zu übernehmen, um sich einem möglichst geringen Risiko von Umsetzungsmängeln auszusetzen.

¹²⁵¹ Vgl. Art. 7 Abs. 4 S. 4 Rahmenrichtlinie.

¹²⁵² § 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 4 TKG.

und Arbeit über die Entscheidung der Kommission zu unterrichten. Damit soll dem Ministerium die Prüfung einer möglichen Klageerhebung vor dem Europäischen Gerichtshof ermöglicht werden.¹²⁵³ § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG übernimmt schließlich nahezu wörtlich die Bestimmungen des Art 7 Abs. 6 Rahmenrichtlinie über den Erlass von Maßnahmen im Eilverfahren.

2. *Evaluations- und Revisionsvorgaben*

Das neue Konzept einer flexiblen, marktbezogenen Ermittlung der Regulierungsbedarfe im Telekommunikationssektor muss auch die Dynamik der sich mit der Zeit unter Umständen grundlegend verändernden Märkte verarbeiten. Es muss Vorkehrungen enthalten, die eine stetige Anpassung des regulativen Rahmens an die Marktverhältnisse ermöglichen, auf deren Veränderung hin zu einem zunehmenden Wettbewerb das Regulierungskonzept angelegt ist und diese Anpassungen angesichts der Beharrungskräfte eines einmal geschaffenen Regulierungsmodells, wenn nötig, auch erzwingen. Dem dienen die in § 14 TKG vorgesehenen Verpflichtungen der Bundesnetzagentur zur Überprüfung der für die Regulierung grundlegenden Befunde der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren.

a) *Regelmäßige Evaluation der Regulierungsnotwendigkeit*

Unabhängig von der tatsächlichen Marktentwicklung oder besonderen Aufgreifstatbeständen hat die Bundesnetzagentur sämtliche Marktdefinitionen – und damit auch die Entscheidung, ob ein bestimmter Markt grundsätzlich der sektorspezifischen Regulierung unterfallen soll – alle zwei Jahre zu überprüfen, § 14 Abs. 2 TKG. Dies bedeutet einen erheblichen Verwaltungsaufwand, der aber durch die hohe Dynamik der Telekommunikationsmärkte und der damit verbundenen Gefahr einer dysfunktional werdenden Regulierung gerechtfertigt sein dürfte.¹²⁵⁴ Der gewählte zweijährige Rhythmus stimmt mit den bisherigen und zukünftigen Fristen für die Vorlage des Tätigkeitsberichts der Bundesnetzagentur überein.¹²⁵⁵ Bei der Festsetzung der Evaluationsfrist hat der Gesetzgeber einen Zielkonflikt zu bewältigen: Die Frist muss einerseits kurz genug sein, um dynamische Marktentwicklung zu bewältigen, andererseits aber auch lang genug, um den betroffenen Unternehmen Planungs- und

¹²⁵³ Begründung zu § 12 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 86.

¹²⁵⁴ Vgl. *Vogelsang*, MMR 2003, 509, 510.

¹²⁵⁵ Vgl. § 81 Abs. 1 S. 1 TKG-alt und § 121 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 TKG.

Investitionssicherheit zu vermitteln.¹²⁵⁶ Gerade angesichts der Tatsache, dass die Bundesnetzagentur gem. § 10 Abs. 2 TKG bei der Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes auch zu berücksichtigen hat, ob der jeweilige Markt längerfristig zu wirksamem Wettbewerb tendiert, wird teilweise die Befürchtung geäußert, ein Betrachtungshorizont von zwei Jahren sei nicht ausreichend, um sich längerfristig abzeichnenden technologischen Entwicklungen hinreichend Rechnung tragen zu können.¹²⁵⁷ Der Evaluationsintervall des § 14 Abs. 2 TKG darf aber nicht in jedem Fall mit dem analytischen Horizont der Bundesnetzagentur bei ihrer Regulierungsentscheidung gleichgesetzt werden. Es wurde bereits herausgearbeitet, dass die Bundesnetzagentur dann, wenn ausreichend deutliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass technische Entwicklungen eine hinreichend disziplinierende Wirkung auf das Wettbewerbsverhalten auf einem Markt ausüben werden, möglicherweise schon zu einem früheren Zeitpunkt auf die Definition des entsprechenden Marktes als regulierungsbedürftig verzichten kann. Entsprechend den obigen Ausführungen sind hier jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Angesichts der hohen Dynamik der in Rede stehenden Märkte und der deswegen nur begrenzt möglichen Prognose der Technologie- und Wettbewerbsentwicklung erscheint eine Evaluation des Regulierungsregimes im zweijährigen Turnus insgesamt eine angemessene Wahl.

b) Regulierung neuer Märkte?

Außerhalb dieses zweijährigen Turnus hat die Bundesnetzagentur gem. § 14 Abs. 1 TKG ihre Festsetzungen zu Marktdefinition und Marktanalyse dann zu überprüfen, wenn sich entweder die Empfehlung der Kommission zur Marktdefinition geändert hat, oder der Behörde Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse der durchgeführten Marktdefinitions- und Analyseverfahren nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen. Unter die letztgenannte Fallgruppe soll insbesondere das Entstehen neuer Märkte fallen; auch hier liegt eine Veränderung der Marktverhältnisse vor.¹²⁵⁸ Auf neu entstehenden Märkten ist damit zunächst im Verfahren der §§ 10 und 11 TKG zu klären, ob eine spezifische telekommunikationsrechtliche Regulierung nach Teil 2 des TKG erforderlich ist. Sie unterfallen nicht automatisch allein dem allgemeinen

¹²⁵⁶ Zum Ziel der Rechts- und Planungssicherheit siehe Begründung zu § 14 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 87.

¹²⁵⁷ *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 523.

¹²⁵⁸ Begründung zu § 14 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 87.

Wettbewerbsrecht.¹²⁵⁹ Allerdings stellen sich bei der Entscheidung darüber, ob ein neu entstandener oder ein noch in der Entstehung begriffener Markt der sektorspezifischen Wettbewerbsregulierung unterworfen werden soll, eine Reihe von besonderen Problemen. Diese führen dazu, dass insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben eine zurückhaltende Position zur Regulierung neu entstehender Märkte einnehmen. Es bestehe die Gefahr, dass eine sektorspezifische Regulierung die Wettbewerbsbedingungen auf einem noch sehr jungen Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen kann.¹²⁶⁰ Die Gefahr regulativer Fehlentscheidungen wird dadurch verschärft, dass die für reifere Märkte geschaffenen Regulierungskriterien auf neu entstehenden Märkten ein verzerrtes Bild der Wettbewerbsbedingungen liefern können. Dies gilt insbesondere für das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs bzw. der beträchtlichen Marktmacht und damit einer beherrschenden Stellung im Sinne des europäischen Wettbewerbsrechts. Denn das Entstehen neuer Märkte ist gerade im Kommunikationssektor häufig innovationsgetrieben und leitet sich von einer neuen Technologie oder einer Form der Nutzung existierender Technologien ab. Der Innovator, der eine solche Technologie zur Marktreife führt oder sie ökonomisch sinnvoll nutzbar macht, wird auf Grund seines *first-mover-advantages* sowie gegebenenfalls auf Grund von gewerblichen Schutzrechten, die ihm die ausschließliche Nutzung einer bestimmten Technologie oder einer wesentlichen Komponente davon garantieren, häufig zunächst eine beherrschende Stellung auf einem bestimmten Markt einnehmen. Ein solches temporäres Monopol des Innovators ist an sich aber nicht nur wettbewerbspolitisch unbedenklich, sondern auf Grund seiner Anreizfunktion für das gesetzlich¹²⁶¹ und volkswirtschaftlich positiv bewertete Ziel der Innovationsförderung auch zu begrüßen.¹²⁶² Soweit die Marktmacht auf solchen Vorreitervorteilen beruht, sollen neu entstehende Märkte daher grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.¹²⁶³ Allerdings soll trotz dessen sichergestellt werden müssen, dass ein führendes Unternehmen auf einem neuen Markt nicht jeglichen Wettbewerb ausschließt.¹²⁶⁴

¹²⁵⁹ Begründung zu § 14 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 87.

¹²⁶⁰ Begründung zu § 14 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 87; Nr. 32 der Leitlinien zur Marktanalyse und bereits oben, § 4 A. II., S. 250 ff.

¹²⁶¹ Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG.

¹²⁶² Zur Ambivalenz temporärer Monopole s. nochmals *Wieddekind*, Innovation, S. 162 f.

¹²⁶³ Erwägungsgrund 15 der Empfehlung über relevante Produkte- und Dienstmärkte. Nach Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie sollten einem Marktführer auf einem neu entstehenden Markt auch bei regelmäßig beträchtlichem Marktanteil keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden.

¹²⁶⁴ Nr. 32 der Leitlinien zur Marktanalyse.

Bei der Beurteilung der Frage, ob auf einem neuen Markt ex-ante Verpflichtungen aufzuerlegen sind, ist daher ein besonders behutsames Vorgehen der Bundesnetzagentur angezeigt und vor dem Hintergrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auch erforderlich. Zu weitgehend ist aber die generelle Behauptung, dass neue und neu entstehende Märkte im Einklang mit den Vorgaben des neuen EG-Rechtsrahmens generell nicht der Regulierung unterliegen würden.¹²⁶⁵ Vielmehr sind auf allen Ebenen – denjenigen der Marktdefinition und der Marktanalyse ebenso wie der einer möglichen Auferlegung bestimmter Vorabverpflichtungen – die besonderen Bedingungen des Wettbewerbs auf neuen Märkten von der Bundesnetzagentur im Rahmen ihres Beurteilungs- und Ermessensspielraums zu berücksichtigen. Die genannten Erwägungen sprechen dabei zwar gegen eine übereilte Entscheidung für eine umfassende Regulierung und begründen insoweit einen erhöhten Rechtfertigungsbedarf. Dies bedeutet aber nicht, dass ein regulativer Eingriff in der Form der – maßvollen – Auferlegung bestimmter Vorabverpflichtungen generell ausgeschlossen ist. Gerade auf der Rechtsfolgenseite stellen der neue Rechtsrahmen und in der Folge das Telekommunikationsgesetz 2004 eine flexible Auswahl an Regulierungsinstrumentarien unterschiedlicher Eingriffsintensität bereit, die es auch erlauben, den besonderen Bedingungen der Regulierung neuer Märkte Rechnung zu tragen.¹²⁶⁶

Wiederum erweist sich, dass die Anforderungen an die Entscheidungsfindung durch die Bundesnetzagentur erheblich gestiegen sind und zugleich die Transparenz und die für die unternehmerische Planungs- und Investitionsentscheidung wesentliche Kalkulierbarkeit der regulatorischen Rahmenbedingungen abgebaut wird. Da neu entstehende Märkte zudem regelmäßig nicht in der Empfehlung der Kommission zur Marktdefinition enthalten sein werden, unterliegt die Entscheidung über ihre Regulierung dem Vetoverfahren gem. § 12 Abs. 2 Nr. 3 TKG. Auch aus diesem Grund hat die Bundesnetzagentur sicherzustellen, dass

¹²⁶⁵ So *Doll/Rommel/Wehmeier*, MMR 2003, 522, 523; *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 523 f. und wohl auch *Börnsen/Coppik*, MMR 2004, 143, 146.

¹²⁶⁶ Aus diesem Grund bringt der vorliegende Vorschlag für eine ausdrückliche Regelung der Problematik neuer Märkte (vgl. § 9a des Entwurfes eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften v. 31. Januar 2006, dazu ausführlich *Kühling*, K&R 2006, 263 ff.) keinen erheblichen Erkenntnisgewinn. Sowohl die entscheidende Vorfrage der Abgrenzung zwischen neuen und alten Märkten als auch die letztlich zu treffende Abwägung zwischen den Zielen der Wettbewerbsintensivierung und der Innovationsförderung bleibt offen und wird durch das bestehende Recht und insbesondere die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in ähnlicher Weise strukturiert, vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 43, Tz. 183 ff. und insbes. 189 f. Die EU-Kommission scheint Zweifel an der Europarechtskonformität der vorgeschlagenen Regelung zu haben, vgl. *Kazemi*, MMR 3/2006, VII, VIII; für deren Gemeinschaftsrechtskonformität dagegen *Kühling*, K&R 2006, 263, 270 f. Die Bundesnetzagentur hat inzwischen eine Anhörung zur Identifizierung neuer Märkte und deren regulatorischer Behandlung durchgeführt, vgl. ABl. 04/2006 v. 22.2.2006.

sie eine frühe Auferlegung von Vorabverpflichtungen auf einem neu entstehenden Markt sorgfältig begründet und insbesondere auch darlegt, warum eine möglicherweise später im Rahmen der regelmäßigen Evaluationen des Regulierungskonzepts erfolgende regulatorische Einflussnahme nicht ausreichend ist.¹²⁶⁷

3. Abstimmung zwischen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt – Vetorechte bei der Marktdefinition?

Sowohl die Feststellung der relevanten Märkte als auch die Prüfung, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht, haben gem. § 123 Abs. 1 S. 1 TKG im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt (BKartA) zu erfolgen. Diese Vorschrift entspricht im Wesentlichen § 82 TKG-alt. Danach hatte die Bundesnetzagentur im hier interessierenden Zusammenhang insbesondere bei der Abgrenzung der sachlich und räumlich relevanten Märkte sowie der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Einvernehmen mit dem BKartA zu entscheiden, § 82 S. 2 TKG-alt. Bei allen übrigen Entscheidungen nach dem dritten und vierten Teil des TKG-alt, also auch bei den Entscheidungen über Zugang und Zusammenschaltung, war dem BKartA gem. § 82 S. 3 TKG-alt ein Recht zur Stellungnahme eingeräumt. Diese Bestimmung wurde in § 121 Abs. 1 S. 2 TKG übernommen. Eingefügt wurde allerdings eine Formulierung, wonach die Bundesnetzagentur dem BKartA „rechtzeitig“ vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme geben muss. Diese Änderung dürfte darauf zurückgehen, dass die Bundesnetzagentur in der Vergangenheit das BKartA häufig erst zu einem Zeitpunkt in das Verfahren eingebunden hat, in dem dessen Stellungnahme gerade angesichts bestimmter vorgegebener Entscheidungsfristen für die erlassene Maßnahme kaum noch folgenreich werden konnte.¹²⁶⁸ Nach altem¹²⁶⁹ wie nach neuem¹²⁷⁰ Recht besteht umgekehrt auch grundsätzlich die Verpflichtung des BKartA, der Bundesnetzagentur vor Abschluss bestimmter Verfahren Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn diese den Telekommunikationssektor betreffen. Während § 82 S. 4 TKG-alt

¹²⁶⁷ Vgl. Begründung zu § 14 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 87; Nr. 32 der Leitlinien zur Marktanalyse.

¹²⁶⁸ *Koenig/Kühling*, MMR 2001, 81, 83. *Eilers*, Verfahrensfragen, S. 137, beschreibt das Beispiel der Entscheidung zu den TAL-Einmalentgelten. Dort habe die Regulierungsbehörde dem BKartA ihren Beschlussentwurf am 9.4.2002 vorgelegt. Die Entscheidungsfrist lief aber am 11.4.2002 ab, so dass für die Formulierung der Stellungnahme durch das BKartA und deren Berücksichtigung durch die Regulierungsbehörde noch knappe drei Tage verblieben. Kritisch zur Zusammenarbeit beider Behörden auch *Müller/Schuster*, MMR 1999, 507 f.

¹²⁶⁹ Vgl. § 82 S. 4 TKG-alt.

¹²⁷⁰ Vgl. § 123 Abs. 1 S. 3 TKG.

insoweit nur auf die Vorschriften des deutschen Kartellrechts zur Missbrauchsaufsicht verwies, nimmt § 123 Abs. 1 S. 3 TKG nun neben Verfahren nach den §§ 19 und 20 Abs. 1 und 2 GWB auch solche nach Art. 82 EGV und § 40 Abs. 2 GWB in Bezug.

Soweit die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem BKartA entscheidet, hat sie die ausdrückliche Zustimmung des BKartA zu einer geplanten Maßnahme einzuholen.¹²⁷¹ Diese Mitwirkungshandlung des Bundeskartellamtes besitzt im Verhältnis zu den betroffenen Unternehmen aber keine Außenwirkung. Es handelt sich deswegen nicht um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG. Da § 123 Abs. 1 S.1 TKG dem BKartA nicht die ausschließliche Wahrnehmung einer bestimmten Sachaufgabe überträgt,¹²⁷² stellt sich die Mitwirkung der Wettbewerbsbehörde gegenüber den Verfahrensbeteiligten vielmehr lediglich als Verwaltungsinternum dar, dass nicht selbständig anfechtbar ist.¹²⁷³ Eine Verletzung der Beteiligungsrechte führt jedoch grundsätzlich zur Anfechtbarkeit der Entscheidung der Bundesnetzagentur,¹²⁷⁴ wenn diese nicht vor Klageerhebung ordnungsgemäß nachgeholt wird, § 45 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 2 VwVfG.¹²⁷⁵

Der ursprüngliche Zweck der Kooperationsvorkehrungen zwischen Bundesnetzagentur und BKartA war es, eine unterschiedliche Verwaltungs- und Entscheidungspraxis gerade angesichts der Übernahme wettbewerbsrechtlicher Begrifflichkeiten in das TKG zu vermeiden und eine einheitliche Auslegung der wettbewerbsrechtlich relevanten Bestimmungen zu gewährleisten, sowie möglichen Zuständigkeitskonflikten entgegenzuwirken.¹²⁷⁶ Da im Bereich von Marktdefinition und Marktanalyse weiterhin auf die Grundsätze des allgemeinen – und nun verstärkt des europäischen – Wettbewerbsrechts zurückgegriffen wird, fördern die Bestimmungen des § 123 Abs. 1 TKG weiterhin die einheitliche Anwendung von dessen Begrifflichkeiten. Allerdings wird das Beteiligungsrecht des BKartA auf Grund des weiten Anwendungsbereichs der §§ 10, 11 TKG und der regelmäßig alle zwei Jahre zu wiederholenden Untersuchung durch die Novelle gegenüber

¹²⁷¹ Vgl. *BerlKommTKG/Dittmann*, § 123 Rdnr. 9; *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 101; zum TKG-alt *Scheurle/Mayen-Ulmen*, § 82 Rdnr. 4; *BeckTKG-Komm/Geppert*, § 82 Rdnr. 10.

¹²⁷² Dazu *BVerwGE* 26, 31.

¹²⁷³ *BerlKommTKG/Dittmann*, § 123 Rdnr. 8; *BeckTKG-Komm/Geppert*, § 82 Rdnr. 5.

¹²⁷⁴ Nicht aber zu ihrer Nichtigkeit, vgl. § 44 Abs. 3 Nr. 4 VwVfG.

¹²⁷⁵ *Scheurle/Mayen-Ulmen*, § 82 Rdnr. 12.

¹²⁷⁶ *BeckTKG-Komm/Geppert*, § 82 Rdnr. 1; *Scheurle/Mayen-Ulmen*, § 82 Rdnr. 1, 3; *Koenig/Kühling MMR* 2001, 80, 83.

dem bisherigen Recht stark ausgeweitet.¹²⁷⁷ Dabei gewinnen die Abstimmungsprozesse der beiden Behörden vor dem Hintergrund des neu eingeführten Prinzips der flexiblen marktorientierten Ermittlung des Regulierungsbedarfs eine völlig neue Dimension. Denn in den Verfahren der Marktdefinition und -analyse geht es letztlich um die Frage, ob ein Markt einer sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden soll. Soweit dies nicht der Fall ist, unterfällt der Markt automatisch allein dem allgemeinen Wettbewerbsrecht.¹²⁷⁸ Damit geht es im Rahmen des Marktdefinitions- und Analyseprozesses um die konkrete Regulierungsbefugnis auf einzelnen Märkten, da durch die entsprechenden Festlegungen die Anwendungsbereiche von sektorspezifischer Regulierung und der alleinigen Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts abgegrenzt werden – und damit zugleich die Zuständigkeitsbereiche von Bundesnetzagentur und BKartA.

Das Einvernehmenserfordernis birgt also potentiell ein großes Konfliktpotential. Es könnte im Rahmen des Verfahrens nach § 10 i.V.m. § 123 Abs. 1 S. 1 TKG zwischen beiden Behörden zu einer Auseinandersetzung über die Regulierungskompetenz in einem bestimmten Markt kommen. Zwar war auch bisher etwa im Rahmen der Missbrauchsaufsicht des § 33 TKG-alt ein Einvernehmen zwischen Bundesnetzagentur und BKartA über die Existenz einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens als Voraussetzung für den regulativen Eingriff herzustellen. Da es sich insoweit aber um die Anwendung von durch Rechtsprechung und Lehre relativ scharf konturierten Begrifflichkeiten des Wettbewerbsrechts handelte und zudem der generelle Anwendungsbereich von TKG und GWB weitgehend durch den Gesetzgeber definiert war, war eine Übereinstimmung zwischen beiden Behörden regelmäßig herzustellen.

Besondere Brisanz erlangt das Verfahren nun vor allem im Rahmen der Marktdefinition und damit der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines bestimmten Marktes. Die dort bereitgestellten (De-)Regulierungskriterien dienen zugleich zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Telekommunikations- und allgemeinem Wettbewerbsrecht. Wesentliche Bedeutung wird dabei regelmäßig der Beurteilung der potentiellen Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts bei der Bewältigung der festgestellten strukturellen und dynamischen Problemlagen für den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt zukommen. Im Rahmen des Einvernehmenserfordernisses müsste das Bundeskartellamt der Wertung der Bundesnetzagentur hinsichtlich der fehlenden

¹²⁷⁷ Vgl. Begründung zu § 121 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 134.

Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts zustimmen und sich damit letztlich selbst für unfähig erklären, die in Frage stehenden wettbewerblichen Probleme mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln lösen zu können. Hier mögen gelegentlich durchaus unterschiedliche Vorstellungen von Bundesnetzagentur und BKartA bei der Beurteilung dieser komplexen und rechtlich nur wenig vorstrukturierten Frage aufeinander treffen.¹²⁷⁹

Eine angemessene Komplexitätsreduzierung im Interesse einer erhöhten Rechtssicherheit sollte auch in diesem Zusammenhang dadurch erreicht werden, dass zum einen die Vorgaben der Kommissionsempfehlung auch in Bezug auf die Abwesenheit funktionsfähigen Wettbewerbs auf den von ihr definierten Märkten vom BKartA entsprechend der europäischen Vorgaben in der Regel anerkannt werden. Darüber hinaus wird auch das BKartA den der Bundesnetzagentur insoweit durch § 10 Abs. 2 S. 2 TKG eingeräumten Beurteilungsspielraum zu respektieren haben. Denn als Ziel des Einvernehmensefordernisses wurde die Sicherstellung der einheitlichen Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Grundsätze durch bereichsspezifische Regulierungsbehörde und allgemeine Wettbewerbsaufsicht identifiziert. Hier kann die besondere Sachkunde des BKartA wertvolle Dienste leisten. Soweit die Bundesnetzagentur aber im Rahmen der Anwendung des § 10 Abs. 2 TKG eine komplexe Beurteilung von Marktstruktur und Wettbewerbsdynamik sowie einen Funktionsvergleich unterschiedlicher Aufsichtsregime vorzunehmen hat, stellt dies eine ihr originär zugewiesene Abwägungsentscheidung dar, deren Ergebnis nicht von der Zustimmung des BKartA abhängig gemacht werden kann.

¹²⁷⁸ Begründung zu § 121 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 134.

¹²⁷⁹ Insgesamt kritisch *Heun*, CR 2004, 893, 896: Zusammenarbeit zwischen Regulierungsbehörde und BKartA „nur lückenhaft und nicht befriedigend geregelt“.

IV. Erlass einer Regulierungsverfügung

Im Rahmen der Verfahren der Marktdefinition und der Marktanalyse nach den §§ 10 und 11 TKG untersucht die Bundesnetzagentur, ob auf einem Markt, der die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 TKG erfüllt, einem Unternehmen beträchtliche Marktmacht zukommt. In dieser Prüfung erschöpfen sich die tatbestandlichen Voraussetzungen für die sektorspezifische Regulierung eines bestimmten Unternehmens. Sind die Voraussetzungen erfüllt, werden dem Unternehmen – gleichsam auf der Rechtsfolgende¹²⁸⁰ – gem. § 9 Abs. 2 Maßnahmen nach dem zweiten Teil des TKG auferlegt.¹²⁸¹ Dies geschieht im Wege der Regulierungsverfügung. Nach der Legaldefinition des § 13 Abs. 1 S. 1 TKG umfasst der Begriff die Auferlegung, Änderung, Beibehaltung oder den Widerruf von Verpflichtungen nach den §§ 19, 20, 21, 24, 30, 39, 40 oder 41 Abs. 1 TKG auf der Grundlage eines zuvor durchgeführten Marktanalyseverfahrens. Entsprechend der neuen Systematik werden durch die Regulierungsverfügung damit abstrakt diejenigen, ein marktmächtiges Unternehmen treffenden, Verhaltenspflichten festgestellt, die die Bundesnetzagentur auf Grund der Marktanalyse für erforderlich hält.¹²⁸²

Der die Auswahl der jeweils angemessenen Verpflichtungen leitende Grundsatz des Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie, nach dem die auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die regulatorischen Ziele angemessen und gerechtfertigt sein müssen, hat allerdings auf dieser Ebene¹²⁸³ keinen ausdrücklichen Eingang in das TKG gefunden. § 13 TKG regelt alleine die Durchführung des Konsultationsverfahrens bei Erlass der Regulierungsverfügung, stellt aber keine materiellen Kriterien für die Auswahl

¹²⁸⁰ Vgl. allgemein *Holzner/Homberg*, MMR Beilage 10/2003, 9, 12 sowie *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 103 zu § 21 Abs. 1 S. 1 TKG.

¹²⁸¹ Der Bundesnetzagentur kommt also an dieser Stelle, entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, kein Entschließungsermessen zu; vgl. die Nachweise oben Fn. 909 und begleitender Text.

¹²⁸² Bis zum Juni 2006 hat die Bundesnetzagentur für vier der 16 durch die Kommission festgelegten „Kandidatenmärkte“ Regulierungsverfügungen erlassen, nämlich für die Märkte 8 und 10 (Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten und Transitdienste im öffentlichen Festtelefonnetz, Beschl. v. 16.11.2005, BK 4a-05-005/R) sowie 9 (Zuführungs-, Terminierungs- und Transitleistungen im öffentlichen Festtelefonnetz, Beschl. v. 5.10.2005, BK 4c-05-002/R) und 11 (Entbündelter Großkunden-Zugang zur TAL, Beschl. v. 20.4.2005, BK4a-04-075R); zu den Verfügungen vgl. *Wilsmann*, K&R Beihefter 2/2006, 6, 7 f. Die Bundesnetzagentur führt die Tatsache, dass zwei Jahre nach Inkrafttreten des TKG 2004 erst vier Regulierungsverfügungen erlassen wurden – allerdings für die wichtigsten Märkte – auch auf die Komplexität des Verfahrens zurück, dass für alle Parteien äußerst zeit- und ressourcenintensiv sei, vgl. *Henseler-Unger*, K&R Beihefter 2/2006, 3, 4.

¹²⁸³ § 21 Abs. 1 S. 2 TKG greift diese Vorgaben für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen auf.

der jeweils aufzuerlegenden Verpflichtungen bereit.¹²⁸⁴ Besitzt die Maßnahme danach Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten, so hat die Bundesnetzagentur gem. § 13 Abs. 1 S. 1 TKG vor der Auferlegung von abstrakten Vorabverpflichtungen im Wege der Regulierungsverfügung ebenfalls ein Konsultationsverfahren auf nationaler und europäischer Ebene durchzuführen. Ein Vetorecht kommt der Kommission hier allerdings nicht zu, da die Anwendung des qualifizierten Konsolidierungsverfahrens auf die Verfahren der Marktdefinition und -analyse beschränkt ist.¹²⁸⁵

Gem. § 13 Abs. 3 TKG erfolgt schließlich die Auferlegung der spezifischen Vorabverpflichtungen gemeinsam mit den Feststellungen der Marktdefinitions- und Analyseverfahren der §§ 10 und 11 als einheitlicher Verwaltungsakt. Die Ergebnisse von Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren können daher nicht vorab zum Gegenstand verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gemacht werden.¹²⁸⁶ Dies ist im Interesse der Verfahrensbeschleunigung zu begrüßen.¹²⁸⁷

C. Würdigung: Umsetzung des Prinzips der flexiblen marktbezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs im TKG

Bereits dieser Überblick über das neugeschaffene Verfahren der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung zeigt, dass sich die im neuen europäischen Rechtsrahmen angelegten Unwägbarkeiten und Zielkonflikte im neugefassten Telekommunikationsgesetz wiederfinden. Die wechselvolle Gesetzgebungsgeschichte, die noch „in letzter Minute“ zu einer grundlegenden Umgestaltung von Kernelementen des Marktdefinitionsverfahrens geführt hat, mag ein Indiz für die mangelnde Souveränität des

¹²⁸⁴ Vgl. dazu die umfangreichen Kataloge relevanter Kriterien für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen in § 21 TKG, der die Vorgaben von Art. 12 Zugangsrichtlinie übernimmt.

¹²⁸⁵ Vgl. Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie.

¹²⁸⁶ So die Begründung zu § 13 TKG-E, BR-Drs. 755/03, S. 86 f.; BerlKommTKG/*Gurlit*, § 13 Rdnr. 36; vgl. dazu und zur Verwaltungsaktqualität der Entscheidung nach §§ 10, 11 TKG insbesondere im Hinblick auf drittbetroffene Unternehmen *Gurlit*, K&R Beilage 1/2004, 32, 35; ferner *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 101 f. sowie *Ellinghaus*, MMR 2004, 293, 294: keine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 VwVfG, da Adressat ein bestimmtes (marktmächtiges) Unternehmen ist, für Allgemeinverfügung dagegen *Mayen*, CR 2005, 21, 22. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob nach Erlass der Regulierungsverfügung einzelne ihrer Bestandteile isoliert angefochten werden können, vgl. dazu *Ladeur/Möllers*, DVBl 2005, 525, 529 f.

¹²⁸⁷ Vgl. dazu *Husch/Kemmler/Ohlenburg*, MMR 2003, 139, 141; *Scherer*, MMR Beilage 12/2002, 26, 27 ff.; ders. K&R 2002, 279, 286; *Spoerr/Sellmann*, N&R 2004, 98, 101; ferner *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation, Rdnr. 386.

Gesetzgebers beim Umgang mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben darstellen. Sie bildet jedenfalls durchaus auch den für den neuen Rechtsrahmen kennzeichnenden Zielkonflikt zwischen der angestrebten Flexibilisierung der Regulierung einerseits und der für die Unternehmen erforderlichen Planungs- und Investitionssicherheit andererseits ab. Denn der Gesetzgeber hat erkennbar darum gerungen, die – wie oben herausgearbeitet¹²⁸⁸ – nur unzureichend gemeinschaftsrechtlich vorgeprägten Strukturen der flexiblen Bestimmung des Regulierungsbedarfs zu operationalisieren und in handhabbarer Form in nationales Recht zu überführen.

In weiten Teilen ist der neuen Regulierungssystematik ein gewisser Verlust an Rechts- und Planungssicherheiten allerdings immanent. Die administrative Bestimmung der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit der Märkte, die Konkretisierung der abstrakten Zugangsverpflichtungen einzelner Unternehmen durch Regulierungsverfügungen sowie die regelmäßige Revision der auferlegten Verpflichtungen und der grundsätzlichen Reichweite der sektorspezifischen Regulierung tragen eine nicht geringe Unsicherheit in den Markt, sind aber gemeinschaftsrechtlich determiniert. Vor diesem Hintergrund wird der beschränkten Bindungswirkung der Kommissionsempfehlungen eine große Bedeutung für die Sicherstellung eines Mindestmaßes an regulativer Verlässlichkeit zukommen.

Was die zentrale Frage der Festlegung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierung – und damit die Abgrenzungen zur (alleinigen) Anwendbarkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts – anbelangt, so kann das Defizit in der Steuerungsleistung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf nationaler Ebene nur zum Teil ausgeglichen werden. Der Gesetzgeber unternahm zunächst den Versuch, die Kriterien der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes im Tatbestandsmerkmal des "funktionsfähigen Wettbewerbs" zu verdichten. Schließlich wurden stattdessen die von der Kommission aufgestellten Kriterien für die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes – also die Existenz von Marktzutrittsschranken, die langfristige Tendenz zum Wettbewerb und die fehlende Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts – in das Gesetz übernommen. Ob damit gegenüber dem alternativen Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs" die bessere Wahl getroffen wurde, ist eine offene Frage. Die Verwendung von Kriterien aus einem nicht verbindlichen Rechtsakt der Kommission deutet jedenfalls auf eine gewisse Ratlosigkeit des Gesetzgebers beim Umgang mit den europäischen Vorgaben hin. Vieles spricht dafür, dass bei der Entscheidung für die unmittelbare Übernahme der gemeinschaftsrechtlichen

¹²⁸⁸ Vgl. § 4 A. III., S. 252 ff.

Begrifflichkeiten vor allem auch ein methodisches Unbehagen bei der Verwendung etablierter wirtschaftswissenschaftlicher Begriffe eine bestimmende Rolle gespielt haben mag.

Die tatsächlichen Unterschiede jedenfalls dürften gering sein: Der Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ wäre, jedenfalls bei der angemahnten originär juristischen Begriffs(fort)bildung¹²⁸⁹ ausreichend entwicklungs offen, um eine Auslegung im Sinne der Gemeinschaftsrechtsvorgaben, auch der Kommissionsempfehlung, zu ermöglichen. Die nun gewählten Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG setzen die Gemeinschaftsrechtsvorgaben dennoch genauer um, weil sie – anders als die im TKG-E vorgesehene Definition des funktionsfähigen Wettbewerbs – die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes nicht vorrangig an einen Funktionsvergleich von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrechts koppeln, sondern zusätzlich auf die strukturellen Eigenschaften der Märkte und ihre langfristigen Wettbewerbstendenzen abstellen. Dass demgegenüber die Kriterien für die Bestimmung der relativen Leistungsfähigkeit beider Regulierungsoptionen keinen Eingang in das Gesetz mehr gefunden haben, dürfte nicht von erheblicher Bedeutung sein, weil die Bundesnetzagentur auf diese Kriterien bei der Entscheidung nach § 10 TKG im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums ohnehin wird zurückgreifen können.

Insgesamt gelingt es dem deutschen Gesetzgeber, die unterschiedlichen Stufen des Marktdefinitionsverfahrens und insbesondere die Bedeutung der Beurteilung der grundsätzlichen Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes durch Bundesnetzagentur und Kommission deutlicher herauszuarbeiten, als dies im neuen Gemeinschaftsrechtsrahmen angelegt ist. Trotz der positiven Verankerung bestimmter Kriterien bleibt die Frage nach der Abgrenzung von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbs aber eine hochkomplexe Entscheidung mit stark prognostischem Charakter, die ganz erhebliche Anforderungen an die Regulierungsbehörde stellt. Dies erkennt der Gesetzgeber mit der Einräumung eines Beurteilungsspielraums an. Die Nachteile einer solchen Herunterzonung grundsätzlicher Entscheidungen über Bestand und Umfang sektorspezifischer Regulierung auf die administrative Ebene bleiben aber erhalten: Im Vordergrund steht ein Verlust an Rechtssicherheit und die Befürchtung einer längeren Verfahrensdauer bis zur Existenz bestandskräftiger Regulierungsentscheidungen.¹²⁹⁰ Diese Nachteile werden in Kauf

¹²⁸⁹ Dazu bereits eingangs unter § 2 B., S. 6 ff.

¹²⁹⁰ Beides scheint sich in der Praxis zu bestätigen, vgl. *Henseler-Unger*, K&R Beihefter 2/2006, 3, 4; *Holznagel/Homberts*, MMR 2006, 285. Neben der ohnehin langen Verfahrensdauer stellt sich ein weiteres Problem, auf das *Schütze*, CR 2005, 332, 335 hinweist: Wird eine regulatorische Entscheidung wegen handwerklicher Fehler der Bundesnetzagentur durch die Gerichte aufgehoben, so kann es allein

genommen, um eine flexiblere Anwendung des Regulierungsrahmens im Interesse gerade auch einer zügigen Ausschöpfung eventueller Deregulierungspotentiale zu ermöglichen.¹²⁹¹

Der europäisch vorgeprägten Regulierungssystematik liegt damit eine aus der Zeit ihrer Erarbeitung stammende grundsätzlich optimistische Prognose für die mittelfristige Wettbewerbsentwicklung zu Grunde.¹²⁹² Ob diese gerechtfertigt ist und sich die Vor- und Nachteile eines dynamischen und flexiblen Regulierungskonzeptes die Waage halten, werden Zeit und die Marktentwicklung zu erweisen haben. Skepsis erscheint nicht unangebracht.

In jedem Fall gilt auch für die nationale Umsetzung des neuen Rechtsrahmens durch das Telekommunikationsgesetzes 2004, was bereits für den Gemeinschaftsrechtsrahmen festgestellt wurde: Ein flexibles Regulierungskonzept ermöglicht die Anpassung des Regulierungsrahmens in allen Dimensionen.¹²⁹³ Es entbehrt daher nicht einer gewissen Ironie, dass die dynamische Regulierungskonzeption gerade auch dann Früchte tragen könnte, wenn die Grundannahmen eines stetig zunehmenden und sich verfestigenden Wettbewerbs sich als unzutreffend erweisen und stattdessen neue Vermachtungspotentiale auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zu Tage treten sollten.

Auch das Telekommunikationsgesetz 2004 wird sich nach alledem nicht – im Sinne des häufig bemühten "Phasenmodells"¹²⁹⁴ – lediglich als transitorische Maßnahme, gleichsam als letzte Zwischenstufe auf dem Weg zur alleinigen Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Kommunikationssektor als einem Wirtschaftssektor wie jeder andere erweisen. Insoweit sei die Prognose gewagt, dass auch die nächste „Phase“ der Telekommunikationsregulierung nicht durch die Aufhebung des TKG – oder auch nur seiner

aus diesem Grund zu einem ungerechtfertigten Übergang von der ex-ante zur ex-post Kontrolle kommen und ein „regulierungsfreier Raum“ für die Zeit zwischen Angebot der Leistung und Erlass einer (neuen) Regulierungsverfügung entstehen, vgl. auch *Schuster/Kemper/Schütze/Schulze zur Wiesche/Chargé/Dierking*, MMR Beilage 5/2006, S. 9 f.

¹²⁹¹ Ob dies gelingen kann erscheint aber gerade wegen der Komplexität der eingerichteten Verfahren durchaus fraglich, vgl. erneut *Henseler-Unger*, K&R Beihefter 2/2006, 3, 4, die befürchtet, dass „Länge und Komplexität des Verfahrens den Anspruch des TKG 2004 konterkariert, den jeweiligen Markt und das jeweilige Unternehmen im Einzelfall angemessen zu regulieren“. Ähnlich *Wilsmann*, K&R Beihefter 2/2006, 6, 8, nach dem durch die erlassenen Regulierungsverfügungen im Wesentlichen unter erheblichem Aufwand schlicht der unter dem TKG-alt bestehende Regulierungszustand wiederhergestellt wurde.

¹²⁹² Siehe oben, § 4 A. I., S. 247 f.

¹²⁹³ Vgl. oben § 3 F. IV. 3 d), S. 235 ff. und § 4 A. II., S. 248 ff.

¹²⁹⁴ Vgl. oben Fn. 391 und begleitender Text.

Bestimmungen über die Marktregulierung –, sondern durch eine erneute Novellierung des Gesetzes eingeleitet werden wird.¹²⁹⁵

¹²⁹⁵ Die Vorarbeiten für eine erneute Überarbeitung des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens haben bereits begonnen. Die „2006 Review“ wurde am 25.11.2005 mit der Veröffentlichung eines „Call for Input“ durch die Kommission eröffnet. Interessierte Parteien werden aufgefordert, sich zum gegenwärtigen Regulierungsrahmen und dem aus ihrer Sicht bestehenden Reformbedarf zu äußern. Ziel des Prozesses ist die Überarbeitung der fünf Richtlinien des neuen Rechtsrahmens sowie der Märkteempfehlung. Die Überarbeitung soll unter anderem erreichen, dass der gegenwärtige Verwaltungsaufwand für die NRB verringert und die Verfahren rationalisiert werden, vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Überprüfung der Märkte nach dem Rechtsrahmen der EU zur Konsolidierung des Binnenmarktes für elektronische Kommunikation v. 6.2.2006, KOM (2006) 28 endg., S. 12 unter Ziff. 6 a.E.

§ 6 – Zusammenfassung und Thesen

1. Gegenstand der Arbeit ist es, den neu geschaffenen gemeinschaftsrechtlichen Rechtsrahmen für die Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen und insbesondere den zentralen Mechanismus der Marktregulierung im Vergleich zu wettbewerbsrechtlichen Regulierungsalternativen kritisch zu würdigen. Im Vordergrund der Betrachtung steht dabei die Frage, inwieweit sich der neue Rechtsrahmen die Perspektive einer weiteren Deregulierung des Telekommunikationssektors zu Eigen macht. In diesem Rahmen wird auch die auf Ebene des europäischen Wettbewerbsrechts zur Verfügung stehende mögliche Alternative einer Zugangsregulierung auf der Grundlage der wettbewerbsrechtlichen „Essential Facilities Doktrin“ in den Blick genommen und beide Regulierungsoptionen einem Funktionsvergleich unterzogen.
2. Eine sektorspezifische Regulierung des Zugangs zu Telekommunikationsnetzen findet ihre Rechtfertigung zunächst in besonderen ökonomischen Eigenschaften dieser Märkte. Aus diesem Grund kann die Frage nach Fortbestand oder Abbau dieser Regulierung und dem transitorischen Charakter des neuen Rechtsrahmens nicht ohne Ansehung der grundlegenden ökonomischen Argumentationsmuster, insbesondere der wirtschaftswissenschaftlichen Regulierungstheorien, erfolgen. Die Auseinandersetzung mit den Wissensbeständen einer für den Juristen fremden Disziplin macht eine knappe methodische Positionsbestimmung erforderlich. Danach kann die Rezeption ökonomischer Befunde zu einer besser informierten Rechtsanwendung beitragen; die Entscheidung über Art und Umfang der Verwendung solcher Befunde bleibt aber angesichts der unterschiedlichen Verwendungszusammenhänge entsprechender Wissensbestände in unterschiedlichen Disziplinen eine originär juristische Frage.
3. Die klassische ökonomische Theorie erkennt die Berechtigung einer gezielten staatlichen Einflussnahme auf das freie Marktgeschehen nur dann an, wenn bestimmte, im Modell der "vollständigen Konkurrenz" zusammengefasste Funktionsbedingungen des Wettbewerbs verletzt werden. In diesem Fall liegt ein Marktversagen vor, und nur hier kann ein regulatorischer Eingriff grundsätzlich das Marktergebnis verbessern. Dementsprechend wurde das Staatsmonopol im Telekommunikationssektor mit dem Vorliegen eines *natürlichen Monopols* begründet,

dass durch erhebliche Größen- und Verbundvorteile sowie dem Vorliegen einer subadditiven Kostenfunktion gekennzeichnet ist. Ein solches natürliches Monopol rechtfertigt die Regulierung, weil die Marktmacht des Monopolisten zum Schutz der Verbraucher kontrolliert werden müsse. Zugleich sei eine rechtliche Absicherung des Monopols erforderlich, um einen ruinösen Wettbewerb zu verhindern, aus dem letztlich ohnehin nur ein Anbieter hervorgehen könnte.

4. Diese Betrachtungsweise der *normativen Regulierungstheorie* kam von ökonomischer Seite unter Druck: Die *positive Regulierungstheorie* zeigte die Unzulänglichkeiten der tatsächlichen Regulierung auf und wies nach, dass auch im Falle eines Marktversagens ein kompensierender staatlicher Eingriff keineswegs stets ein wohlfahrtsökonomisch vorzugswürdiges Marktergebnis zur Folge hat. Zugleich wurde die Annahme des Vorliegens eines natürlichen Monopols im Telekommunikationssektor verstärkt in Zweifel gezogen. Eine differenziertere Betrachtung griff Raum und widerlegte die ökonomische Rechtfertigung für einen regulatorischen Eingriff in Bezug auf einzelne Teilbereiche des Telekommunikationssektors. Zugleich veränderte sich die technische Grundlage der Leistungserbringung durch das Zusammenwachsen von Fernmelde- und Computertechnik erheblich. Es erwies sich, dass das Monopolsystem die gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Potentiale des Wirtschaftssektors Telekommunikation nicht ausschöpfen konnte. Die Aktivierung des Wettbewerbs wurde damit auch zu einer wirtschaftspolitischen Forderung.
5. Gleichwohl bestehen bestimmte ökonomische Charakteristika der Telekommunikationsmärkte fort, auf Grund derer die bloße Aufhebung der Legalmonopole nicht genügt, um einen ausreichenden Wettbewerb entstehen zu lassen. Dazu gehören auf Angebotsseite erhebliche Größenvorteile bei der Leistungserbringung sowie hohe versunkenen Kosten, die den Markteintritt von Wettbewerbern erschweren und dem Monopolisten die glaubhafte Androhung eines Verdrängungswettbewerbs ermöglichen. Gleichzeitig existieren auf Nachfrageseite bedeutende Netzwerkexternalitäten, die dazu führen, dass die Attraktivität eines Netzes maßgeblich von seiner Größe abhängt und die Teilnehmer deswegen möglicherweise selbst dann bei einer inferioren Technologie bleiben, wenn ein eigentlich überlegenes Konkurrenzprodukt auf den Markt tritt.
6. Vor diesem ökonomischen Hintergrund diente das im Jahr 1996 erlassene Telekommunikationsgesetz dazu, angesichts einer fortbestehenden vertikalen

Integration des ehemaligen Monopolisten durch die Regulierung unter anderem des Netzzugangs Wettbewerb auf unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen zu schaffen. Dennoch wurden schon bald Forderungen nach einer weiteren Deregulierung erhoben. Mit zunehmendem Wettbewerb würde die regulatorische Unterstützung immer weniger erforderlich und könne abgebaut werden. Zur ökonomischen Begründung wird dabei häufig auf die Theorie bestreitbarer Märkte verwiesen: Bereits die bestehenden Strukturen der Zugangsregulierung seien zu weitgehend, weil schon der potentielle Wettbewerb eine ausreichend disziplinierende Wirkung auf marktmächtige Unternehmen ausübe. Mittelfristig würde der Wettbewerb auch die letzten verbliebenen "Bottlenecks" auflösen und die Regulierung sich auf diese Weise selbst überflüssig machen.

7. Der vor diesem Hintergrund gelegentlich geltend gemachte transitorische Charakter bereits des Telekommunikationsgesetzes von 1996 kann im Gesetz selbst nicht nachgewiesen werden; er folgt insbesondere nicht aus den Evaluations- und Revisionsvorbehalten des Gesetzes, die zuvörderst der Überprüfung des Regelungsgegenstandes auf einen möglichen Anpassungsbedarf durch den Gesetzgeber dienen, dabei aber selbst ergebnisoffen sind.
8. Auch die in Umsetzung dieser Evaluationsaufträge ermittelten empirischen Befunde vor allem der Monopolkommission zur tatsächlichen Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten kommen zu dem Ergebnis, das der dort entstandene Wettbewerb im Wesentlichen nicht selbsttragend, sondern regulierungsbedingt ist. Insbesondere der Konsolidierungsprozess, den der Telekommunikationssektor in den Jahren 2000/2001 durchlief, hat gezeigt, dass die besonders optimistischen Prognosen aus der Anfangszeit der Liberalisierung nicht in vollem Umfang berechtigt waren. Es ist dem vormaligen Monopolisten zunächst gelungen, seine überragende Marktstellung auch auf neue Märkte – etwa demjenigen für breitbandigen Internetzugang – zu übertragen. Die tatsächlichen Deregulierungspotentiale werden demgemäß als gering eingeschätzt.
9. Die den weitergehenden Deregulierungsforderungen zu Grunde liegende Vorstellung der Zugangsregulierung als einer bloßen "Geburtshelferin" des Wettbewerbs wird daher der Komplexität der Regulierungsaufgabe nicht gerecht. Denn diese beschränkt sich nicht auf die Beseitigung der Folgewirkungen eines dysfunktional gewordenen Staatsmonopols. Die Vorstellung einer Wettbewerbsentwicklung entlang einer

linearen Trajektorie vom Staatsmonopol hin zu einem vollständig durch den Wettbewerb disziplinierten Sektor wurde durch die Entwicklungen der Jahre 2000/2001 widerlegt. Tatsächlich kann auch eine Deregulierung dysfunktionale Folgen haben. Ein Regulierungskonzept muss darauf eingerichtet sein, auch diese zu verarbeiten und gegebenenfalls aufzufangen.

10. Die Liberalisierung des Telekommunikationssektors wurde maßgeblich durch die Europäische Gemeinschaft vorangetrieben. Auf Gemeinschaftsebene wurde die Schlüsselstellung des Sektors für die gesamtwirtschaftliche Entwicklung bereits früh erkannt. Der Gemeinschaft kam als einem von den jeweiligen nationalen Monopolssystemen relativ unabhängigen Akteur eine wichtige Rolle bei der Durchsetzung der Reformen zu, die auf nationaler Ebene auf zum Teil erheblichen Widerstand stießen.
11. Besondere Bedeutung erlangte dabei die Kompetenz der Kommission zum Erlass von Richtlinien auf der Grundlage des Art. 90 Abs. 3 EGV a.F. Nachdem der Europäische Gerichtshof die Berechtigung der Kommission bestätigt hatte, auf Grundlage dieser Vorschrift Richtlinien zum Abbau der Ausschließlichkeitsrechte der nationalen Monopolunternehmen zu erlassen, war der Kommission ein effektives Gestaltungsmittel zur wettbewerblichen Öffnung des Sektors in die Hand gegeben. Begleitend erließ der auf diese Weise unter politischen Zugzwang gesetzte Rat Richtlinien zur Ausgestaltung des nach der Aufhebung der Monopolrechte erforderlichen Ordnungsrahmens für die privatwirtschaftliche Tätigkeit im Telekommunikationssektor. Auf diese Weise wurde ein System des offenen Netzzugangs (ONP - Open Network Provision) geschaffen, das für die erste Phase der Liberalisierung bestimmend wurde. Die Vorschriften sahen im Wesentlichen unmittelbar geltende Verpflichtungen für die nach Aufhebung der Legalmonopole weiterhin marktbeherrschenden Unternehmen vor. In ihrer Umsetzung wurde das Telekommunikationsgesetz 1996 erlassen.
12. Dieser Rechtsrahmen der ersten Stunde diente der Schaffung von Wettbewerb in ehemals monopolisierten Märkten und war damit zwangsläufig auf die Veränderung seines eigenen Regelungsgegenstandes ausgerichtet. Das ONP-Regime sah aus diesem Grund bereits bei seinem Erlass eine weitgehende Revision entsprechend der eingetretenen Wettbewerbsentwicklung vor. Vor diesem Hintergrund erfolgte in den Jahren 1998 und 1999 eine umfassende Evaluation der ersten Liberalisierungserfolge

und des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens. Die Ergebnisse dieses Prozesses wurden im "Kommunikationsbericht 1999" zusammengefasst. Dieser legte die grundsätzlichen Ziele und Strukturprinzipien fest, die für die Überarbeitung des gemeinschaftlichen Telekommunikationsrechtsrahmens prägend werden sollten. Die grundlegenden Policy-Entscheidungen hinsichtlich der Neugestaltung des Rechtsrahmens wurden damit zu einer Zeit getroffen, die von erheblich optimistischeren Prognosen hinsichtlich der zukünftigen Wettbewerbsentwicklung geprägt war, als dies aus heutiger Sicht berechtigt erscheint.

13. Der schließlich im April 2002 in Kraft getretene neue Rechtsrahmen gestaltete die Rahmenbedingungen für die wettbewerbliche Leistungserbringung im Telekommunikationssektor grundlegend neu. Er umfasste zunächst vier Richtlinien: eine Rahmenrichtlinie, die das Verfahren der Marktregulierung bestimmt, eine Zugangsrichtlinie, die Vorschriften über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und deren Zusammenschaltung enthält, eine Richtlinie über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie eine Richtlinie über den Universaldienst und die Nutzerrechte. Die Untersuchung beschränkt sich auf die Rahmen- und die Zugangsrichtlinie, da diese Rechtsakte die wesentlichen wettbewerbsrelevanten Bestimmungen insbesondere über die Reichweite der sektorspezifischen Regulierung enthalten.
14. In Reaktion auf die wahrgenommenen Veränderungen des Sektors bekennt sich der neue Rechtsrahmen zu einer Reihe von Strukturprinzipien und Regulierungszielen. Den nationalen Regulierungsbehörden wird aufgegeben, bei den von ihnen zu treffenden Einzelfallentscheidungen auf die Verwirklichung dieser Regulierungsziele hinzuwirken. Dies ist nicht unproblematisch, weil sich zwischen den mannigfaltigen, im neuen Rechtsrahmen normierten, Intentionen des Richtliniengebers vielerlei Zielkonflikte ergeben können, der Rechtsrahmen aber nur unzureichende Vorgaben zur Auflösung dieser Konflikte bereitstellt.
15. Aufgrund ihrer ökonomischen Eigenschaften zeichnen sich die durch Netzwerkstrukturen geprägten Märkte des Telekommunikationssektors durch eine besonders hohe Dynamik aus. So fällt die Veränderung von Marktstrukturen gerade auf jungen Märkten besonders drastisch aus. Darüber hinaus spielen technologische Innovationen auf Märkten der elektronischen Kommunikation eine besonders große Rolle. Neue Märkte können schnell entstehen und vorhandene Markteintrittsbarrieren

gegebenenfalls durch technologische Innovationen abgebaut werden. Schließlich können Externalitäten und positive Rückkopplungseffekte Wettbewerbsvorsprünge potenzieren und so Marktmacht in kurzer Frist perpetuieren.

16. Der neue Rechtsrahmen versucht diese besondere Dynamik durch eine stärkere Flexibilisierung der regulatorischen Vorgaben zu verarbeiten. Die regulatorischen Verpflichtungen einzelner Unternehmen – auch solche zur Zugangsgewährung – ergeben sich nicht mehr unmittelbar aus dem geltenden Recht. Vielmehr ist es Aufgabe der nationalen Regulierungsbehörden, für jeden einzelnen Markt in einem festgelegten Verfahren den spezifischen Regulierungsbedarf zu ermitteln und durch die Auferlegung abstrakter Zugangsverpflichtungen für einzelne Unternehmen zu konkretisieren. Ein solches Konzept der flexiblen marktbezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs erlaubt auch eine differenzierte Rückführung der sektorspezifischen Regulierung auf einzelnen Märkten.
17. Eine solche flexible Bestimmung des Regulierungsbedarfs durch die nationalen Regulierungsbehörden erzeugt jedoch einen Zielkonflikt mit der ausdrücklich erwünschten stärker harmonisierten Anwendung des neuen Rechtsrahmens. Um die Gefahren aufzufangen, die sich für den Binnenmarkt aus divergierenden nationalen Regulierungsentscheidungen ergeben könnten, sieht der neue Rechtsrahmen umfangreiche Konsultations- und Vetorechte für die Kommission vor. Trotz dieser Verfahrensvorkehrungen gefährdet die erhöhte Flexibilität des neuen Rechtsrahmens aber die für die wirtschaftliche Tätigkeit der Unternehmen wesentliche Rechtssicherheit. Ob dies durch entsprechende Deregulierungspotentiale gerechtfertigt ist, bleibt eine offene Frage.
18. Vor dem Hintergrund zunehmender Konvergenz zwischen unterschiedlichen Technologien und Infrastrukturen versucht der neue Rechtsrahmen, eine technologieneutrale Regulierungstechnik zu implementieren. Die vor allem auch technologischen Innovationskräfte des Marktes sollen sich möglichst unbeeinflusst von staatlichen Interventionen entfalten können. Allerdings gelingt es dem Gemeinschaftsgesetzgeber nicht, diesen technologieneutralen Ansatz völlig konsequent durchzuhalten. Dennoch erfolgt tendenziell eine Ausweitung auch der Zugangsregulierung auf sämtliche Kommunikationsinfrastrukturen und bestimmte dazugehörige Einrichtungen.

19. Der Ermittlung des konkreten Regulierungsbedarfs auf einem Markt – und damit auch der Feststellung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierung gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht – dient das in der Rahmenrichtlinie geregelte Marktdefinitionsverfahren. Hier werden diejenigen Märkte festgelegt, die nach dem neuen Rechtsrahmen grundsätzlich für eine Regulierung in Betracht kommen. Die Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden im Marktdefinitionsverfahren werden durch eine Empfehlung der Kommission vorstrukturiert. Die Kommission führt darin diejenigen Märkte auf, die nach ihrer Auffassung grundsätzlich einer Regulierung bedürfen. Die bei der Ermittlung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes im Einzelnen anzuwendenden Kriterien sind durch den Rechtsrahmen allerdings nur unzureichend definiert. Den Erwägungsgründen der Rahmenrichtlinie sowie der Kommissionsempfehlung selbst lassen sich drei Kriterien entnehmen: Ein Markt soll der sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden, wenn dort anhaltende Markteintrittsbarrieren ausgemacht werden können, der Markt auch längerfristig nicht zum wirksamen Wettbewerb tendiert und das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um die festgestellten wettbewerblichen Probleme zu bewältigen.
20. Eines der zentralen Probleme des neuen Rechtsrahmens ist die Abgrenzung der Kompetenzen von Kommission und nationalen Regulierungsbehörden bei der Festlegung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierung. Die diesbezüglichen Regelungen der Rahmenrichtlinie sind das Ergebnis eines Kompromisses zwischen Kommission und Rat und stellen nicht hinreichend deutlich klar, anhand welcher Kriterien die nationalen Regulierungsbehörden die Regulierungsbedürftigkeit von Märkten im Marktdefinitionsverfahren selbst überprüfen können. Eine solche Prüfungskompetenz ist grundsätzlich zu bejahen. Der neue Rechtsrahmen enthält allerdings nur unzureichende materielle Vorgaben für die zu treffende Entscheidung. Dies ist ein wesentlicher Mangel des neuen Regulierungsregimes.
21. Wird ein Markt als grundsätzlich regulierungsbedürftig eingestuft, so ist im Rahmen des Marktanalyseverfahrens zu untersuchen, ob dort wirksamer Wettbewerb herrscht. Der Begriff des wirksamen Wettbewerbs ist nach zutreffender, aber umstrittener Ansicht mit der Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht gleichzusetzen. Der häufig vorgebrachte Einwand, die Existenz beträchtlicher Marktmacht könne keinen besonderen regulatorischen Eingriff rechtfertigen, ist angesichts der im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens vorzunehmenden Prüfung der abstrakten

- Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes unberechtigt, illustriert aber, dass sowohl die Eigenständigkeit dieser Prüfung als auch die anzuwendenden Maßstäbe durch den neuen Rechtsrahmen nicht ausreichend deutlich konturiert sind.
22. Die Verwendung des dem europäischen Kartellrechts entnommenen Kriteriums der beträchtlichen Marktmacht illustriert das Bemühen des Gemeinschaftsgesetzgebers, verstärkten Rückgriff auf die Instrumente und Kategorien des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu nehmen. Ob dies aber – wie gelegentlich geltend gemacht – tatsächlich dazu dient, den Übergang zur alleinigen Anwendung des Wettbewerbsrechts vorzubereiten, ist fraglich.
 23. Das wettbewerbsrechtliche Konzept beträchtlicher Marktmacht stellt höhere Anforderungen als das bisher verwandte originär telekommunikationsrechtliche Konzept der Marktbeherrschung, die ab einer festen Marktanteilsgrenze von 25 % vorliegen sollte. Das Wettbewerbsrecht verlangt insoweit eine umfassendere, auch strukturelle Analyse des Marktes, die durchaus auch den potentiellen Wettbewerb oder dynamische Entwicklungen durch die absehbare Einführung alternativer Technologien berücksichtigen kann. Angesichts der gerade auf Kommunikationsmärkten ausgeprägten und im ersten Teil der Arbeit beschriebenen besonderen Strukturelemente sollten jedoch hohe Anforderungen an die Annahme eines ausreichend disziplinierenden potentiellen Wettbewerbs gestellt werden. Denn die Konsequenzen eines Marktmachtmißbrauchs, dem unter Verweis auf angeblich bestehenden potentiellen Wettbewerb zunächst nicht begegnet wird, können im Nachhinein kaum mehr korrigiert werden.
 24. Der neue Rechtsrahmen wendet sich ausdrücklich dem Phänomen der kollektiven Marktbeherrschung und der Marktmachterstreckung auf Nachbarmärkte zu. Angesichts der Neigung einzelner Telekommunikationsmärkte zu oligopolistischen Strukturen und der zunehmend vertikal ausdifferenzierten Anbieterstrukturen, deren Zusammenarbeit insbesondere im Rahmen der Zugangsregulierung besondere Probleme aufwirft, können diese Vorschriften einen wichtigen Beitrag dazu leisten, die spezifischen Wettbewerbsprobleme auf Kommunikationsmärkten angemessenen zu erfassen. Das von einigen behauptete Potenzial für eine Überregulierung kommt den Vorschriften nicht in signifikantem Maß zu.
 25. Im Interesse einer harmonisierten Anwendung des Rechtsrahmens schafft dieser eine Reihe von institutionellen Foren für Kooperation und Abstimmung zwischen den

einzelnen nationalen Regulierungsbehörden untereinander sowie in ihrem Verhältnis zur Europäischen Kommission. Angesichts der hochrangigen Besetzung dieser Gremien wird so eine zusätzliche Ebene geschaffen, auf der Regulierungsentscheidungen gegenüber Kommission und anderen Mitgliedstaaten verantwortet werden müssen. Bereits dies trägt dazu bei, einen gewissen Druck hin auf die vereinheitlichte Anwendung des Telekommunikationsrechts durch eine koordinierte Praxis aufzubauen.

26. Von größerer Bedeutung sind allerdings die prozeduralen Beteiligungs- und Mitbestimmungsrechte der Kommission. Der neue Rechtsrahmen unterscheidet insoweit zwischen dem Konsultations- und dem Vetoverfahren. Eine Befugnis, die Maßnahmenentwürfe der nationalen Regulierungsbehörden zurückzuweisen kommt der Kommission überall dort zu, wo die nationalen Regulierungsbehörden über Bestand und Reichweite der sektorspezifischen Regulierung entscheiden. Problematisch sind vor allem die potentiellen Verzögerungen, denen der neue Rechtsrahmen allerdings durch umfangreiche Verfahrensvorgaben entgegenzuwirken versucht. Bei einer gesamteuropäischen Betrachtung sind die Mitentscheidungsbefugnisse der Kommission gerechtfertigt. Sie beugen gerade auch vor dem Hintergrund der durch die positive Regulierungstheorie identifizierten Problematiken, insbesondere des *capture*, der Gefahr vor, dass eine nationale Regulierungsbehörde den jeweiligen Ex-Monopolisten zu früh aus der Regulierung entlässt und dem Unternehmen damit auf seinem Heimatmarkt Wettbewerbsvorteile verschafft.
27. Gegenüber den Marktteilnehmern stattet der neue Rechtsrahmen die nationalen Regulierungsbehörden mit einer umfassenden Befugnis zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen aus. Die Behörden werden insoweit auf Antrag eines der betroffenen Unternehmen tätig und können verbindliche Entscheidungen treffen. Für die Marktteilnehmer stellt dies ein bedeutsames Instrument zur Durchsetzung der im neuen Rechtsrahmen vorgesehenen Zugangsansprüche voraus. Bereits das Bestehen eines solchen Mechanismus kann die Erfolgswahrscheinlichkeit einer Verhandlungslösung zwischen Unternehmen erhöhen. Dafür ist aber wesentlich, dass die entsprechenden Verfahren effektiv und zeitnah durchgeführt werden. Nur auf diese Weise kann der Anreiz für ein strategisches Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens abgebaut werden. Die gegenüber den ersten Entwürfen verlängerten Entscheidungsfristen könnten insoweit zu großzügig bemessen sein.

28. Die Zugangsregulierung selbst beschränkt sich nicht mehr allein auf den Zugang zu Telekommunikationsnetzen. Sie erhält einen größeren Anwendungsbereich als bisher und erfasst nun insbesondere auch sogenannte "zugehörige Einrichtungen" wie etwa Zugangsberechtigungssysteme für Rundfunkdienste und elektronische Programmführer. Inhalteanbieter - insbesondere Rundfunkanstalten - sind nicht zugangsberechtigt. Nichtöffentliche Netze unterfallen ebenfalls nicht der Regulierung.
29. Der Vorrang der privatautonomen Aushandlung von Zugangs- und Zusammenschaltungsvereinbarungen ist im neuen Rechtsrahmen weniger deutlich verankert als bisher. Angesichts der eingangs geschilderten ökonomischen Rechtfertigung von regulatorischen Eingriffen gilt auch hier, dass die Erforderlichkeit einer unterstützenden staatlichen Interventionen regelmäßig widerlegt ist, wo sich die Unternehmen – möglicherweise gerade angesichts einer anderenfalls drohenden hoheitlichen Regelung – im Verhandlungswege auf Bedingungen für Zugang oder Zusammenschaltung geeinigt haben.
30. Solche privatautonomen Lösungen haben nicht nur Vorrang vor dem staatlichen Eingriff, sie werden durch den neuen Rechtsrahmen aktiv gefördert. Zu diesem Zweck sieht das Regelwerk eine Reihe von Verhandlungs- und Kontrahierungspflichten vor. Teilweise bestehen diese unabhängig von spezifischen regulatorischen Verpflichtungen, wie etwa die Pflicht zur Verhandlung über die Zusammenschaltung. Teilweise dienen sie aber auch gerade dazu, die auferlegten abstrakten Zugangsverpflichtungen möglichst nahtlos in konkrete Zugangsvereinbarungen mit den jeweils berechtigten Unternehmen umzusetzen.
31. Die Zugangsrichtlinie stellt einen umfangreichen Katalog von Verpflichtungen bereit, die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden können. Die Auswahl der Verpflichtungen im Einzelnen erfolgt vor dem Hintergrund der im Verfahren der Marktdefinition und -analyse festgestellten Wettbewerbsprobleme auf dem betroffenen Markt. Sie sollen sich an den allgemeinen Regulierungszielen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ausrichten.
32. In Bezug auf die eigentlichen Verpflichtungen zur Zugangsgewährung enthält die Zugangsrichtlinie eine umfangreiche Aufstellung von ermessensleitenden Kriterien, die bei Auswahl und Auferlegung der Verpflichtungen zu berücksichtigen sein sollen. Die nationalen Regulierungsbehörden haben hier eine ökonomisch wie technologisch äußerst voraussetzungsvolle Entscheidung zu treffen, bei der ihnen trotz der Vorgaben

- der Zugangsrichtlinie erhebliche ordnungspolitische Entscheidungsspielräume verbleiben. Die gewünschte Flexibilisierung der Regulierung wird so erreicht. Gleichzeitig wird aber eine Unsicherheit in den Markt getragen, die ihrerseits für die weitere Wettbewerbsentwicklung nachteilig sein kann.
33. Im Rahmen einer „marktbegleitenden Regulierung“ sieht die Zugangsrichtlinie weitere Verpflichtungen vor, die den selbstregulativen Abschluss von Zugangs- und Zusammenschlungsvereinbarungen erleichtern und den Spielraum des marktmächtigen Unternehmens für strategisches Verhalten begrenzen sollen. Dazu gehören die Verpflichtungen zur Veröffentlichung bestimmter Informationen im Zusammenhang mit Netzzugang und -zusammenschaltung, sowie – praktisch besonders bedeutsam – die Verpflichtung, ein den auferlegten Zugangsverpflichtungen entsprechendes Standardangebot vorzulegen, welches einen unkomplizierten und schnellen Abschluss von Zugangsvereinbarungen ermöglichen soll.
34. Im Zuge einer Regulierungsstrategie, die auf erhöhte Flexibilität und die möglichst marktnahe Ansiedlung der Regulierungskompetenzen setzt, sieht der neue Rechtsrahmen auch eine regelmäßige Evaluation des Bestandes regulatorischer Verpflichtungen auf einzelnen Märkten vor. Danach ist in regelmäßigen Abständen das Marktanalyseverfahren erneut durchzuführen; die auferlegten Verpflichtungen sind gegebenenfalls anzupassen. Eine solche Evaluation nimmt vorrangig die möglichen Spielräume für einen Rückbau der Regulierung in den Blick. Zugleich ermöglicht es die Flexibilisierung des Rechtsrahmens aber auch, negative Marktentwicklungen gegebenenfalls regulatorisch nachzuvollziehen und abzufedern. Der neue Rechtsrahmen erkennt an, dass etwa aufgrund technologischer Entwicklungen neue und unter Umständen regulierungsbedürftige Engpässe entstehen können. Trotz wiederholter Bekenntnisse zu einer langfristigen Überführung des Sektors unter die alleinige Aufsicht des allgemeinen Wettbewerbsrechts erlaubt die neue Regulierungssystematik also die Anpassung des rechtlichen Rahmens in allen Dimensionen. Sie ist damit grundsätzlich auch geeignet, künftige Vermachtungstendenzen auf den dynamischen Märkten des Sektors aufzufangen.
35. Ein bereits angesprochenes Defizit des Rechtsrahmens ist es, dass die materiellen Vorgaben für die zu treffenden Regulierungsentscheidungen nur in geringem Maße konturiert sind. Dies kann möglicherweise durch die Beteiligung der Kommission an

entscheidenden Stellen des Regulierungsverfahrens zum Teil wieder aufgefangen werden. Eine durch die Intervention der Kommission in jedem Einzelfall erreichte Harmonisierung würde aber durch erhebliche Verfahrensverzögerungen erkaufte. Gleichzeitig fehlt es an einem hinreichenden Maß an Vorhersehbarkeit hinsichtlich der zukünftigen Entwicklung der regulativen Rahmenbedingungen. Verlässlichkeit und gerade zeitliche Effizienz sind aber für die Regulierung auf dynamischen Märkten von entscheidender Bedeutung. Sollte sich erweisen, dass die Zugangsregulierung nach dem neuen Rechtsrahmen diese Anforderungen auf Grund eines vor dem Hintergrund überschätzter Deregulierungsperspektiven entwickelten Konzeptes der Flexibilisierung und der Verlagerung der Entscheidungskompetenzen auf die administrative Ebenen nicht erfüllen kann, so wäre der gewonnene Entscheidungsspielraum und der Zuwachs an Adaptionfähigkeit des regulativen Konzeptes zu teuer erkaufte.

36. Im Zusammenhang mit den eingangs beschriebenen besonderen ökonomischen Charakteristika von Netzen steht schließlich auch die Vorschrift über die Regulierung von Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren. Im Interesse der Nutzbarmachung von positiven Externalitäten können solchen Unternehmen Verpflichtungen zur Gewährleistung des End-zu-End Verbundes auferlegt werden.
37. Zwar bekennt sich der Gemeinschaftsgesetzgeber ausdrücklich zur Perspektive der langfristigen Rückführung der sektorspezifischen Regulierung. In der Systematik des neuen Rechtsrahmens sind aber tatsächlich erhebliche Vorbehalte gegen eine zu schnelle weitere Deregulierung angelegt. Dazu gehört zunächst etwa das Recht der Kommission, gegen die Aufgabe der Regulierung eines bestimmten Marktes ein Veto einzulegen. Der neue Rechtsrahmen ermöglicht außerdem durchaus auch die Regulierung neu entstehender Märkte. Insgesamt verfolgt der neue Rechtsrahmen nicht die von manchen geforderte konsequente Deregulierungsstrategie, sondern sieht ein flexibles Konzept der Anpassung des Regulierungsbedarfs in allen Dimensionen vor. Die Vorstellung einer reinen "Marktöffnungsregulierung" macht sich der Gemeinschaftsgesetzgeber – tatsächlich – nicht zu eigenen.
38. Die maßgeblichen Defizite des neuen Rechtsrahmens folgen daraus, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber dennoch vordergründig am Paradigma der Marktöffnungsregulierung festhält. An den Abbau der Marktmacht des ehemaligen Monopolisten – dem Entstehen von "wirksamem Wettbewerb" – knüpft der neue

Rechtsrahmen explizite Deregulierungsforderungen. Die Voraussetzungen, unter denen einzelne Märkte der sektorspezifischen Regulierung unterworfen werden sollen, werden dagegen nur äußerst unklar herausgearbeitet. Es gelingt dem neuen Rechtsrahmen insoweit nicht, eine kohärente Vorstellung von den ökonomischen Besonderheiten des Telekommunikationssektors und der Aufgabe von Zugangsregulierung zu entwerfen.

39. Angesichts der Tatsache, dass der neue Rechtsrahmen die sektorspezifische Regulierung individueller Märkte unter den Vorbehalt der fehlenden Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts stellt, stellt sich die Frage nach der Leistungsfähigkeit der durch das europäische Wettbewerbsrecht bereitgestellten Instrumente. Im Mittelpunkt der Betrachtung steht dabei die im Zusammenhang mit der Anwendung der Missbrauchsaufsicht des Art. 82 EGV diskutierte Essential-Facilities-Doktrin.
40. Dieses Rechtsinstitut hat seinen Weg aus dem amerikanischen Antitrust-Recht in das europäische Gemeinschaftsrecht gefunden. Bestand und Umfang dieses Rechtsinstituts sind in den USA umstritten. Der US Supreme Court hat sich insoweit jüngst skeptisch geäußert.
41. Die Gewährung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen war auch Gegenstand einiger Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs. Das Gericht hat dabei eine Reihe von restriktiven tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung auf der Grundlage von Art. 82 EGV aufgestellt. Diese begründen nachhaltige Zweifel an der Eignung der „Essential-Facilities-Doktrin“ für die Bewältigung der mit dem Zugang zu Telekommunikationsnetzen verbundenen regulativen Probleme. Dazu gehört ein objektiver Wesentlichkeitsbegriff, nach dem der Zugang zu der in Rede stehenden Einrichtung für jedes Unternehmen, das auf dem abgeleiteten Markt tätig werden möchte, unerlässlich sein muss. Daneben muss die Zugangsverweigerung das Entstehen eines neuen Produkts auf dem abgeleiteten Markt verhindern. Der begehrte Zugang darf nicht lediglich dazu dienen, dass der Zugangsbegehrende mit dem Inhaber der Einrichtung auf dem abgeleiteten Markt in Konkurrenz treten kann. Die durch die Kommunikationsregulierung angestrebte Schaffung von Wettbewerb angesichts eines vertikal integrierten, marktmächtigen Anbieters kann auf diese Weise nicht erreicht werden.

42. Neben der fraglichen tatbestandlichen Eignung der Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EGV bestehen eine Reihe von strukturellen Unterschieden zwischen Wettbewerbsrecht und sektorspezifischer Regulierung, die Zweifel an der Leistungsfähigkeit des allgemeinen Wettbewerbsrechts im hier in Rede stehenden Zusammenhang wecken. Dazu gehört, dass bei der Auferlegung regulativer Verpflichtungen regelmäßig besonders voraussetzungsvolle Maßnahmen getroffen werden müssen, die etwa die Ermittlung schwieriger technischer Sachverhalte oder Kostenrechnungen umfassen. Die Komplexität der Regulierungsaufgabe erfordert einen institutionellen und prozeduralen Rahmen, der die Voraussetzungen für ihre erfolgreiche Bewältigung schafft. Sie beschränkt sich regelmäßig nicht auf punktuelle Eingriffe, sondern erfordert häufig eine fortgesetzte Überwachung gerade auch der technischen Modalitäten der Zugangsgewährung.
43. Auf Grund der beschriebenen dynamischen Tendenzen der betroffenen Märkte ist eine nachträgliche wettbewerbsrechtliche Verhaltenskontrolle oft nicht ausreichend, um wettbewerbliche Fehlentwicklungen aufgrund des Missbrauchs von Marktmacht rechtzeitig zu verhindern. Ein stringent angewandter Regulierungsrahmen kann darüber hinaus aufgrund der gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht höheren Regelungsdichte dazu beitragen, Rechts- und damit Investitionssicherheit für die beteiligten Unternehmen zu schaffen.
44. Eine Wettbewerbsentwicklung, die zu einer zunehmend auch vertikal ausdifferenzierten Marktstruktur führt und das integrale Netz des Monopolisten durch ein "Netzwerk der Netzwerke" ersetzt, stellt voraussichtlich keine geringeren, sondern eher höhere Anforderungen an die Regulierung. Die größere Anzahl betroffener Interessen erzeugt potentiell mehr Konflikte und erfordert eine Integrationsleistung, die im pluralistischen Netzwerk möglicherweise verstärkt durch Regulierung zu erbringen sein wird.
45. Die konzeptionellen Schwächen des neuen Rechtsrahmens gerade in Bezug auf den im Marktdefinitionsverfahren verankerten Mechanismus der Bestimmung der Reichweite der sektorspezifischen Regulierungen wurden auch im Zuge der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben durch die Novelle des Telekommunikationsgesetzes im Jahr 2004 deutlich. Noch im Gesetzgebungsverfahren wurden zentrale Bestandteile des Marktdefinitionsverfahrens neu gefasst. Während der Gesetzentwurf ursprünglich vorsah, die materiellen

Kriterien für die Entscheidung über die sektorspezifische Regulierung eines Marktes im Begriff des "funktionsfähigen Wettbewerbs" zu verdichten, entschied sich der Gesetzgeber zuletzt dazu, die durch die Kommission verwandten drei Kriterien zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes unmittelbar in das Gesetz aufzunehmen.

46. Der deutsche Gesetzgeber arbeitete die Bedeutung dieses Prüfungspunktes im Regulierungsverfahren deutlich klarer heraus als der Gemeinschaftsgesetzgeber. Er räumt der Bundesnetzagentur ein weitgehendes Recht ein, die Regulierungsbedürftigkeit der Märkte anhand der gesetzlichen Kriterien selbst zu überprüfen. Allerdings begründet die Festsetzung eines Marktes in der Kommissionsempfehlung eine Vermutung für dessen Regulierungsbedürftigkeit. Die Anforderungen an die von der Bundesnetzagentur anzustellende Prüfung sind in diesem Fall herabgesetzt: Begründungsbedürftig ist die Abweichung von dieser Vermutung.
47. Insgesamt überträgt der Gesetzgeber der Bundesnetzagentur damit eine äußerst voraussetzungsvolle Entscheidung. Der im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Beurteilungsspielraum der Behörde ist in diesem Zusammenhang von großer Bedeutung, um grundsätzliche Streitigkeiten über wirtschaftspolitische Wertungen zu vermeiden, die einer effektiven Regulierung und der Durchsetzung der für den Wettbewerb wesentlichen Zugangsverpflichtungen im Wege stehen würden. Dieser Beurteilungsspielraum sollte nicht nur bei der gerichtlichen Kontrolle beachtet werden, sondern auch gegenüber dem Bundeskartellamt im Rahmen des gesetzlichen Einvernehmenserfordernisses Geltung beanspruchen. Andererseits ist er analog zu den Grundsätzen der Kontrolle kartellbehördlicher Entscheidungen auf die originär ökonomischen Wertungen zu beschränken. Die ebenfalls im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens vorzunehmende Marktabgrenzung nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle.
48. Im Übrigen gilt auch hier, dass das Telekommunikationsgesetz 2004 nicht alleine einen Zwischenschritt auf dem Weg hin zu einem allein durch das Wettbewerbsrecht regulierten Sektor darstellt. Die Umsetzung des flexiblen Konzepts der marktbezogenen Ermittlung des Regulierungsbedarfs erlaubt auch auf nationaler Ebene eine jeweils sorgfältige und ergebnisoffene Überprüfung der verhältnismäßigen, aber in diesem Rahmen auch erforderlichen regulatorischen

Unterstützung des Wettbewerbs. Der neue Rechtsrahmen eröffnet damit einen Weg, einzelne Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen, ohne das Regulierungsinstrumentarium vollkommen aufzugeben. Im Rahmen der Evaluations- und Revisionsaufträge stehen die Instrumentarien des Telekommunikationsrechts weiterhin bereit, falls sich herausstellen sollte, dass sich die Prognose eines selbsttragenden und ohne regulatorische Unterstützung auskommenden Wettbewerbs im Einzelfall als unzutreffend erwiesen hat.

49. Ob langfristig auf die Instrumente der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung verzichtet werden kann und sich die Vorstellung einer Zugangsregulierung als Marktöffnungsregulierung schließlich doch noch als zutreffend erweist, ist gegenwärtig eine ebenso offene wie – entsprechend dem bekannten Zitat von *John Maynard Keynes* – wenig relevante Frage. Vorläufig jedenfalls gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass eine regulatorische Auffanglinie, die auf die besonderen, gegenüber dem allgemeinen Wettbewerbsrecht feiner ausdifferenzierten und weitergehenden Eingriffsbefugnisse der sektorspezifischen Regulierung zurückzugreifen vermag, in absehbarer Zeit aufgegeben werden kann.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*: Essential Facilities: ein Fall für die Regulierung? Die Grenzen des kartellrechtlichen Anspruchs auf Zugang zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen, Osnabrück 2003 (zitiert: *Ackermann*, Essential Facilities).
- Antonelli, Cristiano*: Increasing returns: Network versus natural monopoly. The case of telecommunications, in: Pogorel, Gérard (Hrsg.): Global Telecommunications Strategies and Technological Changes, Amsterdam London New York Tokyo 1994 (zitiert: *Antonelli*, Network versus natural monopoly).
- Areeda, Phillip E.*: Essential Facilities: An Epiphany in Need of Limiting Principles, in: 58 Antitrust Law Journal [1989], S. 841 ff.
- Attendorp, Thorsten*: Das Streitbeilegungsverfahren nach § 133 TKG, in: MMR 2005, S. 732 ff.
- Attendorp, Thorsten*: Von Gleichheit, Gleichwertigkeit und Chancengleichheit – Eine Skizze des neuen tk-rechtlichen Gleichbehandlungsgebots, in: MMR 2005, S. 353 ff.
- Badura, Annuschka / Schneider, Ralf*: Interconnection – Der Anspruch auf Netzzusammenschaltung in der Praxis, in: RTKom 1999, S. 161 ff.
- Bartosch, Andreas*: Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 13.12.2001 – Rs. C-79/00 (Telefónica de España SA/Administración General del Estado), in: EuZW 2002, S. 152 ff.
- Bartosch, Andreas*: Europäisches Telekommunikationsrecht in den Jahren 2000 und 2001, in: EuZW 2002, S. 389 ff.
- Basedow, Jürgen*: Deregulierung - Ein Muss im Binnenmarkt, in: WD 1991, 370 ff.
- Baumol, William Jack*: Welfare Economics and the Theory of the State, 2. Auflage London 1965 (zitiert: *Baumol*, Welfare Economics).
- Bechtold, Rainer*: Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rechtssache "Magill", in: EuZW 1995, S. 345 ff.
- Bechtold, Rainer*: Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage München 2002.
- Beck, Klaus*: Telefongeschichte als Sozialgeschichte: Die soziale und kulturelle Aneignung des Telefons im Alltag, in: Lange/Beck/Zerdieck (Hrsg.), Telefon und Gesellschaft, S. 45 ff. (zitiert: *Beck*, Telefongeschichte als Sozialgeschichte).
- Beckmerhagen, Axel*: Die essential facilities doctrine im US-amerikanischen und europäischen Kartellrecht, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Beckmerhagen*, Die essential facilities doctrine).
- Beese, Dietrich / Merkt, Jutta*: Europäischen Union zwischen Konvergenz und Regulierung, in: MMR 2000, S. 532 ff.
- Beese, Dietrich / Müller, Ulf*: Marktabgrenzung als Deregulierungsinstrument, in: RTKom 2001, 83 ff.
- Bergeijk, Peter A. G. van / Haffner, Robert C.G.*: Privatization, Deregulation and the Macroeconomy. Measurement, Modelling and Policy, Cheltenham Brookfield 1996 (zitiert: *Bergeijk/Haffner*, Privatization).

- Berger, Ernst-Georg*: Netzbetreiber und Zusammenschaltung im Telekommunikationsrecht – Zum Stand der Diskussion um die Netzbetreiber-Definition im TKG; in: CR 1999, S. 222 ff.
- Berger, Heinz*: Die Grundzüge der Postreform II in der Bundesrepublik Deutschland, in: Heinz Berger (Hrsg.): Wettbewerb und Infrastruktur in Post- und Telekommunikationsmärkten, ZögU, Beiheft 19, 1996, S. 36 ff. (zitiert: *Berger*, Postreform II).
- Blankart, Charles Beat / Knieps, Günter*: Netzökonomik, in: JbNPÖ (1992) Nr. 11, S. 73 ff.
- Bock, Matthias / Völcker, Sven B.*: Regulatorische Rahmenbedingungen für die Zusammenschaltung von TK-Netzen – bisherige Erfahrungen in der Praxis, in: CR 1998, S. 473 ff.
- Boehringer, Peter / Vogelsang, Gregor*: Telekommunikation – eine Branche im Wandel, in: Booz Allen Hamilton (Hrsg.): Telekommunikation in der Welt von morgen. Marktstrategien, Konzepte und Kompetenzen für das 21. Jahrhundert, 3. Auflage Frankfurt am Mai 1997 (zitiert: *Boehringer/Vogelsang*, Telekommunikation – eine Branche im Wandel).
- Bohne, Michael*: Funktionsfähiger Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten (zitiert: *Bohne*, Funktionsfähiger Wettbewerb).
- Bonß, Wolfgang*: Theorientransfer oder Theorientransformation? Zur Praxis sozialwissenschaftlichen Wissens unter den Bedingungen einer verwissenschaftlichten Gesellschaft, in: Günter Bentele / Manfred Rühl (Hrsg.), Theorien öffentlicher Kommunikation. Problemfelder, Positionen, Perspektiven, München 1993, S. 437 ff. (zitiert: *Bonß*, Theorientransfer).
- Börner, Achim-Rüdiger*: Der Netzzugang als grundsätzliches rechtliches Problem – Ein Blick auf die USA, in: DAJV-NL 3/1999, S. 73 ff.
- Börnsen, Arne / Coppik, Jürgen*: Resale als Instrument für eine ausbalancierte Förderung sowohl von Dienste- als auch von Infrastrukturwettbewerb, in: MMR 2004, S. 143 ff.
- Börnsen, Arne / Coppik, Jürgen*: Investitionsanreize für den Ausbau von Telekommunikationsnetzen durch gesetzliche Regulierungsvorgaben, in: TKMR 2003, S. 317 ff.
- Borrmann, Jörg / Finsinger, Jörg*: Markt und Regulierung, München 1999 (zitiert: *Borrmann/Finsinger*, Markt und Regulierung).
- Bosch, Tobias*: Alter Wein in neuen Schläuchen? Dürfen Zusammenschaltungsentgelte nicht marktmächtiger Unternehmen unter dem neuen TKG reguliert werden?, in: CR 2005, S. 208 ff.
- Braun, Jens-Daniel / Capito, Ralf*: The Framework Directive, in: Christian Koenig / Andreas Bartosch, / Jens-Daniel Braun, EC Competition and Telecommunications Law, The Hague London New York 2002, Kap. 7, S. 309 ff. (zitiert: *Braun/Capito*, Framework Directive).
- Breuer, Rüdiger*: Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht, in: NVwZ 2004, 520 ff.
- Büchner, Wolfgang / Ehmer, Jörg / Geppert, Martin / Kerckhoff, Bärbel / Piepenbrock, Hermann-Josef / Schütz, Raimund / Schuster, Fabian* (Hrsg.): Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Auflage München 2000 (zitiert: *BeckTKG-Komm/Bearbeiter*).

- Büllesbach, Alfred / Scherer Joachim*: Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. zum Referentenentwurf des BMWA für ein Telekommunikationsgesetz, CR-Beilage 7/2003.
- Bullinger, Martin*: Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, in: DVBl. 2003, S. 1355 ff.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*: Eckpunkte Telekommunikation für eine Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“ (zitiert: *BMWi*, Eckpunkte Telekommunikation).
- Busch, Berthold*: Regulierung des Post- und Fernmeldewesens, Köln 1987 (zitiert: *Busch*, Regulierung).
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias*: Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –, 2. Auflage, Neuwied, Kriftel 2002 (zitiert: *Calliess/Ruffert-Bearbeiter*).
- Capito, Ralf / Elspaß, Mathias*: Die Auswahl des Betreibers und der neue Rechtsrahmen der Europäischen Gemeinschaft für die Märkte der elektronischen Kommunikation. Call-by-Call und Preselection in einem neuen regulatorischen Umfeld, in: K&R 2003, S. 110 ff.
- Cass, Ronald A. / Hylton, Keith N.*: Preserving Competition: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft, *Geo. Mason L. Rev.* 8 (1999), S. 1 ff.
- Chan, Chen-jung*: Staatliche Regulierung des konkurrentennützigen Netzzugangs im Bereich der Telekommunikation. Ein Beitrag zu verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundlagen und Grenzen staatlicher Wettbewerbsförderung in der Bundesrepublik Deutschland und in Taiwan, Frankfurt am Main u.a. 2001 (zitiert: *Chan*, Staatliche Regulierung).
- Cohen Jehoram, Herman / Mortelmans, Kamiel*: Zur "Magill"-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, in: *GRUR Int.* 1997, S. 11 ff.
- Damjanovic, Dragana*: Regulierung der Kommunikationsmärkte unter Konvergenzbedingungen, Wien New York 2002 (zitiert: *Damjanovic*, Regulierung der Kommunikationsmärkte).
- Danwitz, Thomas von*: Die gerichtliche Kontrolle der Entgeltregulierung im Post- und Telekommunikationsrecht, in: DVBl. 2003, S. 1405 ff.
- Danwitz, Thomas von*: Was ist eigentlich Regulierung?, in: *DÖV* 2004, S. 977 ff.
- Dauses, Manfred A.* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, München 2003 (zitiert: *Dauses-Bearbeiter*).
- David, Paul A.*: The Internet and the Economics of Network Technology Evolution, in: Christoph Engel/ Kenneth H. Keller (Hrsg.): Understanding the Impact of Global Networks on Local Social, Political and Cultural Values, Baden-Baden 2000, S. 39 ff.
- Department of Trade and Industry*, Regulating Communications: approaching convergence in the Information Age, Presented to Parliament by the President of the Board of Trade and the Secretary of State for Culture, Media and Sport by Command of Her Majesty – July 1998, CM4022 (zitiert: *Department of Trade and Industry*, Regulating Communications).

- Deselaers, Wolfgang*: Die „Essential-Facilities“-Doktrin im Lichte des Magill-Urteils des EuGH, in: EuZW 1995, S. 563 ff.
- Doll, Roland / Nigge, Ralf*: Die Prüfung des Regulierungsbedarfs auf TK-Märkten nach dem neuen TKG, in: MMR 2004, S. 519 ff.
- Doll, Roland / Rommel, Wolrad / Wehmeier, Axel*: Der Referentenentwurf für ein neues TKG – Einstieg in den Ausstieg aus der Regulierung?, in: MMR 2003, S. 522 ff.
- Doutrelepon, Carine*: Missbräuchliche Ausübung von Urheberrechten? Bemerkungen zur Magill-Entscheidung des Gerichts Erster Instanz des Europäischen Gerichtshofs, in: GRUR Int. 1994, 302 ff.
- Drexl, Josef*: Intellectual Property and Antitrust Law – IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-to-Deal Cases, in: IIC 2004, S. 788 ff.
- Dreyer, Joachim*: Editorial: Die Novellierung des TKG – Welchen Ansprüchen muss sie Rechnung tragen?, in: TKMR 2002, S. 259 f.
- Duff, Lois*: The Economics of Governments and Markets. New Directions in European Public Policy, London New York 1997 (zitiert: *Duff*, Economics of Governments).
- Dyson, Kenneth*: Die Entwicklung der Telekommunikationspolitik in Westeuropa, in: Edgar Grande / Rainer Kuhlen / Gerhard Lehmsbruch / Heinrich Mäding (Hrsg.), Perspektiven der Telekommunikationspolitik, Opladen 1991, S. 43 ff. (zitiert: *Dyson*, Die Entwicklung der Telekommunikationspolitik in Westeuropa).
- Eiermann, Rudolf*: Die Benutzung der Eisenbahninfrastrukturen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen, in: NJW 1998, 1846 ff.
- Eifert, Martin*: Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 1998 (zitiert: *Eifert*, Grundversorgung).
- Eilers, Tomas*: Verfahrensfragen der Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz: Besteht Novellierungsbedarf? Diskussionsforum, in: Arnold Picot (Hrsg.): Das Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand, Berlin u.a. 2003, S. 130 ff. (zitiert: *Eilers*, Verfahrensfragen).
- Eilmansberger, Thomas*: Der Umgang marktbeherrschender Unternehmen mit Immaterialgüterrechten im Lichte des Art. 86 EWGV, in: EuZW 1992, S. 625 ff.
- Elkettani, Eunike*: Marktabgrenzungs- und Marktanalyseverfahren nach Art. 15, 16 RRL, in: K&R Beilage 1/2004, S. 11 ff.
- Ellinghaus, Ulrich*: Erste Stufe der TKG-Novelle: Umsetzung des TK-Richtlinienpakets durch Zeitablauf, in: CR 2003, S. 657 ff.
- Ellinghaus, Ulrich*: Regulierungsverfahren, gerichtlicher Rechtsschutz und richterliche Kontrolle im neuen TKG, in: MMR 2004, S. 293 ff.
- Ellinghaus, Ulrich*: TKG-Novelle und Europarecht: Probleme mit der Flexibilisierung, in: CR 2004, S. 23 ff.
- Elspaß, Mathias*: Anmerkung zum Schreiben der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 11. März 2005 – SG-Greffe (2005) D/201075, in: N&R 2005, S. 74 ff.
- Emmerich, Volker*: Kartellrecht: ein Studienbuch, 9. Auflage München 2001 (zitiert: *Emmerich*, Kartellrecht).

- Engel, Christoph / Knieps, Günter*: Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen, Baden-Baden 1998 (zitiert: *Engel/Knieps, Zugang zu wesentlichen Leistungen*).
- Eurostrategies / Cullen International*, The possible added value of a European Regulatory Authority for telecommunications, 1999 (zitiert: *Eurostrategies/Cullen International, European Regulatory Authority*).
- Fehling, Michael*: Mitbenutzungsrechte Dritter bei Schienenwegen, Energieversorgungs- und Telekommunikationsleitungen vor dem Hintergrund staatlicher Infrastrukturverantwortung, in: AöR 121, S. 59 ff.
- Feiel, Wolfgang*: Das Konsultationsverfahren zwischen nationaler Regulierungsbehörde und der Europäischen Kommission im Bereich der elektronischen Kommunikation, in: Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, S. 112 ff.
- Finsinger, Jörg*: Wettbewerb und Regulierung, München 1991 (zitiert: *Finsinger, Wettbewerb und Regulierung*).
- Fleischer, Holger / Doege, Nils*: Der Fall United States gegen Microsoft. Zwischenbilanz eines kartellrechtlichen Jahrhundertsverfahren, in: WuW 2000, S. 705 ff.
- Fleischer, Holger / Körber, Torsten*: Marktmacht, Machtmissbrauch und Microsoft, in: K&R 2001, S. 623 ff.
- Fleischer, Holger/Weyer, Hartmut*: Neues zur „essential facilities“-Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht, in: WuW 1999, S. 350 ff.
- Franzius, Claudio*: Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts. Ein neuer Rechtsrahmen für die Informationsgesellschaft, in: EuR 2002, S. 660 ff.
- Frenzel, Eike*: Die Änderungen des Eisenbahnrechts nach der AEG-Novelle 2005 - Zugleich Anschauungsunterricht zur Gesetzgebungspraxis des Bundes, in: NZVe 2006, S. 57 ff.
- Fritsch, Michael / Wein, Thomas / Ewers, Hans-Jürgen*: Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 5. Auflage, München 2003 (zitiert: *Fritsch/Wein/Ewers, Marktversagen*).
- Frotscher, Werner/Kramer, Urs*: Sechs Jahre nach der Bahnreform - Das Allgemeine Eisenbahngesetz auf dem Prüfstand, in: NVwZ 2001, 24 ff.
- Fuchs, Elisa*: Anmerkung zum Urteil des VG Köln vom 21. Dezember 2005 – 21 K 1200/05, in: N&R 2006, S. 78 ff.
- Fuest, Clemens*: Weltweiter Privatisierungstrend in der Telekommunikation, Köln 1992 (zitiert: *Fuest, Privatisierungstrend*).
- Gabelmann, Anne*: Netzzugang in der Telekommunikation, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Gabelmann, Netzzugang*).
- Garbe, Detlef/Lange, Klaus* (Hrsg.): Technikfolgenabschätzung in der Telekommunikation, Berlin u.a. 1991 (zitiert: *Garbe/Lange, Technikfolgenabschätzung in der Telekommunikation*).
- Geiger, Rudolf*: EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Auflage München 2004 (zitiert: *Geiger, EG-Vertrag*).
- Geppert, Martin / Ruhle, Ernst-Olav / Schuster, Fabian*: Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Auflage, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch*).

- Geppert, Martin/Ruhle, Ernst Olaf*: Reziprok oder nicht-reziprok? Entgeltregulierung für Zusammenschaltungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber, in: CR 2004, S. 424 ff.
- Glassen, Helmut / von Hahn, Helmuth / Kersten, Hans-Christian / Rieger, Harald*: Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Auflage Köln 1982/1999 (zitiert: *Bearbeiter* in FK).
- Götting, Horst-Peter*: Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Rechtssache Magill, in: JZ 1996 307 ff.
- Graack, Cornelius*: Telekommunikationswirtschaft in der Europäischen Union, Innovationsdynamik, Regulierungspolitik und Internationalisierungsprozesse, Heidelberg 1997 (zitiert: *Graack*, Telekommunikationswirtschaft).
- Grabitz, Eberhard / Hilf, Meinhard* (Hrsg): Das Recht der Europäischen Union, München 2004, 24. Ergänzungslieferung September 2004 (zitiert: *Grabitz/Hilf-Bearbeiter*).
- Gramlich, Ludwig*: Ende gut, alles gut? - Anmerkungen zum neuen Postgesetz, in: NJW 1998, 866 ff.
- Gramlich, Ludwig*: Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) im Jahr 2004, in: CR 2005, S. 560 ff.
- Groebel, Annegret*: Neuerungen im Bereich der Entgeltregulierung, in: K&R Beilage 1/2004, S. 18 ff.
- Grussmann, Wolf-Dietrich*: Europäische Regulierungsschwerpunkte für den Bereich der elektronischen Kommunikation im Jahr 2003, in: Wirtschaftsrechtliche Blätter 2003, S. 306 ff.
- Gurlit, Elke*: Neuregelungen des Verfahrens- und Prozessrechts im Regierungsentwurf zur Neufassung des TKG, in: K&R Beilage 1/2004, S. 32 ff.
- Haar, Brigitte*: Marktöffnung in der Telekommunikation: zum Verhältnis zwischen Wirtschaftsaufsicht und Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen im US-amerikanischen Recht, im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, Baden-Baden 1995 (zitiert: *Haar*, Marktöffnung in der Telekommunikation).
- Haas, Joachim C.*: "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze. Eine vergleichende institutionenökonomische Analyse von Regulierungsalternativen für den Zugang zu Netzen im Bereich der Telekommunikation, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Haas*, "Essential Facilities Doctrine" und offene Netze).
- Habersack, Mathias*: Die besondere Missbrauchsaufsicht gemäß § 32 PostG – Teil I, in: K&R 2001, 121 ff.
- Habersack, Mathias*: Die besondere Missbrauchsaufsicht gemäß § 32 PostG – Teil II, in: K&R 2001, 177 ff.
- Haucap, Justus / Kruse, Jörn*: Ex-ante-Regulierung oder Ex-Post-Aufsicht für netzgebundene Industrien?, in: WuW 2004, S. 266 ff.
- Haus, Florian C.*: Kommunikationskartellrecht – Ein Rahmen für den Wettbewerb in Kommunikationsmärkten, in: WuW 2004, S. 171 ff.
- Haus, Florian C.*: Zum Verhältnis von Kartellrecht und Regulierungsrecht, Zugleich eine Besprechung des Urteils des US-Supreme Court vom 13. Januar 2004, No. 02/682, Verizon Communications Inc, Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP, in: N&R 2004, S. 143 ff.

- Hayek, Friedrich August von*: Der Sinn des Wettbewerbs, in: ders. (Hrsg.), Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, Erlenbach Zürich 1952, S. 122 ff. (zitiert: *von Hayek, Der Sinn des Wettbewerbs*).
- Hefekäuser, Hans-Willi / Dreier, Christoph*: Der gesetzliche Rahmen für Netzzugang und Netzzusammenschaltungen, in: CR 1997, S. 110 ff.
- Hefekäuser, Hans-Willi*: Telekommunikationsmärkte zwischen Regulierung und Wettbewerb, in: MMR 1999, S. 144 ff.
- Hellwig, Martin*: Die Sicht der Wettbewerbspolitik, in: Arnold Picot (Hrsg.): Das Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand, Berlin Heidelberg New York 2003, S. 19 ff. (zitiert: *Hellwig, Wettbewerbspolitik*).
- Henseler-Unger, Iris*: Regulierung nach dem TKG 2004 – ein Erfolg?!, in: K&R Beihefter 2/2006, S. 3 ff.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung, Tübingen 1998 (zitiert: *Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung*).
- Heun, Sven-Erik*: Das neue Telekommunikationsgesetz 2004, in: CR 2004, S. 893 ff.
- Heun, Sven-Erik*: Der Referentenentwurf zur TKG-Novelle, in: CR 2003, S. 485 ff.
- Heun, Sven-Erik*: Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte in den letzten 20 Jahren, in: CR 2005, S. 725 ff.
- Hoeren, Thomas*: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 29.4.2004, Rs. C-418/01 – IMS Health, in: MMR 2004, S. 459 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Eifert, Martin*: Regelungskonzepte des Telekommunikationsrechts und der Telekommunikationspolitik: Innovativ und innovationsgeeignet?, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.) Innovation und Telekommunikation, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Hoffmann-Riem/Eifert, Regelungskonzepte*).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schulz, Wolfgang / Held, Thorsten*: Konvergenz und Regulierung. Optionen für rechtliche Regelungen und Aufsichtsstrukturen im Bereich Information, Kommunikation und Medien, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Hoffmann-Riem/Schulz/Held, Konvergenz und Regulierung*).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Vesting, Thomas*: Ende der Massenkommunikation?, in: dies. (Hrsg.), Perspektiven der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 1995, S. 11 ff. (zitiert: *Hoffmann-Riem/Vesting, Ende der Massenkommunikation?*).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang / Wieddekind, Dirk*: Frequenzplanung auf der Suche nach Planungsrecht, in: Wilfried Erbguth / Janbernd Oebbecke / Hans-Werner Rengeling / Martin Schulte (Hrsg.): Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000 (zitiert: *Hoffmann-Riem/Wieddekind, Frequenzplanung*).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Die Bedeutung der Medienforschung für das Medienrecht, in: Uwe Hasebrink / Christiane Matzen (Hrsg.), Forschungsgegenstand öffentliche Kommunikation. Funktionen, Aufgaben und Strukturen der Medienforschung, Baden-Baden 2001, S. 15 ff. (zitiert: *Hoffmann-Riem, Medienforschung*).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community, in: Die Verwaltung, Beiheft 2, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Werkstattgespräch aus Anlass des 60. Geburtstags von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann, 1999, S. 83 ff. (zitiert: *Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht*).

- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Telekommunikationsrecht als europäisches Verwaltungsrecht, in: DVBl. 1999, S. 125 ff.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft – Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.): Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 9 ff. (zitiert: *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft).
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Zur Verwendungstauglichkeit der Sozialwissenschaften für die Juristenausbildung, in: Heinz Giehring / Fritz Haag / Wolfgang Hoffmann-Riem / Claus Ott (Hrsg.): Juristenausbildung – erneut überdacht, Baden-Baden 1990, S. 75 ff. (zitiert: *Hoffmann-Riem*, Verwendungstauglichkeit).
- Hohmann, Holger*: Die essential facility doctrine im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Eine Untersuchung der allgemeinen Zugangsregelungen zu Netzen und anderen Infrastruktureinrichtungen gem. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung US-amerikanischer, europäischer und sektorspezifischer Erfahrungen, Baden Baden 2001 (zitiert: *Hohmann*, Die essential facilities doctrine).
- Höhn, Christine*: Kollektive Marktbeherrschung vor und nach der Airtours-Entscheidung des EuG, in: RIW 2003, S. 63 ff.
- Holthoff-Frank, Klaus*: Abgrenzung von TKG, GWB und Art. 82 EG im Telekommunikationssektor – ein weiterer Ansatz, in: K&R Beihefter 2/2006, S. 14 ff.
- Holthoff-Frank, Klaus*: Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten – Das zweite Sondergutachten der Monopolkommission, in: MMR 2002, S. 294 ff.
- Holzhäuser, Michael*: Besonderer Netzzugang: Das Verhältnis von § 33 und § 35 TKG, in: MMR 2000, S. 466 ff.
- Holzhäuser, Michael*: Essential Facilities in der Telekommunikation. Der Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen im Spannungsfeld zwischen Sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht, München 2001 (zitiert: *Holzhäuser*, Essential Facilities).
- Holznagel, Bernd / Eneaux, Christoph / Nienhaus, Christian*: Grundzüge des Telekommunikationsrechts, Rahmenbedingungen, Regulierungsfragen, Internationaler Vergleich, München 2001 (zitiert: *Holznagel/Eneaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht).
- Holznagel, Bernd / Hombergs, Anne*: Bitstromzugang im Lichte des Referentenentwurfs des TKG, in: MMR Beilage 10/2003, S. 9 ff.
- Holznagel, Bernd / Hombergs, Anne*: Das Prinzip nachrangigere Regulierung auf den Endnutzermärkten, in: K&R 2003, S. 322 ff.
- Holznagel, Bernd / Hombergs, Anne*: Das SMP-Regulierungsverfahren in der Review 2006, Nachbesserungs- und Reformbedarf, in: MMR 2006, S. 285 ff.
- Holznagel, Bernd / Schulz, Christian / Werthmann, Christoph / Grünhoff, Simone*: Gerichtliche Kontrolle im Lichte der Novellierung des TKG, Vorschläge zur Beschleunigung der gerichtlichen Verfahren, Münster 2003 (zitiert: *Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff*, Gerichtliche Kontrolle).
- Holznagel, Bernd / Schulz, Christian*: Außergerichtliche Streitbeilegung im TK-Recht, in: CR 2003, S. 567 ff.

- Holznapel, Bernd / Hombergs, Anne / Rosengarten, Volker*: Die Zulässigkeit von Optionstarifen nach dem neuen TKG, in: K&R 2004, S. 505 ff.
- Holznapel, Bernd*: Europäische Regulierungsvorhaben und deutsches Verwaltungsrecht, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 5 ff. (zitiert: *Holznapel*, Europäische Regulierungsvorhaben).
- Holznapel, Bernd*: Konvergenz der Medien – Herausforderung an das Recht, in: NJW 2002, S. 2351 ff.
- Holznapel, Bernd*: Rechtsprobleme der Konvergenz von Rundfunk und Telekommunikation, MMR Beilage 9/1998, S. 12 ff.
- Holznapel, Bernd*: Rechtsschutz und TK-Regulierung im Referentenentwurf zum TKG. Neue Ansätze für eine Verfahrensbeschleunigung, in: MMR 2003, S. 513 ff.
- Höppner, Thomas*: Die Pflicht interne Produktionsmittel zu vermarkten – zugleich eine Anmerkung zum EuGH-Urteil IMS –, in: EuZW 2004, S. 748 ff.
- Huber, Andrea / Mayerhofen, Martina von*: “Review 1999” der EU-Kommission, Beibehaltung des status quo oder echte Reform des europäischen Regelwerks für den TK-Sektor?, in: MMR 1999, S. 593 ff.
- Huppertz, Christiane*: Die SMP-Konzeption. Europarechtliche Vorgaben für die asymmetrische Regulierung im Kommunikationssektor, Frankfurt am Main 2003 (zitiert: *Huppertz*, Die SMP-Konzeption).
- Husch, Gertrud / Kemmler, Anne / Ohlenburg, Anna*: Die Umsetzung des EU-Rechtsrahmens für die elektronische Kommunikation: Ein erster Überblick, in: MMR 2003, S. 139 ff.
- Immenga, Ulrich / Kirchner, Christian / Knieps, Günter / Kruse, Jörn*: Telekommunikation im Wettbewerb. Eine ordnungspolitische Konzeption nach erfolgreicher Marktöffnung, München 2001 (zitiert: *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb).
- Immenga, Ulrich / Kirchner, Christian*: Zur Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts, Die Umsetzung des „Neuen Rechtsrahmens“ für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste der Europäischen Union in deutsches Recht, in: TKMR 2002, S. 340 ff.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim*: EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, München 1997-2001 (zitiert: *Bearbeiter* in *Immenga/Mestmäcker EG-WbR*).
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim*: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Auflage München 2001 (zitiert: *Immenga/Mestmäcker-Bearbeiter*).
- Immenga, Ulrich*: Europäisierung des Telekommunikationsrechts: Eine neue Dimension, in: EuZW 2002, S. 673.
- Immenga, Ulrich*: Grenzen der Regulierung von Endkundenentgelten nach Öffnung der Telekommunikationsmärkte, in: WuW 1999, S. 949.
- Immenga, Ulrich*: Telekommunikationsrechtliche Verfahren und gerichtliche Kontrolle, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S.18 ff. (zitiert: *Immenga*, Telekommunikationsrechtliche Verfahren).

- Jacobi, Phillip*: Third-Party-Access im Europäischen Wettbewerbsrecht. Artikel 82 EG-Vertrag als Grundlage eines Zugangsanspruchs Dritter zu fremden Infrastruktureinrichtungen, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Jacobi*, Third-Party-Access).
- Jaestedt, Thomas*: Anmerkung zum Urteil in der Sache Magill (Radio Telefis Eireann und Independent Television Publications gegen Kommission), in: WuW 1995, S. 483 ff.
- Jäger, Bernd*: „Postreform I und II“. Die gradualistische Telekommunikationspolitik in Deutschland im Lichte der Positiven Theorie staatlicher Regulierung und Deregulierung, Köln 1994 (zitiert: *Jäger*, Postreform).
- Janisch, Hudson N.*: The North American Telecommunications Industry. From Monopoly to Competition, in: Kenneth Button / Dennis Swann, The Age of Regulatory Reform, Oxford 1989, S. 300 (zitiert: *Janisch*, Telecommunications Industry).
- Jochum, Heike*: Steht die Zugangsregulierung im Ermessen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post?, in: MMR 2005, S. 161 ff.
- Kantzenbach, Erhard / Kottmann, Elke / Krüger, Reinald*: Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996 (zitiert: *Kantzenbach/Kottmann/Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung).
- Kantzenbach, Erhard / Kruse, Jörn*: Kollektive Marktbeherrschung, Göttingen 1989 (zitiert: *Kantzenbach/Kruse*, Kollektive Marktbeherrschung).
- Kardasiadou, Zoi*: Mitteilung der EU-Kommission: Die Reform des Rechtsrahmens für den TK-Sektor, RTkom 1999, S. 168 ff.
- Katz, Michael L. / Shapiro, Carl*: Network Externalities, Competition, and Compatibility, in: American Economic Review 1985, 75:3, S. 424 ff.
- Katzschmann, Tobias*: Die Änderungen am neuen TKG durch den Vermittlungsausschuss, in: IR 2004, S. 176 ff.
- Kaufmann, Donatus*: Rechtsanspruch auf Zugang zu Mehrwertdiensten im Rahmen einer Netzzusammenschaltung mit dem marktbeherrschenden Netzbetreiber, in: CR 1998, 728 ff.
- Kazemi, Robert*: Neuer Referentenentwurf zum TKG, in: MMR 3/2006, S. VII f.
- Kirchner, Christian*: Europäische Regulierung der Telekommunikationsmärkte – Gemeinschaftsrechtliche Regulierung von elektronischen Kommunikationsnetzen und Diensten, in: Ulrich Immenga / Christian Kirchner / Günter Knieps / Jörn Kruse (Hrsg.), Telekommunikation im Wettbewerb, München 2001, S. 129 ff. (zitiert: *Kirchner*, Europäische Regulierung).
- Kirchner, Christian*: Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Konzept der dynamischen Regulierung der Telekommunikationsmärkte, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 38 ff. (zitiert: *Kirchner*, Dynamische Regulierung).
- Klaue, Siegfried*: Zur Rezeption der amerikanischen „Essential-Facility-Doktrin“ in das europäische und deutsche Kartellrecht, RdE 1996, S. 51 ff.
- Klein, Kornelius / Binder, Claus*: Zusammenschaltungsanordnung und Entgeltregulierung, in: MMR 2001, S. 569 ff.

- Klimisch, Annette / Lange, Markus*: Zugang zu Netzen und anderen wesentlichen Einrichtungen als Bestandteil der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, in: WuW 1998, S. 15 ff.
- Klodt, Henning / Laaser, Claus-Friedrich / Lorz, Jens Oliver / Maurer, Rainer*: Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation, Tübingen 1995 (zitiert: *Klodt/Laaser/Lorz/Maurer*, Wettbewerb und Regulierung).
- Klodt, Henning*: Das Telekommunikationsgesetz vor der Novellierung, in: Die Weltwirtschaft 2003, S. 196 ff.
- Klodt, Henning*: Transitorische oder persistente Regulierung der Telekommunikation?, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 3 f. (zitiert: *Klodt*, Transitorische Regulierung).
- Klotz, Robert*: Der Referentenentwurf zum TKG im Licht der europarechtlichen Vorgaben, in: MMR 2003, S. 495 ff.
- Klotz, Robert*: Die neuen EU-Richtlinien über elektronische Kommunikation: Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Kartellrecht, in: K&R Beilage 1/2003, S. 3 ff.
- Klotz, Robert*: Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex ante Regulierung noch?, in: ZWeR 2003, S. 283 ff.
- Knauth, Peter / Krüger, Frank*: Grundlegende Neuerungen des TKG-Regierungsentwurfs, in: K&R Beilage 1/2004, S. 3 ff.
- Knauth, Peter*: Regulierungsschwerpunkte und offene Fragen bei der Umsetzung der Telekommunikationsrichtlinien. Die Eckpunkte der Bundesregierung zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: K&R Beilage 1/2003, S. 24 ff.
- Knieps, Günter*: „Review 1999“ der EU-Kommission. IC-Regulierungsreform aus netzökonomischer Sicht, in: MMR 1999, S. 460 ff.
- Knieps, Günter*: Bottleneck-Regulierung in Telekommunikationsnetzen, in: Ulrich Immenga / Christian Kirchner / Günter Knieps / Jörn Kruse (Hrsg.), Telekommunikation im Wettbewerb, München 2001, S. 101 ff. (zitiert: *Knieps*, Bottleneck-Regulierung).
- Knieps, Günter*: Der disaggregierte Regulierungsansatz der Netzökonomie, in: Günter Knieps / Gert Brunekreeft (Hrsg.): Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland, Heidelberg 2000, S. 9 ff. (zitiert: *Knieps*, disaggregierter Regulierungsansatz).
- Knieps, Günter*: Netzspezifische Marktmacht: Lokalisierung monopolistischer Bottlenecks, in: Ulrich Immenga / Christian Kirchner / Günter Knieps / Jörn Kruse (Hrsg.), Telekommunikation im Wettbewerb, München 2001, S. 89 ff. (zitiert: *Knieps*, Netzspezifische Marktmacht).
- Knieps, Günter*: Netzzugang für Dritte: Eine Herausforderung an die moderne Wettbewerbspolitik, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.): Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht, Baden-Baden, 1999, S. 29 ff. (zitiert: *Knieps*, Netzzugang).
- Knieps, Günter*: Phasing out Sector-Specific Regulation in Competitive Telecommunications, in: KYKLOS, Vol. 50 – 1997, S. 325 ff.
- Knieps, Günter*: Preisregulierung auf liberalisierten Telekommunikationsmärkten, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 32 ff. (zitiert: *Knieps*, Preisregulierung).

- Knieps, Günter*: Rückführung sektorspezifischer Regulierung auf dem deutschen TK-Markt. Die verpasste Chance des Sondergutachtens der Monopolkommission, in: MMR 2000, S. 266 ff.
- Knieps, Günter*: Theorie der Regulierung und Entregulierung, in: Manfred Horn / Günter Knieps / Jürgen Müller (Hrsg.), Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlussfolgerungen für die Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1988, S. 39 ff. (zitiert: *Knieps*, Regulierung und Deregulierung).
- Knieps, Günter / von Weizsäcker, Carl Christian*: Telekommunikation, in: Peter Oberender (Hrsg.): Marktökonomie. Marktstruktur und Wettbewerb in ausgewählten Branchen der Bundesrepublik Deutschland, München 1989, S. 453 ff. (zitiert: *Knieps/von Weizsäcker*, Telekommunikation).
- Knieps, Günter*: Zugang zu Netzen – Verselbständigung, Nutzung, Vergütung, Eigentumsschutz; in: MMR 1998, S. 275 ff.
- Koenig, Christian / Bartosch, Andreas / Braun, Jens-Daniel* (Hrsg.): EC Competition and Telecommunications Law, The Hague London New York 2002 (zitiert: *Koenig/Bartosch/Braun*, EC Telecommunications Law).
- Koenig, Christian / Braun, Jens-Daniel*: Defizite des deutschen Telekommunikationsrechts mit Blick auf die Internet-Märkte und Abhilfemöglichkeiten, K&R Beilage 2/2002, S. 1 ff.
- Koenig, Christian / Koch, Alexander*: Die Resale-Verpflichtung von Mobilfunknetzbetreibern nach dem neuen gemeinschaftlichen TK-Rechtsrahmen, in: MMR 2002, S. 439 ff.
- Koenig, Christian / Kühlig, Jürgen / Braun, Jens-Daniel*: Die Interdependenz von Märkten in der Telekommunikation (Teil II) in: CR 2001, 825 ff.
- Koenig, Christian / Kühlig, Jürgen / ifo Institut*: Liberalisierung der Telekommunikationsordnungen: ein Rechtsvergleich (zitiert: *Koenig/Kühlig*, Telekommunikationsordnungen).
- Koenig, Christian / Kühling, Jürgen / Braun, Jens-Daniel*: Die Interdependenz von Märkten in der Telekommunikation (Teil I), in: CR 2001, S. 745 ff.
- Koenig, Christian / Kühling, Jürgen*: Funktionsfähiger Wettbewerb und Regulierungsperspektiven auf den Telekommunikationsmärkten. Eine Kritik am Sondergutachten der Monopolkommission, in: WuW 2000, S. 596 ff.
- Koenig, Christian / Kühling, Jürgen*: Reformansätze des deutschen Telekommunikationsrechts in rechtsvergleichender Perspektive, in: MMR 2001, S. 80 ff.
- Koenig, Christian / Loetz, Sascha / Neumann, Andreas*: Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes. Eine Untersuchung zu den Umsetzungsspielräumen des EG-Richtlinienpakets auf dem Gebiet der Telekommunikation und ihrer verfassungsrechtlichen Begrenzung sowie zur Optimierung der Verwaltungs- und Rechtsbehelfsverfahren, Münster 2003 (zitiert: *Koenig/Loetz/Neumann*, Novellierung).
- Koenig, Christian / Loetz, Sascha / Neumann, Andreas*: Sektorspezifische Regulierung im neuen Telekommunikationsrecht – Umsetzungsspielräume, verfassungsrechtliche Vorgaben und Verfahrensgestaltung, in: K&R Beilage 2/2003.
- Koenig, Christian / Loetz, Sascha*: Bedeutung der Essential facilities-Doktrin für den Zugang zu Netzinfrastrukturen im europäischen Telekommunikationsrecht, in: EWS 2000, S. 377 ff.

- Koenig, Christian / Loetz, Sascha*: Framework for Network Access and Interconnection, in: Christian Koenig / Andreas Bartosch / Jens-Daniel Braun (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, The Hague London New York 2002, Kap. 8, S. 359 ff. (zitiert: *Koenig/Loetz*, Network Access).
- Koenig, Christian / Loetz, Sascha*: Infrastruktur- und Dienstewettbewerb im EG-Telekommunikationsrecht, in: TKMR 2004, S. 132 ff.
- Koenig, Christian / Loetz, Sascha*: Rechtsnatur und Inhalt der Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG, in: K&R 1999, S. 298 ff.
- Koenig, Christian / Neumann, Andreas*: Legitimation durch Regulierungsverfahren? Erste praktische Erfahrungen mit der neuen Marktregulierung, in: CR 2005, S. 487 ff.
- Koenig, Christian / Neumann, Andreas / Senger, Marion*: Gesetzliche Ausgestaltung des regulierungsbehördlichen Ermessens im Telekommunikationsrecht, in: MMR 2006, 365 ff.
- Koenig, Christian / Vogelsang, Ingo / Kühling, Jürgen / Loetz, Sascha / Neumann, Andreas*: Funktionsfähiger Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten. Ökonomische und juristische Perspektiven zum Umfang der Regulierung, Heidelberg 2002 (zitiert: *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb).
- Koenig, Christian / Vogelsang, Ingo / Kühling, Jürgen / Loetz, Sascha / Neumann, Andreas*: Der Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs im deutschen Telekommunikationsrecht, in: K&R 2003, S. 8 ff.
- Koenig, Christian / Winkler, Kay E.*: Die Regulierung alternativer Festnetzbetreiber im neuen TKG, in: MMR 2004, S. 783 ff.
- Koenig, Christian / Winkler, Kay E.*: Die (Ultima) Ratio der Regulierung des Endnutzermarktes – Das Verhältnis von Vorleistungs- und Endnutzermarktregulierung nach dem neuen Kommunikationsrechtsrahmen –, in: TKMR 2003, S. 171 ff.
- Koenig, Christian*: Ausgestaltung von Resale im neuen TKG – ohne Staatshaftungsrisiko!, in: MMR 2004, 139 ff.
- Koenig, Christian*: Die Beurteilung der Marktmacht vertikal integrierter Unternehmen auf dem Telekommunikationssektor (Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie), in: K&R Beilage 1/2003, S. 19 ff.
- Koenig, Christian*: Zu guter Letzt... geht es um das Diskriminierungspotential vertikal integrierter Netzbetreiber, in: N&R 2006, S. 88.
- Körber, Torsten*: Geistiges Eigentum, essential facilities und „Innovationsmissbrauch“. Überlegungen zum Microsoft-Fall im Lichte der EuGH-Entscheidung IMS Health GmbH, in: RIW 2004, S. 881 ff.
- KPMG*, Public Issues Arising from Telecommunications and Audiovisual Convergence, 1996.
- Krakowski, Michael*: Theoretische Grundlagen der Regulierung, in: ders. (Hrsg.) Regulierung in der Bundesrepublik Deutschland. Die Ausnahmebereiche des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Hamburg 1988, S. 19 ff. (zitiert: *Krakowski*, Grundlagen der Regulierung).
- Kramer, Urs*: Die aktuelle Entwicklung des deutschen Eisenbahnrechts - Auf dem Weg zu einem perfekt regulierten Markt?, in: NVwZ 2006, S. 26 ff.
- Krautscheid, Andreas*: Rechtspolitische Vorschläge zur Novellierung der TKG-Verfahrensfragen, in: MMR Beilage 12/2002, S. 30 ff.

- Krüger, Reinald*: Kollektive Marktbeherrschung und Neue Industrieökonomik, in: Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik; Festschrift für Erhard Kantzenbach, 1996, S. 135 ff. (zitiert: *Krüger*, Kollektive Marktbeherrschung).
- Krüger, Reinald*: Marktabgrenzung im Telekommunikationssektor und die Definition von beträchtlicher Marktmacht (SMP), in: K&R Beilage 1/2003, S. 9 ff.
- Kruse, Jörn / Haucap, Justus*: Zuviel Wettbewerb in der Telekommunikation? Anmerkungen zum zweiten Sondergutachten der Monopolkommission, Diskussionsbeiträge zur Wirtschaftspolitik Nr. 112, Hamburg 2002 (zitiert: *Kruse/Haucap*, Wettbewerb in der Telekommunikation).
- Kruse, Jörn*, Regulierungsbedarf in der deutschen Telekommunikation?, in: Ulrich Immenga / Christian Kirchner / Günter Knieps / Jörn Kruse (Hrsg.), Telekommunikation im Wettbewerb, München 2001, S. 73 ff. (zitiert: *Kruse*, Regulierungsbedarf).
- Kruse, Jörn*: Entgeltregulierung bei Fern- und Auslandsverbindungen?, in: Ulrich Immenga / Christian Kirchner / Günter Knieps / Jörn Kruse (Hrsg.), Telekommunikation im Wettbewerb, München 2001, S. 111 ff. (zitiert: *Kruse*, Entgeltregulierung).
- Kruse, Jörn*: Müssen Telefongespräche reguliert werden? Anmerkungen zum Sondergutachten der Monopolkommission, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Jg. 70 (2000), S. 765 ff. (zitiert: *Kruse*, Telefongespräche).
- Kruse, Jörn*: Ökonomie der Monopolregulierung, Göttingen 1985 (zitiert: *Kruse*, Monopolregulierung).
- Kruse, Jörn*: Ordnungstheoretische Grundlagen der Deregulierung, in: H. St. Seidenfus (Hrsg.), Deregulierung – eine Herausforderung an die Wirtschafts – und Sozialpolitik in der Marktwirtschaft, Berlin 1989, S. 9 ff. (zitiert: *Kruse*, Ordnungstheoretische Grundlagen 1989).
- Kruse, Jörn*: Wettbewerb oder Regulierung in der mobilen Telekommunikation?, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 8 ff. (zitiert: *Kruse*, Wettbewerb oder Regulierung).
- Kühling, Jürgen*: § 9a TKG-E: Innovationsschutz durch Regulierungsverzicht oder Steigerung der Regulierungskomplexität?, in: K&R 2006, S. 263 ff.
- Kühling, Jürgen*: Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, Typologie, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Wirtschaftsverfassungsrecht, München 2004 (zitiert: *Kühling*, Netzwirtschaften)
- Kühling, Jürgen / Ernert, Alexander*: Das neue Eisenbahnwirtschaftsrecht - Hochgeschwindigkeitstrasse für den Wettbewerb?, in: NVwZ 2006, S. 33 ff.
- Kühne, Gunther / Brodowski, Christian*: Das neue Energiewirtschaftsrecht nach der Reform 2005, in: NVwZ 2005, S. 849 ff.
- Kühne, Gunther / Brodowski, Christian*: Die Reform des Energiewirtschaftsrechts nach der Novelle 2003, in: NVwZ 2003, S. 769 ff.
- Kurth, Matthias*: Rolle und Funktion des Resale für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, in: MMR 2001, S. 653 ff.
- Ladeur, Karl Heinz*: Europäisches Telekommunikationsrecht im Jahre 2001, in: K&R 2002, S. 110 ff.;
- Ladeur, Karl-Heinz*, Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2005, in: K&R 2006, S. 197 ff.

- Ladeur, Karl-Heinz*, Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2004, in: K&R 2005, S. 198 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2003, in: K&R 2004, S. 153 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Das Europäische Telekommunikationsrecht im Jahre 2002, in: K&R 2003, S. 153 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Drittschutz des Entgeltregulierungsverfahrens nach §§ 23 ff. TKG?, in: CR 2000, S. 433 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Die Regulierung von Multi-Media als Herausforderung des Rechts, Zur rechtlichen Ordnung komplexer Märkte, in: AfP 1997, S. 598 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Die Regulierung von Telekommunikation und Medien im Zeitalter ihrer Konvergenz, Das Beispiel des Universal Mobile Telecommunications System (UMTS), in: RTkom 1999, S. 68 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Innovation der Telekommunikation durch Regulierung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.): Innovation und Telekommunikation, Baden-Baden 2000, S. 57 ff. (zitiert: *Ladeur*, Innovation der Telekommunikation).
- Ladeur, Karl-Heinz*: Rechtliche Regulierung von Informationstechnologien und Standardsetzung, Das Beispiel der Set-Top-Box im digitalen Fernsehen, in: CR 1999, S. 395 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Rechtsprobleme der Regulierung der Entgelte, der Paketbündelung und der Vertragsgestaltung im digitalen Kabelfernsehen, in: ZUM 2005, S. 1 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Regulierung des Information Superhighway, in: CR 1996, S. 614 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Regulierung nach dem TKG, Genehmigung von AGB über Entgelte für Dienstleistungen marktbeherrschender TK-Unternehmen: Verfahren, materiellrechtliche Anforderungen und Kontrolle, in: K&R 1998, S. 479 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz / Möllers, Christoph*: Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, in: DVBl. 2005, S. 525 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Zur Abgrenzung von Telekommunikations- und Medienrecht bei der Regelung von Pay-TV, in: ArchPT 1997, S. 193 ff.
- Lange, Ulrich / Beck, Klaus / Zerdieck, Axel* (Hrsg.): Telefon und Gesellschaft, Bd. 1: Beiträge zu einer Soziologie der Telefonkommunikation, Berlin 1989 (zitiert: *Lange/Beck/Zerdieck*, Telefon und Gesellschaft).
- Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef* (Hrsg.): Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Auflage, Neuwied Kriftel Berlin 2001 (zitiert: *Langen/Bunte-Bearbeiter*).
- Larouche, Pierre*: A closer look at some assumptions underlying EC regulation of electronic communications, in: Journal of Network Industries Vol. 3 [2002], S. 129 ff.
- Larouche, Pierre*: Competition Law and Regulation in European Telecommunications, Oxford 2000 (zitiert: *Larouche*, Competition Law and Regulation).
- Lehmbruch, Gerhard*: Telekommunikation: Ein Politikfeld im Wandel, in: Edgar Grande / Rainer Kuhlen / Gerhard Lehmbruch / Heinrich Mäding (Hrsg.), Perspektiven der Telekommunikationspolitik, Opladen 1991, S. 10 ff. (zitiert: *Lehmbruch*, Telekommunikation: Ein Politikfeld im Wandel).

- Liebowitz, S. J. / Margolis, Stephen E.*: Network Externality: An Uncommon Tragedy, in: Journal of Economic Perspectives 8 [1994] S. 133 ff.
- Loetz, Sascha / Neumann, Andreas*: The Scope of Sector-specific Regulation in the European Regulatory Framework for Electronic Communications, in: German Law Journal Vol. 04 [2003], S. 1307 ff.
- Lubitz, Markus*: Lizenzverweigerung und Missbrauch nach Art. 82 EG, in: K&R 2004, S. 469 ff.
- Lukes, Rudolf*: Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Helmut Coing / Heinrich Kronstein / Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, Karlsruhe 1965, S. 199 ff. (zitiert: *Lukes*, Zum Verständnis des Wettbewerbs).
- Lust, Phillip*: Die Essential-Facilities-Doktrin im Telekommunikationsrecht, Wien 2001 (zitiert: *Lust*, Die Essential-Facilities-Doktrin).
- Mailänder, Peter K.*: Schranken für das Vertragsdiktat zu Lasten der Träger wesentlicher Einrichtungen; in: Jörn Kruse / Kurt Stockmann / Lothar Vollmer (Hrsg.), Festschrift für Ingo Schmidt – Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen, Baden-Baden 1997, S. 271 ff. (zitiert: *Mailänder*, Schranken für das Vertragsdiktat).
- Mansell, Robin*: New Telecommunications: Political Economy of Network Evolution, London Thousand Oaks New Delhi 1993 (zitiert: *Mansell*, New Telecommunications).
- Markert, Kurt*: Die Anwendung des US-amerikanischen Monopolisierungsverbots auf Verweigerungen des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“, in: Ulrich Immenga (Hrsg.): Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, 1996, S. 661 ff. (zitiert: *Markert*, Monopolisierungsverbot).
- Martenczuk, Bernd / Thomaschki, Kathrin*: Der Zugang zu Netzen zwischen allgemeinem Kartellrecht und sektorieller Regulierung, in: RTkom 1999, S. 15 ff.
- Mayen, Thomas*: Marktabgrenzung auf den Märkten der Telekommunikation, in: MMR 2001, S. 496 ff.
- Mayen, Thomas*: Marktregulierung nach dem novellierten TKG. Ausgewählte Rechtsfragen der Zugangs- und Entgeltregulierung, in: CR 2005, S. 21 ff.
- Meibom, Wolfgang von / Freiherr von dem Bussche, Axel*: Notwendigkeit einer Rückführung der TK-Regulierung, in: MMR 2000, S. 206 ff.
- Meier-Wahl, Marc / Wrobel, Ralph Michael*: Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt – Der Fall Microsoft, in: WuW 1999, S. 28 ff.
- Mennicke, Petra*: „Magill“ – Von der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung von Immaterialgüterrechten zur „essential facilities“-Doktrin in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes?, in: ZHR 160 (1996), S. 626 ff.
- Merveldt, Moritz Graf von*: Ex Occidente Lux? Das Verizon/Trinko-Urteil des US Supreme Court, in: GRUR Int. 2004. S. 678 ff.
- Miert, Karel Van*: Probleme der wettbewerblichen Öffnung von Märkten mit Netzstrukturen aus europäischer Sicht. Das Beispiel Telekommunikation; in: WuW 1998, S. 7 ff.
- Möllers, Christoph*: Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, in: VerwArch 90 (1999), S. 187 ff.

- Monopolkommission* Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen, Sondergutachten 9, Baden-Baden 1981 (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 9).
- Monopolkommission*, Sondergutachten 29, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 29).
- Monopolkommission*, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 39).
- Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs, Hauptgutachten 1994/95, Baden-Baden 1996 (zitiert: *Monopolkommission*, Hauptgutachten 11).
- Monopolkommission*, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 S. 4 GWB (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 40).
- Monopolkommission*: Sondergutachten 20, Zur Neuordnung der Telekommunikation, Baden-Baden 1991 (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 20).
- Monopolkommission*: Sondergutachten 33, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. Sondergutachten der Monopolkommission gem § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 33).
- Monopolkommission*: Vierzehntes Hauptgutachten 2000/2001, Netzwettbewerb durch Regulierung, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Monopolkommission*, Hauptgutachten 14).
- Monopolkommission*: Sondergutachten 43, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen (zitiert: *Monopolkommission*, Sondergutachten 43).
- Moritz, Hans-Werner*: Schwächen der TK-Liberalisierung – Folgen der Übereignung des Festnetzes an die Deutsche Telekom AG, in: CR 1998, S. 13 ff.
- Möschel, Wernhard / Haug, Jochen*: Der Referentenentwurf zur Novellierung des TKG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, in: MMR 2003, S. 505 ff.
- Möschel, Wernhard*: Hat das Telekommunikationsgesetz seine Bewährungsprobe bestanden? in: K&R 2002, S. 161 ff.
- Möschel, Wernhard*: Monopole und Wettbewerb in der Telekommunikation, in: Ernst-Joachim Mestmäcker (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole II, Baden-Baden 1995, S. 397 ff. (zitiert: *Möschel*, Monopole).
- Möschel, Wernhard*: Regulierungswirrwarr in der Telekommunikation, in: MMR-Beilage 3/1999 S. 3 ff.
- Müller, Günter / Eymann, Torsten / Kreutzer, Michael*: Telematik- und Kommunikationssysteme in der vernetzten Wirtschaft, München Wien 2003 (zitiert: *G. Müller/Eymann/Kreutzer*, Vernetzte Wirtschaft).
- Müller, Jürgen / Vogelsang, Ingo*: Staatliche Regulierung. Regulated Industries in den USA und Gemeinwohlbindung in wettbewerblichen Ausnahmebereichen in der Bundesrepublik Deutschland, 1. Auflage, Baden-Baden 1979 (zitiert: *J. Müller/Vogelsang*, Staatliche Regulierung).

- Müller, Petra*: Telekommunikation in der Europäischen Union. Innovative Kommunikationstechnologien im Spannungsfeld von staatlicher Regulierung und Marktdynamik, Freiburg i. Br. 1995 (zitiert: *P. Müller*, Telekommunikation).
- Müller, Ulf / Schuster, Fabian*: 18 Monate Regulierungsbehörde – eine kritische Bestandsaufnahme, in: MMR 1999, S. 507 ff.
- Nacimiento, Grace*: Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungs- und Praxisübersicht 2003/2004. Das TKG zwischen alt und neu, in: K&R 2005, S. 1 ff.
- Nacimiento, Grace*: Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungsübersicht 2005, in: K&R 2006, S. 9 ff.
- Neitzel, Jens / Müller, Birgit*: Zugangsverpflichtungen von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht, in: CR 2004, S. 655 ff.
- Neitzel, Jens*: Regulierung in der Sackgasse? Das Sondergutachten der Monopolkommission zur Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001, in: CR 2002, S. 256 ff.
- NERA/Denton Hall*, Issues Associated with the Creation of a European Regulatory Authority for Telecommunications, Report for the European Commission (DG XIII), 1997 (zitiert: *NERA/Denton Hall*, Issues Associated with the Creation of a European Regulatory Authority for Telecommunications).
- Nikolinakos, Nikos*: The New European Regulatory Regime for Electronic Communications Networks and Associated Services: The Proposed Framework and Access/Interconnection Directives, in: E.C.L.R. 2001, S. 93 ff.
- Noam, Eli*: Beyond Liberalization: From the Network of Networks to the System of Systems in: Hoffmann-Riem, Wolfgang, Vesting, Thomas (Hrsg.), Perspektiven der Informationsgesellschaft Baden-Baden 1995, S. 49 ff. (zitiert: *Noam*, System of Systems).
- Noam, Eli*: Interconnecting the Network of Networks, Cambridge 2001 (zitiert: *Noam*, Interconnecting the Network of Networks).
- Noam, Eli*: Telecommunications in Europe, New York Oxford 1992 (zitiert: *Noam*, Telecommunications in Europe).
- Noam, Eli*: The Tragedy of the Common Network: Theory for the Formation and Breakdown of Public Telecommunications, in: Aine Níshúilleabhaín (Hrsg.): Private Networks, Public Objectives, Amsterdam, Lausanne, New York, Oxford Shannon, Tokyo 1996 (zitiert: *Noam*, Tragedy of the Common Network).
- Nolte, Norbert*: Das Recht auf Netzzugang nach dem Telekommunikationsgesetz; in: BB 1996, S. 2629 ff.
- Oberndörfer, Pascal*: Die Zugangsverpflichtungen von nicht marktbeherrschenden Mobilfunknetzbetreibern nach dem Referentenentwurf zur Novelle des TKG, in: ZUM 2003, S. 654 ff.;
- Ohlenburg, Anna*: TKG-Referentenentwurf: Neuregelungen für tk-rechtliche Streitigkeiten, in: MMR 6/2003, S. XIV f.;
- Ohlenburg, Anna*: Vorschriften über das Gerichtsverfahren nach dem Referentenentwurf zum TKG, in: TKMR 2003, S. 164 ff.
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage München 2006 (zitiert: *Palandt-Bearbeiter*).

- Peltzmann, Sam*: Towards a More General Theory of Regulation, in: *Journal of Law and Economics*, Vol. 19 [1976], S. 211 ff.
- Picot, Arnold* (Hrsg.): *Das Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand*, Berlin u.a. 2003.
- Picot, Arnold / Donges, Juergen B. / Blankart, Charles B. / Busse von Colbe, Walter / Gerpott, Torsten J. / Gramlich, Ludwig / Kubicek, Herbert / Neumann, Karl-Heinz / Vary, Peter / Zerdick / Axel* (Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post): *TKG-Novellierung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität*, in: *TKMR*, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 25 ff. (zitiert: *Wissenschaftlicher Arbeitskreis, TKG-Novellierung*).
- Piepenbrock, Herrmann-Josef / Schuster, Fabian*: *German Telecommunication Law and the New European regulatory Framework*, Köln 2002 (zitiert: *Piepenbrock/Schuster, New European regulatory Framework*).
- Pilny, Karl H.*: Missbräuchliche Marktbeherrschung gemäß Art. 86 EWGV durch Immaterialgüterrechte. Die Magill-Entscheidung des EuGH als Schnittstelle zwischen europäischem Wettbewerbs- und nationalem Urheberrecht, in: *GRUR Int.* 1995, S. 954 ff.
- Pogorel, Gérard* (ed.): *Global Telecommunications Strategies and Technological Changes*, Amsterdam u.a. 1994
- Posner, Richard A.*: Antitrust in the New Economy, *Tech Law Journal*, Dokument v. 14.09.2000 (zitiert: *Posner, Antitrust in the New Economy*), im Internet am 22.02.2005 abrufbar unter <http://www.techlawjournal.com/atr/20000914posner.asp>.
- Posner, Richard A.*: Theories of Economic Regulation, in: *Bell Journal of Economics and Management Science* 1974, S. 335 ff.
- Rädler, Peter / Elspaß, Mathias*: Regulierung im Winterschlaf? Zur Rechtsgrundlage von Beschlusskammerverfahren beim Übergang vom alten ins neue TKG, in: *CR* 2004, S. 418 ff.
- Raisch, Peter / Schmidt, Karsten*: *Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaften*, in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, 2. Auflage München 1976, S. 143 ff. (zitiert: *Raisch/Schmidt, Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft*).
- Recktenwald, Horst Claus*: *Adam Smith. Sein Leben und Werk*, München 1976 (zitiert: *Recktenwald, Adam Smith*).
- Redeker, Konrad / Karpenstein, Ulrich*: Über Nutzen und Notwendigkeit, Gesetze zu begründen, in: *NJW* 2001, S. 2825 ff.
- Regierungskommission Fernmeldewesen*: *Neuordnung der Telekommunikation*, Heidelberg 1987 (zitiert: *Regierungskommission Fernmeldewesen, Neuordnung der Telekommunikation*).
- Riehmer, Klaus W.*: EG-Wettbewerbsrecht und Zugangsvereinbarungen in der Telekommunikation. Die neue Mitteilung der Europäischen Kommission, in: *MMR* 1998, S. 355 ff.
- Rinck, Gerd*: *Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe in Rechtsnormen*, in: Carl Hermann Ule / Karl Heinz Schwab / Hans Carl Nipperdey / Eugen Ulmer / Ignaz Seidl-Hohenveldern

- (Hrsg.), Recht im Wandel, Festschrift 150 Jahre Carl Heymanns Verlag KG, Köln u.a. 1965, S. 361 ff. (zitiert: *Rinck*, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe).
- Ritter, Eva-Maria*: Deutsche Telekommunikationspolitik 1989 bis 2003, Aufbruch zu mehr Wettbewerb – ein Beispiel für wirtschaftliche Strukturreformen, Düsseldorf 2004 (zitiert: *Ritter*, Deutsche Telekommunikationspolitik 1989 bis 2003).
- Rittner, Fritz*: Wirtschaftsrecht, 2. Auflage Heidelberg 1987 (zitiert: *Rittner*, Wirtschaftsrecht).
- Robert, Michael*: Die besondere Missbrauchsaufsicht nach § 42 TKG, Eine Generalklausel mit Risiken und Nebenwirkungen?!, in: K&R 2005, S. 354 ff.
- Röhl, Matthias*: Die Regulierung der Zusammenschaltung, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Zusammenschaltungsanordnung nach §§ 35, 36, 37 Telekommunikationsgesetz durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2002 (zitiert: *Röhl*, Zusammenschaltung).
- Rosenthal, Michael*: Neue Antworten auf Fragen der Konvergenz, Entwicklungen des Kommunikationsrechts in Europa und den USA, in: TKMR 2002, S. 181 ff.
- Roth, Wolfgang*: Die Notwendigkeit einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung des Telekommunikationsbeitrags, in: MMR 2005, S. 424 ff.
- Rottenbiller, Silvia*: Essential Facilities als ordnungspolitisches Problem, Frankfurt am Main 2002 (zitiert: *Rottenbiller*, Essential Facilities als ordnungspolitisches Problem).
- Rudolf, Eva*: Das Recht auf Netzzugang in der Telekommunikation, Baden-Baden 2001 (zitiert: *Rudolf*, Das Recht auf Netzzugang).
- Ruge, Reinhard*: Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, in: AöR 131, S. 1 ff.
- Ruhle, Ernst-Olav*: Marktabgrenzung und –analyse nach dem neuen EU-Regulierungsrahmen, in: medien und recht 1/03, S. 55 ff.
- Säcker, Franz Jürgen*: Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt am Main 2006 (zitiert: *BerlKommTKG/Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jürgen / Calliess, Graf-Peter*: Billing und Inkasso fremder Telekommunikationsdienstleistungen. Zur Auslegung von § 33 TKG und § 15 TKV – Teil 1, in: K&R 1999, 289 ff.
- Säcker, Franz Jürgen / Calliess, Graf-Peter*: Billing und Inkasso fremder Telekommunikationsdienstleistungen. Zur Auslegung von § 33 TKG und § 15 TKV – Teil 2, in: K&R 1999, 337 ff.
- Säcker, Franz Jürgen*: Dem deutschen Telekommunikationsrecht stehen tief greifende Reformen bevor, in: K&R Beilage 1/2003, S. 2.
- Säcker, Franz Jürgen*: Vom Referentenentwurf zum Regierungsentwurf eines TKG, Editorial, in: K&R Beilage 1/2004, S. 2.
- Salop Steven C. / Romaine, R... Craig*: Preserving Monopoly: Economic Analysis, Legal Standards, and Microsoft, Geo. Mason L. Rev. 7 (1999), S. 617 ff.
- Sarkar, Ranjana S.*: Akteure, Interessen und Technologien der Telekommunikation. USA und Deutschland im Vergleich, Frankfurt a. M. 2001 (zitiert: *Sakar*, Akteure).

- Schack, Haimo*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 2. Auflage Tübingen 2001 (zitiert: *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht).
- Scherer, Joachim / Bartsch, Torsten*: Telecommunication Law and Policy of the European Union, in: Joachim Scherer (Hrsg.): Telecommunication Laws in Europe, Fourth Edition, London Edinburgh Dublin 1998 (zitiert: *Scherer/Bartsch*, Telecommunication Law).
- Scherer, Joachim / Mögelin, Chris*: Regulierung im Übergang. Zu den rechtlichen Grundlagen für die Tätigkeit der Regulierungsbehörde bis zum Abschluss von Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren, in: K&R Beilage 4/2004, S. 3 ff.
- Scherer, Joachim*: Das Bronner-Urteil des EuGH und die Essential-Facilities-Doktrin im TK-Sektor, in: MMR 1999, S. 315 ff.
- Scherer, Joachim*: Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket – Teil I, in: K&R 2002, S. 273 ff.
- Scherer, Joachim*: Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket – Teil II, in: K&R 2002, S. 329 ff.
- Scherer, Joachim*: Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket – Teil III, in: K&R 2002, S. 385 ff.
- Scherer, Joachim*: Entwicklungslinien des Telekommunikationsrechts, in: CR 2000, 35 ff.
- Scherer, Joachim*: Re-Regulierung der europäischen Telekommunikationsmärkte: Die Rolle
- Scherer, Joachim*: Streitbeilegung und Rechtsschutz im künftigen TK-Recht, in: MMR Beilage 12/2002, S. 23 ff.
- Scherer, Joachim*: Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik, Baden-Baden 1985 (zitiert: *Scherer*, Telekommunikationsrecht und Telekommunikationspolitik).
- Scherer, Joachim*: Zur Umsetzung des neuen Rechtsrahmens in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: TKMR, Tagungsband zur Veranstaltung „Das neue TKG“ 5. Dezember 2002 Humboldt-Universität zu Berlin, S. 28 ff. (zitiert: *Scherer*, Umsetzung des neuen Rechtsrahmens).
- Scheuffele, Friedrich*: Die Essential-Facilities-Doktrin. Eine ökonomische und rechtliche Analyse, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Scheuffele*, Die Essential-Facilities-Doktrin).
- Scheurle, Klaus-Dieter / Mayen, Thomas* (Hrsg.): Telekommunikationsgesetz (TKG), München 2002 (zitiert: *Scheurle/Mayen-Bearbeiter*).
- Schmittmann, Michael*: Blick nach Brüssel: Kommission legt Entwurf von Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht vor, in: AfP 2001, S. 34 ff.
- Scholtka, Boris*: Das neue Energiewirtschaftsgesetz, in: NJW 2005, S. 2421 ff.
- Schröter, Helmuth / Jakob, Thinam / Mederer, Wolfgang* (Hrsg.): Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 (zitiert: *Schröter/Jakob/Mederer-Bearbeiter*).
- Schulte, Martin*: Wandel der Handlungsformen der Verwaltung und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhardt Schmidt-Aßmann (Hrsg.): Verwaltungsrecht in der

- Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 333 ff. (zitiert: *Schulte*, Handlungsformen).
- Schumpeter, Joseph*: Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 8. Nachdr. der 4. Auflage 1934, Berlin 1993 (zitiert: *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung).
- Schuster, Fabian*: Editorial: TKG-Novelle: Chance für den Wettbewerb oder Vogel-Strauß-Politik?, in: TKMR 2003, S. 243 f.
- Schuster, Fabian / Kemper, Birgit / Schütze, Marc / Schulze zur Wiesche, Jens / Chargé, Sabine / Dierking, Laura*: Entwicklung des Internet-, Multimedia- und Telekommunikationsrechts im Jahre 2005, in: MMR Beilage 5/2006.
- Schütz, Raimund / Attendorn, Thorsten / König, Annegret*: Elektronische Kommunikation. Europarechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in Deutschland, München 2003 (zitiert: *Schütz/Attendorn/König*, Elektronische Kommunikation).
- Schütz, Raimund / Attendorn, Thorsten*: Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union – Was muss Deutschland ändern?, in: MMR-Beilage 4/2002 S. 1 ff.;
- Schütz, Raimund*: EU: Art. 7 - Aufsicht der Kommission greift, in: MMR 3/2004, S. XX ff.
- Schütz, Raimund*: EU: Art. 7 - Aufsicht der Kommission greift, in: MMR 2004, Heft 3, S. XX.
- Schütz, Raimund*: Referentenentwurf zum TKG: Weniger Wettbewerb, mehr Bürokratie?, in: MMR 2003, S. 518 ff.
- Schütze, Marc*: Entgeltkontrolle bei der Bereitstellung von TK-Vorleistungen, in: CR 2005, S. 332 ff.
- Schütz, Raimund*: Kommunikationsrecht, Regulierung von Telekommunikation und elektronischen Medien, München 2005 (zitiert: *Schütz*, Kommunikationsrecht).
- Schwintowski, Hans-Peter*: Der Zugang zu wesentlichen Einrichtungen, in: WuW 1999, S. 842 ff.
- Shapiro, Carl*: Exclusivity in Network Industries, in: George Mason Law Review 7 [1999], S. 1 ff.
- Shapiro, Carl / Varian, Hal R.*: Information Rules. A strategic guide to the network economy, Boston 2000 (zitiert: *Shapiro/Varian*, Information Rules).
- Spies, Axel*: USA: Allgemeines Kartellrecht neben dem Telecommunications Act? Der Fall „Trinko“, in: MMR 2004, Heft 3 S. VIII ff.
- Spoerr, Wolfgang / Sellmann, Christian*: Zugangsregulierung, Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht vom TKG 1996 bis zum TKG 2004: Rückblick und Ausblick, in: N&R 2004, S. 98 ff.
- Squire Sanders & Dempsey*: Adapting the EU Telecommunications Regulatory Framework to the developing multimedia environment, 1998 (zitiert: *Squire Sanders & Dempsey*, Adapting the EU Telecommunications Regulatory Framework to the developing multimedia environment).
- Steckelbach, Ludger*: Wirkungen wettbewerbspolitischer Regulierungen auf oligopolistischen Märkten, Hamburg 2002 (zitiert: *Steckelbach*, Wettbewerbspolitische Regulierungen).
- Stehmann, Oliver*: Network Competition for European Telecommunications, Oxford u.a. 1995 (zitiert: *Stehmann*, Network Competition).

- Steinwarder, Philip*: Standardangebot für Zugangsleistungen, Ein neues Instrument zur Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, in: MMR 2005, S. 84 ff.
- Stigler, George Joseph*: *The Citizen and the State. Essays on Regulation*, Chicago London 1975 (zitiert: *Stigler, The Citizen and the State*).
- Stigler, George Joseph*: *The Theory of Economic Regulation*, in: *Bell Journal of Economics* 2 [1971], S. 3 ff.
- Stiglitz, Joseph*: *The Roaring Nineties. Seeds Of Destruction*, London 2003 (zitiert: *Stiglitz, The Roaring Nineties*).
- Stoetzer, Matthias-Wolfgang*: Business demand for value added services in Europe, in: Gérard Pogorel (ed.) *Global Telecommunications Strategies and Technological Changes*, S. 13 ff. (zitiert: *Stoetzer, Business demand*).
- Stögmüller, Thomas*: Konvergenz in der Telekommunikation, in: CR 1998, S. 733 ff.
- Stögmüller, Thomas*: Das Eckpunktepapier der Regulierungsbehore für Telekommunikation und Post zur Marktabgrenzung und Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung, in: CR 2001, S. 507 ff.
- Stollhoff, Frank*: Der Ausschluss von Marktrisiken durch essential facilities unter Art. 82 EGV. Zur Übertragbarkeit der amerikanischen Essential-facilities-Doktrin auf das Missbrauchsverbot des europäischen Kartellrechts, Baden-Baden 2000 (zitiert: *Stollhoff, Ausschluss von Marktrisiken durch essential facilities*).
- Streinz, Rudolf*: *Europarecht*, 6. Auflage Heidelberg 2003 (zitiert: *Streinz, Europarecht*).
- Streit, Manfred E.*: *Theorie der Wirtschaftspolitik*, 5. Auflage Düsseldorf 2000 (zitiert: *Streit, Theorie der Wirtschaftspolitik*).
- Stumpf, Cordula / Gabler, Andreas*: Netzzugang, Netznutzungsentgelte und Regulierung in Energienetzen nach der Energierechtsnovelle, in: NJW 2005, S. 3174 ff.
- Theobald, Christian*: Aktuelle Entwicklungen des Infrastrukturrechts, in: NJW 2003, 324 ff.
- Thomaschki, Kathrin*, Missbrauchsaufsicht und nachträgliche Entgeltkontrolle im TKG-E, in: K&R Beilage 1/2004, S. 21 ff.
- Thomaschki, Kathrin*: Referentenentwurf zum TKG – Auswirkungen auf die Praxis der Regulierung, in: MMR 2003, S. 500 ff.
- Train, Kenneth E.*: *Optimal Regulation – The Economic Theory of Natural Monopoly*, 1991, 3rd printing 1994 (zitiert: *Train, Optimal Regulation*).
- Tränkle, Claudia*: Die "essential facilities"-Doktrin im europäischen Wettbewerbsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung der "essential facilities"-Doktrin im Rahmen der Rechtsprechung zu Art. 82 (ex-Art. 86) EGV und § 19 IV Nr. 4 GWB unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Section 2 Sherman Act im US-amerikanischen Antitrustrecht, Tübingen 2001 (zitiert: *Tränkle, Die "essential facilities"-Doktrin*).
- Trute, Hans Heinrich / Spoerr, Wolfgang / Bosch, Wolfgang*: *Telekommunikationsgesetz mit FTEG: Kommentar*, Berlin 2001 (zitiert: *Trute/Spoerr/Bosch-Bearbeiter*).
- Trute, Hans-Heinrich*: Das Telekommunikationsrecht – Eine Herausforderung für die Verwaltungsgerichte, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Dieter Sellner/Günter Hirsch/Gerd-Heinrich Kemper/Hinrich Lehmann-Grube (Hrsg.): *Festgabe 50 Jahre*

- Bundesverwaltungsgericht, Köln u.a. 2003, S. 857 ff (zitiert: *Trute*, Telekommunikationsrecht).
- Trute, Hans-Heinrich*: Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: Lerke Osterloh / Karsten Schmidt / Hermann Weber: Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung, Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 565 ff. (zitiert: *Trute*, Regulierungsverbund).
- Trute, Hans-Heinrich*: Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: VVDStRL 57 (1998), S. 216 ff.
- Trute, Hans-Heinrich*: Rechtspolitik der Zukunft – Informationsrecht, in: Holoubek, Michael / Lienbacher, Georg (Hrsg.): Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik, Wien, New York, 1999, S. 313 ff. (zitiert: *Trute*, Informationsrecht).
- Trute, Hans-Heinrich*: Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Carl-Eugen Eberle / Martin Ibler / Dieter Lorenz (Hrsg.): Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm, München 2002, S. 169 ff. (zitiert: *Trute*, Regulierung).
- Tschentscher, Thomas / Bosch, Tobias*: Rechtsfragen im Umfeld des In-Kraft-Tretens des neuen TKG, in: K&R Beilage 4/2004, S. 14 ff.
- Tschentscher, Thomas / Neumann, Holger*: Das telekommunikationsrechtliche Regulierungsverfahren - Verfahrensfragen, Missbrauchsaufsicht, Entbündelung, in: BB 1997, S. 2437 ff.
- Vesting, Thomas*: Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der „Informations- oder Wissensgesellschaft“, in: Wolfgang Hoffmann-Riem / Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000, S. 101 ff. (zitiert: *Vesting*, Gewährleistungsstaat).
- Vogelsang, Ingo*: Deregulierung und Infrastruktur im Bereich der Telekommunikation in den USA, in: Heinz Berger (Hrsg.): Wettbewerb und Infrastruktur in Post- und Telekommunikationsmärkten, ZögU, Beiheft 19, 1996, S. 137 ff. (zitiert: *Vogelsang*, Deregulierung und Infrastruktur).
- Vogelsang, Ingo*: Ökonomische Aspekte des Referentenentwurfs zum TKG, in: MMR 2003, S. 509 ff.
- Vogt, Karl-Heinrich*: Einführung und Darstellung der Poststrukturreform, in: Detlef Aufderheide (Hrsg.): Deregulierung und Privatisierung, Stuttgart, Berlin, Köln 1990, S. 223 ff. (zitiert: *Vogt*, Poststrukturreform).
- Wagener, Reinhard*: Die Neuordnung der Telekommunikation in der Bundesrepublik: Entwicklungsperspektiven aus der Sicht der Deutschen Bundespost, in: Edgar Grande / Rainer Kuhlen / Gerhard Lehmbruch / Heinrich Mäding (Hrsg.), Perspektiven der Telekommunikationspolitik, Opladen 1991, S. 70 ff. (zitiert: *Wagener*, Die Neuordnung der Telekommunikation).
- Wagner, Peter*: Das neue TKG – Einstieg in den Ausstieg der Regulierung?, in: MMR 2003, S. 493 ff.
- Wegmann, Winfried*: Europa- und verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Regierungs- und Referentenentwurf für ein neues TKG, in: K&R Beilage 1/2004, S. 25 ff.

- Wegmann, Winfried*: Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation. Die Steuerungsinstrumente des Telekommunikationsgesetzes (TKG) im Lichte „regulierter Selbstregulierung“, Baden-Baden 2001 (zitiert: *Wegmann*, Regulierte Marktöffnung).
- Weißhaar, Volker / Koenig, Michael*: Anspruch auf Netzzugang und -zusammenschaltung im Lichte des EU-Rechts; in: MMR 1998, S. 475 ff.
- Weizsäcker, Carl Christian von*: Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbs in der Telekommunikation, in: Werner Neu / Karl-Heinz Neumann (Hrsg.), Die Zukunft der Telekommunikation in Europa, Berlin Heidelberg New York Tokyo 1989, S. 21 ff. (zitiert: *von Weizsäcker*, Möglichkeiten und Grenzen des Wettbewerbs)
- Weizsäcker, Carl Christian von*: Wettbewerb in Netzen, in: WuW 1997, S. 572 ff.
- Weizsäcker, Carl-Christian von*: Wirtschaftspolitische Begründung und Abgrenzung des Fernmeldemonopols, in: Mestmäcker (Hrsg.): Kommunikation ohne Monopole, Baden-Baden 1980, S. 127 ff. (zitiert: *von Weizsäcker*, Fernmeldemonopol).
- Welfens, Paul J. J. / Graack, Cornelius*: Telekommunikationswirtschaft. Deregulierung, Privatisierung, Internationalisierung, Berlin u.a. 1996 (zitiert: *Welfens/Graack*, Telekommunikationswirtschaft).
- Werle, Raymund*: Telekommunikation in der Bundesrepublik – Expansion, Differenzierung, Transformation, Frankfurt am Main 1990 (zitiert: *Werle*, Telekommunikation in der Bundesrepublik).
- Wiedekind, Dirk*: Innovationsforschung, Wettbewerbstheorie und Kartellrecht, in: Martin Eifert / Wolfgang Hoffmann-Riem: Innovation und rechtliche Regulierung. Schlüsselbegriffe und Anwendungsbeispiele rechtswissenschaftlicher Innovationsforschung, Baden-Baden 2002 (zitiert: *Wiedekind*, Innovationsforschung).
- Wiedemann, Gerhard* (Hrsg.): Handbuch des Kartellrechts, München 1999 (zitiert: *Wiedemann-Bearbeiter*, Hdb. KartellR).
- Wieland, Joachim / Enderle, Bettina*: Rechtsprobleme der Netzzusammenschaltung – Zum Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht, in: MMR 1999, S. 379 ff.
- Wilms, Heinrich / Masing, Johannes / Jochum, Georg*: Telekommunikationsgesetz, Kommentar und Vorschriftensammlung, Stuttgart, 1. Lieferung Juni 2005 (zitiert: *Wilms/Masing/Jochum-Bearbeiter*).
- Wissmann, Martin*: Eingliederung der Regulierung nach dem TKG in das System der Wettbewerbsaufsicht nach der Verordnung (EG) 1/2003 und Lösungsansätze bei Konflikten, in: K&R Beihefter 2/2006, S. 10 ff.
- Wolff, Stephan*: Der Kontrahierungszwang im deutschen Telekommunikationsrecht, Hamburg 2002 (zitiert: *Wolff*, Der Kontrahierungszwang).
- Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI)*: Anmerkungen zum Referentenentwurf zur TKG-Novelle des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Bonn 2003.
- Zerdick, Axel / Picot, Arnold / Schrape, Klaus / Artope, Alexander / Goldhammer, Klaus / Heger, Dominik K. / Lange, Ulrich T. / Vierkant, Eckart / Lopez-Escobar, Esteban / Silverstone, Roger*: Die Internet-Ökonomie. Strategien für die digitale Wirtschaft, Berlin u.a. 1999 (zitiert: *Zerdick et al*).
- Zwach, Ulrich*: Das neue TKG im Lichte der Rechtsprechung – ausgewählte Aspekte des Rechtsschutzes, in: K&R Beihefter 2/2006, S. 20 ff.

