

# **Die neuen EU-Richtlinien über elektronische Kommunikation: Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Kartellrecht**

*Robert Klotz, Generaldirektion Wettbewerb, Europäische Kommission\**

## **Einführung**

Die Reform des europäischen Regulierungsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste ist nach mehrjährigen Vorarbeiten nunmehr abgeschlossen. Am 14. Februar 2002 hat der Ministerrat vier der fünf neuen Richtlinien formell angenommen und ist damit den am 12. Dezember 2001 zwischen der belgischen Rats-Präsidentschaft und dem Europäischen Parlament erarbeiteten Kompromissvorschlägen gefolgt. Am 24. April 2002 wurden die neuen Richtlinien sodann im EU-Amtsblatt veröffentlicht und sind damit im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten in Kraft getreten.<sup>1</sup> Letztere haben die neuen Richtlinien nunmehr innerhalb von 15 Monaten nach deren Inkrafttreten in nationales Recht umzusetzen. Dieses bedeutet, dass auch das Telekommunikationsgesetz<sup>2</sup> bis zum 24. Juli 2003 auf die geänderte Rechtslage anzupassen ist.<sup>3</sup> Hinzu kommt noch die konsolidierte Liberalisierungsrichtlinie der Kommission gemäss Artikel 86 Abs. 3 EG-Vertrag, deren Verabschiedung in Kürze erfolgen dürfte.<sup>4</sup>

Entsprechend dem allgemeinen Rechtscharakter der EU-Richtlinien enthält der neue Regulierungsrahmen eine Reihe zwingender Vorgaben, welche die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung zu beachten haben. Außerhalb dieser zwingenden Vorgaben haben die Mitgliedstaaten jedoch einen gewissen Umsetzungsspielraum, um nationale Besonderheiten zu berücksichtigen. Allgemein gilt bei der Rechtsangleichung im Binnenmarkt das Prinzip, dass die Richtlinien des Rates und des europäischen Parlaments gemäss Artikel 95 EG-Vertrag den Mitgliedstaaten ein verbindliches

---

\* Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Autors wieder.

<sup>1</sup> Richtlinie 2002/21/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 33; Richtlinie 2002/19/EG vom 7.3.2002 über Zugang und Zusammenschaltung, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 7; Richtlinie 2002/20/EG vom 7.3.2002 über Genehmigungen, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 21; Richtlinie 2002/22/EG vom 7.3.2002 über Universaldienst und Nutzerrechte, ABl. L 108, 24.4.2002, S. 51; Richtlinie über Datenschutz am 30.5.2002 vom EP in zweiter Lesung angenommen, aber am bisher noch nicht förmlich vom Rat verabschiedet.

<sup>2</sup> TKG vom 25.7.1996, BGBl. I S. 1120.

<sup>3</sup> Vgl. für einen ersten Überblick über den möglichen Anpassungsbedarf des TKG: *R. Schütz/T. Attendorn*, Das neue Kommunikationsrecht der Europäischen Union - Was muss Deutschland ändern?, MMR-Beilage 4/2002.

<sup>4</sup> Richtlinie 90/388/EWG der Kommission vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. Nr. L 192 vom 24.7.1990, geändert durch Richtlinien 94/46/EG, 95/51/EG, 96/2/EG, 96/19/EG und 99/64/EG; vgl. Presseerklärung der Kommission IP/00/766 vom 12.7.2000.

Mindestmaß an Regulierung vorschreiben. Die Mitgliedstaaten dürfen daher nicht weniger weitgehend regulieren als in den Richtlinien vorgesehen ist. Weitergehende, striktere Regelungen, die über die zwingenden Vorgaben des EU-Rahmens hinausgehen, sind unter bestimmten, eng gefassten Voraussetzungen dagegen grundsätzlich zulässig.<sup>5</sup> Eine nationale Sonderregelung über die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe hinaus ist jedoch stets an eine gesonderte Begründung seitens des betreffenden Mitgliedstaats unter Berufung auf wichtige einzelstaatliche Erfordernisse gebunden, welche die Kommission vor ihrer Einführung ausdrücklich oder konkludent billigen muss.<sup>6</sup>

Der neue EU-Rahmen verfolgt im Wesentlichen drei Ziele: erstens die Gleichbehandlung aller Netze und Dienste im Bereich der elektronischen Kommunikation im Hinblick auf deren zunehmende Konvergenz, zweitens die - ordnungspolitisch wichtige - Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an die Konzeptionen des Wettbewerbsrechts und drittens die Schaffung und Gewährleistung einheitlicher Regulierungsbedingungen in den Mitgliedstaaten der EU.

## **1. Erweiterter Anwendungsbereich der Regulierung**

Die erste wichtige Neuerung ist der sog. technologieneutrale Ansatz der Regulierung. Aufgrund der technologischen Konvergenz und der Digitalisierung von elektronischen Kommunikationsdiensten ist es zunehmend möglich, diese Dienste über eine Vielzahl völlig unterschiedlicher Netze zu erbringen. In Zukunft werden alle diese Dienste daher in regulatorischer Hinsicht gleich behandelt, egal ob sie über das Fest- oder Mobilfunknetz, über Kabel-TV, Satellit, Antenne, über das Internet-Protokoll oder das Stromnetz zum Endkunden transportiert werden.<sup>7</sup> Die Übertragung von Sprache und Daten, gleich welcher Art, sowie damit zusammenhängende Dienste,<sup>8</sup> wie z.B. elektronische Programmführer (*electronic programme guides: EPG*) oder Zugangsberechtigungssysteme für Rundfunk- und Fernsehprogramme (*conditional access systems: CAS*), sind somit zukünftig nach den gleichen Grundsätzen zu regulieren.

Dagegen erfasst der neue EU-Rechtsrahmen nicht die über die Netzinfrastruktur erbrachten Dienste als solche, wie z.B. Programminhalte oder geschäftliche Transaktionen im Bereich des E-Commerce. Für Unternehmen, die sowohl den Zugang zum Internet als auch Inhalte über das Internet anbieten, ist insofern also hinsichtlich des Anwendungsbereichs der sektorspezifischen Regulierung zu trennen.<sup>9</sup> Zwar war im sog. Konvergenz-Grünbuch der Kommission von 1997<sup>10</sup> zunächst eine

---

<sup>5</sup> Vgl. R. Geiger, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 95 Rn. 2, 11.

<sup>6</sup> Artikel 95 Abs. 4 bis 7 und Artikel 30 EG-Vertrag.

<sup>7</sup> Artikel 2 a) und Erwägungsgrund 5 der Rahmenrichtlinie.

<sup>8</sup> Vgl. Artikel 2 e) und f) der Rahmenrichtlinie; Artikel 2 a) der Zugangsrichtlinie.

<sup>9</sup> Vgl. Erwägungsgrund 10 der Rahmenrichtlinie.

<sup>10</sup> Grünbuch zur Konvergenz der Branchen Telekommunikation, Medien und Informationstechnologie und ihren ordnungspolitischen Auswirkungen, KOM(1997) 623.

umfassendere gemeinsame Regelung als mögliche Lösung zur Diskussion gestellt worden. Diese wurde jedoch bereits im Kommunikationsbericht des Jahres 1999<sup>11</sup> von der Kommission wieder verworfen, da noch zu gewichtige Unterschiede zwischen Netzen/Diensten einerseits und Inhalten/Anwendungen andererseits bestehen. Die Schaffung gemeinsamer Regulierungsbestimmungen für Kommunikation und Medien in den Mitgliedstaaten ist daher zwar nicht vom Gemeinschaftsrecht vorgeschrieben, allerdings auch nicht ausgeschlossen.<sup>12</sup>

In der Diskussion über die Zukunft der Regulierung in den Sektoren der elektronischen Kommunikation wird vielfach gefordert, dass die asymmetrische Regulierung bereits jetzt im Wege der Gesetzesänderung erheblich reduziert<sup>13</sup>, und jedenfalls nicht auf andere als die bisher erfassten Bereiche<sup>14</sup> ausgedehnt werden solle.<sup>15</sup> Die für alle Mitgliedstaaten verpflichtende zukünftige Gleichbehandlung aller Kommunikationsnetze und -dienste steht dieser pauschalen Forderung jedoch entgegen. Vielmehr müssen die nationalen Gesetzgeber die Voraussetzungen dafür schaffen, dass in allen o.g. Bereichen marktbeherrschende Betreiber den besonderen in der Zugangsrichtlinie und in der Universaldienstrichtlinie abschliessend genannten Verpflichtungen<sup>16</sup> unterworfen werden können.<sup>17</sup> Dieses ist insbesondere für mögliche Zugangsansprüche für Wettbewerber und für die Maßstäbe der Entgeltregulierung auf der Vorleistungs- und auf der Endkundenebene von Bedeutung.

Die sektorspezifische asymmetrische Regulierung besteht also auch im neuen Rechtsrahmen fort. Der Übergang von der ehemaligen staatlichen Monopolregulierung zu einem allein dem Kartellrecht unterliegenden liberalisierten Sektor ist somit durch den neuen Regulierungsrahmen noch nicht verwirklicht

---

<sup>11</sup> Kommunikationsbericht 1999 der Kommission, Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste, KOM(1999) 539; vgl. auch Mitteilung der Kommission, Ergebnisse der öffentlichen Konsultation zur Überprüfung des Kommunikationsrahmens und Leitlinien für den neuen Regulierungsrahmen, KOM(2000) 239.

<sup>12</sup> Vgl. hierzu *W. Schulz/S. Leopold*, Horizontale Regulierung?, K&R 9/2000, S. 439.

<sup>13</sup> *U. Immenga, C. Kirchner, G. Knieps, J. Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb – Eine ordnungspolitische Konzeption nach drei Jahren Marktöffnung, Gutachten im Auftrag der Deutsche Telekom AG, März 2001; *J. Kruse*, Deregulierungsbedarf bei Ferngesprächen, Wirtschaftsdienst 7/2000, S. 402.

<sup>14</sup> Bisher waren in den EU-Richtlinien der „ersten Generation“ vier regulierte Marktbereiche vorgegeben, nämlich Sprachtelefonie im Festnetz, Sprachtelefonie im Mobilfunk, Zusammenschaltung und Mietleitungen. In allen anderen Bereichen der Telekommunikation bestand keine europarechtlich vorgegebene ex ante-Regulierung.

<sup>15</sup> Vgl. *A. Tacke*, Staatssekretär im BMWi, WIK-Konferenz in Berlin am 26./27.2.2002, WIK-Proceedings Nr. 9, S. 6; *W. Bötsch*, Bundespostminister a.D., F.A.Z. vom 30.3.2002, S. 14.

<sup>16</sup> Artikel 9-13 der Zugangsrichtlinie (Transparenz, Nichtdiskriminierung, getrennte Buchführung, Zugangspflicht, Kostenorientierung); Artikel 17-19 der Universaldienstrichtlinie (Endkundendienste, Mietleitungen, Betreiberauswahl).

<sup>17</sup> So auch die Eckpunkte des BMWi vom 23.4.2002 für eine Stellungnahme zum Tätigkeitsbericht 2000/2001 der RegTP und zum Sondergutachten 2001 der Monopolkommission, S. 4 ([http://www.bmwi.de/Homepage/download/telekommunikation\\_post/EckpunkteTK.pdf](http://www.bmwi.de/Homepage/download/telekommunikation_post/EckpunkteTK.pdf)).

worden. Dieser Schritt bleibt einer weiteren Reform auf europäischer Ebene zu einem späteren Zeitpunkt vorbehalten, welcher bisher noch nicht absehbar ist. Grund hierfür ist die Erkenntnis, dass noch kein hinreichender selbsttragender Wettbewerb auf den verschiedenen Telekommunikationsmärkten entstanden ist, welcher auch ohne die Regulierung fortbestehen würde.<sup>18</sup> Damit steht auch fest, dass die Beitrittskandidaten Ost- und Mitteleuropas in ihren Rechtssystemen spätestens zum Datum ihres EU-Beitritts ein derartiges durch ex ante-Regulierung gekennzeichnetes nationales Kommunikationsrecht einzuführen haben.

Der sachliche Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung wird zudem in Zukunft, jedenfalls von Gesetzes wegen, auf mehrere bislang nicht erfasste Bereiche auszudehnen sein. Insofern muss das TKG an die neue Rechtslage angepasst werden und hierzu ist der nationale Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung gefordert.<sup>19</sup> Zwar ist der Anwendungsbereich bereits des geltenden TKG so formuliert, dass auch andere Infrastruktur als das herkömmliche Telefonfestnetz von der Regulierung erfasst wird.<sup>20</sup> Allerdings besteht insofern keine abschliessende Klarheit über die Reichweite des TKG, da etwa noch streitig ist, ob die über das Breitband-Kabelnetz erbrachten Dienste der Regulierung unterfallen.<sup>21</sup> Zudem sind auch aus der Regulierungspraxis bisher keine Anwendungsfälle der Regulierung ausserhalb des Festnetzes zu verzeichnen. Die Differenzierung der Entgeltregulierung nach Lizenzklassen hat darüber hinaus zur Konsequenz, dass sie auf Mobilfunkbetreiber bislang keine Anwendung fand.<sup>22</sup> Insofern sind also eine Erweiterung des Anwendungsbereichs bzw. Zumindest eine Klarstellung des erweiterten Anwendungsbereichs der Regulierung in das neue TKG aufzunehmen.

Dieses bedeutet jedoch nicht automatisch, dass alle Kommunikationsnetze und -dienste zukünftig durchgehend und gleichermassen reguliert werden müssen, da sich aus dem EU-Rahmen keine unmittelbare Verpflichtung für die Mitgliedstaaten ergibt, nach der beispielsweise die Vorleistungs- oder sogar die Endkundenentgelte auch der Kabelnetz- und der Mobilfunkbetreiber stets einer Kostenorientierung zu unterwerfen wären. Die Feststellung, ob die Voraussetzungen für ex ante-Regulierung vorliegen, sowie die Auswahl der in jedem Einzelfall geeigneten und angemessenen Rechtsfolgen obliegen in Zukunft den nationalen Regulierungsbehörden bei der Anwendung des geänderten Regulierungsrechts auf nationaler Ebene. Die Regulierungsbehörden werden dazu über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, welcher nur durch wenige gemeinschaftsrechtliche Vorgaben, insbesondere die Kommissions-Empfehlung über die zu regulierenden Märkte und das in Artikel 7 Abs. 3 und 4 der Rahmenrichtlinie vorgesehene Konsultations- und Konsolidierungsverfahren, eingeschränkt wird.

---

<sup>18</sup> Vgl. die Eckpunkte des BMWi (s.o. Fn. 17), S. 3; a.A. *H.-W. Hefekäuser*, WIK-Konferenz in Berlin am 26./27.2.2002, WIK-Proceedings Nr. 9, S. 11, 19.

<sup>19</sup> Vgl. erste Vorüberlegungen des BMWi für eine TKG-Novelle in den Eckpunkten (s.o. Fn. 17).

<sup>20</sup> Vgl. insbesondere § 3 Nr. 16, Nr. 17 und Nr. 21 TKG.

<sup>21</sup> Vgl. *R. Schütz/T. Attendorn* (s.o. Fn. 3), S. 25 mwN; *K. Irion/M. Schirmbacher*, Netzzugang und Rundfunkgewährleistung im deutschen Breitbandkabelnetz, CR 1/2002, S. 61 mwN.

<sup>22</sup> § 25 Abs. 1 iVm § 6 Abs. 2 TKG.

Die kürzlich entstandene Kontroverse über eine angebliche Absicht der Kommission, allen Mobilfunkbetreibern eine strikte Kostenorientierung der Terminierungs- und Roamingentgelte aufzuerlegen,<sup>23</sup> übersieht insofern sowohl die zukünftige Kompetenzverteilung zwischen der Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden, als auch die Ausgestaltung der Regulierung, welche hinsichtlich der Voraussetzungen in der Regel Marktbeherrschung voraussetzt und auf der Rechtsfolgende den nationalen Regulierungsbehörden einen weiten Ermessensspielraum gewährt. Je nach der spezifischen Marktsituation in einem Mitgliedstaat und der auf dem relevanten Markt festgestellten Zutrittsschranke kann nämlich u.U. eine bloße Transparenz- oder Nichtdiskriminierungsverpflichtung eine ausreichende Rechtsfolge darstellen, die eine Kostenorientierung von Entgelten nicht mehr notwendig macht.

## **2. Höhere Interventionsschwelle für die Regulierung**

Die zweite grundlegende Neuerung im EU-Regulierungsrahmen ist die Abkehr von der sektorspezifischen regulatorischen Interventionsschwelle in der Form des gegenwärtigen strikten Konzepts der beträchtlichen Marktmacht (SMP) mit einem Marktanteil von mindestens 25% und in den bisherigen Richtlinien vordefinierten, rein angebotsorientierten Märkten.

In Zukunft wird die Marktbeherrschung im Sinne des europäischen Kartellrechts die Interventionsschwelle für Regulierung sein, auch wenn der SMP-Begriff weiterhin hierfür verwendet wird.<sup>24</sup> Nur noch solche Betreiber werden zukünftig der Regulierung unterliegen, die individuell oder gemeinsam mit anderen Unternehmen marktbeherrschend im Sinne der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Europäischen Gerichts Erster Instanz (EuG) sind. Diese Einführung wettbewerbsrechtlicher Interventionsschwellen markiert eine wichtige Etappe auf dem Weg des Übergangs der Kommunikationssektoren von der sektorspezifischen Regulierung zum allgemeinen Kartellrecht. Zudem wird hierdurch der Adressatenkreis der asymmetrischen Regulierung auf marktbeherrschende Unternehmen beschränkt und somit enger gefasst als unter der bisher geltenden Rechtslage.

Im TKG wird der SMP-Begriff bislang mit Verweis auf die Marktbeherrschung im Sinne des GWB geregelt. Hiermit wurde der auf europäischer Ebene erst durch die gerade abgeschlossene Reform erzielte Gleichklang von Regulierung und Kartellrecht bereits im Jahr 1996 antizipiert. Problematisch an der bisherigen Rechtslage in Deutschland war allerdings, dass die sog. „Drittelvermutung“ des § 19 Abs. 3 GWB (Marktbeherrschung wird bei 33% Marktanteilen vermutet) eine weniger strikte Regel enthielt als die EU-Vorgabe mit 25% Marktanteilen. Erst infolge eines Vertragsverletzungsverfahrens hat die Bundesregierung schließlich im Herbst 2001 akzeptiert, dass diese Verweisungsvorschrift gemeinschaftsrechtskonform auszulegen

---

<sup>23</sup> „Europas Mobilfunkler schlagen Alarm“ (Handelsblatt vom 7.3.2002), „Brussels set to rein in charges to mobiles“ (Financial Times vom 27.3.2002).

<sup>24</sup> Artikel 14 der Rahmenrichtlinie.

ist und 25% Marktanteile somit ausreichen, um regulierungsspezifische Rechtsfolgen auszulösen.<sup>25</sup>

Für die Umsetzung des neuen EU-Rahmens gilt insofern gerade das Umgekehrte. Die Interventionsschwelle der Marktbeherrschung setzt nach europäischer Rechtsprechung bei mindestens 40% Marktanteilen an, in der Regel werden sogar noch höhere Marktanteile verlangt, wenn keine weiteren Anhaltspunkte für eine eindeutige Marktbeherrschung vorliegen. Dies bedeutet, dass die Drittelvermutung des GWB, wenn sie, einschliesslich des Verweises im TKG, unverändert beibehalten würde, strikter wäre als die EU-Vorgabe. Dieses wäre als weitergehende Regulierung zwar gemeinschaftsrechtlich grundsätzlich möglich, jedoch von der deutschen Regierung gegenüber der Kommission bei der Richtlinienumsetzung durch Neufassung des TKG unter Berufung auf zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gesondert zu begründen.<sup>26</sup> Allerdings erscheint es in Anbetracht der insofern eindeutigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe der Anpassung des SMP-Begriffs an die kartellrechtliche Marktbeherrschung und des damit verbundenen Harmonisierungsziels äusserst fraglich, ob ein derartiges höherrangiges öffentliches Interesse an einer weitergehenden Regulierung begründbar ist. Zudem könnte eine solche strengere Regulierung den im Ausland ansässigen und im Inland tätigen Betreibern möglicherweise nicht entgegengehalten werden, wenn jene sich auf die Richtlinienbestimmung berufen. Dieses würde zu einer Diskriminierung der inländischen Betreiber gegenüber den ausländischen Wettbewerbern führen, welche politisch nicht wünschenswert sein dürfte. Daher spricht vieles dafür, dass der Verweis im TKG auf die Drittelvermutung des GWB mit dem neuen Regulierungsrahmen nicht aufrecht erhalten werden dürfte.

Die Bestimmung der Marktmacht wird in Zukunft nicht mehr anhand der in den Richtlinien vorgegebenen Märkte bzw. Marktbereiche (Sprachtelefonie im Festnetz, Sprachtelefonie im Mobilfunk, Mietleitungen, Zusammenschaltung - jeweils national) erfolgen. Vielmehr richtet sich die Marktabgrenzung zukünftig nach den allgemeinen ökonomischen Grundsätzen der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit, wie sie in der wettbewerbsrechtlichen Praxis verwendet werden.<sup>27</sup> Durch diese Flexibilisierung der Marktabgrenzung dürften sich für die nationalen Regulierungsbehörden Spielräume zum Abbau der Regulierung auf wettbewerbsintensiven Märkten ergeben. Voraussetzung für eine solche Rückführung der Regulierung ist jedoch stets eine ökonomisch und rechtlich fundierte Begründung hierfür, so dass Regulierungsentscheidungen wie etwa diejenige über die Beendigung der Entgeltregulierung für den „Markt Türkei-Verbindungen“<sup>28</sup> zwar grundsätzlich zulässig, aber - insofern die Marktabgrenzung dabei ausdrücklich offen gelassen und einer späteren Entscheidung vorbehalten wurde - nicht rechtlich angemessen sein dürften.

---

<sup>25</sup> Verwaltungsvorschrift zur Auslegung von § 19 GWB im Sinne der Richtlinie 97/33/EG, Mitteilung Nr. 574/2001, ABl. (RegTP) 20/2001, S. 3086.

<sup>26</sup> S.o. Fn. 6.

<sup>27</sup> Vgl. die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 vom 9.12.1997.

<sup>28</sup> Beschluss vom 20.2.2001, Beschlusskammer 2, Az: BK 2c 00/18.

Die EU-Vorgaben zur Marktabgrenzung sind weniger strikt als diejenigen über die Marktbeherrschung. Wie in der Rahmenrichtlinie vorgesehen, wird die Kommission zunächst nach öffentlicher Konsultation und Konsultation der nationalen Regulierungsbehörden eine Empfehlung über diejenigen sachlich relevanten Märkte verabschieden, welche die nationalen Regulierer daraufhin zu untersuchen haben, ob sie *ex ante* zu regulieren sind.<sup>29</sup> Ein Entwurf dieser Kommissions-Empfehlung wurde am 17. Juni 2002 veröffentlicht<sup>30</sup> und einer öffentlichen Konsultation unterzogen. Ausgangspunkt für diese Empfehlung ist die im Anhang der Rahmenrichtlinie enthaltene Liste von Märkten, welche bereits vom Rat und vom Europäischen Parlament als möglicherweise zu regulierende Märkte vorgegeben worden sind. Die wesentlichen von der Kommission bei der Erarbeitung der Empfehlung und bei deren späteren periodisch vorgesehenen Anpassungen kumulativ verwendeten Kriterien sind erstens das Vorliegen dauerhafter hoher struktureller oder rechtlicher Markteintrittsbarrieren, zweitens das Fehlen potentiellen Wettbewerbs in einem vorhersehbaren Zeitraum und drittens die nur unzureichenden Eingriffsmöglichkeiten des allgemeinen Kartellrechts.<sup>31</sup>

Insbesondere dem dritten Kriterium kommt dabei eine erhebliche Bedeutung für das zukünftige Verhältnis zwischen der sektorspezifischen Regulierung und dem allgemeinen Kartellrecht im Bereich der elektronischen Kommunikation zu. Der damit statuierte generelle Vorrang des Kartellrechts gegenüber der Regulierung gilt lediglich dann nicht, wenn das Kartellrecht mit seinen inhaltlich begrenzten Eingriffsmöglichkeiten nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu schaffen bzw. zu stärken. Dieses ist nach Auffassung der Kommission etwa dann der Fall, wenn die Durchsetzung der angeordneten Rechtsfolge eine besonders detaillierte oder periodische Prüfung von Vertragsbestimmungen oder Kostenunterlagen notwendig macht.<sup>32</sup> Hieraus wird deutlich, dass die *ex ante*-Regulierung von Märkten unter dem neuen Rahmen nur noch dann erfolgt, wenn dieses erforderlich ist, um die Entwicklung des Wettbewerbs zu gewährleisten.<sup>33</sup>

Zwar sind im Anhang zu dem Empfehlungsentwurf auch bestimmte Mobilfunkmärkte verzeichnet, und zwar u.a. diejenigen für die Gesprächsterminierung in Mobilfunknetzen und für internationales Roaming zwischen Netzbetreibern. Dieses bedeutet jedoch noch nicht, dass diese Märkte auch zwingend zu regulieren sein werden, selbst wenn die Entgelte für beide Arten von Dienstleistungen möglicherweise die Wettbewerbsentwicklung behindern.<sup>34</sup> Wenn nämlich durch

---

<sup>29</sup> Artikel 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie.

<sup>30</sup> Working Document - Public consultation on a draft Commission Recommendation on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to *ex-ante* regulation in accordance with Directive 2002/21/EC ([http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/publicconsult/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/publicconsult/index_en.htm)).

<sup>31</sup> Vgl. Abschnitt 3.2. des *Explanatory Memorandum* zum Empfehlungsentwurf (s.o. Fn. 30) und Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.

<sup>32</sup> Vgl. das *Explanatory Memorandum* zum Empfehlungsentwurf (s.o. Fn. 30), S. 10.

<sup>33</sup> Vgl. Erwägungsgrund 25 der Rahmenrichtlinie.

<sup>34</sup> S.o. Fn. 23.

kartellrechtliche Verfahren der nationalen Wettbewerbsbehörden oder der Kommission erreicht würde, dass durch nachträgliche Missbrauchsaufsicht mehr Wettbewerb auf diesen Märkten entsteht, so könnte dieses dazu führen, dass die ex ante-Regulierung, etwa in Form von kostenorientierten Entgelten, in diesen Bereichen aufgrund des o.g. dritten Kriteriums überflüssig wird. Zudem werden auch die periodisch geplanten Anpassungen der Kommissions-Empfehlung den Markt- und Wettbewerbsentwicklungen Rechnung tragen. Insofern ist für die Terminierungsentgelte bereits eine erste Revision der Empfehlung im März 2003 vorgesehen.<sup>35</sup>

Diese Empfehlung und die im Anhang enthaltene Liste von Märkten haben trotz ihrer fehlenden originären Rechtsverbindlichkeit insofern faktisch bindenden Charakter für die Mitgliedstaaten, als diejenigen nationalen Regulierungsbehörden, die von diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bei einer geplanten Regulierungsentscheidung abweichen wollen, von der Kommission unter bestimmten Voraussetzungen dabei blockiert werden können.<sup>36</sup>

Zudem hat die Kommission zu den Fragen der Marktabgrenzung und der Bestimmung von individueller wie kollektiver Marktbeherrschung Leitlinien über die bisherige Fall-Praxis der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH/EuGI erarbeitet und einen entsprechenden Entwurf im März 2001 veröffentlicht.<sup>37</sup> Die nach Einarbeitung der Ergebnisse der öffentlichen Konsultation erstellte endgültige Fassung der Leitlinien wird in Kürze im Amtsblatt veröffentlicht. Damit soll den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt werden, sich zu diesen Fragen bei ihren Regulierungsentscheidungen anhand der europarechtlichen Kriterien zu orientieren.

Zwar kann eine Marktabgrenzung stets nur im Einzelfall sinnvoll vorgenommen werden. Dieses macht jedoch zusammenfassende Texte, wie etwa die Leitlinien, nicht überflüssig, in denen die bei der Marktabgrenzung verwendeten allgemeinen Kriterien und die Vorgehensweise der rechtsanwendenden Behörden dargelegt werden. Die Leitlinien dürften daher in erheblichem Masse zur Transparenz und Vorhersehbarkeit behördlicher Regulierungsentscheidungen beitragen.

### **3. Mitspracherecht der Kommission bei Regulierungsentscheidungen**

Die dritte wesentliche Neuerung im neuen EU-Rahmen betrifft solche Regelungen, die eine europaweite einheitliche Anwendung des neuen Regulierungsrahmens sicherstellen und damit zur Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in den Mitgliedstaaten und zur Schaffung eines Binnenmarktes für elektronische Kommunikationsdienste beitragen sollen.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> Vgl. das *Explanatory Memorandum* zum Empfehlungsentwurf (s.o. Fn. 30), S. 28.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu unten 3.

<sup>37</sup> Commission Guidelines on market analysis and the calculation of significant market power under the Community regulatory framework for electronic communications networks and services. (<http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/others>); Presseerklärung der Kommission IP/02/1016 vom 9.7.2002.

<sup>38</sup> Artikel 7, 15 und 16 der Rahmenrichtlinie.

Die nationalen Regulierungsbehörden untersuchen zunächst die in der Kommissions-Empfehlung benannten Märkte darauf hin, ob sie *ex ante* zu regulieren sind. Diese Marktanalyse besteht aus zwei Schritten, nämlich zunächst der Marktabgrenzung in sachlicher und geografischer Hinsicht<sup>39</sup> und sodann der Untersuchung, ob auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht. Letzteres ist dann anzunehmen, wenn kein Betreiber auf dem relevanten Markt beträchtliche Marktmacht (SMP) besitzt, also wenn keine Marktbeherrschung eines oder mehrerer Betreiber im Sinne des EG-Kartellrechts vorliegt.<sup>40</sup> Der Regulierungsrahmen gibt insofern also eine einstufige Prüfung anhand des SMP-Kriteriums vor, die keinen Raum mehr für eine nachgeschaltete Prüfung wirksamen Wettbewerbs trotz Vorliegens von SMP zulässt. Die Leitlinien der Kommission geben den Regulierungsbehörden Anhaltspunkte für die Durchführung dieser Marktanalyse nach dem Regulierungsrahmen.

Kommt die Regulierungsbehörde zu dem Schluss, dass auf dem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb vorliegt, so hat sie den betroffenen Betreibern angemessene regulatorische *ex ante*-Verpflichtungen aufzuerlegen bzw. bestehende Verpflichtungen fortgelten zu lassen.<sup>41</sup> Als solche sind, je nach Bedarf und Verhältnismässigkeit im Einzelfall, Transparenz und Nichtdiskriminierung, aber auch Kontentrennung, Zugangspflicht und kostenorientierte Entgelte möglich. Bei der Auswahl des zur Beseitigung des festgestellten Wettbewerbshindernisses am besten geeigneten Instruments haben die Regulierer ein Ermessen, bei dessen Ausübung sie die in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie aufgelisteten Ziele und Prinzipien sowie den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten haben.

Bevor eine nationale Regulierungsbehörde eine Entscheidung mit grenzüberschreitender Auswirkung auf den Handel trifft, welche die Marktabgrenzung, die Marktanalyse, die Anordnung einer Zugangspflicht oder die Regulierung von Endkundenentgelten zum Gegenstand hat, so hat sie die anderen nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission über den Entwurf zu konsultieren. Die anderen Regulierer und die Kommission haben binnen eines Monats das Recht, zu dem Entwurf Stellung zu nehmen. Die Regulierungsentscheidung darf innerhalb dieser Frist nicht erlassen werden.<sup>42</sup>

Beabsichtigt der nationale Regulierer mit seiner geplanten Entscheidung von einer in der Empfehlung enthaltenen Marktabgrenzung abweichen und sieht die Kommission hierin ein Hemmnis für den Binnenmarkt oder eine mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbare Regelung, so kann sie die geplante Regulierungsentscheidung blockieren. Gleiches gilt auch für Entscheidungsentwürfe, welche die Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zum Gegenstand haben. In diesen Fällen

---

<sup>39</sup> Artikel 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie.

<sup>40</sup> Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.

<sup>41</sup> Artikel 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie, anders aber die Eckpunkte des BMWi (s.o. Fn. 17), S. 5, in denen ein Ermessen der Regulierer angenommen wird, „darüber zu entscheiden, **ob** und wie im Falle des Nichtexistenz wirksamen Wettbewerbs konkret eingegriffen wird“ (Hervorhebung durch Verf.); anders auch *R. Schütz/T. Attendorn* (s.o. Fn. 3), S. 15.

<sup>42</sup> Artikel 7 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie.

hat die Kommission, nach Beratung im sog. Kommunikationsausschuss<sup>43</sup>, die Befugnis, den betreffenden Regulierer binnen einer Frist von zwei Monaten aufzufordern, die geplante Entscheidung nicht zu erlassen.<sup>44</sup> Insofern besteht also erheblicher gesetzgeberischer Anpassungsbedarf im TKG, wobei insbesondere Fragen der Beteiligungsrechte betroffener Unternehmen und des Rechtsschutzes gegen Regulierungsentscheidungen präzise zu regeln sein werden.<sup>45</sup>

Insbesondere gegen dieses Verfahren wird verschiedentlich Kritik geäußert. Das Verfahren wird dabei insgesamt als zu kompliziert, langwierig und für die Unternehmen als zu unvorhersehbar bezeichnet. Teilweise wird aufgrund dieser Regelungen bereits befürchtet, dass die Kommission dadurch zu einem „Euro-Regulierer“ werde.<sup>46</sup> Da dieser von der Mehrheit der Mitgliedstaaten jedoch ablehnt werde, wird verlangt, dass die Kommission sich bei der Ausübung ihrer Befugnisse im Rahmen des Artikel 7-Verfahrens eine Selbstbeschränkung auferlege.<sup>47</sup>

Solche Befürchtungen und Forderungen übersehen jedoch, dass eine derartige Form der Harmonisierung mit einer koordinierenden Beteiligung der Kommission von vielen grenzüberschreitend tätigen Betreibern gerade verlangt wurde, da die stark unterschiedliche Regulierungspraxis in den EU-Mitgliedstaaten ihnen bei dem Einstieg in neue Märkte Hindernisse in den Weg legte.<sup>48</sup> Auch von den Mitgliedstaaten wurden in den vergangenen Jahren mehrfach solche Forderungen laut, insbesondere im Zug der Vergabe der UMTS-Lizenzen im Jahr 2000. Schliesslich haben die Mitgliedstaaten diese Regelung im Rat angenommen und der Kommission damit entsprechende neue Zuständigkeiten übertragen.

Ein „Euro-Regulierer“ entsteht schon wegen der inhaltlich begrenzten Kompetenzen der Kommission nicht.<sup>49</sup> Die Kommission erhält durch die Rahmenrichtlinie lediglich das Recht, die nationalen Regulierungsbehörden aufzufordern, eine geplante Entscheidung nicht zu erlassen und ihr Vorschläge für eine gemeinschaftsrechtskonforme Regelung zu unterbreiten. Eine positive Befugnis zu Anordnung bestimmter regulatorischer Massnahmen ist dagegen für die Kommission nicht vorgesehen. Zudem haben die Mitgliedstaaten das Recht, in bestimmten Fällen besonderer Dringlichkeit auch Regulierungsentscheidungen zu erlassen, ohne vorher das Verfahren der Abstimmung mit den anderen Mitgliedstaaten und der Kommission

---

<sup>43</sup> Artikel 7 Abs. 4 und Artikel 22 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie mit Verweis auf den sog. Komitologie-Beschluss des Rates vom 28.6.1999, ABl. L 184, 17.7.1999, S. 23; vgl. dazu C. Huppertz, Der institutionelle Rahmen des EU-Telekommunikationsrechts, K&R 8/2001, S. 402.

<sup>44</sup> Artikel 7 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie.

<sup>45</sup> Detailliert hierzu: R. Schütz/T. Attendorp (s.o. Fn. 3), S. 32.

<sup>46</sup> K.-H. Neumann, WIK-Konferenz in Berlin am 26./27.2.2002, WIK-Proceedings Nr. 9, S. III.

<sup>47</sup> M. Kurth, Präsident der RegTP, F.A.Z. vom 21.1.2002, S. 15.

<sup>48</sup> 7. Umsetzungsbericht der Kommission, 2001, S. 5, Pkt. 1.3.

<sup>49</sup> W. Möschel, WIK-Konferenz in Berlin am 26./27.2.2002, WIK-Proceedings Nr. 9, S. 228.

durchlaufen zu müssen.<sup>50</sup> Allerdings dürfen derartige Anordnungen nur vorläufigen Charakter haben und sind der Kommission unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.

Sinn und Zweck der neuen Regelung ist vielmehr die Schaffung eines Netzwerks zwischen den nationalen Regulierern und der Kommission im Hinblick auf die Verwirklichung des gemeinsamen Ziels, nämlich der Stärkung der europäischen Kommunikationsindustrien durch Schaffung und Sicherung dauerhaften Wettbewerbs. Dieses Ziel lässt sich nicht verwirklichen, ohne gemeinsame Verfahrensregelungen vorzusehen, die dann in bestimmten Fällen auch zu einem inhaltlich komplexeren und zeitlich längeren Regulierungsverfahren führen können. Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein grosser Teil der EU-weiten Abstimmung der Regulierungsprozesse bereits auf der Ebene zwischen den nationalen Regulierern erfolgen wird. Nur in wesentlichen, streitigen Fällen mit EU-weiter Bedeutung käme es dann zur zweiten Stufe des Konsultationsverfahrens mit Beteiligung der Kommission. Diese Verfahren müssen dabei nicht notwendig in kontrovers geführte Prozeduren zwischen den nationalen Regulierern und der Kommission münden. Vielmehr dürften sich aus dem praktischen Zusammenwirken der nationalen und der europäischen Ebene in bestimmten Fällen durchaus auch parallele Interessenlagen ergeben.

Die nationalen Regulierungsbehörden dürften künftig in der *European Regulatory Group* (ERG)<sup>51</sup> noch enger zusammen arbeiten als bisher in der *Independent Regulatory Group* (IRG). Die Kommission ist zur Überwachung der korrekten Umsetzung und Anwendung des neuen Regulierungsrahmens berufen. Beide Institutionen verfolgen das gleiche Ziel, nämlich die Schaffung und dauerhafte Sicherung des Wettbewerbs im Bereich der elektronischen Kommunikation, allerdings unter Verwendung unterschiedlicher rechtlicher Regelungsinstrumente. Beim Zusammenwirken aller beteiligten Stellen in den einzurichtenden Verfahren sind zukünftig durchaus auch Fallgestaltungen denkbar, in denen die nationalen Regulierer sich für geplante Entscheidungen die nötige Rückendeckung der Kommission einholen, um sich damit gegen einseitige politische oder wirtschaftliche Einflussnahme zu wappnen.

Der neue Regulierungsrahmen bietet bei gemeinschaftsrechtskonformer Umsetzung und effektiver Anwendung in den Mitgliedstaaten die Chance, die asymmetrische sektorspezifische Regulierung der elektronischen Kommunikation in den kommenden Jahren weitgehend überflüssig zu machen. Die Einführung kartellrechtlicher Kriterien in die Regulierung ist darauf angelegt, den Übergang zu einem liberalisierten und deregulierten Sektor zu erleichtern. Wann dieser ordnungspolitisch wünschenswerte Übergang erfolgen wird, lässt sich gegenwärtig allerdings noch nicht absehen, sondern bleibt einer späteren Reformdebatte auf der Grundlage der Erfahrungen mit dem neuen Regulierungsrahmen vorbehalten.

---

<sup>50</sup> Artikel 7 Abs. 6 der Rahmenrichtlinie.

<sup>51</sup> Vgl. Erwägungsgrund 36 der Rahmenrichtlinie.