

Robert Klotz^{*)}

Wettbewerb in der Telekommunikation: Brauchen wir die ex-ante-Regulierung noch?

Am 25. Juli 2003 ist die Umsetzungsfrist für die neuen EG-Richtlinien im Bereich der elektronischen Kommunikation abgelaufen. Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte folgt nunmehr kartellrechtlichen Kriterien. Daher stellt sich verstärkt die Frage nach dem Verhältnis zwischen Regulierung und Kartellrecht in diesem Sektor. Vor dem Hintergrund der aktuellen Debatte über den „richtigen Weg“ zu dauerhaftem Wettbewerb zeigt der Beitrag die neuen Regulierungsvorgaben für die Schaffung und Erhaltung von Wettbewerb in der Telekommunikation auf und beleuchtet anhand von aktuellen Beispielen aus der Fallpraxis die Effizienz des allgemeinen Kartellrechts und der sektorspezifischen Regulierung. Anhand eines Vergleiches beider Regelungsbereiche wird dargelegt, dass ein zu früh vollzogener Übergang von der sektorspezifischen Regulierung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht sowohl für die neuen Marktteilnehmer als auch für die regulierten Unternehmen beträchtliche Risiken birgt. Vielmehr plädiert der Verfasser im Interesse eines dauerhaften Wettbewerbs für die strikte und vor allem konsistente Anwendung von Regulierung und Kartellrecht.

^{*)} Der Verfasser ist Verwaltungsrat in der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission. Der Beitrag gibt seine persönliche Auffassung wieder und beruht auf einem Vortrag im Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn im Januar 2003.

I. Einleitung

Nach mehr als fünf Jahren vollständiger Liberalisierung und sektorspezifischer Regulierung der Telekommunikationsmärkte in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist es nunmehr an der Zeit, eine Zwischenbilanz zu ziehen. Ausgangspunkt ist dabei der gegenwärtig erreichte Stand des Wettbewerbs, gemessen an der Zahl und der wirtschaftlichen Stärke der neuen Wettbewerber im Verhältnis zu den etablierten Betreibern, aber auch an den hierdurch erzielten Verbrauchervorteilen.¹⁾ Aus diesen tatsächlichen Entwicklungen werden in der Praxis und in der Literatur unterschiedliche Folgerungen für die am besten geeigneten rechtlichen Rahmenbedingungen gezogen. Die Debatte über den „richtigen Weg“ zu dauerhaftem Wettbewerb in der elektronischen Kommunikation, die momentan nicht nur in Deutschland vertieft und kontrovers geführt wird, soll im vorliegenden Beitrag zunächst kurz skizziert werden. Sodann werden der Anwendungsbereich und die Eingriffsmöglichkeiten der sektorspezifischen Regulierung und des allgemeinen Kartellrechts in diesem Sektor im Lichte der aktuellen Entwicklungen dargestellt. Schließlich werden die bestehenden und zu erwartenden Verbindungslinien zwischen beiden Regelungsbereichen aufgezeigt und Schlussfolgerungen abgeleitet, die auch für die aktuelle Gesetzgebungsdebatte in Deutschland von Bedeutung sind.

II. Die Debatte über den „richtigen Weg“ zu mehr Wettbewerb

1. Vorgetragene Forderungen

Die etablierten Betreiber sind seit mehreren Jahren einer asymmetrischen Regulierung unterworfen und verlangen deshalb in der Regel einen baldigen und weitgehenden Abbau der sektorspezifischen Regulierung. Sie sind dabei der Auffassung, dass in den letzten Jahren bereits soviel Wettbewerb entstanden ist, dass die Wettbewerber nunmehr – bis auf wenige Ausnahmen – nicht mehr auf den Zugang zu Vorleistungen angewiesen seien, um in die ehemaligen Monopolmärkte einzusteigen und sich dort auch dauerhaft zu etablieren. Durch die Regulierung würden die Wettbewerber zu bloßen „Trittbrettfahrern“, die auf Kosten der durch den Netzinhaber getätigten Investitionen ein schnelles Geschäft anstreben, aber keine eigenen Mittel in den Netzausbau investieren wollten. Daher sei die ex-ante-Regulierung in weiten Teilen nicht mehr notwendig und somit nicht mehr gerechtfertigt. Vielmehr reiche das allgemeine Kartellrecht aus, um durch die ex-post-Missbrauchsaufsicht die marktbeherrschenden Unternehmen daran zu hindern, sich in wettbewerbschädigender Weise auf

1) Vgl. für die EU: Achter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, KOM (2002), 695 endg. vom 3.12.2002; für Deutschland: Jahresbericht 2002, Marktbeobachtungsdaten der RegTP, www.regtp.de/schriften/start/fs_08.html.

den Telekommunikationsmärkten zu verhalten. Diese Auffassung wird unterstützt von einigen Vertretern der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Lehre, die eine Rückführung der Regulierung bereits auf der gesetzlichen Ebene fordern.²⁾

Dagegen stehen die nicht minder deutlich vorgetragenen Forderungen der Wettbewerber und ihrer Verbände, nach denen die sektorspezifische Regulierung grundsätzlich fortgelten solle. Zwar sehen auch die Wettbewerber durchaus die Nachteile einer spezifischen Regulierung, jedoch sei die Regulierung im Moment noch unverzichtbar, da viele Wettbewerber noch Zugang zu Vorleistungen zu wirtschaftlich fairen Bedingungen benötigten, um sich überhaupt im Markt behaupten zu können.³⁾ In diese Richtung gehen auch die Schlussfolgerungen der Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom Dezember 2001. Hierin bewertet die Monopolkommission die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gem. § 81 Abs. 3 TKG als noch unzureichend und spricht sich deshalb gegen eine substanzielle Rückführung der Telekommunikationsregulierung aus. Vielmehr hat sich der Ordnungsrahmen des TKG nach Auffassung der Monopolkommission im Wesentlichen bewährt.⁴⁾ Noch weiter geht der Vorsitzende der Monopolkommission, Professor *Hellwig*, in seiner Stellungnahme vom Juni 2003 zum Referentenentwurf für die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes. *Hellwig* warnt hierin ausdrücklich vor den im Referentenentwurf vorgesehenen deutlichen Änderungen des gegenwärtigen Ordnungsrahmens der Telekommunikation in Deutschland, die nach seiner Auffassung zu einer Rückentwicklung des Wettbewerbs bis hin zu einer Remonopolisierung vieler Bereiche führen könne.⁵⁾

Ferner gibt es auch Stimmen, die nicht nur eine Beibehaltung, sondern sogar eine Ausdehnung der bestehenden Regulierung auf neue Bereiche und eine Verschärfung der regulatorischen Eingriffsmöglichkeiten fordern. Diese Forderungen

2) Vgl. für Deutschland z.B. *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb – Eine ordnungspolitische Konzeption nach drei Jahren Marktöffnung, Gutachten im Auftrag der Deutsche Telekom AG, März 2001; für Österreich: *Barfuss/Bertl/Bonek*, Kritische Analyse des österreichischen Telekommunikationsmarktes – Ansätze für eine neue Regulierungspolitik, Gutachten im Auftrag der Telekom Austria, September 2001; ferner *Hefekäuser*, MMR 6/2000, S. XIV; *Immenga*, WuW 1999, 959 ff.

3) Stellungnahme des VATM vom 24.5.2002 zum Eckpunktepapier Telekommunikation des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie 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“; vgl. auch *Wagner*, MMR 8/2003, Editorial.

4) Vierzehntes Hauptgutachten 2000/2001, Netzettbewerb durch Regulierung, 2003, S. 52; Sondergutachten 33, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, 2002, S. 150; dazu *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294.

5) *Hellwig*, Stellungnahme zum Referentenentwurf TKG-E 2003 vom 30.4.2003 für eine Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, S. 2.

gen beziehen sich teilweise auf die Ausdehnung der Regulierung auf zusätzliche Märkte wie etwa den des Mobilfunks.⁶⁾ Andere Forderungen beziehen sich ganz allgemein auf eine mittelbar aus den Zugangsnormen abzuleitende Verpflichtung des beherrschenden Betreibers, seine Netze auf Verlangen der Wettbewerber an-, aus-, um- oder sogar neu zu bauen, um dem spezifischen Ungleichgewicht zwischen etablierten Betreibern mit „ererbtem“ Netz und neuen Wettbewerbern angemessen Rechnung zu tragen.⁷⁾ In eine ähnliche Richtung gehen schließlich die Forderungen der Internet Service Provider (ISP), die über den Fall der bloßen Nichtdiskriminierung hinaus einen Anspruch auf bestimmte Vorleistungen gegen die etablierten Betreiber anstreben, unabhängig davon, ob die etablierten Betreiber diese Vorleistungen auch ihren eigenen nachgelagerten Unternehmensteilen zur Verfügung stellen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Forderung nach einer Festsetzung von Vorleistungsentgelten für den Zugang zum Internet in der Form eines Pauschalbetrags (Flatrate) zu nennen, auch wenn der beherrschende Betreiber ein solches Entgelt nicht ebenfalls seiner Tochtergesellschaft, die als Internet Service Provider im Markt tätig ist, gewährt.⁸⁾

2. Das verfolgte Kernziel

Trotz dieser stark voneinander abweichenden Ansätze besteht bei allen Beteiligten im Wesentlichen Einigkeit über das mit der sektorspezifischen Gesetzgebung allgemein verfolgte Politikziel. Durch die Beendigung der ehemaligen staatlichen Monopole und die Einführung einer sektorspezifischen Regulierung im Telekommunikationssektor seit Ende der achtziger Jahre soll ein dauerhaft selbsttragender Wettbewerb in diesem Bereich erreicht werden. Hierzu ist anzustreben, dass mehrere Anbieter auf den verschiedenen Märkten der elektronischen Kommunikation tätig sind und sich nach ihrem Markteintritt dort auch etablieren, ohne dauerhaft von den traditionellen Anbietern abhängig zu sein. Eine Mehrzahl von Wettbewerbern und die damit verbundene Möglichkeit der Auswahl zwischen verschiedenen Anbietern im Markt ist aus der Sicht der Verbraucher die beste Gewähr für die fortwährende Verbesserung der angebotenen Dienste zu attraktiven Preisen. Aus diesem Ziel lässt sich allerdings nicht zugleich auch ein Schutz jedes einzelnen Wettbewerbers ableiten, denn eine solche Funktion hat weder die Regulierung noch das allgemeine Wettbewerbsrecht.

6) Selbst *Kirchner*, der sich grundsätzlich eher für einen Abbau der TK-Regulierung ausspricht (vgl. MMR-Beilage 1/2003, S. 26), erkennt an, dass durch eine verschärfte Regulierung des Mobilfunks der Wettbewerb in diesem Bereich gefördert werden könne, MMR-Beilage 8/2002, S. 21.

7) Vgl. *Koenig/Kühling/Winkler*, WuW 2003, 228, 230.

8) Vgl. hierzu detailliert: *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, S. 1, 17; *Koenig/Neumann*, K&R 2003, 217; siehe auch MMR-Beilage 3/2003: Wettbewerb im Internetzugangsmarkt.

3. Wege zur Erreichung dieses Ziels

Grundsätzlich sind zur Erzielung eines wirksamen Wettbewerbs in einem ehemaligen Monoporsektor durchaus mehrere Wege denkbar.⁹⁾ Einerseits kann der Wettbewerb durch die sektorspezifische Regulierung, d.h. durch gesetzliche Statuierung besonderer Vorabverpflichtungen hinsichtlich des Zugangs zu Netzen und Diensten sowie der hierfür zu entrichtenden Entgelte erfolgen. In der Europäischen Union ist eine solche ex-ante-Regulierung auf Grund der Richtlinien der „ersten“ und der „zweiten Generation“ gegenüber den Mitgliedstaaten als Modell rechtsverbindlich vorgegeben. Die eigentliche Regulierung der Telekommunikationsmärkte erfolgt dabei auf der nationalen Ebene.

Der zweite mögliche Weg zur Schaffung von Wettbewerb ist der Rekurs auf die Wettbewerbsvorschriften, im Fall der Europäischen Union also auf die Art. 81 bis 86 EG-Vertrag sowie auf die entsprechenden Vorschriften in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten. Diese Vorschriften finden ex-post Anwendung, d.h. sie setzen eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung oder ein missbräuchliches Verhalten der Betreiber notwendigerweise voraus. In rechtlicher Hinsicht sind Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht nebeneinander anwendbar. Das ergibt sich für die Wettbewerbsvorschriften des EG-Vertrags bereits aus dem Anwendungsvorrang im Verhältnis zum nationalen Recht. Für das deutsche Wettbewerbsrecht folgt dies aus der Bestimmung des § 3 TKG, wonach die Anwendung des GWB vom TKG unberührt bleibt. In faktischer Hinsicht ergibt sich jedoch bei bestimmten ex-ante-regulierten Sachverhalten, wie z.B. bei Zugangsanordnungen oder bei der Entgeltregulierung nach dem Regulierungsrecht, ein Vorrang der sektorspezifischen Regulierung, so dass die Notwendigkeit eines Einschreitens anhand der Wettbewerbsregeln entfällt.¹⁰⁾

4. Der gesetzlich vorgeschriebene Weg

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung soll weniger das Für und Wider der sektorspezifischen Regulierung im Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht sein. Vielmehr soll anhand einer Beschreibung und kurzen Analyse der in den verschiedenen Zeitabschnitten durch den Richtliniengeber¹¹⁾ gesetzten Rahmenbedingungen der gegenwärtig erreichte verbindlich vorgegebene

9) Der Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ wird z.B. in Erwägungsgrund 1 der RL 2002/21/EG verwendet. Zum Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ vgl. *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten, 2002, passim.

10) Vgl. näheres hierzu unten IV.

11) Dieses sind in erster Linie der Rat als Organ der Mitgliedstaaten und das Europäische Parlament, aber auch die Kommission als Initiativorgan.

Rechtszustand für die Schaffung des Wettbewerbs in der Telekommunikation aufgezeigt werden und sodann als Grundlage für die zu ziehenden Schlussfolgerungen dienen.

4.1 Monopolregulierung

In einem ersten zeitlichen Abschnitt war der Telekommunikationssektor noch durch das Vorliegen staatlicher Monopole gekennzeichnet. In dieser Zeit fand kein Wettbewerb zwischen Betreibern statt, und die Festsetzung der Bedingungen sowie Preise für die den Nutzern angebotenen Dienste erfolgte im Wege der staatlichen Regelung, in Deutschland durch das Bundesministerium für Post und Telekommunikation. Das EG-Kartellrecht fand allerdings auch auf die staatlichen Monopole Anwendung. So hat die Kommission bereits im Jahr 1982 in dem Verfahren gegen British Telecommunications entschieden, dass der Bestand eines Monopols als solches zwar nicht gegen Art. 82 EG-Vertrag verstößt, aber die Bedingungen der Ausübung der durch den Monopolisten erbrachten Dienstleistungen deswegen nicht grundsätzlich von der Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln ausgeschlossen sind.¹²⁾ In diesem Fall hat die Kommission mehrere in den Lizenzbedingungen enthaltene Bestimmungen über die Beschränkung der Weiterleitung von grenzüberschreitenden Fernschreibnachrichten als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung qualifiziert.¹³⁾

4.2 Liberalisierung und Regulierung ab 1998

Der zweite Zeitabschnitt begann am 1. Januar 1998 mit der vollständigen Liberalisierung sämtlicher Telekommunikationsmärkte. Die Liberalisierung war bis zu diesem Datum schrittweise mit Hilfe von Richtlinien der Kommission gem. Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag erfolgt.¹⁴⁾ Gleichzeitig wurde der Telekommunikationssektor einer weit reichenden asymmetrischen ex-ante-Regulierung unterworfen, welche durch die so genannten ONP-Richtlinien (Open Network Provision) des Rates und des Europäischen Parlaments gem. Art. 95 EG-Vertrag vorgegeben, auf nationaler Ebene umgesetzt und seitdem durch die in allen Mitgliedstaaten eingesetzten nationalen Regulierungsbehörden in der Praxis ausgeführt wurden.¹⁵⁾ Diese Regulierung war in ordnungspolitischer Hinsicht im Verhältnis zu den unregulierten, allein dem allgemeinen Kartellrecht unterlie-

12) ABl L 360 v. 21.12.1982, S. 36 Rz. 33.

13) Vgl. hierzu *Schulte-Braucks*, WuW 1986, 202.

14) Vgl. *Hochbaum/Klotz*, in: v.d. Groeben/Schwarze, Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6. Aufl. (im Erscheinen), Art. 86 Rz. 119 ff.

15) Vgl. für eine Beschreibung des alten Rechtsrahmens: *Koenig/Bartosch/Braun*, EC Competition and Telecommunications Law, 2002, Kapitel 7–11; *Wissmann/Klümper*, in: Wissmann, Telekommunikationsrecht, 2003, Kapitel 1, Rz. 5 ff.

genden Märkten insofern als atypisch anzusehen, als sie an spezifische, eigens für diesen Sektor entwickelte niedriger angesetzte Voraussetzungen anknüpfte. Diese bestanden in dem Kriterium der beträchtlichen Marktmacht (significant market power: SMP), welche bei Vorliegen von mindestens 25 % Marktanteilen auf einem der vier in den ONP-Richtlinien vorgegebenen Marktbereichen Festnetz, Mobilfunk, Zusammenschaltung und Mietleitungen angenommen wurde. Die so genannten SMP-Betreiber unterlagen dann stets besonderen Zugangsverpflichtungen zu Gunsten ihrer Wettbewerber sowie einer ex-ante-Genehmigungspflicht für die von ihnen erhobenen Entgelte. Diese Regelungen galten noch bis zum 24. Juli 2003.

4.3 Reform der Regulierung ab 2002

Der dritte Zeitabschnitt begann in rechtlicher Hinsicht am 25. Juli 2003 mit dem Ablauf der fünfzehnmonatigen Umsetzungsfrist der neuen EG-Richtlinien.¹⁶⁾ Mittlerweile hat sich jedoch herausgestellt, dass die Umsetzung in einigen Mitgliedstaaten, darunter auch Deutschland, durchaus mehr Zeit beanspruchen wird als durch die Richtlinien vorgegeben ist. Dieser Umstand ist für die Unternehmen des Telekommunikationssektors, aber auch aus Verbrauchersicht nicht unproblematisch. Den Wettbewerbern wird durch diese Verzögerung die Möglichkeit vorenthalten, bestimmte Ansprüche, etwa auf Zugang zu Netzen und Diensten des Marktbeherrschers, geltend zu machen, die ihnen nach dem neuen Recht entstünden. Die Marktbeherrscher werden auf Grund der verzögerten Richtlinienumsetzung das im neuen Regulierungsrecht enthaltene Deregulierungspotenzial erst später als vorgesehen abrufen können. Für alle Marktteilnehmer kommt es jedenfalls zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, die sich negativ auf anstehende Investitionsentscheidungen auswirken dürfte.

Der neue Regulierungsrahmen sieht zwar eine Fortführung der seit 1998 geltenden sektorspezifischen Regulierung vor, ist jedoch durch mehr Flexibilität darauf angelegt, die Regulierung in den kommenden Jahren in dem Maß zurückzuführen, wie tatsächlich wirksamer Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten entsteht. Diese Rückführung wird im Wesentlichen durch die Ausrichtung der Voraussetzungen für Regulierungseingriffe an die allgemein

16) 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 v. 24.4.2002, S. 33; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über Zugang und Zusammenschaltung, ABl L 108 v. 24.4.2002, S. 7; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über Genehmigungen, ABl L 108 v. 24.4.2002, S. 21; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.3.2002 über Universaldienst und Nutzerrechte, ABl L 108 v. 24.4.2002, S. 51; zum Umsetzungsbedarf: *Schütz/Attendorp/König*, Elektronische Kommunikation, Europarechtliche Vorgaben und ihre Umsetzung in Deutschland, 2003; zur Bewertung des Referententwurfs zum TKG: *Hellwig* (Fußn. 5), S. 2, und *Klotz*, MMR 2003, 495.

anerkannten und durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts Erster Instanz bestätigten kartellrechtlichen Kriterien erreicht. Diese Kriterien betreffen die Marktdefinition und die Bestimmung der beträchtlichen Marktmacht als Interventionsschwelle für die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen.¹⁷⁾

4.4 Vollständige Deregulierung

In einem – bislang noch nicht absehbaren – vierten zeitlichen Abschnitt könnte die sektorspezifische Regulierung möglicherweise in der Zukunft vollständig abgebaut und der Sektor der elektronischen Kommunikation allein dem Kartellrecht unterworfen werden. Bevor dieser Schritt auf gesetzgeberischer Ebene vollzogen werden kann, ist jedoch zunächst die Feststellung erforderlich, dass ein hinreichend selbsttragender Wettbewerb entstanden ist, der es den verschiedenen Wettbewerbern ermöglicht, auf längere Sicht unabhängig von Vorleistungen anderer Betreiber im Markt zu verbleiben. Diese Entscheidung beruht somit im Wesentlichen auf zukünftigen Marktentwicklungen und lässt sich heute mit Blick auf die allgemeine Wettbewerbssituation in der Telekommunikation¹⁸⁾ weder dem Grunde nach noch im Hinblick auf einen zeitlichen Rahmen bereits verbindlich voraussagen. Obwohl vereinzelt Forderungen nach einer so genannten *sunset clause* gestellt worden sind, enthält der neue EG-Regulierungsrahmen deshalb auch kein rechtlich verbindliches Enddatum für die Anwendung der sektorspezifischen Regulierung, sondern ermöglicht lediglich eine flexible Rückführung der Regulierung für solche Märkte, auf denen ein hinreichendes Maß an Wettbewerb erreicht wurde.

III. Der neue Regulierungsrahmen

Die Reform des europäischen Regulierungsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste ist nach mehrjährigen Vorarbeiten nunmehr abgeschlossen. Am 24. April 2002 sind fünf neue EG-Richtlinien in Kraft getreten und waren bis zum 25. Juli 2003 in das nationale Recht umzusetzen.¹⁹⁾ Das Reformpaket wird vervollständigt durch die Datenschutzrichtlinie des Rates und des Europäischen Parlaments,²⁰⁾ die konsolidierte Liberalisierungsrichtlinie der Kommission gem. Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag²¹⁾ sowie weitere rechtlich unver-

17) Vgl. hierzu unten III.

18) Achter Bericht der Kommission über die Umsetzung des Reformpakets für den Telekommunikationssektor, KOM (2002), 695, endgültig vom 3.12.2001; vgl. auch *Sonnenschein/Börsen/Ferrari/Dettki/Freyberg*, Innovative Regulierung, 2003, S. 17 ff.

19) S. Fußn. 16.

20) Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl L 201 v. 31.7.2002.

bindliche Rechtsakte der Kommission, insbesondere die Empfehlung über sachlich relevante Märkte, die für eine Vorabregulierung in Betracht kommen,²²⁾ sowie die Leitlinien über Marktabgrenzung und Bestimmung von beträchtlicher Marktmacht.²³⁾

Mit den neuen Richtlinien werden im Wesentlichen drei Ziele verfolgt: Erstens die Gleichbehandlung aller Netze und Dienste im Bereich der elektronischen Kommunikation im Hinblick auf deren zunehmende Konvergenz, zweitens die Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an die Konzeptionen des Wettbewerbsrechts und drittens die Schaffung und Gewährleistung einheitlicher Regulierungsbedingungen in den Mitgliedstaaten der EU.

1. Fortbestand und erweiterter Anwendungsbereich der Regulierung

Die sektorspezifische asymmetrische Regulierung besteht unter dem neuen Rechtsrahmen fort. Grund hierfür ist die Erkenntnis, dass noch kein hinreichender selbsttragender Wettbewerb auf den verschiedenen Telekommunikationsmärkten entstanden ist, welcher auch ohne die Regulierung fortbestehen würde. Der sachliche Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung wird, jedenfalls von Gesetzes wegen, sogar auf mehrere bislang nicht erfasste Bereiche auszudehnen sein. Auf Grund 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 Fest- oder Mobilfunknetze, über Kabel-TV, Satellit, Antenne, über das Internet-Protokoll oder das Stromnetz zum Endkunden transportiert werden.²⁴⁾ Dagegen erfasst der neue EG-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, unterliegt also nur ein Teil der Geschäftstätigkeit der sektorspezifischen Regulierung.²⁵⁾

21) Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16.9.2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl L 249 v. 17.9.2002 (ersetzt die Richtlinien der Kommission 90/388/EWG, 94/46/EG, 95/51/EG, 96/2/EG, 96/19/EG und 1999/64/EG).

22) Empfehlung der Kommission vom 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die auf Grund 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, ABl L 114 v. 8.5.2003, S. 45.

23) Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht unter dem EU-Regulierungsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl C 165 v. 11.7.2002.

24) Art. 2 a) und Erwägungsgrund 5 Rahmenrichtlinie.

25) Vgl. Erwägungsgrund 10 Rahmenrichtlinie.

Zwar ist bereits der Anwendungsbereich des seit dem 1. August 1996 geltenden TKG so formuliert, dass grundsätzlich auch andere Infrastruktur als das herkömmliche Telefonfestnetz von der Regulierung erfasst wird.²⁶⁾ 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.²⁷⁾ Die Differenzierung der Entgeltregulierung nach Lizenzklassen hatte darüber hinaus zur Konsequenz, dass die ex-ante-Regulierung auf Mobilfunkbetreiber bislang keine Anwendung fand.²⁸⁾ Vielmehr war für die Mobilfunkentgelte lediglich die nachträgliche Missbrauchsaufsicht vorgesehen.²⁹⁾ Insofern ist also eine Erweiterung des Anwendungsbereichs bzw. zumindest eine Klarstellung des erweiterten Anwendungsbereichs der Regulierung in das neue TKG aufzunehmen.³⁰⁾

2. Kartellrechtliche Kriterien für die Regulierung

Die zweite grundlegende Neuerung liegt in der Einführung wettbewerbsrechtlicher Konzepte für die Marktabgrenzung und die Marktanalyse. Dieses bedeutet die Abkehr von der bislang geltenden sektorspezifischen Eingriffsschwelle der beträchtlichen Marktmacht (SMP) mit Marktanteilen von mindestens 25 % als alleinigem Kriterium und vordefinierten, rein angebotsorientierten Märkten.

2.1 Beträchtliche Marktmacht

In Zukunft wird die „Marktbeherrschung“ im Sinne des EG-Kartellrechts die Eingriffsschwelle für Regulierung sein, auch wenn der Begriff der beträchtlichen Marktmacht weiterhin hierfür verwendet wird.³¹⁾ Nur noch solche Betreiber werden daher zukünftig der Regulierung unterliegen, die auf Grund ihrer starken wirtschaftlichen Position individuell oder gemeinsam mit anderen Unternehmen in der Lage sind, sich im Markt weitgehend unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und Verbrauchern zu verhalten und somit marktbeherrschend im Sinne der kartellrechtlichen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts Erster Instanz sind. Die Gleichsetzung der regulatorischen und der wettbewerbsrechtlichen Eingriffsschwelle dürfte den – bereits im neuen Regulierungsrahmen angelegten – Übergang von der sektorspezifischen Regulierung zum allgemeinen Kartellrecht erleichtern, da Regulierungs- und Kartellbehörden zukünftig dieselben Kriterien verwenden werden. Auch dürfte die Abstimmung zwischen beiden Behörden insofern erleichtert werden.

26) Vgl. insbesondere § 3 Nr. 16, 17, 21 und 22 TKG.

27) Vgl. hierzu u.a. *Irion/Schirmbacher*, CR 2002, 61 m.w.N.

28) § 25 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 TKG.

29) § 25 Abs. 2 i.V.m. § 30 TKG.

30) Vgl. *Klotz*, K&R 3/2003, Die Erste Seite.

31) Art. 14 Rahmenrichtlinie.

Wichtiger noch ist die Tatsache, dass bereits durch diese Erhöhung der Eingriffsschwelle der Adressatenkreis der asymmetrischen Regulierung in Zukunft enger gefasst wird als unter der bisherigen Rechtslage.

Im geltenden TKG wird der Begriff der beträchtlichen Marktmacht durch einen Verweis auf die Marktbeherrschung im Sinne des GWB umgesetzt. Hiermit wurde der auf europäischer Ebene erst durch die neuen Richtlinien erzielte Gleichklang von Regulierung und Kartellrecht in Deutschland bereits im Jahr 1996 vollzogen. Problematisch war dabei allerdings, dass bereits die dem kartellrechtlichen Marktbeherrschungsbegriff entspringende Gesamtschau von Marktverhältnissen, insbesondere aber die so genannte „Drittelvermutung“ des § 19 Abs. 3 GWB, nach der eine Marktbeherrschung bei 33 % Marktanteilen vermutet wird, eine weniger strikte Regel enthielten als die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe. Erst infolge eines Vertragsverletzungsverfahrens hat die Bundesregierung schließlich im Herbst 2001 akzeptiert, dass diese Verweisungsvorschrift gemeinschaftsrechtskonform auszulegen ist und 25 % Marktanteile somit ausreichen, um regulierungsspezifische Rechtsfolgen auszulösen.³²⁾

Für die Umsetzung der neuen EG-Richtlinien ergibt sich demgegenüber gerade das Umgekehrte. Die Marktbeherrschung setzt nach der Fallpraxis der Kommission und der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte nämlich bei mindestens 40 % Marktanteilen an und in der Regel werden sogar noch höhere Marktanteile verlangt, wenn keine weiteren Anhaltspunkte für eine eindeutige Marktbeherrschung vorliegen.³³⁾ Dies bedeutet, dass die deutsche Regulierung auf Grund der Drittelvermutung des GWB, wenn sie durch einen Verweis im TKG auch weiterhin beibehalten würde, in Zukunft strikter wäre als auf Grund der Richtlinien gefordert ist. Allerdings erscheint es in Anbetracht der insofern eindeutigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe zur Anpassung des Begriffs der beträchtlichen Marktmacht an die kartellrechtliche Marktbeherrschung und des damit verbundenen Harmonisierungsziels äußerst fraglich, ob eine derartige Abweichung mit den Richtlinienvorgaben vereinbar ist.³⁴⁾ Selbst wenn in der Praxis zwischen dem europäischen und dem deutschen Marktbeherrschungsbegriff nur geringfügige Unterschiede vorliegen,³⁵⁾ ist eine derartige Abweichung zu vermeiden, schon um weiteren möglichen Divergenzen auf Grund zukünftiger unterschiedlicher Auslegungen der nationalen und europäischen Gerichte vorzubeugen.³⁶⁾

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

33) Vgl. Leitlinien (Fußn. 23), Rz. 75 m.w.N.

34) *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110 verweisen insofern auf eine „Vollharmonisierung“ des Regulierungsansatzes durch die Bestimmungen der Rahmenrichtlinie.

35) Vgl. *Schütz/Attendorn/König* (Fußn. 16), Rz. 400.

36) Zustimmend: *Wissmann/Klümper* (Fußn. 15), Kapitel 1, Rz. 105.

2.2 Marktdefinition

Die Bestimmung der Marktmacht wird in Zukunft nicht mehr anhand der in den Richtlinien vorgegebenen Marktbereiche erfolgen.³⁷⁾ Vielmehr richtet sich die Marktdefinition zukünftig nach den allgemeinen ökonomischen Grundsätzen der Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit, wie sie in der wettbewerbsrechtlichen Praxis verwendet werden.³⁸⁾ Insbesondere durch diese Flexibilisierung der Marktdefinition werden die nationalen Regulierungsbehörden in die Lage versetzt, auf wettbewerbsintensiven Märkten die Regulierungsintensität zu verringern.

Allerdings ist dieser Spielraum nicht unbegrenzt, denn zur Marktdefinition enthält der neue Regulierungsrahmen einige zwingend zu beachtende Vorgaben. Wie in der Rahmenrichtlinie vorgesehen,³⁹⁾ hat die Kommission eine Empfehlung über diejenigen sachlich relevanten Märkte verabschiedet, welche die nationalen Regulierer daraufhin zu untersuchen haben, ob sie ex-ante zu regulieren sind.⁴⁰⁾ Ausgangspunkt für diese Empfehlung war eine 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 Anpassungen kumulativ verwendeten Kriterien sind erstens das Vorliegen dauerhafter hoher struktureller oder rechtlicher Markteintrittsbarrieren, zweitens das Fehlen potenziellen Wettbewerbs in einem vorhersehbaren Zeitraum und drittens die nur unzureichenden Eingriffsmöglichkeiten des allgemeinen Kartellrechts.⁴¹⁾ Letzteres ist etwa dann der Fall, wenn die Durchsetzung der angeordneten Rechtsfolge eine besonders detaillierte oder periodische Prüfung von Vertragsbestimmungen oder Kostenunterlagen notwendig macht.⁴²⁾ Gleiches gilt, wenn zu erwarten ist, dass selbst durch eine kartellrechtliche Entscheidung das Problem nicht beseitigt werden kann, sondern dazu mehrere Entscheidungen notwendig wären. Wenn durch kartell-

37) Diese waren Sprachtelefonie im Festnetz, Sprachtelefonie im Mobilfunk, Zusammenschaltung und Mietleitungen. In allen anderen Bereichen der Telekommunikation bestand keine auf Grund der Richtlinien vorgegebene ex-ante-Regulierung.

38) Vgl. die Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl C 372 v. 9.12.1997; zur bisherigen Entscheidungspraxis im Telekommunikationssektor: Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, ABl C 165 v. 11.7.2003; detailliert hierzu: *Krüger*, K&R-Beilage 1/2003, S. 9.

39) Art. 15 Abs. 1 Rahmenrichtlinie.

40) Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (Fußn. 22).

41) Vgl. Abschnitt 3.2. der Begründung zur Empfehlung (europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documentas/explanmode.pdf) und Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie.

42) Begründung zur Empfehlung (s. Fußn. 41), S. 10.

rechtliche Verfahren der nationalen Wettbewerbsbehörden oder der Kommission erreicht würde, dass bereits durch die nachträgliche Missbrauchsaufsicht mehr Wettbewerb auf diesen Märkten entsteht, so könnte dieses dazu führen, dass die ex-ante-Regulierung in diesen Bereichen überflüssig wird. Durch diesen Mechanismus entsteht eine enge Verbindung zwischen den jeweiligen Anwendungsbereichen von sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Wettbewerbsrecht auf Grundlage der konkreten Erfahrungen mit beiden Regelungsbereichen. Insofern werden die periodisch geplanten Anpassungen der Kommissionsempfehlung den Markt- und Wettbewerbsentwicklungen in den Mitgliedstaaten Rechnung tragen. Eine erste Revision der Empfehlung ist für Mitte 2004 vorgesehen.⁴³⁾

Die Empfehlung der Kommission 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 den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bei einer geplanten Regulierungsentscheidung abweichen wollen, von der Kommission unter bestimmten Voraussetzungen daran gehindert werden können.⁴⁴⁾ Insbesondere ist nicht vorgesehen, dass die Regulierer anhand einer eigenen Beurteilung der drei Empfehlungskriterien bestimmte Märkte als nicht für die Regulierung relevant ansehen und somit keiner Marktanalyse im Sinne von Art. 16 Rahmenrichtlinie unterziehen. Teilweise wird zwar vertreten, dass die Regulierungsbehörden neben dem so genannten „SMP-Test“ noch eine Untersuchung darüber durchführen sollen, ob auf den analysierten Märkten trotz SMP wirksamer Wettbewerb vorliegt.⁴⁵⁾ Der Regulierungsrahmen gibt insofern allerdings eine einstufige Prüfung anhand des SMP-Kriteriums vor, die keinen Raum mehr für eine nachgeschaltete Prüfung wirksamen Wettbewerbs trotz Vorliegens von SMP zulässt.⁴⁶⁾ Ein solches Vorgehen widerspräche auch dem insofern eindeutigen Harmonisierungsziel des Richtlinienpakets und der Empfehlung.⁴⁷⁾

3. Konsultation der Kommission bei Regulierungsentscheidungen

Die dritte wesentliche Neuerung in den EG-Richtlinien betrifft die Einführung von Verfahrensregelungen, die europaweit eine einheitliche Anwendung des neuen Regulierungsrechts sicherstellen und damit zur schrittweisen Angleichung der Wettbewerbsbedingungen in allen Mitgliedstaaten und zur Schaffung

43) Vgl. Erwägungsgrund 21 der Empfehlung, ABl L 114 v. 8.5.2003, S. 45.

44) Vgl. hierzu unten 3.

45) *Immenga/Kirchner*, TKMR 2002, S. 340, 355.

46) Vgl. Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie; so auch *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110: „zwei Seiten einer Medaille“.

47) Siehe unten 3.

eines Binnenmarktes für elektronische Kommunikationsdienste beitragen sollen.⁴⁸⁾

Die nationalen Regulierungsbehörden haben zunächst die in der Kommissionsempfehlung benannten Märkte daraufhin zu untersuchen, ob sie ex-ante zu regulieren sind. Diese Marktanalyse besteht aus der Untersuchung, ob auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht. Letzteres ist dann anzunehmen, wenn kein Betreiber auf dem relevanten Markt beträchtliche Marktmacht besitzt, also wenn keine Marktbeherrschung eines oder mehrerer Betreiber im Sinne des EG-Kartellrechts vorliegt.⁴⁹⁾ 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.⁵⁰⁾ Mögliche Verpflichtungen auf der Vorleistungsebene können Transparenz, Gleichbehandlung, getrennte Buchführung, Zugang zu Netzeinrichtungen und deren Nutzung sowie Preiskontrolle und Kostenrechnung sein.⁵¹⁾ Auf der Endkundenebene können die Bedingungen und Entgelte für Endkundendienste, ein Mindestangebot an Mietleitungen sowie die Betreiberauswahl und -vorauswahl ausgedehnt werden.⁵²⁾ Bei der Auswahl des am besten geeigneten Regulierungsinstruments haben die Regulierer ein Ermessen, bei dessen Ausübung sie allerdings die in Art. 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 oder eine Regulierungsmaßnahme auf einem Vorleistungs- oder Endkundenmarkt zum Gegenstand hat, muss sie die anderen nationalen Regulierungsbehörden und die Kommission 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.⁵³⁾ Beabsichtigt der Regulierer, in seiner geplanten Ent-

48) Art. 7, 15 und 16 Rahmenrichtlinie.

49) S. Fußn. 31.

50) Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie; a.A. *Schütz/Attendor/König* (Fußn. 16), Rz. 146, die ein Ermessen des Regulierers auch hinsichtlich des „Ob“ der Regulierung annehmen.

51) Art. 9 – 13 Zugangsrichtlinie.

52) Art. 17 – 19 Universaldienstrichtlinie.

53) Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie; vgl. auch die Empfehlung der Kommission vom 23.7.2003 zu den Notifizierungen, Fristen und Anhörungen gem. Art. 7 der 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 190 v. 30.7.2003, S. 13.

scheidung von einer in der Empfehlung enthaltenen Marktdefinition abzuweichen und sieht die Kommission hierin ein Hemmnis für den Binnenmarkt oder eine mit dem Gemeinschaftsrecht nicht zu vereinbarende Regelung, so kann sie die geplante Regulierungsentscheidung blockieren. Gleiches gilt auch für Entscheidungsentwürfe, in denen ein Regulierer festlegt, ob ein bestimmter Betreiber beträchtliche Marktmacht besitzt bzw. nicht besitzt. In diesen Fällen hat die Kommission, nach Beratung im Kommunikationsausschuss,⁵⁴⁾ die Befugnis, den betreffenden Regulierer innerhalb von zwei Monaten aufzufordern, die geplante Entscheidung nicht zu erlassen.⁵⁵⁾

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 zur 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 durchlaufen zu müssen.⁵⁶⁾ Allerdings dürfen derartige Anordnungen nur vorläufigen Charakter haben und sind der Kommission unverzüglich zur Kenntnis zu bringen.

IV. Die Rolle des Kartellrechts

In einem so weitgehend regulierten Sektor wie der Telekommunikation stellt sich sodann die Frage nach dem daneben verbleibenden Anwendungsbereich und der Bedeutung des allgemeinen Kartellrechts. Hierbei ist zwischen dem deutschen und dem EG-Kartellrecht zu unterscheiden.

Nach der Terminologie des deutschen Gesetzgebers handelt es sich beim Telekommunikationsgesetz um sektorspezifische Regelungen als Ergänzung zum allgemeinen Wettbewerbsrecht.⁵⁷⁾ Demgemäß bleibt gem. § 2 Abs. 3 TKG die Anwendung des GWB in Deutschland zwar grundsätzlich unberührt. Allerdings ergibt sich aus dem Wortlaut dieses § 2 Abs. 3 TKG nicht ohne Weiteres, in welchem Umfang die Regelungen des GWB Anwendung neben den besonderen Vorschriften des TKG finden können,⁵⁸⁾ so dass zu dieser Frage unterschiedliche Standpunkte vertreten werden.⁵⁹⁾ Dieser Umstand ist auch eine mögliche

54) Art. 7 Abs. 4 und Art. 22 Abs. 2 Rahmenrichtlinie mit Verweis auf den so genannten Komitologie-Beschluss des Rates vom 28.6.1999, ABl L 184 v. 17.7.1999, S. 23.

55) Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie.

56) Art. 7 Abs. 6 Rahmenrichtlinie.

57) BT-Drucks. 13/3609 v. 30.1.1996, S. 36.

58) *Piepenbrock/Schuster*, CR 2002, 98, 99.

59) Dazu *Wissmann*, in: *Wissmann* (Fußn. 15), Kapitel 3, Rz. 23 m.w.N; kritisch zur Übernahme dieser Vorschrift in das neue TKG: *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505.

Erklärung dafür, dass in den Jahren seit In-Kraft-Treten des TKG in der Praxis des Bundeskartellamts keine nennenswerten Verfahren der Missbrauchsaufsicht im Telekommunikationssektor zu verzeichnen waren.⁶⁰⁾ Lediglich im Bereich des Zugangs zu Teilnehmerdaten und der hierfür erhobenen Preise erfolgte eine Verfahrenseinleitung durch Abmahnung der Deutsche Telekom, die jedoch nicht mit einer förmlichen Entscheidung des Bundeskartellamts abgeschlossen wurde.⁶¹⁾

Im Übrigen beschränkte sich das Bundeskartellamt weitgehend auf die Verfahren der Zusammenarbeit mit der RegTP, welche in § 82 TKG in Form des Einvernehmens bei Fragen der Marktabgrenzung und der Marktbeherrschung sowie der Stellungnahme bei bestimmten geplanten Regulierungsmaßnahmen geregelt sind. Hinzu kommt, dass sich die Regulierungsbehörde in mehreren richtungweisenden Regulierungsentscheidungen, wie z.B. bei der Neuregelung des Price-Cap-Systems für Endkundenentgelte im Festnetz Ende 2001 oder bei der Beurteilung der T-DSL-Entgelte Anfang 2001, über die vom Bundeskartellamt geäußerten wettbewerbsrechtlichen Bedenken und Empfehlungen hinweggesetzt hat. Somit lässt sich der Schluss ziehen, dass bei der praktischen Rechtsanwendung auf nationaler Ebene die sektorspezifische Regulierung durch die RegTP der allgemeinen kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt eindeutig vorgeht.⁶²⁾

Auf europäischer Ebene hingegen werden die kartellrechtlichen Vorschriften, selbst in einem regulierten Wirtschaftssektor wie der Telekommunikation, in der Praxis auch tatsächlich angewandt. Insbesondere auf Grund seines Anwendungsvorrangs gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten wird das EG-Kartellrecht nicht durch das nationale Telekommunikationsrecht verdrängt und ist deshalb von den regulierten Unternehmen sowie von allen nationalen Behörden und Gerichten zu beachten.⁶³⁾ Allerdings bestehen nicht bei allen Vorschriften des EG-Kartellrechts in gleichem Maße Überschneidungen mit der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung.

1. Geringe Überschneidungen bei Art. 81 EG-Vertrag und Fusionskontrolle

Zwischen der sektorspezifischen Regulierung auf der einen Seite und der Aufsicht über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Unternehmens-

60) Im Bereich der Fusionskontrolle traf das BKartA dagegen eine Reihe von Entscheidungen, insbesondere die Untersagung in der Sache „Liberty Media/KDG“ v. 22.2.2002 (B7-168/01).

61) Pressemeldung des Bundeskartellamtes vom 13.1.1999: „Deutsche Telekom AG trägt den Bedenken des Bundeskartellamtes bei der Überlassung von Teilnehmerdaten Rechnung.“

62) So auch *Wissmann*, in: *Wissmann* (Fußn. 15), Kapitel 3, Rz. 23.

63) EuGH, verb. Rs C-359 und C-379/95 P, Slg. 1997, I-6225, Tz. 34 der Gründe m.w.N. – Kommission und Frankreich/Ladbroke Racing; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl C 265 v. 22.8.1998, Rz. 22.

strukturen auf der anderen Seite bestehen nur geringfügige rechtliche Überschneidungen. Das liegt unter anderem daran, dass der Anknüpfungspunkt von Art. 81 EG-Vertrag, also Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, ein grundlegend anderer ist als jener der sektorspezifischen Regulierung. Da die Telekommunikationsmärkte von den ehemaligen Monopolisten beherrscht werden, geht es bei der Regulierung dieses Sektors nämlich weniger um eben solche kollektiven Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, als vielmehr um die Vermeidung individueller missbräuchlicher Verhaltensweisen des jeweils dominanten Unternehmens. Für die Anwendung der Kartellaufsicht und der Fusionskontrolle, durch die Kommission wie auch durch die nationalen Wettbewerbsbehörden, macht es keinen nennenswerten Unterschied, ob die betroffenen Unternehmen einer besonderen Regulierung unterliegen oder nicht, auch wenn die bestehenden Regulierungsverpflichtungen bei Entscheidungen in diesem Bereich stets zu berücksichtigen sind. In der Praxis ist daher zu beobachten, dass sich die wesentlichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken, die sich typischerweise im „regulierungsähnlichen“ Bereich ergeben, in der Regel nicht aus Art. 81 EG-Vertrag folgen.⁶⁴⁾

Allerdings kann es bei den rechtlichen Auswirkungen derartiger Entscheidungen, insbesondere bei Verbots- oder Freistellungsentscheidungen nach Art. 81 EG-Vertrag oder bei der Genehmigung eines Zusammenschlusses nach vorheriger Anmeldung bei der Kommission auf Grund von Auflagen und Bedingungen durchaus einmal zu Überschneidungen mit regulatorischen Anordnungen kommen. Solche Überschneidungen betreffen in erster Linie den Zugang Dritter zu Infrastruktureinrichtungen und Dienstleistungen. Seltener werden auch entgeltrelevante Fragestellungen in derartigen Kartell- bzw. Fusionskontrollverfahren geregelt.

1.1 Art. 81 EG-Vertrag

So hat die Kommission im Hinblick auf wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag über die Vorleistungsentgelte für die grenzüberschreitende Gesprächsweiterleitung zwischen verschiedenen Mobilfunknetzen (internationales Roaming) im Juli 2001 eine unangemeldete Nachprüfung bei sämtlichen Mobilfunk-Netzbetreibern in Deutschland und im Vereinigten Königreich durchgeführt.⁶⁵⁾ Auch die Rolle der Vereinigung der Mobilfunkbetreiber, die GSM Association, wurde untersucht und dabei wurde eine Vielzahl von Unterlagen sichergestellt. Der Verdacht auf mögliche Absprachen

64) So auch Mitteilung über Zugangsvereinbarungen, ABl C 265 v. 22.8.1998, Rz. 23; vgl. auch Leitlinien der Kommission, ABl C 165 v. 11.7.2002, Rz. 27.

65) Presse-Memo der Kommission 01/262 vom 11.7.2001.

hatte sich für die Kommission auf Grund der Sektoruntersuchung über die Roamingentgelte ergeben.⁶⁶⁾ Die Auswertung der Unterlagen ist noch nicht abgeschlossen, so dass die Entscheidung über die Einleitung eines förmlichen Verfahrens noch aussteht. Sollte eine Verbotsentscheidung gem. Art. 81 EG-Vertrag in diesem Fall erlassen werden, so hätte diese eine Preisabsprache oder ein abgestimmtes Preisverhalten der Mobilfunknetzbetreiber zum Gegenstand. Hieraus ergäbe sich jedoch noch keine regulierungsähnliche Maßnahme im Hinblick auf die Höhe der Roamingentgelte, da die Betreiber sodann durchaus berechtigt sein könnten, die in Frage stehenden Entgelte – unabhängig voneinander – in unveränderter Höhe zu erheben.

Bei der Kommission kürzlich angemeldete Vereinbarungen⁶⁷⁾ im Bereich der Telekommunikation betreffen im Wesentlichen die gemeinsame Nutzung von UMTS-Infrastruktur⁶⁸⁾ zwischen Mobilfunkbetreibern. Im Februar 2002 hatten T-Mobile und mmO₂ bei der Kommission zwei derartige Vereinbarungen für das Gebiet des Vereinigten Königreichs sowie für das deutsche Bundesgebiet angemeldet und die Erteilung von Negativattesten bzw. Freistellungen nach Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag beantragt. Diese Vereinbarungen sehen jeweils vor, dass die Parteien bestimmte Infrastrukturen ihrer 2G- (GSM), 2.5G- (WAP, GPRS) und 3G- (UMTS) Standorte im Vereinigten Königreich bzw. in Deutschland gemeinsam nutzen („Standortmitbenutzung“) und darüber hinaus innerhalb ihrer nationalen Netze gegenseitiges Roaming („Inlandsroaming“) betreiben werden. Die Kommission hat am 30. April 2003 hinsichtlich der das Vereinigte Königreich betreffenden Vereinbarung⁶⁹⁾ und am 16. Juli 2003 auch hinsichtlich der Deutschland betreffenden Vereinbarung⁷⁰⁾ festgestellt, dass die Standortmitbenutzung keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Sinne von Art. 81 EG-Vertrag aufwirft. Nach der Entscheidung für das Vereinigte Königreich wird das gegenseitige Inlandsroaming dort auf die kleineren Städte und ländlichen Gebiete beschränkt sein, nachdem die Parteien der Kommission im März 2003 ihren Verzicht auf das nationale Roaming in den zehn größten Städten mitgeteilt hatten. Die Freistellung von den Wettbewerbsregeln gilt dort für die kleineren Städte bis 31. Dezember 2007 und für die ländlichen Gebiete bis

66) Presseerklärung der Kommission IP/00/111 vom 4.2.2000.

67) Diese rechtliche Möglichkeit endet am 1.5.2004 bei In-Kraft-Treten der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 (ABl L 1 v. 4.1.2003, S. 1), da sodann die Freistellungsbefugnis der Kommission gem. Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag durch eine direkt anwendbare Legalausnahme ersetzt wird.

68) Universal Mobile Telecommunications System: Mobilfunktechnologie der 3. Generation, die weltweit verbreitet sein wird und unter anderem auch den mobilen Zugang zum Internet ermöglichen soll.

69) Verfahren COMP/C-1/38.370, ABl L 200 v. 7.8.2003, S. 59; Veröffentlichung gem. Art. 19 Abs. 3 VO 17, ABl C 214 v. 10.9.2002, S. 17; Presseerklärung der Kommission IP/03/589 vom 30.4.2003.

70) Verfahren COMP/C-1/38.369; Presseerklärung der Kommission IP/03/1026 vom 16.7.2003.

31. Dezember 2008. Im Hinblick auf die Deutschland betreffende Vereinbarung hatten die Parteien nach der Veröffentlichung gem. Art. 19 Abs. 3 der Verordnung Nr. 17 im Amtsblatt der EU⁷¹⁾ eine Vertragsänderung vorgenommen, durch die es O₂ (Germany) ermöglicht wird, auf Teilen des T-Mobile-Netzes zu roamen. Diesbezüglich entschied die Kommission, dass die Kunden von O₂ (Germany) in städtischen Gebieten auf dem Netz der T-Mobile roamen dürfen. Dabei wird die Freistellung für das Roaming in bestimmten Städten und Regionen gemäß einem strengen Zeitplan bis zum 31. Dezember 2008 stufenweise auslaufen. Auch in ländlichen Gebieten wird die Freistellung nach der Entscheidung am 31. Dezember 2008 auslaufen. Diese zeitlichen Begrenzungen wurden deshalb vorgenommen, weil das Inlandsroaming zwischen Netzanbietern den Netzwettbewerb in Bezug auf Erfassung, Endabnehmerpreise, Qualität und Übertragungsgeschwindigkeit behindert, gleichwohl aber in einer Anfangsphase den Marktzutritt fördert, was zu einer besseren und schnelleren Verbreitung der 3G-Dienste beiträgt.

Diese Entscheidungen stellen damit das Ergebnis einer Abwägung zwischen der Förderung des Infrastrukturwettbewerbs auf den UMTS-Märkten einerseits und dem unmittelbaren Verbrauchervorteil eines schnelleren und umfassenderen Ausbaus der fortgeschrittenen UMTS-Dienste andererseits dar und sind ein wichtiger Schritt auf dem Weg zur lang ersehnten Bereitstellung der UMTS-Dienste in Europa. Sie sind dabei als Leitfaden für die anderen europäischen Mobilfunknetzbetreiber über das Ausmaß ihrer möglichen Zusammenarbeit bei dem Auf- und Ausbau der UMTS-Dienste zu verstehen.

Anhand dieser Beispielsfälle wird deutlich, dass im Bereich der Telekommunikation zwar von der Kommission durchaus auch Fälle gem. Art. 81 EG-Vertrag untersucht und entschieden werden, jedoch weisen diese Verfahren in der Regel nur einen geringen inhaltlichen Bezug zur sektorspezifischen Regulierung auf.

1.2 Fusionskontrolle

Ein gewisser Zusammenhang zwischen der Zusammenschlusskontrolle und der sektorspezifischen Regulierung im Bereich der Telekommunikation trat insbesondere in den beiden Verfahren Telia/Telenor⁷²⁾ und Telia/Sonera⁷³⁾ hervor. Beiden Verfahren lagen Fusionen zwischen ehemaligen Monopolbetreibern in unterschiedlichen Mitgliedstaaten zugrunde, welche die Kommission jeweils nur unter weitreichenden Auflagen und Bedingungen genehmigte. Diese Auflagen und Bedingungen betrafen u. a. die strukturelle Trennung von Festnetz- und

71) Verfahren COMP/C-1/38.369, ABl C 189 v. 9.8.2002, S. 22.

72) Verfahren COMP/M.1439, ABl L 40 v. 9.2.2001, S. 1; Presseerklärung der Kommission IP/99/746 vom 13.10.1999.

73) Verfahren COMP/M.2803, Presseerklärung der Kommission IP/02/1032 vom 10.7.2002.

Mobilfunknetzen, den nichtdiskriminierenden Zugang zu den Netzen, die Veräußerung der Kabelnetze sowie (im Fall Telia/Telenor) sogar die Entbündelung der Ortsnetze zu nicht diskriminierenden Bedingungen. Damit enthielten diese Entscheidungen ähnliche Charakteristika wie sektorspezifische Regulierungsmaßnahmen. Die Art und der Umfang der in diesen beiden Verfahren verwendeten Auflagen dürften durchaus als Leitfaden für weitere Zusammenschlüsse zwischen beherrschenden Betreibern gelten. Mehrere hiervon sind allerdings schon nach kurzer Zeit gescheitert, wie z.B. Telia/Telenor, bzw. trotz längerer Verhandlungen gar nicht erst zustande gekommen, wie z.B. Deutsche Telekom/Telecom Italia und Telefónica/KPN. Hieraus wird die rechtliche und tatsächliche Schwierigkeit solcher Zusammenschlüsse besonders deutlich.

Aber auch in einigen anderen Verfahren zeigte sich, dass Entscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle regulierungsähnliche Auswirkungen nach sich ziehen können. Ein Beispiel dafür bieten die Zusammenschlüsse zwischen Betreibern von Mobilfunknetzen, Anbietern von Internetzugang und Internetdienstleistungen und großen Medienkonzernen als Inhalteanbieter im Jahr 2000. Die Kommission hat in diesem Zusammenhang etwa das Gemeinschaftsunternehmen Vizzavi zwischen Vodafone, Vivendi und Canal+ nur mit Auflagen genehmigt.⁷⁴⁾ Diese während der feindlichen Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone/Airtouch angekündigte Allianz hatte das strategische Ziel, den Gegnern jener Übernahme die konkrete Aussicht auf eine Ausrichtung von Vodafone/Airtouch auf den Internetzugang per Mobilfunk zu bieten. Durch diese Übernahme hatte Vodafone/Airtouch ein in seiner europaweiten Ausdehnung einzigartiges Mobilfunknetz aufgebaut, welches durch das Gemeinschaftsunternehmen Vizzavi sodann um ein Internetportal mit erheblicher Reichweite und umfangreichen Inhalten erweitert wurde. Darüber hinaus beabsichtigte Vizzavi, seinen Kunden Zugang zu Inhalten und interaktiven Internetdiensten auch über andere technische Plattformen wie z.B. das feste Telefonnetz, den Computer und den Fernseher anzubieten. Um die verschiedenen von dem Zusammenschluss betroffenen Märkte, unter denen die Kommission dabei auch diejenigen für Internetportale ermittelte, für die Wettbewerber von Vizzavi möglichst offen zu halten, genehmigte die Kommission dieses Vorhaben nur unter der Bedingung, dass die Wettbewerber gleichberechtigten Zugang zu den Decodern und Mobilfunkgeräten der Parteien erhalten und den Nutzern des Vizzavi-Portals die technische Möglichkeit eingeräumt wurde, an ihren Mobiltelefonen die Voreinstellung des Zugangsanbieters auf einen Wettbewerber von Vizzavi zu übertragen. Die hochgesteckten Erwartungen in dieses Gemeinschaftsunternehmen haben sich jedoch nicht erfüllt.

74) Verfahren COMP/JV.48, Presseerklärung der Kommission IP/00/821 vom 20.7.2000.

Auch die Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone/Airtouch hat die Kommission im Jahr 2000 nur unter strengen Auflagen genehmigt.⁷⁵⁾ Insbesondere mussten sich die Parteien verpflichten, anderen Mobilfunkbetreibern auf der Vorleistungsebene nichtdiskriminierenden Zugang zu ihren Roaming- und anderen Diensten zu gewähren. Dieses wurde durch zwei gesondert ausgearbeitete Standardvereinbarungen erreicht, die ebenfalls Gegenstand des Genehmigungsverfahrens bei der Kommission wurden. Hierdurch wurde Vodafone/Airtouch als Betreiberin des auf Grund der vielen Beteiligungen an anderen Unternehmen größten „nahtlosen“ Mobilfunknetzes in Europa verpflichtet, jeden erzielten Effizienzfortschritt und die damit verbundenen Kosteneinsparungen auf Anfrage unmittelbar in Form von Vorleistungstarifen an Dritte weiterzugeben. Dies dürfte jedoch durchaus in gewissem Maß zu der wettbewerblich bedenklichen Situation bei den Roamingtarifen beigetragen haben, welche die Kommission gegenwärtig noch im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen Art. 81 und 82 EG-Vertrag untersucht.

Diese Beispiele verdeutlichen, dass es auch im Rahmen der Fusionskontrolle zu Überschneidungen mit der sektorspezifischen Regulierung kommen kann, darüber hinaus aber nur in geringem Ausmaß eine inhaltliche Nähe zwischen diesen Regelungsmaterien besteht, da beide Bereiche erheblich unterschiedlichen Eingriffsvoraussetzungen unterliegen. Insbesondere der zuletzt genannte Fall unterstreicht dabei die besondere Notwendigkeit einer möglichst engen Abstimmung zwischen Regulierungs-, Fusions- und Kartellentscheidungen, da hierbei vielfältige Verbindungen und gegenseitige Auswirkungen eintreten können.

2. Weitergehende Überschneidungen bei Art. 82 EG-Vertrag

Von allen kartellrechtlichen Instrumenten kommt die Missbrauchsaufsicht nach Art. 82 EG-Vertrag in inhaltlicher Hinsicht der sektorspezifischen Regulierung am nächsten. Die Kernfragen der asymmetrischen Regulierung im Telekommunikationssektor sind die Zugangs- und die Entgeltregulierung in Form von Vorabverpflichtungen. Beide Bereiche finden sich auch als Missbrauchstatbestände im Rahmen des Art. 82 EG-Vertrag. Die Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen und Diensten vor oder nach Aufnahme einer entsprechenden Geschäftsbeziehung⁷⁶⁾ gehört ebenso dazu wie die Erzwingung unangemessener Ver- oder Einkaufspreise. Dabei standen in der Fallpraxis der Kommission die entgeltbezogenen Missbrauchsverfahren in den vergangenen Jahren eindeutig im Vordergrund des Interesses. Derartige Verfahren betreffen Fälle der

75) Verfahren COMP/M.1795, Presseerklärung der Kommission IP/00/373 vom 12.4.2000.

76) Ausführlich dazu: *Bartosch*, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fußn. 15), Kapitel 3.

Preisdiskriminierung, des Preishöhenmissbrauchs in Form von überhöhten⁷⁷⁾ oder nicht kostendeckenden Preisen sowie der Kosten-Preis-Schere als Missbrauchsform, bei der das Verhältnis zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten eines vertikal integrierten Betreibers zu einer Wettbewerbsbeschränkung führt.⁷⁸⁾

In diesem Zusammenhang ist bei der Anwendung des Art. 82 EG-Vertrag zu unterscheiden zwischen Fällen, in denen die in Frage stehenden Entgelte unreguliert sind, und Fällen, in denen jene Entgelte einer sektorspezifischen ex-ante-Regulierung durch die nationalen Regulierungsbehörden unterliegen.

2.1 Nicht regulierte Bereiche

Nicht spezifisch regulierte Entgelte können stets Gegenstand von Verfahren gem. Art. 82 EG-Vertrag sein. Hierzu gehören etwa die durch die Kommission im Jahr 1998 von Amts wegen eröffneten Verfahren in allen fünfzehn Mitgliedstaaten wegen überhöhter Terminierungsentgelte für Gespräche aus dem Festnetz in das Mobilfunknetz. Untersucht wurden dabei erstens die Vorleistungspreise der Mobilfunkunternehmen für die Beendigung von Anrufen aus dem Festnetz, zweitens die von mehreren Mobilfunkbetreibern im selben Mitgliedstaat gemeinsam festgelegten Preise für die Beendigung von Anrufen in ihrem Netz und drittens die von den Festnetzbetreibern durch Einbehaltung verlangten Preise für Anrufe in ein Mobilfunknetz.⁷⁹⁾ Auf Grund dieser Verfahren kam es in zahlreichen Mitgliedstaaten zu deutlichen Preissenkungen, was teilweise auch auf die Mitwirkung der nationalen Regulierungsbehörden zurückzuführen war, so dass die Verfahren von der Kommission letztlich ohne förmliche Entscheidung abgeschlossen wurden.⁸⁰⁾ Allerdings dürften auch gegenwärtig noch nicht alle wettbewerbsrechtlichen Bedenken in diesem Zusammenhang ausgeräumt sein, wie u.a. das auf Grund einer Beschwerde von MCI Worldcom im Jahr 2002 förmlich eröffnete Verfahren gegen den niederländischen ex-Monopolisten KPN wegen einer vergleichbaren Fragestellung deutlich macht.⁸¹⁾

Nicht speziell reguliert sind ebenfalls die Entgelte zwischen Mobilfunknetzbetreibern für das internationale Roaming. In diesem Bereich hat die von der Kommission im Jahr 1999 lancierte Sektorenuntersuchung ergeben, dass in

77) Vgl. *Haag/Klotz*, Competition Policy Newsletter 2/1998, S. 35 mit drei Beispielen aus der Praxis: Tarife von Belgacom für die Überlassung von Kundendaten zur Erstellung von Teilnehmerverzeichnissen, Geschäftskundentarife der Deutschen Telekom, Entgelte der Deutschen Telekom für Preselection und Nummernportabilität.

78) Vgl. hierzu mit unterschiedlichen Auffassungen: *Junghanns*, WuW 2002, 567; *Bergmann*, WuW 2001, 234; *von Meibom/von dem Bussche*, WuW 1999, 1171.

79) Presseerklärungen der Kommission IP/98/141 vom 9.2.1998, IP/98/707 vom 27.7.1998 und IP/98/1036 vom 26.11.1998.

80) Presseerklärung der Kommission IP/99/298 vom 4.5.1999.

81) Presseerklärung der Kommission IP/02/483 vom 27.3.2002.

mehreren Mitgliedstaaten Anzeichen dafür vorliegen, dass die Vorleistungsentgelte für internationales Roaming (Inter Operator Tariff: IOT) möglicherweise in einer Höhe festgesetzt worden waren, die in keinem angemessenen Verhältnis zu den zugrunde liegenden Kosten standen. Die Kommission hat ihre Nachprüfung bei den deutschen und britischen Mobilfunknetzbetreibern im Juli 2001 daher auch im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen Art. 82 EG-Vertrag durchgeführt.⁸²⁾ Die Entscheidung der Kommission über die Einleitung eines förmlichen Verfahrens steht jedoch auch insofern noch aus. Durch eine Entscheidung nach Art. 82 EG-Vertrag im Hinblick auf überhöhte Preise würden die betroffenen Mobilfunkbetreiber unmittelbar verpflichtet, den Verstoß abzustellen. Da dies nur durch eine Senkung der Roamingentgelte möglich wäre, würde eine solche kartellrechtliche Entscheidung im Hinblick auf ihre Auswirkung eine große Ähnlichkeit mit einer regulierungsrechtlichen Entgeltentscheidung aufweisen. Anders als bei einer Regulierungsentscheidung würde jedoch keine genaue Vorgabe über die Höhe dieser Senkungen erfolgen, so dass die Unternehmen insofern zunächst einmal frei wären, hierüber zu entscheiden. Ein Grund dafür ist, dass eine kartellrechtliche Entscheidung ihrem Sinn und Zweck nach die Beurteilung eines bereits vorliegenden Sachverhaltes zum Gegenstand hat und nicht wie eine regulierungsrechtliche Entscheidung die Festsetzung konkreter Umstände für einen in der Zukunft liegenden Sachverhalt beinhaltet. Allerdings würde die Kommission nachträglich überprüfen, ob die durch das Unternehmen infolge der Entscheidung vorgenommene Entgeltsenkung zur Beseitigung des festgestellten Missbrauchs ausreichend ist. Auch der dabei verwendete Maßstab ist aber nicht mit demjenigen zu vergleichen, der in einer Regulierungsentscheidung über die Entgelthöhe verwendet wird. Denn während die Entgelthöhe im Rahmen der ex-ante-Regulierung an den langfristigen Zusatzkosten auszurichten ist,⁸³⁾ wäre eine kartellrechtliche Missbrauchsentscheidung erst dann rechtlich möglich, wenn die Preise erheblich über den Kosten lägen.⁸⁴⁾

Ein aktueller Beispielsfall für ein abgeschlossenes Verfahren nach Art. 82 EG-Vertrag, welches nicht regulierte Entgelte zum Gegenstand hat, ist die Entscheidung der Kommission vom 16. Juli 2003 gegen Wanadoo Interactive, einer Tochtergesellschaft von France Télécom, mit der u.a. eine Geldbuße in Höhe von 10,35 Mio. Euro verhängt wurde.⁸⁵⁾ Auf Grund von Informationen, die im Rahmen der Sektoruntersuchung über den Wettbewerb in den Ortsnetzen von

82) S. Fußn. 65.

83) Vgl. hierzu *Klotz/Delgado/Fehrenbach*, WuW 2003, 346.

84) Der EuGH hat beispielsweise ein Überschreiten der Kosten um 100 % für ausreichend erachtet, um einen Missbrauch anzunehmen; vgl. Rs 27/76, Slg. 1978, 207 – United Brands/Kommission.

85) Verfahren COMP/C-1/38.233, Presseerklärung der Kommission IP/03/1025 vom 16.7.2003.

Wanadoo Interactive und deren Konkurrenten erhoben wurden, hatte die Kommission im September 2001 von Amts wegen ein Verfahren gegen Wanadoo Interactive wegen nicht kostendeckender Endkundenpreise für den schnellen Internetzugang über ADSL-Leitungen in Frankreich eingeleitet und im Dezember 2001 durch Mitteilung der Beschwerdepunkte förmlich eröffnet.⁸⁶⁾

Der in sachlicher Hinsicht relevante Markt war in diesem Fall jener für den Endkundenzugang zu Breitbandleitungen. Diesbezüglich bestand zwar eine Substitution zwischen schmalbandigem und breitbandigem Zugang, diese war jedoch asymmetrisch, da die Schmalbandnutzer zum Breitband migrierten, nicht jedoch umgekehrt. Außerdem bestand ein erheblicher Preisunterschied zwischen Schmalband- und Breitbanddiensten und das Breitband-Leistungsniveau war etwa zehnmal größer als dasjenige im Schmalband. Wanadoo Interactive hatte hier eine marktbeherrschende Stellung, und zwar nicht nur auf Grund der Marktanteile, sondern auch auf Grund der Vorteile, die ihr durch die technische, logistische und kommerzielle Absicherung durch ihre Muttergesellschaft France Télécom verschafft wurden, welche lange Zeit der einzige Dienstanbieter im ADSL-Vorleistungsbereich gewesen war.

Der Missbrauch durch Wanadoo Interactive bestand darin, während einer entscheidenden Entwicklungsphase des Breitbandmarktes in Frankreich im Rahmen eines offensichtlich auf eine Marktabstottung abzielenden Planes bis Oktober 2002 die Endkundenpreise für die eigenen ADSL-Produkte unterhalb der Kosten festzusetzen. Ein solcher Marktabstottungsplan auf einem entstehenden Markt dürfte mit einem Verdrängungsplan im Sinne der „Akzo-Rechtsprechung“ durchaus vergleichbar sein.⁸⁷⁾ Demnach sind zwei Tests über Verdrängungsstrategien möglich: Um den Missbrauch festzustellen, reicht die Nichtdeckung der variablen Stückkosten allein aus; wenn das Unternehmen seine variablen, nicht aber seine vollständigen Kosten deckt, so liegt ein Missbrauch vor, wenn zusätzlich ein Marktabstottungsplan nachgewiesen werden kann. Dieser Test für wettbewerbsverdrängende Preisgestaltungen ist auch auf einen entstehenden Markt anwendbar, da jene Märkte nicht grundsätzlich von Art. 82 EG-Vertrag ausgenommen werden können. Die Anwendung dieses Tests ist insbesondere dann gerechtfertigt, wenn ein Unternehmen praktisch keine fixen Kosten für seine Aktivitäten trägt, da die notwendigen Investitionen von seiner Muttergesellschaft getätigt werden, die ihrerseits mit ihren Diensten auf der Vorleistungsebene erhebliche Gewinne erwirtschaftet.

Der vorliegende Fall bietet im Vergleich zu anderen Entscheidungen nach Art. 82 EG-Vertrag insofern jedoch eine Besonderheit, als dass hier ein in der

86) Presseerklärung der Kommission IP/01/1899 vom 21.12.2001.

87) EuGH, Rs C-62/86, Slg. 1991, I-3359, Tz. 71 und 72 – Akzo Chemie BV/Kommission; siehe auch Rs C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951, Tz. 41 – Tetra Pak International SA/Kommission.

Vergangenheit liegender Verstoß ermittelt wurde, der im Laufe des Verfahrens bereits beendet wurde, so dass kein Bedarf mehr bestand, die Beendigung des Missbrauchs anzuordnen. Die Kommission entschied sich angesichts der großen Wiederholungsgefahr aber dennoch dafür, eine Bußgeldentscheidung gegen Wanadoo Interactive zu erlassen.

2.2 Regulierte Bereiche

Auch regulierte Entgelte können nach Art. 82 EG-Vertrag relevant werden, und zwar in dem Fall, dass einem marktbeherrschenden Unternehmen trotz staatlicher Regulierung ein unternehmerischer Freiraum verbleibt, den es in missbräuchlicher Weise wahrnimmt bzw. nicht wahrnimmt.

Die Kommission hat in einer derartigen Fallgestaltung am 21. Mai 2003 eine Entscheidung gegen die Deutsche Telekom AG (DT) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung in Form von unangemessenen Preisen für die Bereitstellung des Zugangs zu den Ortsnetzen angenommen.⁸⁸⁾ Die Kommission ist dabei zu dem Ergebnis gekommen, dass der Preis, den die eigenen von den Wettbewerbern für den Vorleistungszugang zum Teilnehmeranschluss verlangt, höher liegt als derjenige Preis, welchen die eigenen Endkunden für den Festnetzanschluss zahlen und somit eine Preis-Kosten-Schere vorliegt. In Anbetracht der spezifischen Umstände des Falles hat die Kommission gegen DT eine Geldbuße in Höhe von 12,6 Millionen Euro festgesetzt.⁸⁹⁾

Bereits seit Anfang 1998 ist DT auf Grund einer spezifischen Anordnung auf nationaler Ebene verpflichtet, Wettbewerbern den Zugang zu ihren Ortsnetzen zu gewähren. Trotzdem kommt die Entbündelung der Ortsnetze bisher nur sehr schleppend voran, so dass DT mit Marktanteilen von rund 95 % der marktbeherrschende Anbieter für den breitbandigen und den schmalbandigen Zugang auf der Vorleistungs- und der Endkundenebene bleibt. Zahlreiche Wettbewerber haben versucht, mit DT zu konkurrieren, haben bisher jedoch auf Grund der unzureichenden Spanne zwischen den Vorleistungs- und Endkundenentgelten für den Ortsnetzzugang keine bedeutenden Marktanteile erlangen können.

Die Kommission hat zur Ermittlung der Preis-Kosten-Schere das Entgelt für den Vorleistungszugang mit den Endkundenentgelten für Analog-, ISDN- und ADSL-Anschlüsse verglichen und dabei einen gewichteten Ansatz verwendet, bei dem die DT-Kundenzahlen für die unterschiedlichen Zugangsvarianten auf der Endkundenebene berücksichtigt worden sind. Diese Berechnung hat ergeben, dass DT zwischen Anfang 1998 und Ende 2001 von den Wettbewerbern

88) Verfahren COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579; Presseerklärung der Kommission IP/03/717 vom 21.5.2003.

89) Vgl. die Leitlinien der Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen, ABl C 9 v. 14.1.1998.

höhere Entgelte für den entbündelten Zugang auf der Vorleistungsebene erhoben hat als für den Zugang auf der Endkundenebene. Seit Anfang 2002 sind die Vorleistungsentgelte zwar niedriger als die Endkundenentgelte, jedoch war die Differenz bis zum Zeitpunkt der Entscheidung für DT nicht ausreichend, um die eigenen produktspezifischen Kosten für die Bereitstellung der Endkundendienste zu decken. Selbst nach der letzten Senkung der Vorleistungspreise durch die RegTP, welche am 1. Mai 2003 in Kraft getreten ist, bestand die Preis-Kosten-Schere noch fort.

Dieses Verfahren enthält eine wesentliche Klarstellung über das Verhältnis zwischen sektorspezifischer Regulierung und allgemeinem Kartellrecht. Denn sowohl die in Frage stehenden Vorleistungs- als auch die Endkundenentgelte der DT unterliegen der ex-ante-Regulierung auf nationaler Ebene. Daher war ein besonderes Augenmerk auf den unternehmerischen Freiraum der DT zur Vermeidung des Missbrauchs zu richten. Ist ein solcher Freiraum nicht nachweisbar, so liegt möglicherweise ein staatlich angeordneter Missbrauch vor, welcher in einem Verfahren nach Art. 86 EG-Vertrag zu untersuchen ist.⁹⁰⁾ Ein derartiger Freiraum ergab sich in diesem Verfahren jedoch aus dem Price-Cap-System für Analog- und ISDN-Anschlüsse und hierüber erbrachte Telefondienste. Im Rahmen dieses Regimes stand es DT nämlich jederzeit frei, durch eine Erhöhung der Anschlussentgelte die festgestellte Preis-Kosten-Schere zu beseitigen. Hinzu kommt, dass auf Grund des gewichteten Ansatzes auch die ADSL-Tarife der DT mitberücksichtigt worden sind. Da diese Entgelte in Deutschland keiner sektorspezifischen ex-ante-Regulierung unterliegen, konnte die DT jene Entgelte ohne weiteres erhöhen und dadurch die Preis-Kosten-Schere zumindest verringern. Damit hat die Kommission nunmehr erstmals in einem konkreten Einzelfall aufgezeigt, unter welchen Bedingungen auch regulierte Entgelte im Bereich der Telekommunikation Gegenstand einer Verbotsentscheidung nach dem EG-Kartellrecht werden können.⁹¹⁾ DT hat gegen diese Entscheidung Klage beim Europäischen Gericht erster Instanz erhoben.

Auch diese Entscheidung hat regulierungsähnliche Rechtsfolgen für das betroffene Unternehmen. DT kann der Verpflichtung zur unverzüglichen Beendigung des Verstoßes nachkommen, indem entweder die Vorleistungsentgelte gesenkt werden – hierzu ist auf Grund der ex-ante-Regulierung nach einem entsprechenden Antrag der DT allerdings noch eine Genehmigung durch die RegTP

90) Siehe unten 3.

91) Damit handelte die Kommission allerdings nicht als „Berufungsinstanz“ gegen die RegTP-Entscheidungen über die TAL-Entgelte, wie von *Wissmann* (Fußn. 15), Kapitel 3, Fußn. 73 angenommen, sondern legte einen grundlegend anderen Maßstab für die Beurteilung der Entgeltstruktur der DT an.

notwendig⁹²⁾ – oder indem die Endkundenentgelte angehoben werden.⁹³⁾ Auch eine Kombination aus beiden Alternativen ist dabei durchaus denkbar. Allerdings wird durch die Entscheidung der DT keine konkrete Vorgabe hierfür und insbesondere auch nicht über die Höhe der notwendigen Entgeltänderungen gemacht. Diese Schritte obliegen vielmehr dem Ermessen des Unternehmens, können von der Kommission allerdings im Hinblick auf ihre Angemessenheit überprüft werden.

3. Überschneidungen bei Verfahren gegen Mitgliedstaaten

Ein Vorgehen gegen die an dem wettbewerbsverfälschenden Marktverhalten beteiligten Unternehmen scheidet aus, wenn der Staat das Verhalten der Unternehmen zwingend vorschreibt, da in einem solchen Fall das Unternehmen keine Verantwortlichkeit mehr trägt. Deshalb kann in regulierten Bereichen, in denen dem Unternehmen auf Grund der Regulierungsentscheidungen kein eigener Freiraum mehr für unternehmerische Entscheidungen verbleibt, eine etwaige Missbrauchssituation lediglich noch gegenüber dem verantwortlichen Mitgliedstaat gem. Art. 86 oder Art. 226 EG-Vertrag verfolgt werden.⁹⁴⁾ Aber auch im Fall eines Verstoßes gegen Art. 82 EG-Vertrag, den ein Mitgliedstaat durch seine Intervention oder deren Unterlassung mitverursacht, kann die Kommission gegen den betreffenden Mitgliedstaat vorgehen, auch parallel zu einem Verfahren gegen ein Unternehmen.⁹⁵⁾

3.1 Verfahren gem. Art. 86 EG-Vertrag

Mit den beiden Entscheidungen vom 4. Oktober 1995⁹⁶⁾ und vom 18. Dezember 1996⁹⁷⁾ über die dem zweiten italienischen und dem zweiten spanischen Betreiber öffentlicher Mobilfunknetze nach der europaweiten digitalen GSM-Norm (Global System for Mobile Communications) auferlegten Bedingungen hat die Kommission entschieden, dass die Verpflichtung der Wettbewerber, an den Staat eine Lizenzgebühr zu entrichten, welche die zunächst al-

92) Dies ist nach Erlass der Kommissionsentscheidung vom 21.5.2003 auch bereits erfolgt, und zwar durch den Beschluss der RegTP, bestimmte einmalige Bereitstellungsentgelte für den entbündelten Zugang zur TAL ab dem 1.7.2003 um bis zu 20 % zu senken, vgl. Pressemitteilung der RegTP vom 30.6.2003.

93) Dies wird von DT infolge der Kommissionsentscheidung vom 21.5.2003 gegenwärtig für die monatliche Grundgebühr für analoge T-Net-Anschlüsse angestrebt, vgl. Pressemitteilung der DT vom 23.7.2003; von der RegTP genehmigt durch Beschluss vom 28.7.2003 (BK 2a 03/016).

94) *Jungbluth*, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl., 2001, Art. 86 EG-Vertrag Rz. 6 m.w.N.

95) *Hochbaum/Klotz* (Fußn. 14), Art. 86 Rz. 40 ff.

96) ABl L 280 v. 23.11.1995, S. 49.

97) ABl L 76 v. 18.3.1997, S. 19.

lein im Markt tätigen ehemaligen Monopolbetreiber ursprünglich nicht zu entrichten hatten, einen Verstoß gegen Art. 86 EG-Vertrag darstellte.

Zum Zeitpunkt der zuerst genannten Entscheidung war Telecom Italia ein öffentliches Unternehmen, dem ausschließliche Rechte für den Betrieb des Telekommunikationsfestnetzes sowie das Angebot von Sprachtelefondienst und analogen Funktelefondiensten übertragen worden waren. Die italienische Regierung hatte Telecom Italia außerdem das Recht zum Betrieb eines GSM-Mobilfunknetzes erteilt, das nach Ansicht der Kommission insoweit als besonderes Recht im Sinne von Art. 86 EG-Vertrag angesehen wurde, als der Betreiber Telecom Italia Mobile nicht auf Grundlage objektiver und diskriminierungsfreier Kriterien ausgewählt worden war und auch keine Lizenzgebühr zu entrichten hatte. Der zweite Mobilfunkbetreiber, Omnitel Pronto Italia, welcher durch die italienische Regierung im Jahr 1994 zur Beendigung des staatlichen Monopols im Rahmen einer Ausschreibung ausgewählt worden war, hatte dagegen einen Betrag von 750 Milliarden Lire an den Staat zu entrichten. Die Kommission wies in ihrer Entscheidung von 1995 auf das Urteil des EuGH in Sachen Endgeräte-Richtlinie hin, wonach ein System unverfälschten Wettbewerbs, wie es der EG-Vertrag vorsieht, nur gewährleistet werden kann, wenn die Chancengleichheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer sichergestellt ist.⁹⁸⁾ Dies war hier nicht gegeben, da die Markteinstiegskosten für den zweiten Mobilfunkbetreiber erheblich höher lagen als diejenigen des öffentlichen Betreibers. Die Kommission hat die italienische Regierung daher verpflichtet, bis zum 1. Januar 1996 gleiche Bedingungen unter den Betreibern herzustellen, hat dabei im Ergebnis allerdings offen gelassen, ob eine rechtliche Gleichstellung eher durch die Auflegung einer vergleichbaren Gebühr an den ersten oder durch Erlass bzw. Rückerstattung der Gebühr des zweiten Betreibers zu erfolgen hatte.

Die spanische Regierung hatte die Vergabe einer Lizenz zur Errichtung und Nutzung eines zweiten Netzes für die Erbringung öffentlicher GSM-Mobilfunknetze auf spanischem Hoheitsgebiet von der Zahlung eines Geldbetrages abhängig gemacht. Dies galt für den im Jahr 1994 von der spanischen Regierung zur Liberalisierung des Mobilfunkmarktes ausgewählten zweiten Betreiber Airtel Movil, der einen Betrag von 85 Milliarden Pesetas für die Lizenz an den spanischen Staat zu entrichten hatte, allerdings nicht für Telefónica de España, ein öffentliches Unternehmen im Sinne von Art. 86 Abs. 1 EG-Vertrag, welches eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 82 EG-Vertrag innehatte. Diese spanische Regelung bewirkte durch die unterschiedliche Behandlung der Betreiber eine Ausdehnung bzw. Stärkung der beherrschenden Stellung der Telefónica de España und verstieß damit nach Ansicht der Kommission ebenfalls

98) EuGH, Rs C-202/88, Slg. 1991, I-1271, Tz. 51 – Frankreich/Kommission.

gegen Art. 86 EG-Vertrag. Die Kommission verpflichtete die spanische Regierung, bis zum 24. April 1997 gleiche Bedingungen unter den Betreibern herzustellen, ließ dabei im Ergebnis – wie im Fall Italiens – allerdings offen, ob dies durch die Auferlegung einer vergleichbaren Gebühr an den ersten oder durch Erlass bzw. Rückerstattung der Gebühr des zweiten Betreibers erfolgen musste.

Eine ähnliche Fragestellung lag auch zwei Beschwerden gem. Art. 86 EG-Vertrag zugrunde, welche bei der Kommission in den Jahren 1997 und 1998 von den österreichischen alternativen Mobilfunkbetreibern max.mobil und Connect Austria hinsichtlich der Bedingungen der Vergabe von Mobilfunklizenzen bzw. -frequenzen in Österreich eingelegt wurden. Im Unterschied zu der von der Kommission aufgegriffenen Situation in Spanien und Italien hatte der erste österreichische Mobilfunkbetreiber, Mobilkom, selbst auch eine Lizenzgebühr zu entrichten. Diese war genauso hoch wie die des zweiten Betreibers und etwa doppelt so hoch wie die des dritten Betreibers. In beiden Fällen hat die Kommission die Beschwerden zurückgewiesen, da entweder nicht genügend Hinweise für eine Ungleichbehandlung vorgelegt worden waren oder die nationalen Gerichte sich mit der Frage auseinander gesetzt haben, ob die Vergabebedingungen rechtmäßig waren. In beiden Verfahren kam es sodann zu einer Befassung der europäischen Gerichte.

Im Fall max.mobil klagte die Beschwerdeführerin gem. Art. 230 EG-Vertrag vor dem EuG gegen die Zurückweisung der Beschwerde durch die Kommission. Das EuG wies die Klage ab und bestätigte damit die Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise der Kommission.⁹⁹⁾ Dieses Urteil ist darüber hinaus in verfahrensrechtlicher Hinsicht von besonderer Bedeutung. Denn das EuG hat hierin entschieden, dass auch in Verfahren nach Art. 86 EG-Vertrag die Beschwerdeführer jedenfalls das Recht haben müssen, gegen eine Kommissionsentscheidung mit einer Klage gem. Art. 230 EG-Vertrag vorzugehen. Die Kommission hatte dagegen für die Unzulässigkeit dieser Klage plädiert, da das Verfahren nach Art. 86 EG-Vertrag nach ihrer Ansicht lediglich zwischen der Kommission und dem betroffenen Mitgliedstaat stattfinde.¹⁰⁰⁾ Das Urteil des EuG in Sachen max.mobil stellte insofern eine eindeutige Abweichung von der Rechtsprechung des EuGH dar. Die Kommission hat gegen dieses Urteil Berufung beim EuGH eingelegt.¹⁰¹⁾

99) EuG, Rs T-54/99 P, Slg. 2002, I-313 – max.mobil Telekommunikation Service GmbH/Kommission; vgl. hierzu *Rantala*, European Law Reporter 2002, 139.

100) Unter Berufung auf die Rechtsprechung des EuGH, Rs C-107/95 P, Slg. 1995, I-947, Tz. 27, 28 – Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Kommission.

101) XXXII. Bericht über die Wettbewerbspolitik der Kommission (2002), Rz. 73; durch das Urteil in der Rs T-52/00 vom 17.6.2003 – Coe Clericis Logistics SpA/Kommission – hat das EuG dieses Recht der Beschwerdeführer jedoch wieder auf Fälle mit außergewöhnlichen Umständen beschränkt.

Im Fall Connect Austria richtete der ebenfalls mit dem Rechtsstreit befasste österreichische Verwaltungsgerichtshof im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens zwei Auslegungsfragen an den EuGH. Diese betrafen im Wesentlichen die gemeinschaftsrechtliche Rechtmäßigkeit einer nationalen Bestimmung, die im Jahr 1998 zur kostenlosen Vergabe zusätzlicher Frequenzen an Mobilkom geführt hatte.¹⁰²⁾ In seinem Urteil entschied der EuGH daraufhin, dass eine derartige Regelung grundsätzlich mit Art. 86 und 82 EG-Vertrag unvereinbar sein kann, wenn die Wettbewerber ein solches Entgelt zu entrichten haben. Allerdings erklärte der EuGH eine solche Regelung unter der Voraussetzung dennoch für zulässig, dass der beherrschende Betreiber ursprünglich eine Gebühr entrichtet hat und jene Gebühr wirtschaftlich vergleichbar mit den Gebühren ist, welche die Wettbewerber zu entrichten haben.¹⁰³⁾

3.2 Verfahren gem. Art. 226 EG-Vertrag

Bei den Vertragsverletzungsverfahren gegen Mitgliedstaaten sind im Bereich der Telekommunikation insbesondere die beiden Verfahren gegen Italien und Spanien wegen unzureichender Tarifumstrukturierung für den Ortsnetzzugang von Bedeutung. In beiden Mitgliedstaaten boten – wie auch in Deutschland – die ehemaligen Monopolbetreiber den Ortsnetzanschluss zu Preisen an, die nicht kostendeckend waren, und kompensierten diese Einnahmeverluste mit relativ hohen Gebühren für Telefongespräche. Im Unterschied zum deutschen Fall¹⁰⁴⁾ waren beide Betreiber jedoch bestrebt, dieses aus der Monopolzeit überlieferte Anschlussdefizit auszugleichen, wurden aber von den jeweils zuständigen nationalen Regulierungsbehörden daran gehindert.

Sowohl gegen Spanien als auch gegen Italien wurden daher im Jahr 2000 Vertragsverletzungsverfahren eröffnet. Der italienische Fall konnte im Juli 2002 abgeschlossen werden, nachdem der italienische Regulierer die von Telecom Italia beantragte weitergehende Tarifumstrukturierung genehmigt hatte. Dagegen gingen die spanischen Behörden nur in unzureichender Weise auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ein und ermöglichten Telefónica keine vollständige Tarifumstrukturierung, woraufhin die Kommission im Dezember 2001 eine entsprechende Klage gegen Spanien beim EuGH eingereicht hat.¹⁰⁵⁾ In seinen Schlussanträgen vom 10. Juli 2003 hat sich Generalanwalt Léger eindeutig für die Position der Kommission ausgesprochen.

102) § 125 Abs. 3 des österreichischen Telekommunikationsgesetzes.

103) EuGH, Urt. v. 22.5.2003, Rs C-462/99 – Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH/Telekom-Control-Kommission.

104) S.o. Abschnitt 2.2.

105) Rs C-500/01 – Kommission/Spanien; XXXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik der Kommission (2001), Rz. 124.

Sowohl bei den Verfahren nach Art. 86 als auch bei Verfahren nach Art. 226 EG-Vertrag wird somit eine enge inhaltliche Verbindung zur sektorspezifischen Regulierung deutlich, obgleich Erstere gegen Mitgliedstaaten, Letztere aber gegen die regulierten Unternehmen gerichtet ist.

V. Fazit: Verhältnis zwischen Regulierung und Kartellrecht

Das Ziel des dauerhaften Wettbewerbs in der Telekommunikation kann, wie gezeigt, grundsätzlich sowohl durch sektorspezifische Regulierung als auch durch die Anwendung des allgemeinen Kartellrechts erreicht werden. Beide Regelungsbereiche behandeln der Sache nach durchaus vergleichbare Fragestellungen und sehen hoheitliche Eingriffe in Marktabläufe vor. Sie unterscheiden sich aber in der Art und Weise der Lösung von Wettbewerbsproblemen und sind deshalb auf unterschiedliche Marktszenarien zugeschnitten. Die sektorspezifische Regulierung zielt dabei in erster Linie auf eine Verhinderung von zukünftigen wettbewerbsrechtlichen Fehlentwicklungen ab, wohingegen das allgemeine Kartellrecht eher auf eine nachträgliche Behebung und Sanktion bereits eingetretener Fehlentwicklungen ausgerichtet ist. Die sektorspezifische Regulierung führt, etwa im Bereich der Entgelte, für die regulierten Unternehmen zu konkret bezifferten Vorgaben für die Zukunft. Das allgemeine Kartellrecht führt dagegen bei Verfahren gem. Art. 82 und Art. 86 EG-Vertrag, die wie gezeigt die engste inhaltliche Verwandtschaft zum Regulierungsrecht aufweisen, lediglich zu einer allgemeinen Verpflichtung des betroffenen Unternehmens oder Mitgliedstaats, den festgestellten Missbrauch zu beenden und alle notwendigen Maßnahmen zu seiner Beseitigung zu unternehmen, gibt dagegen in der Regel keine konkret bezifferten Verhaltensweisen vor.

Die Vorteile eines regulatorischen Eingriffs gegenüber dem kartellrechtlichen Instrumentarium liegen somit grundsätzlich in einer schnelleren, präziseren und effektiveren Regelung des Wettbewerbsproblems in ehemals monopolisierten Märkten. Dies gilt insbesondere dann, wenn hierdurch überhaupt erst eine Situation geschaffen wird, in der Wettbewerb entstehen kann, indem den Wettbewerbern zunächst der Markteintritt ermöglicht wird. Allerdings ist hieraus nicht zu schließen, dass die Anwendung des Kartellrechts im Bereich regulierter Sachverhalte von vornherein ausgeschlossen ist. Vielmehr sind Regulierung und Kartellrecht als komplementäre Instrumente mit eigenen Anwendungsvoraussetzungen zu sehen, die durchaus auch nebeneinander zu den jeweils vorgesehenen Rechtsfolgen führen können. Dies hat die Kommission in den beiden kürzlich entschiedenen vorstehend erwähnten Verfahren gem. Art. 82 EG-Vertrag auch in der Praxis dargelegt. In rechtlicher Hinsicht bestehen insofern Berührungspunkte zwischen beiden Rechtsbereichen, als die Regulierungsbehörden keine Entscheidung treffen dürfen, die zu einem Verstoß gegen das EG-Recht führt, und die Kommission bei ihren kartellrechtlichen Entscheidungen die durch die Regulierung auf nationaler Ebene vorgegebene Rechtslage zu berücksichtigen hat.

Der neue Regulierungsrahmen bietet bei gemeinschaftsrechtskonformer Umsetzung und effektiver Anwendung in den Mitgliedstaaten durchaus die Chance, die asymmetrische sektorspezifische Regulierung der elektronischen Kommunikation in den kommenden Jahren auf der Anwendungsebene zu reduzieren. Bereits die Einführung kartellrechtlicher Kriterien in die Regulierung dürfte in erheblichem Maß dazu beitragen, den schrittweisen Übergang von einem regulierten zu einem deregulierten Sektor zu erleichtern. Dem Kartellrecht kommt dabei auch insofern eine wichtige Rolle zu, als dessen erfolgreiche Anwendung auf bestimmte Wettbewerbsprobleme zu einer Herausnahme der betreffenden Märkte aus der Kommissionsempfehlung über die ex-ante zu regulierenden Märkte führen könnte. Umgekehrt bedeutet dies aber auch, dass eine Regulierung der dort genannten Märkte jedenfalls so lange notwendig ist, wie über kartellrechtliche Verfahren keine hinreichende Abhilfe erzielt wird. Dies ist insbesondere für den Breitbandzugang im Festnetz und für bestimmte Vorleistungstarife im Mobilfunk von Bedeutung.

Wann der Übergang zu einer vollständigen Deregulierung des Telekommunikationssektors tatsächlich vollzogen wird, lässt sich gegenwärtig noch nicht absehen, sondern hängt in erster Linie von den konkreten Markt- und Wettbewerbsentwicklungen ab. Jedenfalls haben die Mitgliedstaaten auch nach dem neuen Rechtsrahmen den Regulierungsbehörden weiterhin eine umfassende Regulierung zu ermöglichen. Ein Regulierungsabbau auf gesetzlicher Ebene könnte daher erst auf Grund einer späteren Richtlinienreform erreicht werden.

Entscheidend ist dabei, dass die festgestellten Wettbewerbsprobleme in Form von Engpässen (*bottlenecks*) oder sonstigen Markteintrittsbarrieren effektiv beseitigt werden, gleich ob dieses durch regulatorische oder wettbewerbsrechtliche Anordnungen erfolgt. Zu vermeiden ist jedenfalls, dass es auf Grund politischer oder akademisch-dogmatischer Kontroversen über die Fortgeltung der sektorspezifischen Regulierung zu einem negativen Kompetenzkonflikt kommt und die anstehenden Wettbewerbsprobleme letztlich überhaupt nicht gelöst werden.

Der Ausstieg aus der sektorspezifischen Regulierung würde bedeuten, dass das allgemeine Kartellrecht auch in der Telekommunikation – wie bereits in vielen anderen Wirtschaftssektoren der Fall – allein einschlägig ist. Dieses setzt aber voraus, dass die Wettbewerber eine wirtschaftliche Stärke auf den relevanten Märkten erreicht haben, die es ihnen ermöglicht, auch ohne besondere und dauerhafte regulatorische Anordnungen im Wettbewerb zu bestehen. Erfolgt der Abbau der Regulierung bereits, bevor jener Zustand erreicht ist, so birgt dies für die neu in die Telekommunikationsmärkte eingetretenen Unternehmen eine existenzielle Gefährdung und damit durchaus die Gefahr einer faktischen Remonopolisierung, welche die rechtliche Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte sodann wieder zunichte machen würde. Andererseits bietet die Regulierung aber auch für die beherrschenden Unternehmen Vorteile gegenüber

dem allgemeinen Kartellrecht, da die Kartellbehörden über ein erhebliches Sanktionspotenzial verfügen, welches das betreffende Unternehmen im Einzelfall empfindlich treffen kann. In einem Marktszenario, in dem keine sektorspezifische Regulierung mehr bestünde, sondern allein das Kartellrecht die Aufrechterhaltung des Wettbewerbs gewährleisten müsste, wäre damit zu rechnen, dass dieses Sanktionspotenzial weit reichender als heute ausgeschöpft würde. So sieht das EG-Kartellrecht als mögliche Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 81 und 82 EG-Vertrag Geldbußen in Höhe von bis zu 10 % des weltweiten Konzern-Jahresumsatzes vor.¹⁰⁶⁾ Bei Ausschöpfung dieses Rahmens können die Geldbußen, die im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung in der Regel nicht anfallen, also deutlich spürbare Rechtsfolgen darstellen. Zudem kennt das EG-Kartellrecht als mögliche Rechtsfolge bei Verstößen auch die Anordnung struktureller Maßnahmen, etwa in Form einer verpflichtenden Änderung der Unternehmensstruktur.¹⁰⁷⁾ Derartige Rechtsfolgen gehen eindeutig über den Rahmen der nach dem Regulierungsrecht möglichen Maßnahmen hinaus, so dass die sektorspezifische Regulierung für die betroffenen Unternehmen durchaus als eine Art „Schutzschild“ angesehen werden kann.

Insgesamt ist daraus zu schließen, dass die sektorspezifische Regulierung in der Telekommunikation gegenwärtig noch unverzichtbar ist, um den Erfolg der Liberalisierung dauerhaft zu sichern. Daneben ist flankierend aber auch eine strikte Anwendung des Kartellrechts notwendig, um den entstandenen Wettbewerb auch in solchen Bereichen, die von der Regulierung nicht in hinreichendem Maß erfasst werden können, zu schützen und zu fördern. Beide Regelungsbereiche sind dabei möglichst weitgehend aufeinander abzustimmen. Hierin liegt eine große Herausforderung für sämtliche Beteiligten, d. h. die Kommission, die Regulierer und die nationalen Kartellbehörden. Nur eine enge Zusammenarbeit und Abstimmung untereinander in der laufenden Praxis dürfte dabei zum Erfolg führen: Dieser liegt in der langfristigen Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Kommunikationsindustrie unter bestmöglicher Wahrung der Verbraucherinteressen.

Abstract

More than five years after complete liberalisation and sector-specific regulation of the European telecommunications markets, the deadline for implementing the new regulatory framework expired on 25th July 2003. The implementation pro-

106) Art. 15 Abs. 2 Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6.2.1962 (ABl Nr. 13 v. 21.2.1962, S. 204/62); mit Wirkung vom 1.4.2004 ersetzt durch Art. 23 Abs. 2 Verordnung Nr. 1/2003, ABl L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

107) Vgl. Erwägungsgrund 12 Verordnung 1/2003, ABl L 1 v. 4.1.2003, S. 1; vgl. auch *Holthoff-Frank*, MMR 2002, 294, 297.

cess in the member states has triggered once again a controversial debate about the “best possible way” to reach the commonly shared objective of sustainable competition. The new regulatory framework maintains a sector-specific regulation in place, but introduces a number of criteria derived from EC competition law. Thus, the new framework provides the possibility to hand-over the task of safeguarding competition from sector-specific regulation to general competition law wherever sufficient competition is in place and likely to last. Based on an analysis of this new regulatory framework, the article examines the relationship between general competition law and sector-specific regulation in the telecommunications sector in the light of recent EC competition cases. The author comes to the conclusion that the new framework rightly keeps in place the ex-ante approach of sector-specific regulation and provides adequate measures to withdraw the regulation step-by-step. Phasing out regulation too early by relying on competition law alone would create considerable risks for both new entrants and the regulated operators. Instead, it is important that competition law is applied alongside regulation and that both are being enforced in a consistent manner.