

## K&R-Tagung

### Brüsseler ZEI-Konferenz: Die Umsetzung des neuen TKG-Rechtsrahmens

Von Ralf Capito, LL.M., und René Pfromm, Bonn\*

Die Umsetzung des neuen Rechtsrahmens der Europäischen Gemeinschaft für die Märkte der elektronischen Kommunikation in deutsches Recht und die dadurch notwendige, umfassende Überarbeitung des deutschen Telekommunikationsrechts, insbesondere des TKG, wirft eine Vielzahl von Fragen auf. Mit einigen wichtigen Problemen der Umsetzung befasste sich die am 26. 2. 2003 vom Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) in Zusammenarbeit mit der Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen bei der Europäischen Union in Brüssel veranstaltete Konferenz „Umsetzung des neuen TKG-Rechtsrahmens“.

In seiner Begrüßung appellierte der Präsident der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP), *Matthias Kurth*, Bonn, an die an der Umsetzung Beteiligten, eine Balance zwischen Flexibilität und Harmonisierung zu schaffen. Er erinnerte daran, wie viele positive Anstöße in der Vergangenheit die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden in der Independent Regulators Group für die harmonisierte Anwendung des EG-Telekommunikationsrechts gegeben habe. Ähnliche Erwartungen stellte *Kurth* an die im vergangenen Jahr ins Leben gerufene Gruppe „Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“. *Kurth* ging danach auf die Harmonisierung der Marktabgrenzung im Bereich der elektronischen Kommunikation ein. Zur kürzlich veröffentlichten Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte bemerkte er, dass die nationalen Besonderheiten bei der Marktabgrenzung nicht unberücksichtigt bleiben dürften. So sehe er im Gegensatz zur Empfehlung der Kommission derzeit im Hinblick auf die Gegebenheiten in Deutschland keinen Raum für die Abgrenzung eines Privatkunden- von einem Geschäftskundenmarkt im Festnetzbereich.

Der Präsident der RegTP wies schließlich auf die Gefahr hin, dass das in Art. 7 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG vorgesehene Konsolidierungsverfahren zu Verzögerungen bei den Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden führen könnte. Um dies zu verhindern, müssten die Fristen des Art. 7 Rahmenrichtlinie strikt eingehalten werden. Darüber hinaus solle die Kommission erwägen, ihre Überprüfungen auf die zentralen Regulierungsentscheidungen der nationalen Behörden zu beschränken.

Im ersten Diskussionsbeitrag des Tages erläuterte Prof. Dr. Dr. h. c. *Ulrich Immenga*, Göttingen, die Unterschiede, die sich nach der Umgestaltung des gemeinschaftsrechtlichen Konzepts der beträchtlichen Marktmacht (SMP-Konzept) zwischen diesem und dem Konzept der Marktbeherrschung im TKG und im EG-Kartellrecht er-

geben. Er machte deutlich, dass insbesondere die im Rahmen des GWB verwendeten Schwellenwerte für die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung niedriger seien als im allgemeinen EG-Wettbewerbsrecht und im neuen Rechtsrahmen.

*Immenga* sprach sich auf Grund dieser Unterschiede zwischen dem SMP-Konzept und dem Konzept der Marktbeherrschung des GWB klar dagegen aus, im Rahmen des TKG wie bisher den Marktbeherrschungsbegriff des § 19 GWB zu verwenden. Der TKG-Arbeitsentwurf, den das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) jüngst als Diskussionsgrundlage für die Erarbeitung eines Referentenentwurfs zum neuen TKG erstellt hat, sollte in diesem Punkt angepasst werden.

Eine rege Diskussion entwickelte sich, als *Immenga* seine Lesart des Erwägungsgrundes Nr. 27 der Rahmenrichtlinie vorstellte. Nach seiner Ansicht haben die nationalen Regulierungsbehörden im Rahmen der Analyse bestimmter Märkte der elektronischen Kommunikation stets zu prüfen, inwieweit die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts ausreichen, um die Wettbewerbsprobleme des Marktes zu lösen, ehe sie auf die sektorspezifischen Regulierungsinstrumente des neuen EG-Rechtsrahmens zurückgreifen können. Zumindest im Hinblick auf die von der Kommission in ihrer Empfehlung identifizierten Märkte widersprach dieser Ansicht – neben anderen Teilnehmern der Konferenz – *Robert Klotz* von der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission, Brüssel. Bei diesen Märkten habe die Kommission bereits festgestellt, dass die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen. *Immenga* wies zuletzt darauf hin, dass die Konzepte „wirksamer Wettbewerb“ (Art. 16 Rahmenrichtlinie) und „beträchtliche Marktmacht“ (Art. 14 Rahmenrichtlinie) im neuen Rechtsrahmen der Gemeinschaft gleichgesetzt sind<sup>1</sup>.

In ihrem darauf folgenden Diskussionsbeitrag „Zugangsverpflichtungen zwischen Bestimmtheit und Flexibilität“ ging *Eunike Prokop* von der Generaldirektion Informationsgesellschaft der Kommission, Brüssel, näher auf die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des neuen Rechtsrahmens ein. Sie hob die grundsätzliche Flexibilität des Rechtsrahmens insbesondere bei den Vorgaben der Zugangsrichtlinie hervor, mahnte die Mitgliedstaaten aber zugleich, den Umsetzungsfristen der verschiedenen Bestandteile des Rechtsrahmens nachzukommen.

Insbesondere sah *Prokop* die Gefahr, dass es zu Wettbewerbsverzerrungen auf den von der Kommission in der Empfehlung identifizierten Märkten kommen werde, wenn die Regulierungsbehörden einiger Mitgliedstaaten nicht entsprechend Art. 16 Abs. 1 Rahmenrichtlinie „so bald wie möglich“ eine Analyse der relevanten Märkte auf der Grundlage der Empfehlung vornehmen.

Im Zusammenhang mit dem dabei in der Regel durchzuführenden Notifizierungsverfahren nach Art. 7 Rahmenrichtlinie wies *Prokop* darauf hin, dass die CIA-Security-

\* Die Autoren sind wissenschaftliche Referenten am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn, Abteilung A („Politische, rechtliche und institutionelle Fragen“, Leitung Univ.-Prof. Dr. Ch. Koenig, LL.M.). Mehr über sie auf S. VIII.

1 Siehe dazu näher *Braun/Capito*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 309, 329 ff.

Rechtsprechung des EuGH<sup>2</sup> zur Informationsrichtlinie 83/189/EWG durchaus auch auf das Notifizierungsverfahren der Rahmenrichtlinie übertragbar sei. Im Hinblick auf die Spielräume der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Rechtsrahmens bemerkte *Prokop*, dass Unternehmen wohl keine über den Wortlaut des Art. 16 Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 8 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG hinausgehenden Zugangspflichten auferlegt werden dürften. Dies betrifft insbesondere die Verpflichtung von Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht i.S.d. Art. 14 Abs. 2 Rahmenrichtlinie<sup>3</sup>.

Den Vormittag schloss *Dr. Manfred Witte* vom BMWA (Referat VII A 3), Berlin/Bonn, mit einem Beitrag zum Thema „Umfang der Überprüfbarkeit von Entscheidungen des Regulierers“. Das Spannungsverhältnis zwischen zügigem Rechtsschutz und effektiver Regulierung stellt eines der Schwerpunktthemen bei der Novellierung des TKG dar. Im Gegensatz zu vielen anderen Bereichen enthält der TKG-Arbeitsentwurf noch keine Aussagen zur künftigen Ausgestaltung des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde.

Nach Ansicht von *Witte* soll der Rechtsschutz in Zukunft auf den letzten Entscheidungsakt der Regulierungsbehörde beschränkt werden. Eine Verkürzung des Instanzenzuges – ähnlich wie zum Beispiel im Atomrecht<sup>4</sup> – durch einen Verzicht auf die zweite Instanz wird vom BMWA in Erwägung gezogen. Nach Meinung *Wittes* liegt es aber auch an den zuständigen Gerichten, einen zügigen Rechtsschutz zu ermöglichen, indem sie selbst der Regulierungsbehörde in gewissen Sachbereichen Beurteilungsspielräume zugestehen.

Unter den Teilnehmern herrschte große Übereinstimmung darüber, dass die Rücknahme der Kontrolldichte durch die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen eine erhebliche Verfahrensbeschleunigung bewirken wird. Im Hinblick auf die angedachte Verkürzung des Instanzenzuges warnte Prof. *Dr. Bernd Holznapel* vom Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Münster, allerdings vor einem „zu leichtfertigen Aufgeben“ der zweiten Instanz. Die Erfahrung zeige, dass das Fehlen einer Revisions- bzw. Berufungsmöglichkeit deutlich härter geführte und dadurch längere erstinstanzliche Verfahren nach sich ziehe.

Der Nachmittag wurde mit dem Thema „Die (Ultima) Ratio der Regulierung des Endnutzermarktes“ eröffnet. Nach Art. 17 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie 2002/22/EG tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass auf einem Endnutzermarkt geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden, wenn einerseits auf diesem Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht und andererseits die Regulierung der Vorleistungsmärkte – etwa durch Zugangsverpflichtungen und Betreiberwahl – nicht ausreicht. *Holznapel* erörterte zunächst die Frage, inwieweit diese Vorschrift einen Vorrang der Vorleistungsregulierung normiert und dem nationalen Gesetzgeber die Umsetzung einer subsidiären Endnutzermarktregulierung zwingend vorschreibt. Dafür, dass die nationalen Regulierungsbehörden im Falle geeigneter Maßnahmen auf Vorleistungsebene oder im Bereich der Betreiberwahl lediglich nicht mehr verpflichtet sein sollen, auf der Endnutzerebene tätig zu werden, spräche der Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie.

Die Erwägungsgründe und die Entstehungsgeschichte der Norm legten hingegen nahe, dass es den Regulierungsbehörden in diesem Fall sogar verwehrt sein soll, beispielweise die Endkundenpreise zu regulieren.

In seinem Redebeitrag legte Prof. *Dr. Christian Koenig* vom ZEI, Bonn, anschließend dar, dass sich aus dem Vorrang der Vorleistungsregulierung zwei wesentliche Konsequenzen ergäben. Zum einen erhöhe die erforderliche Prognoseentscheidung die Begründungslast der Regulierungsbehörde für einen Eingriff auf einem Endnutzermarkt erheblich. Zum anderen verlange Art. 17 Abs. 1 lit. b Universaldienstrichtlinie von den nationalen Regulierungsbehörden, alle Optionen zur Vorleistungsregulierung auszuschöpfen. Die Effektivität der Vorleistungsregulierung müsse deshalb erhöht und die Regulierung der Vorleistungs- mit der Regulierung der Endkundenmärkte abgestimmt werden.

Die Schlussfolgerungen für die zukünftige Regulierung zeigte *Koenig* am Beispiel der Regulierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung auf. Eine Preis-Kosten-Schere wie bei der Miete der Teilnehmeranschlussleitung könne unter dem neuen Rechtsrahmen nicht aufrechterhalten werden.

Zum Thema „Die Bürde des Regulierers: Das neue Abstimmungsverfahren“ äußerte sich anschließend *Dr. Rüdiger Hahn* von der RegTP, Bonn. Er stellte die Probleme dar, denen sich die nationalen Regulierungsbehörden im Hinblick auf das Konsultationsverfahren (Art. 6 Rahmenrichtlinie) und das Konsolidierungsverfahren (Art. 7 Rahmenrichtlinie) gegenübersehen. Während die Vorgehensweise der RegTP im Rahmen der Konsultation schon heute weitgehend den Vorgaben des neuen Rechtsrahmens entspräche, verlange die Implementierung des Konsolidierungsverfahrens eine nicht unerhebliche Veränderung der Regulierungspraxis. *Hahn* machte deutlich, dass die Umsetzung des Art. 7 Rahmenrichtlinie durch die vielen offenen Fragen bei der Auslegung der Norm erschwert werde. Im Hinblick auf Art. 7 Abs. 5 Rahmenrichtlinie, wonach die nationalen Regulierungsbehörden den Stellungnahmen der Kommission im Konsolidierungsverfahren weitestgehend Rechnung zu tragen haben, sei z. B. unklar, ob eine erneute Konsultation erforderlich sei, wenn ein Maßnahmenentwurf (zumindest erheblich) verändert wurde. Zudem sei offen, ob der Begriff der „geplanten Maßnahme nach Abs. 3“ in Art. 7 Abs. 4 Rahmenrichtlinie so weit auszulegen ist, dass das Veto-recht der Kommission auch auf Entwürfe i.S.d. Art. 7 Abs. 3 Rahmenrichtlinie ausgedehnt würde. Neben diesen Auslegungsfragen sah *Hahn* die Gefahr, dass die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde durch „unvollständige“ Vorlagen im Konsolidierungsverfahren noch weiter verzögert werden könnte.

Mit seinem Schlussbeitrag zum Thema „Die Tragweite der Technikneutralität: Regulierung des Internets?“ stellte *Mike Cosse* von AOL Deutschland, Berlin, dar, welche Bereiche der Regulierung im Rahmen der Novellierung des TKG aus Sicht eines Internet Service Providers (ISP) besonders zu berücksichtigen sind.

2 Siehe EuGH, Rs. C-194/94, Slg. 1996, I-2201.

3 Vgl. dazu *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110, 114 ff.

4 § 48 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VwGO.

In erster Linie erhofften sich die ISP vom neuen TKG die Einführung eines weiten Zugangsbegriffs, der einen chancengleichen Wettbewerb gewährleistet. Zudem müsse die Novellierung genutzt werden, ein konsistentes Entgeltkonzept zu etablieren.

Am Beispiel der regulatorischen Einführung von Line-Sharing, die sich letztlich über zwei Jahre hinzog, zeigte *Cosse* auf, wie dringend der Telekommunikationssektor effektive und zügige Verfahren vor der Regulierungsbehörde und vor den Gerichten benötige. Die Beschleunigung der Verfahren sei der Schlüssel zu mehr Rechts- und Investitionssicherheit und damit zu mehr Wettbewerb auf den Märkten der elektronischen Kommunikation.