

Die (Ultima) Ratio der Regulierung des Endnutzermarktes

– Das Verhältnis von Vorleistungs- und Endnutzermarktregulierung nach dem neuen Kommunikationsrechtsrahmen –

I. Einleitung

Mit der anstehenden Umsetzung des neuen Rechtsrahmens¹ für Kommunikationsnetze und -dienste (kurz: Kommunikationsleistungen) wird eine erhebliche Veränderung des deutschen Kommunikationsrechts verbunden sein. Der Umsetzungsbedarf für die Regulierung von Endnutzermärkten wird bislang jedoch mitunter als gering erachtet.² Insbesondere die künftige Gestaltung des Verhältnisses der Regulierung von Vorleistungs- und Endnutzermarkt bedarf noch einer genaueren Untersuchung, der sich dieser Beitrag annimmt. Gleiches gilt für den Entscheidungsspielraum der Regulierungsbehörde für einen Ex-ante-Eingriff in den Endnutzermarkt unter der künftigen Rechtsordnung für Kommunikationsleistungen.

Ausgehend von der Betrachtung des Zwecks der Regulierung des Endnutzermarktes (II.) werden die Vorgaben des neuen Rechtsrahmens in diesem Bereich untersucht (III.). Anschließend wird ergründet, in welcher Weise sich diese Vorgaben im Hinblick auf die Zielrichtung der Endnutzermarktregulierung auf das nationale Recht auswirken werden (IV.). Dabei wird im Folgenden nur diejenige Regulierung einbezogen, die zum Zweck der wettbewerblichen Kontrolle marktmächtiger Unternehmen erfolgt. Ausgespart wird daher die Regulierung in Form von Verbraucherschutzvorschriften und Universaldienstverpflichtungen.

II. Zweck der Regulierung des Endnutzermarktes

Die sektorspezifische Wettbewerbsregulierung der Kommunikationsmärkte kann grob in zwei Bereiche eingeteilt werden: die Regulierung von Vorleistungsmärkten und die von Märkten für Endnutzer. Die Endnutzermarktregulierung bezieht sich nach dem neuen Rechtsrahmen auf Maßnahmen, die das Angebot von Leistungen an Endnutzer durch marktmächtige Unternehmen kontrollieren. Unter Endnutzern sind dabei Nutzer zu verstehen, die selbst keine Kommunikationsleistungen öffentlich anbieten.³ Dagegen sind Vorleistungen solche Leistungen, die Voraussetzung für die Erbringung von Endnutzerleistungen sind. Maßnahmen zur Regulierung von Vorleistungsmärkten beziehen sich vor allem auf die Verpflichtung zur Zugangsgewährung zu Kommunikationsnetzen und insbesondere deren Zusammenschaltung.⁴ Zu diesen wird

im Folgenden auch die Verpflichtung der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gezählt, Call-by-Call und Preselection (kurz: Betreiberauswahl) einzurichten.⁵ Verpflichtungen der Betreiberauswahl ergänzen die Zusammenschaltungspflichten, indem sie die Nutzung zusammenschalteter Dienste über den direkten Anschluss beim Endkunden ermöglichen.⁶ Nur dieser sich auf den Vorleistungsmarkt beziehende Aspekt der Betreiberauswahl ist für die vorliegende Darstellung von Interesse, obwohl wegen der gleichzeitigen Erweiterung der Endnutzerrechte auch eine Einordnung zum Endnutzermarkt begründbar ist.⁷

1. Notwendigkeit der Regulierung des Endnutzermarktes

Die Regulierung des Endnutzermarktes verfolgt eine doppelte Zielrichtung.⁸ Zum einen sollen die Interessen der

* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Kay E. Winkler, LL.M., ist dort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Verfasser danken Herrn Andreas Neumann für seine wertvollen Anmerkungen zu diesem Beitrag.

1 Richtlinien 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie), ABl.-EG 2002, L-108, S. 33; 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), ABl.-EG 2002, L-108, S. 7; 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie), ABl.-EG 2002, L-108, S. 21; 2002/22/EG (Universaldienstrichtlinie), ABl.-EG 2002, L-108, S. 51; 2002/58/EG (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl.-EG 2002, L-201, S. 37; 2002/77/EG (Wettbewerbsrichtlinie), ABl.-EG 2002, L-249, S. 21.

2 Vgl. nur *Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*, TKG-Novellierung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität, 2002, S. 6, verfügbar unter: http://www.regtp.de/imperia/md/content/behoerde/novellierung_tkg.pdf.

3 Art. 2 lit. n) Rahmenrichtlinie.

4 Vorgesehen in Art. 12 Zugangsrichtlinie.

5 Zur Betreiberauswahl in Mobilfunknetzen *Koenig*, MMR-Beilage 1/2002, S. 11. Für eine Einordnung der Preselection-Umstellung zum Vorleistungsmarkt *Rädler*, CR 2002, S. 648.

6 Art. 19 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie. Für eine generelle Einordnung der Betreiberauswahl zum Vorleistungsmarkt *Rädler*, CR 2002, S. 648.

7 *Commission*, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, ABl.-EG 2002, C-165, S. 6, Rn. 108.

8 *Vogelsang*, Die Zukunft der Entgeltregulierung im deutschen Telekommunikationssektor, 2002, S. 12; v. *Wichert-Nick*, Wettbewerb im lokalen Telekommunikationsmarkt, 1999, S. 143.

Endnutzer geschützt werden,⁹ indem überhöhte Monopolpreise des Marktbeherrschers (Ausbeutungsmissbrauch) ausgeschlossen werden.¹⁰ Zum anderen sollen die Marktbedingungen für die Schaffung von Wettbewerb gesichert werden,¹¹ indem durch Niedrigpreise verursachte Wettbewerbsverzerrungen (Behinderungsmissbrauch) vermieden werden.¹² Für die erste Zielrichtung bestand vor allem während der Anfangsphase der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte ein starkes Bedürfnis.¹³ Da ein rascher Marktzutritt durch Wettbewerber nicht mit Sicherheit angenommen werden konnte, war der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der ehemals staatlichen Monopolisten durch überhöhte Preise für Endnutzerleistungen zu befürchten. Das Gleiche gilt noch heute für Bereiche, in denen ein Marktzutritt durch Wettbewerber nicht ohne weiteres zu erwarten ist, wie etwa bei den Anschlussnetzen, die noch am ehesten als natürliches Monopol qualifiziert werden können.¹⁴ In Märkten hingegen, in denen hohe Zugangspotenziale durch Wettbewerber bestehen, wird von der Gefahr zu niedriger Endkundenpreise (Kampfpreise) auszugehen sein, durch die das marktbeherrschende Unternehmen die Verdrängung der Konkurrenz bezweckt.¹⁵ Hier müssen zur Sicherung der zweiten Zielrichtung der Endnutzermarktregulierung Maßnahmen getroffen werden, die einen Behinderungsmissbrauch in Form von Verdrängungspreisen vermeiden.¹⁶ Solche unter den Kosten kalkulierte Kampfpreise sind für ein marktbeherrschendes Unternehmen in der Erwartung möglich, die Verluste durch spätere Hochpreise nach Verdrängung der Wettbewerber wieder auszugleichen;¹⁷ darüber hinaus ist das marktbeherrschende Unternehmen regelmäßig in der Lage, die durch Kampfpreise entstehenden Verluste über Quersubventionierung aus profitablen Bereichen zu refinanzieren.¹⁸ Weitere wichtige Gegenstände der Regulierung von Endnutzermärkten sind Bündelangebote selbständig lieferbarer Kommunikationsleistungen¹⁹ und das Verbot der diskriminierenden Behandlung verschiedener Endnutzer.²⁰

2. Gegenseitige Abhängigkeit von Vorleistungs- und Endnutzermarktregulierung

Die beiden Ziele der Regulierung des Endnutzermarktes können isoliert betrachtet gegenläufig sein. Dies zeigt etwa die Regulierung von Entgelten. Während der Schutz der Endnutzerinteressen möglichst niedrige Preise verlangt, können höhere Preise das Entstehen von Wettbewerb begünstigen. Die Endnutzermarktregulierung stimmt daher nicht zwangsläufig mit dem Ziel der Vorleistungsregulierung überein, Wettbewerb durch Zugangsmöglichkeiten zum Endnutzermarkt mittels Zusammenschaltung, Resale²¹ oder Betreiber Auswahl zu fördern. Es ist deshalb wichtig, die beiden Regulierungsbereiche aufeinander abzustimmen. Viel Kritik hat in diesem Zusammenhang etwa die Höhe der Teilnehmeranschlussentgelte der Deutschen Telekom für Endkunden erfahren, die unter den kostenorientierten Vorleistungsentgelten für den Teilnehmeranschluss liegen.²² Nach einer geringfügigen Erhöhung ab Februar 2003 betragen die monatlichen Endkundenentgelte für den analogen Teilnehmeranschluss²³ 11,82 €, während sich der

Vorleistungstarif bislang auf 12,48 €²⁴ monatlich belief.²⁵ Die daraus resultierende Kosten-Preis-Schere stellt eine Marktzutrittschranke dar, da Wettbewerber die gleiche Leistung nicht für das gleiche Entgelt anbieten können, ohne dauerhaft Verluste zu erwirtschaften.²⁶ Folglich ist der Marktanteil für analoge Teilnehmeranschlüsse, die von Wettbewerbern der Deutschen Telekom bereitgestellt werden, mit deutlich unter einem Prozent „verschwindend gering“.²⁷ Die Genehmigungsfähigkeit der Endkundenentgelte wird aufgrund einer unabhängigen Betrachtung von Vorleistungs- und Endnutzermarkt begründet.²⁸ Während die Vorleistungsentgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren haben, könnten die Endkundenpreise innerhalb des Price-Cap-Verfahrens²⁹

9 Insb. Art. 1 Abs. 1, Art. 17 Abs. 2 a.E. Universaldienstrichtlinie.

10 Vgl. § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG.

11 Vgl. Erwägungsgrund 26 Universaldienstrichtlinie.

12 Vgl. § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

13 Vgl. *Bundestagsfraktionen CDU/CSU, SPD und FDP*, Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes, BT-Drs. 13/3609, S. 34 f.

14 *Monopolkommission*, 14. Hauptgutachten, 2002, BT-Drs. 14/9903, Tz. 2; *Vogelsang* (Fn. 8), S. 52; *Wein*, WuW 2000, S. 1187 (1193).

15 *Becker*, K&R 1999, S. 112 (121); *Bergmann*, WuW 2001, S. 234; *Junghanns*, WuW 2002, S. 567 (568); *Knieps*, Wettbewerbsökonomie, 2001, S. 171 ff.

16 Vgl. Erwägungsgrund 20 Zugangsrichtlinie.

17 *Knieps* (Fn. 15), S. 171.

18 Vgl. *Schuster/Stürmer* in: Büchner u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., 2000, § 24, Rn. 17.

19 Vgl. § 3 TKV. Ausführlich *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, S. 2 ff; s. auch *Schmidt/Wehmeier/Alkas*, MMR 2002, S. 528.

20 Vgl. Art. 17 Abs. 2 Satz 2 Universaldienstrichtlinie; § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, § 2 TKV.

21 Dazu *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 199.

22 *Monopolkommission*, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, 2002, Tz. 181; *Junghanns*, WuW 2002, S. 567 (570); *Möschel*, K&R 2002, S. 161 (163); *Schreiter/Kind*, MMR 2002, S. 788 (789).

23 Kupferdoppelader einfachster Ausführung.

24 Befristet bis 30.3.2003; *RegTP*, Beschluss v. 30.3.2001, Mitt. Nr. 198/2001, ABl.-RegTP 2001, S. 1089. Seit Mai gilt ein Vorleistungstarif von € 11,80; die nun positive Preisspanne dürfte Wettbewerbern kaum genügen, um Kosten für Vertrieb und Werbung zu decken.

25 Zur Erhöhung *RegTP*, Beschluss v. 19.12.2002, Mitt. Nr. 7/2003, ABl.-RegTP 2003, S. 6, Ziff. 7. Bemerkenswert ist, dass die DTAG sogar eine Erhöhung um 0,99 € statt der genehmigten 0,33 € beantragt hatte, was eine Gleichsetzung von Vorleistungs- und Endkundenentgelt bedeutet hätte.

26 *Klotz/Delgado/Fehrenbach*, WuW 2003, S. 346 (356); differenzierend *Vogelsang* (Fn. 8), S. 53 ff.

27 *RegTP*, Ortsnetzettbewerb 2000, 2001, S. 22; vgl. Jahresbericht 2002, 2003, S. 19. Beide verfügbar unter: http://www.regtp.de/aktuelles/start/in_03-05-00-00-00_m/index.html.

28 *RegTP*, Beschluss v. 30.3.2001, MMR 2001, S. 477 (480).

29 Beim Preis-Cap-Verfahren nach § 27 Abs. 1 Nr. 2 TKG werden Entgelte für verschiedene Dienstleistungen nicht einzeln geprüft; vielmehr wird auf die durchschnittliche Änderungsrate der zusammengefassten Entgelte abgestellt. Das marktbeherrschende Unternehmen kann innerhalb des Korbes der zusammengefassten Entgelte die Preise verändern, wenn insgesamt der Durchschnitt erhalten bleibt.

nach kaufmännischen Grundsätzen quersubventioniert werden und daher auch unter den Kosten liegen, ohne einen ungerechtfertigten Missbrauch zu begründen.³⁰ Dieser Regulierungsansatz verkennt jedoch die vertikale Integration des marktbeherrschenden Anbieters, die gerade Missbrauchspotenziale wahlweise sowohl auf der Vorleistungs- als auch der Endnutzerebene eröffnet. Die Frage des Bestehens einer ungerechtfertigten Wettbewerbsbehinderung kann deshalb nicht nur mit isoliertem Blick auf einen der Märkte beantwortet werden. Zwingend ist vielmehr eine aufeinander abgestimmte Regulierung von Vorleistungs- und Endnutzermarkt.³¹ So kann für die Zugangsentgelte einerseits eine kostenorientierte Preisobergrenze angeordnet werden, wodurch Preishöhenmissbrauch auch auf der Endnutzerebene unterbunden wird. Gleichzeitig kann andererseits festgelegt werden, dass Zugangpreise spürbar unterhalb der Endkundenpreise liegen müssen, sodass Verdrängungspreise ausgeschlossen werden.³² Dies entspricht dem Gedanken des vor allem auf Resale-Produkte angewandten Retail-Minus-Konzepts, wonach das Vorleistungsentgelt durch Verminderung des Endkundenpreises um vermeidbare Vertriebskosten ermittelt wird.³³ Erst mittels einer solchen Verzahnung von Vorleistungs- und Endnutzermarktregulierung entfalten regulatorische Maßnahmen ihre volle Wirksamkeit im Hinblick auf die Förderung des Wettbewerbs.

3. Ex-ante-Regulierung von Endnutzermärkten

Neben der inhaltlichen Ausgestaltung der Regulierung ist deren Zeitpunkt für ihre Wirkung von Bedeutung. Die Regulierung des Endnutzermarktes kann grundsätzlich entweder ex post in Form einer Missbrauchsaufsicht erfolgen oder ex ante durch die Auferlegung von Vorabverpflichtungen. Der Vorteil von Vorabverpflichtungen ist die Möglichkeit zur einzelfallbezogenen Steuerung des Marktverhaltens, bevor sich dieses nachteilig auf den jeweiligen Markt auswirkt. Auf den ersten Blick stellt daher die Ex-ante-Regulierung des Endnutzermarktes ein effektives Mittel zur Vermeidung missbräuchlichen Verhaltens marktmächtiger Unternehmen dar. Durch eine Genehmigungspflicht für Endnutzerentgelte³⁴ können etwa missbräuchliche Niedrigpreise von vornherein ausgeschlossen werden. Im Gegensatz zur nachträglichen Missbrauchsaufsicht wird durch das Genehmigungserfordernis eine Verzögerungstaktik des marktmächtigen Unternehmens erschwert.³⁵ Der missbräuchliche Zustand bleibt im Falle der Ex-post-Regulierung solange bestehen, bis seine Rechtswidrigkeit endgültig geklärt ist. Eine lange Verfahrensdauer wirkt zugunsten des Marktbeherrschers, wenn seine Kampfpreise zwischenzeitlich greifen und Wettbewerber dauerhaft verdrängt werden. Bei der Ex-ante-Regulierung hat das marktbeherrschende Unternehmen hingegen ein Interesse an einem zügigen Verfahren, da es ohne Entgeltgenehmigung keine wirksamen Verträge für die betroffenen Kommunikationsleistungen abschließen kann.³⁶ Dieser Effekt fördert überdies die Mitwirkung des Marktbeherrschers bei der Beschaffung von Informationen über die Kosten für die Bereitstellung

der Endnutzerleistungen.³⁷ In der Praxis werden diese positiven Auswirkungen der Ex-ante-Regulierung jedoch durch fast regelmäßig angestrebte Gerichtsverfahren abgeschwächt, die Rechts- und damit Planungssicherheit für die Marktbeteiligten erst lange Zeit später herstellen.³⁸ Daneben müsste der Regulierer für eine ideale Ex-ante-Regulierung bereits vorab umfassende Informationen über den zu regulierenden Markt und dessen zukünftige Entwicklung haben.³⁹ Dies offenbart einen weiteren Nachteil von ex ante ergehenden Regulierungsentscheidungen. Sie können nachträglich nicht mehr verändert und nur noch für die Zukunft angepasst werden. Wenn wie im Falle einer Kosten-Preis-Schere bereits ein Missbrauchszustand aufgrund divergierender Vorleistungs- und Endnutzermarktregulierung entstanden ist, kann dies ex post kaum korrigiert werden. Dem regulierten Marktbeherrscher kann mangels eigenen Entscheidungsspielraums nicht angelastet werden, dass er sich an Regelungsvorgaben gehalten hat, die ex post betrachtet missbräuchliche Zustände hervorgerufen haben.⁴⁰ Wo dies aufgrund effektiver Vorleistungsregulierung möglich erscheint, sollte deshalb auf Ex-ante-Regulierung des Endnutzermarktes verzichtet werden.⁴¹ Damit wird eine Zementierung von missbräuchlichen Zuständen verhindert und gleichzeitig eine unnötige Doppelregulierung vermieden.⁴²

4. Zwischenergebnis

Die doppelte Zielrichtung der Regulierung des Endnutzermarktes kann zu widersprüchlichen Ergebnissen füh-

30 V. Meibom/v. d. Bussche, WuW 1999, S. 1171.

31 Schreiter/Kind, MMR 2002, S. 788 (790). So sind etwa auch nach Art. 12 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie die Interessen der Endnutzer in die Vorleistungsregulierung einbezogen.

32 Eine weitere Abstimmungsmaßnahme könnte etwa auch ein Vermarktungsverbot neuer Endnutzerprodukte sein, das besteht, solange entsprechende Vorleistungen nicht effektiv angeboten werden, Junghanns, WuW 2002, S. 567 (576); Neitzel, CR 2002, S. 256 (262).

33 Das Retail-Minus-Konzept für Zugangsdienste positiv bewertend Klotz/Delgado/Fehrenbach, WuW 2003, S. 346 (357).

34 Vgl. § 25 Abs. 1 TKG.

35 Zum Problem der Verzögerung vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33 (Fn. 22), Tz. 114.

36 Vgl. Schuster/Stürner in: Büchner u.a. (Fn. 18), § 29, Rn. 19 ff. (21); Witte in: Scheurle/Mayen (Hrsg.), Telekommunikationsgesetz, 2002, § 29, Rn. 7.

37 Monopolkommission, Sondergutachten 33 (Fn. 22), Tz. 129.

38 Vgl. Bender, K&R 2001, 506 (512 f.).

39 Vgl. Engel, MMR-Beilage 3/1999, S. 7 (11); Immenga, WuW 1999, S. 949 (954 f.).

40 Schuster in: Büchner u.a. (Fn. 18), § 2, Rn. 32 f.; Bunte in: Langen/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, Einf. GWB, Rn. 32; Piepenbrock/Schuster, CR 2002, S. 98 (101); ähnlich Schroeder, WuW 1999, S. 14 (25); zu Art. 82 EG Paulweber, ZUM 2000, S. 22; zum Drittschutz Ladeur, CR 1999, S. 433 (439).

41 Vgl. v. Wichert-Nick (Fn. 8), S. 208; weitergehend Immenga, WuW 1999, S. 949 (959).

42 Vgl. Koenig/Kühling, WuW 2000, S. 596 (604 ff.); v. Wichert-Nick (Fn. 8), S. 209.

ren. Wenn alleine die Preissetzung auf dem Endnutzermarkt betrachtet wird, kann eine Quersubventionierung im Rahmen der Price-Cap-Regulierung zu aus vordergründiger Kundensicht durchaus wünschenswerten Unterpriessen führen, die für sich genommen nicht missbräuchlich sind. Solche Niedrigpreise wirken sich aber wettbewerbsbehindernd aus, wenn parallel auf dem Vorleistungsmarkt keine abgestimmten Preismechanismen wie etwa eine Retail-Minus-Regel existieren. Zu adäquaten Ergebnissen führt nur eine Regulierung, die im Rahmen eines „schlüssigen Gesamtkonzeptes“⁴³ sowohl Vorleistungs- als auch Endnutzermarkt in eine gemeinsame Betrachtung einbezieht. Dabei sollte Ex-ante-Regulierung auf dem Endnutzermarkt vermieden werden, insoweit dies bei wirksamer Vorleistungsregulierung möglich ist. Dies ist jedoch nicht in allen Märkten der Fall. Im Folgenden werden die Vorgaben des neuen Rechtsrahmens hinsichtlich der Regulierung von Endnutzermärkten dargestellt, um anschließend zu untersuchen, ob die soeben entwickelten regulierungsökonomischen Erkenntnisse in den Prozess der Umsetzung in das deutsche Recht einbezogen werden können.

III. Vorgaben des neuen Rechtsrahmens

Im bisherigen Regulierungssystem des TKG stehen die Regulierung der Vorleistungsmärkte und die der Endnutzermärkte nebeneinander. Die Regulierung der Endnutzermärkte ist nicht von derjenigen der Vorleistungsmärkte abhängig.⁴⁴ So ist die Entgeltregulierung nach § 25 Abs. 2 TKG für das Angebot von Sprachtelefondiensten und Übertragungswegen für Endnutzer zwingend, unabhängig von der Effektivität einer Entgeltfestsetzung für die jeweiligen Vorleistungen. Nach überwiegender Ansicht gibt der neue Rechtsrahmen nunmehr vor, zunächst die Vorleistungsmärkte zu regulieren und eine Regulierung des Endnutzermarktes nur als *Ultima Ratio* erst bei voraussichtlichem Versagen der Vorleistungsregulierung zu erlauben.⁴⁵ Diese Auffassung lässt sich jedoch aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften alleine nicht ableiten. Vielmehr ist eine weitergehende Auslegung erforderlich, um Existenz, Inhalt und Ausmaß eines etwaigen Vorrangs der Vorleistungsregulierung zu bestimmen.

1. Wortlaut des Art. 17 Universaldienstrichtlinie

Zunächst schreibt Art. 17 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie unmissverständlich vor, dass die Mitgliedstaaten die Regulierung eines Endnutzermarktes sicherstellen müssen, falls erstens auf diesem kein wirksamer Wettbewerb herrscht und zweitens die Regulierungsbehörde zur Schlussfolgerung gelangt, dass die Regulierungsziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie nicht durch Vorleistungsregulierung im Sinne der Zugangsregulierung oder durch die Ermöglichung der Betreiberwahl bzw. -vorauswahl nach Art. 19 Universaldienstrichtlinie erreicht werden. Dieser zweistufige Test sagt jedoch noch nichts über die Möglichkeit einer Endnutzermarktregulierung aus, wenn wirksamer

Wettbewerb besteht oder die Regulierungsziele auch durch Vorleistungsregulierung erreicht werden können. Für den ersten Fall stellt Art. 17 Abs. 5 Universaldienstrichtlinie klar, dass eine Regulierung des Endnutzermarktes bei bestehen wirksamen Wettbewerbs abgesehen von Universaldienstplichten ausgeschlossen ist.⁴⁶

Für den zweiten Fall, dass zwar kein wirksamer Wettbewerb besteht, aber die Regulierungsbehörde die Erreichung der Regulierungsziele durch Vorleistungsregulierung alleine für möglich hält, trifft Art. 17 Universaldienstrichtlinie keine explizite Aussage. Daraus könnte im Umkehrschluss die Gemeinschaftsrechtskonformität einer mitgliedstaatlichen Regelung gefolgert werden, nach der auch für diesen zweiten Fall eine Ex-ante-Regulierung des Endnutzermarktes ermöglicht würde. Andererseits könnte Abs. 5 gerade im Hinblick auf die dort getroffene Ausnahme der Art. 9 und 10 vom Verbot der Regulierung bei Vorliegen wirksamen Wettbewerbs einen eigenständigen Regelungsgehalt haben, wodurch ein solcher Umkehrschluss unzulässig wäre. Fraglich ist mithin, ob Art. 17 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie insofern eine abschließende Regelung darstellt.

Neben dem Wortlaut sind für die Interpretation einer Gemeinschaftsnorm deren Ziele sowie deren systematische Stellung maßgeblich.⁴⁷ Es bietet sich ein Blick auf die Erwägungsgründe und die Erklärungen während des Normgebungsprozesses an (sogleich 2.) sowie auf die Intention des EG-Richtliniengabers in Bezug auf eine weitergehende Harmonisierung im Kommunikationssektor (unten 3.). Schließlich trägt die systematische Stellung der Endnutzerregulierung innerhalb des Rechtsrahmens (unten 4.) entscheidend zur Auslegung bei.

2. Erwägungsgründe und Normgebung

Ein auf Art. 17 Universaldienstrichtlinie gestützter Vorrang der Vorleistungsregulierung ist in Erwägungsgrund 26 angelegt.⁴⁸ Demnach sollten die nationalen Regulie-

43 Kurth laut *RegTP*, Pressemitteilung v. 20.12.2002, verfügbar unter: <http://www.regtp.de/aktuelles/pm/02706/index.html>.

44 Eine faktische Verknüpfung wird jedoch etwa durch die IC+25%-Regel geschaffen; zu dieser Witte in: Scheurle/Mayen (Fn. 36), § 24, Rn. 94.

45 *Monopolkommission*, 14. Hauptgutachten (Fn. 14), Tz. 7 f.; *Bundesregierung*, Stellungnahme, 2002, verfügbar unter: http://www.bmwi.de/textonly/Homepage/download/telekommunikation_post/Monokom-Stell.pdf, S. 19; *Bartosch*, *EuZW* 2002, S. 389 (396); *Franzius*, *EuR* 2002, S. 660 (676); *Immenga/Kirchner*, *TKMR* 2002, S. 340 (343); *Scherer*, *K&R* 2002, S. 385 (389); *Schütz/Attendorp*, *MMR-Beilage* 4/2002, S. 18; *Braun/Capito* in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002, S. 51 (62 f.).

46 Dies wird bereits durch Art. 16 Abs. 3 Rahmenrichtlinie bestimmt.

47 Ständige Rechtsprechung des *EuGH*, vgl. Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, Urteil v. 10.12.2002, Rn. 203 m.w.N. (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

48 Zur interpretationssteuernden Wirkung von Erwägungsgründen *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 21), S. 158 m.w.N.

rungsbehörden „als letztes Mittel“ die Befugnis haben, einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Regulierungsmaßnahmen bezogen auf Endnutzermärkte aufzuerlegen. Noch deutlicher wird die Intention des EG-Richtliniengabers mit dem Hinweis, solche Maßnahmen „sollten jedoch nur auferlegt werden, wenn die nationalen Regulierungsbehörden der Auffassung sind, dass entsprechende Maßnahmen auf Großkundenebene oder Maßnahmen hinsichtlich der Betreiberwahl“ nicht ausreichen würden.⁴⁹ Diese Klarstellungen sind erst im Laufe des Entstehungsprozesses der Richtlinie eingefügt worden, woraus die Relevanz des Vorrangs für den Normgeber deutlich wird. Die jetzige Formulierung ist ein Kompromiss zum Vorschlag des Parlaments, das Interventionen in Endnutzermärkten nur dann erlaubt sehen wollte, wenn Maßnahmen der Vorleistungsregulierung fehlgeschlagen sind.⁵⁰ Dies hätte ein Aussetzen der Vorabregulierung von Endnutzermärkten bedeutet, die erst nach einer Ex-post-Feststellung eines Regulierungsversagens wieder in Betracht gekommen wäre. Die Kommission akzeptierte zwar das mit der Änderung des Erwägungsgrundes klar werdende Prinzip des Vorrangs der Vorleistungsregulierung, allerdings unter deutlichem Hinweis auf die Bedeutung der Kontrolle des Endnutzermarktes gerade im Hinblick auf die Bereitstellung von Telefondiensten durch marktmächtige Unternehmen.⁵¹ Es ist daher davon auszugehen, dass durch den neuen Rechtsrahmen das Prinzip des Vorrangs der Vorleistungsregulierung angestrebt wird und die Umsetzung in das nationale Recht diesen Vorrang zumindest berücksichtigen soll. Die Formulierungen des Rechtsrahmens gehen per se jedoch nicht so weit, einen zwingenden Ausschluss jeglicher Regulierung von Endnutzermärkten auch für die Fälle anzuordnen, in denen Vorleistungsregulierung ausreicht.

3. Harmonisierungsumfang

Ein zwingend in allen Bereichen umzusetzender Vorrang würde sich aus Art. 17 Universaldienstrichtlinie nur ergeben, wenn das Richtlinienpaket in Bezug auf die Endnutzermärktregulierung eine vollständige Harmonisierung herbeiführte und deshalb kein Raum für darüber hinausgehende nationale Regelungen bestünde. Der von Art. 17 Universaldienstrichtlinie nicht ausdrücklich erwähnte Fall, dass zwar kein wirksamer Wettbewerb besteht, aber Vorleistungsregulierung ausreichen würde, wäre dann einer mitgliedstaatlichen Regulierung des Endnutzermarktes entzogen.

Der alte Rechtsrahmen sah in vielen Vorschriften lediglich eine Mindestharmonisierung vor,⁵² sodass weitergehende Regeln von den Mitgliedstaaten erlassen werden konnten. Beispielhaft können die Ex-ante-Verpflichtungen zur Zusammenschaltung nach der ONP-Richtlinie 97/33⁵³ angeführt werden, die gemäß Art. 1 Abs. 1 und Erwägungsgrund 2 lediglich einen allgemeinen Rechtsrahmen für die Regulierung vorsah.⁵⁴ Daneben enthielt die Richtlinie ungenaue oder keine Definitionen von zentralen Begriffen wie „Zusammenschaltung“ oder „Zu-

gang“ und überließ die nähere Bestimmung der Regulierungssubjekte den Mitgliedstaaten.⁵⁵ Aufgrund des geringen Harmonisierungsumfanges konnten folglich weitergehende Ex-ante-Verpflichtungen als die in der Richtlinie aufgezählten durch die Mitgliedstaaten vorgesehen werden.⁵⁶ Das neue Richtlinienpaket hingegen spricht schon in Art. 1 Abs. 1 Rahmenrichtlinie von einer „gemeinschaftsweit harmonisierten Anwendung des Rechtsrahmens“. Die einzelnen Richtlinien enthalten jeweils detaillierte Definitionen der grundlegenden Normbegriffe, wie „Kommunikationsnetz und -dienst“, „Zugang“, „Zusammenschaltung“, „Endnutzer“ oder „Verbraucher“.⁵⁷ Daneben werden über das umfassend geregelte Verfahren nach Art. 14 ff. Rahmenrichtlinie die Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als Regelungssubjekte genau bestimmt. Im Gegensatz zum alten Rechtsrahmen bewirkt daher das neue Richtlinienpaket eine wesentlich weitergehende Harmonisierung in Bezug auf die darin geregelten Gegenstände.⁵⁸ Der nationale Gesetzgeber kann folglich dann nicht über die getroffenen Regelungen des neuen Rechtsrahmens hinausgehen, falls die zulässigen Vorabverpflichtungen für Endnutzermärkte durch Art. 17 Universaldienstrichtlinie abschließend erfasst sind. Um dies zu beurteilen, muss auf das System der Vorabverpflichtungen eingegangen werden.

4. Die Exklusivität der Vorabverpflichtungen

Für das Verständnis des Verhältnisses der verschiedenen Regulierungsmaßnahmen nach dem neuen Richtlinienpaket ist es notwendig, die Funktion der Vorabverpflichtungen im System des Rechtsrahmens zu erfassen. Nach Art. 3 Abs. 2 Genehmigungsrichtlinie kann das Angebot von Kommunikationsleistungen abgesehen von den allgemeinen Bedingungen der so genannten „Allgemeingenehmigung“ und den Nutzungsrechten für Funkfrequenzen und Nummern nur von den in Art. 6 Abs. 2 Genehmigungsrichtlinie genannten besonderen Verpflichtungen abhängig gemacht werden. Diese betreffen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Zugang zu

49 Erwägungsgrund 26 letzter Satz Universaldienstrichtlinie. Wohlgemerkt heißt es dort „sollten“ und nicht „dürfen“.

50 *Parlament*, ABl.-EG 2002, C-53 E, S. 195 (196).

51 *Kommission*, KOM(2001) 503, ABl.-EG 2001, C-332 E, S. 292 (294), u. Ziff. 3.2.2. Anderssprachige Versionen sind in der Frage des Vorrangs nicht ganz so vehement („preference could be given“, „préférence puisse être donnée“) wie die deutsche („Vorrang ... hat“).

52 *Koenig/Loetz* in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 45), S. 359 (430), Fn. 248; s. insb. *EuGH*, Rs. C-79/00, *Telefónica de España/ Administración General del Estado*, Urteil v. 13.12.2001, Slg. 2001, I-10075, Rn. 29.

53 ABl.-EG 1997, L-199, S. 32, geändert durch Richtlinie 98/61/EG, ABl.-EG 1998, L-268, S. 37.

54 *Generalanwalt Jacobs*, Rs. C-79/00 (Fn. 52), Schlussantrag v. 21.6.2001, Rn. 70.

55 *Ders.*, Rn. 71.

56 *Ders.*, Rn. 76; *EuGH*, Rs. C-79/00 (Fn. 52), Rn. 34.

57 Art. 2 Rahmenrichtlinie.

58 Vgl. ausführlich *Capito/Elspäß*, K&R 2003, S. 110 (114).

Kommunikationsnetzen und -diensten,⁵⁹ die Verpflichtungen der Universaldienstunternehmen nach Kapitel II Universaldienstrichtlinie sowie die besonderen Verpflichtungen der Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach Art. 16 bis 19 Universaldienstrichtlinie. Da im Gegensatz zu § 3 Nr. 9 TKG unter Zugang nach Art. 1 Abs. 2 Zugangsrichtlinie nicht auch der Zugang von Endnutzern zu verstehen ist, bleiben für die Regulierung von Endnutzerdiensten abgesehen von den Universaldienstpflichten nur die in Art. 17 Universaldienstrichtlinie vorgesehenen Maßnahmen.⁶⁰ Die Auferlegung anderer als in dem Rechtsrahmen identifizierter Vorabverpflichtungen ist für die Mitgliedstaaten aufgrund dieser Systematik nicht möglich. Die für bestimmte Unternehmen geltenden besonderen Verpflichtungen stellen lediglich eine Erweiterung der abschließend aufgezählten Allgemeinbedingungen dar. Deren Exklusivität verlangt konsequenterweise die abschließende Regelung aller Voraussetzungen für die Anwendung jeglicher Vorabverpflichtungen im neuen Rechtsrahmen. Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten in der Wahl ihrer Regulierungsmaßnahmen eingeschränkt sind. Sie dürfen nur die ausdrücklich genannten Verpflichtungen als besondere Regulierungsinstrumente und keine darüber hinausgehenden Maßnahmen vorsehen.

Bezüglich der Auferlegung von Vorabverpflichtungen in Bezug auf Endnutzermärkte spricht mithin viel dafür, dass die beiden in Art. 17 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie aufgeführten Bedingungen kumulativ erfüllt sein müssen. Eine Ex-ante-Regulierung ist demnach nur zulässig, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht und Maßnahmen der Vorleistungsregulierung alleine nicht ausreichen. Mit Rückgriff auf die Intention des Richtliniengebers und den Harmonisierungsumfang des Rechtsrahmens wird Art. 17 Universaldienstrichtlinie als Begründung des Vorrangs der Vorleistungsregulierung zu verstehen sein.

5. Zwischenergebnis

Systematik und Ziel der Richtlinien legen nahe, dass Art. 17 Universaldienstrichtlinie eine Regulierung des Endnutzermarktes künftig nur noch dann erlaubt, wenn kein wirksamer Wettbewerb besteht und die Regulierungsbehörde Vorleistungsregulierung einschließlich Betreiberwahl für nicht ausreichend erachtet. In diesem Sinne geht auch die Bundesregierung vom Vorrang der Vorleistungsregulierung aus.⁶¹ Insofern ist eine Änderung des TKG erforderlich, das bislang für Endnutzerentgelte marktmächtiger Unternehmen beim Angebot von Sprachtelefonie und Übertragungswegen eine Vorabregulierung gemäß § 25 Abs. 1 TKG zwingend vorsieht.⁶² Aus der Ausschließlichkeit der Vorabverpflichtungen lässt sich im Übrigen erst recht auch hinsichtlich der Adressaten ableiten, dass die Maßnahmen des Art. 17 Universaldienstrichtlinie nur auf die dort erwähnten marktmächtigen Unternehmen und nicht auf solche ohne beträchtliche Marktmacht anwendbar sind.

Andere als die ausdrücklich in der Richtlinie erwähnten Regulierungssubjekte werden nicht erfasst, insbesondere wegen der durch Art. 3 Abs. 2 Genehmigungsrichtlinie angeordneten Exklusivität der Vorabverpflichtungen des Richtlinienpaketes.

IV. Konsequenzen für die Umsetzung

Der festgestellte Vorrang der Vorleistungs- vor der Endnutzermarktregulierung bedeutet nicht den gänzlichen Ausschluss von Verpflichtungen bezogen auf Endnutzermärkte.⁶³ Im Gegenteil sieht der neue Rechtsrahmen die Ex-ante-Regulierung des Endnutzermarktes für bestimmte Bereiche weiterhin als zentrales und wichtiges Instrument vor.⁶⁴ Daneben bleibt die Möglichkeit einer kartellrechtlichen Ex-post-Kontrolle vom neuen Rechtsrahmen unberührt.⁶⁵ Im Folgenden werden die Auswirkungen des Vorrangs auf die künftige Regulierung des Endnutzermarktes untersucht. Insbesondere bedarf der Klärung, unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde nach dem neuen Rechtsrahmen eingreifen darf. Wie sich zeigen wird, ist sowohl eine Prognoseentscheidung (soglich 1.) als auch das vollständige Ausschöpfen möglicher Vorleistungsregulierung (unten 2.) erforderlich.

1. Prognoseentscheidung als Eingriffsvoraussetzung

Neben der Feststellung fehlenden wirksamen Wettbewerbs muss die Regulierungsbehörde gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. b) Universaldienstrichtlinie für die Anwendung regulatorischer Maßnahmen auf einem Endnutzermarkt zu der Schlussfolgerung kommen, dass Vorleistungsregulierung nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach Art. 8 Rahmenrichtlinie führen würde. Mit anderen Worten ist für ein Eingreifen der Regulierungsbehörde auf Endnutzermärkten eine Prognose erforderlich, die bestimmt, ob Maßnahmen der Vorleistungsregulierung ausreichen werden. Daher ist festzulegen, unter welchen Voraussetzungen eine solche Prognose von der Regulierungsbehörde getroffen werden kann. Das Fehlen wirksamen Wettbewerbs trotz eingesetzter Mittel zur Regulierung des Vorleistungsmarktes alleine kann jedenfalls als Kriterium nicht ausreichen. Bisher ist etwa der deutsche Gesetzgeber von der Notwendigkeit einer Ex-ante-Regulierung insbesondere bei Entgelten aufgrund der vorherrschenden Marktmacht des Altsassen ausgegangen.⁶⁶ Die

59 Namentlich nach Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 und 8 Zugangsrichtlinie.

60 Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann (Fn. 21), S. 164.

61 Bundesregierung, Stellungnahme (Fn. 45), Ziff. 4.8.

62 Gegen einen Änderungsbedarf *Monopolkommission*, 14. Hauptgutachten (Fn. 14), Tz. 13; WAR (Fn. 2), S. 6.

63 Vgl. Schütz/Attendorn, MMR-Beilage 4/2002, S. 37.

64 Vgl. *Kommission*, KOM(2001) 503, ABl.-EG 2001, C-332 E, S. 292 (294), u. Ziff. 3.2.2.

65 Vgl. etwa Erwägungsgründe 25 u. 27 Rahmenrichtlinie.

66 TKG-Entwurf (Fn. 13), BT-Drs. 13/3609, S. 34 f.

Feststellung der Marktmacht ist jedoch bereits Voraussetzung nach Art. 17 Abs. 1 lit. a) Universaldienstrichtlinie,⁶⁷ sodass die Prognose nach lit. b) darüber hinausgehen muss. Ferner kann eine abstrakte Bewertung der Regulierungsbehörde, Vorleistungsregulierungen würden in dem entsprechenden Endnutzermarkt generell keine Wirkung entfalten, nicht ausreichen. Dies macht die Änderung der ursprünglichen Voraussetzung „der Auffassung sein“ in „zur Schlussfolgerung kommen“ im Normgebungsprozess deutlich.⁶⁸ Durch diese Änderung wurde ein strengerer Maßstab an die von der Regulierungsbehörde vorzunehmende Einschätzung des Marktes festgesetzt,⁶⁹ was zu einer höheren Begründungslast führt.

Die Regulierungsbehörde muss folglich konkrete Anhaltspunkte für das Versagen der Vorleistungsregulierung in den jeweiligen Märkten haben. In Frage kommen etwa Situationen, in denen potenzieller Wettbewerb trotz wirksamer Vorleistungsregulierung auf einem Endnutzermarkt den Marktbeherrscher nicht zu disziplinieren vermag. Dann könnte eine Ex-ante-Bestimmung von Obergrenzen für Endnutzerpreise in Betracht kommen. Gleichsam kann es gerade bei entstehendem Wettbewerb sinnvoll sein, Kampfpreise zur Vermeidung eines Behinderungsmissbrauchs ex ante auszuschließen.⁷⁰ Dies ist wohl gemerkt aufgrund einer jeweiligen Einzelfallbetrachtung nach Überprüfung der Wirksamkeit von Vorleistungsverpflichtungen zu entscheiden.

Von Bedeutung ist die Vorabregulierung aufgrund der Übergangsregel nach Art. 16 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie vor allem auch für Endnutzermärkte, auf denen bereits Ex-ante-Regulierung besteht. Die nach § 25 Abs. 1 TKG genehmigten Endnutzerentgelte für Sprachtelefonie und Übertragungswege bleiben zunächst in Kraft, bis eine Überprüfung der jeweiligen Märkte stattgefunden hat. Die Prognoseentscheidung der Regulierungsbehörde kann leichter zu dem Ergebnis kommen, dass eine Vorleistungsregulierung nicht ausreicht, wenn bereits in der Vergangenheit die angewandten Regulierungsinstrumente keine spürbare Verstärkung des Wettbewerbs bewirkt haben, wie etwa im Bereich der Teilnehmeranschlüsse.

2. Ausschöpfen der Vorleistungsregulierung

Das Prinzip des Vorrangs der Vorleistungsregulierung hat allerdings auch zur Folge, dass sämtliche Möglichkeiten der Vorleistungsregulierung wahrgenommen werden müssen, wenn die bisherige Unwirksamkeit der angewandten Regulierungsmaßnahmen festgestellt wird. Dies resultiert aus dem Bestreben, Vorleistungsregulierung der Endnutzermarktregulierung vorzuziehen und letztere allmählich auf ein Mindestmaß zurückzudrängen. Für ein solches Ergebnis ist die Effektivität der Vorleistungsregulierung zu steigern, sodass schließlich auf die Ex-ante-Regulierung von Endnutzermärkten als unterstützendes Instrument verzichtet werden kann.

In der Praxis gebietet dies eine Verzahnung der verschiedenen Regulierungsebenen.⁷¹ Dies wurde eingangs

(oben II.) als ein sinnvolles Vorgehen ermittelt. Für das Problem der Kosten-Preis-Schere bei Teilnehmeranschlüssen zeigt sich beispielsweise, dass das Ziel des Abbaus von Wettbewerbsverzerrungen⁷² bislang nicht erreicht wurde. Die Regulierungsbehörde muss nach Art. 17 Universaldienstrichtlinie künftig eingreifen und weitere regulatorische Maßnahmen treffen.⁷³ Aufgrund des Vorrangs der Vorleistungsregulierung hat sie zunächst auf dieser Ebene nachzubessern, bevor die Ex-ante-Preisregulierung auf dem Endnutzermarkt verändert wird. Im Konkreten bedeutet dies etwa die Einführung einer Retail-Minus-Regel bei der Vorleistungsregulierung, bevor eine Tarifierhöhung auf dem Endnutzermarkt als Regulierungsinstrument gegen Verdrängungspreise zulässig wäre.

Gleiches gilt für Bereiche, die bislang keiner Ex-ante-Regulierung unterworfen waren. Beispielhaft sei auf die umstrittene Praxis zum DSL-Angebot der Deutschen Telekom verwiesen,⁷⁴ die Potenziale für beide Formen des Missbrauchs schafft. Einerseits führt der Aufschlag für den DSL-Anschluss auf den Endkundertarif für ISDN-Anschlüsse zu einem Unterkostenangebot,⁷⁵ sodass Wettbewerber von gleichartigen Angeboten abgehalten werden.⁷⁶ Ergebnis ist ein Marktanteil der Wettbewerber von unter fünf Prozent.⁷⁷ Andererseits ist der Aufschlag auf den Endkundenpreis für den analogen Teilnehmeranschluss zum Nachteil der Endkunden überhöht.⁷⁸ Auch hier zeigt sich der Nachteil einer isolierten Betrachtung des Endnutzermarktes. Die Missbräuchlichkeit der Kosten-Preis-Schere beim DSL-Angebot wurde wiederum aufgrund betriebswirtschaftlich vernünftiger Kalkulation und sozialpolitischer Erwägungen verneint.⁷⁹ So sei etwa die Ausnutzung von Größenvorteilen regulatorisch nicht zu beanstanden. Die enormen Größenvorteile des markt-mächtigen vertikal integrierten Netzbetreibers sind jedoch gerade ein Grund für eine besondere Regulierung des Telekommunikationsmarktes, der sich in dieser Hin-

67 Im neuen Rechtsrahmen sind das Fehlen wirksamen Wettbewerbs und das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht identisch (Gleichsetzungsthese), *Kommission*, Leitlinien (Fn. 7), Rn. 112; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, (Fn. 21) S. 157 ff., 162 f.

68 Vgl. noch *Rat*, Gemeinsamer Standpunkt, ABl.-EG 2001, C-337, S. 55 (67).

69 *Kommission*, Stellungnahme v. 7.2.2002, KOM(2002) 77, u. Ziff. 4.4.

70 *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 21), S. 199 f.

71 Vgl. *WAR* (Fn. 2), S. 6.

72 Art. 8 Abs. 2 lit. b) Rahmenrichtlinie.

73 Insoweit besteht kein Entschließungsermessens, *Scherer*, K&R 2002, S. 385 (389).

74 *RegTP*, Beschluss v. 30.3.2001, MMR 2001, S. 472; kritisch *Monopolkommission*, Sondergutachten 33 (Fn.22), Tz. 140; *Möschel*, K&R 2002, S. 161 (163); vgl. *Scherer*, NJW 2003, S. 1004 (1008).

75 *Junghanns*, WuW 2002, S. 567 (573).

76 *Geppert/Ruhle/Schuster*, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl., 2002, Rn. 432 f.

77 *RegTP*, Jahresbericht 2002 (Fn. 27), S. 19.

78 *Monopolkommission*, Sondergutachten 33 (Fn.22), Tz. 137.

79 *RegTP*, Beschluss v. 30.3.2001, MMR 2001, S. 472 (476).

sicht von anderen Märkten unterscheidet. Gleichsam sind die in der Anfangsphase typischerweise auftretenden Anschubverluste zwar auf dem Endnutzermarkt hinnehmbar und für eine breite Erschwinglichkeit auch erwünscht, müssten jedoch auch auf dem Vorleistungsmarkt in gleicher Weise realisiert werden. Dadurch würde eine Kosten-Preis-Schere vermieden.⁸⁰ Investitionsanreize für neue Infrastrukturprodukte werden gerade durch langfristig realisierbare Gewinne auf der Vorleistungsebene geschaffen,⁸¹ und nicht durch Verlustmöglichkeiten auf der Endnutzerebene.

Der neue Rechtsrahmen erfasst auch Angebote der Datenkommunikation, sodass Art. 17 Universaldienstrichtlinie auf die DSL-Technologie anwendbar ist.⁸² Auch hier wird künftig der Gesetzgeber aufgrund des Vorrangs der Vorleistungsregulierung sicherstellen müssen, dass zunächst geeignete Maßnahmen auf der Vorleistungsebene zur Beseitigung der Verdrängungspotenziale und zum Schutz der Endnutzer getroffen werden, bevor unterstützend eine Vorabregulierung des Endnutzermarktes eingerichtet wird. Eine Überprüfung von Missbrauchstatbeständen auf dem Endnutzermarkt wird alleine nicht genügen. Vielmehr muss zunächst ermittelt werden, ob die vorgenommenen Regulierungsmaßnahmen auf der Vorleistungsebene zur Erreichung der Ziele nach Art. 8 Rahmenrichtlinie ausreichen. Sollte die Zielerreichung nicht sichergestellt sein, so muss dort nachgebessert und gegebenenfalls flankierend mit Ex-ante-Regulierung auf dem Endnutzermarkt eingegriffen werden.⁸³

3. Zwischenergebnis

Im Ergebnis hat Art. 17 einerseits eine deutliche Erhöhung der Voraussetzungen für einen Eingriff auf dem Endnutzermarkt zur Folge. Andererseits wirkt sich der Vorrang auch auf den Umfang der Vorleistungsregulierung aus, die effektiver auf die Ziele der Regulierung des Endnutzermarktes abgestimmt werden muss.⁸⁴ Durch diese Verknüpfung beider Regulierungsebenen werden sich widersprechende Regulierungsmaßnahmen vermieden, die etwa durch isolierte Preishöhenbestimmungen entstehen. Auf der Vorleistungsebene kann etwa das Ziel der Endnutzermarktregulierung hinsichtlich der Förderung erschwinglicher Kommunikationsleistungen bereits berücksichtigt werden. Somit werden Wettbewerbsverzerrungen durch Endnutzerpreise vermieden, die unter den Vorleistungsentgelten liegen. Auch das Interesse nach Investitionsanreizen kann durch eine abgestimmte Vorleistungsregulierung adäquat einbezogen werden, wenn Zusammenschaltungsentgelte langfristig Gewinne ermöglichen und somit auch einen Infrastrukturwettbewerb fördern.⁸⁵ Anreize für Infrastrukturinvestitionen müssen deshalb bei der Überprüfung von Endnutzerentgelten nicht zusätzlich erwogen werden.

V. Zusammenfassung

Der neue Rechtsrahmen gebietet eine deutliche Richtungsänderung im Umgang mit der Regulierung der Endnutzermärkte. Durch Art. 17 Universaldienstrichtlinie wird allerdings die Regulierung dieser Märkte nicht ersatzlos zurückgedrängt, sondern vielmehr dem Gesetzgeber vorgegeben, eine abgestimmte Regulierung von Vorleistungs- und Endnutzermarkt sicherzustellen. Die Ex-ante-Regulierung der Endnutzermärkte hat nach wie vor eine wichtige Bedeutung vor allem in Märkten, die in der Vergangenheit geringe Marktzutrittspotenziale gezeigt haben. In Bereichen jedoch, in denen Vorleistungsregulierung genügt, wird die Vorabregulierung der Endnutzermärkte zurückgedrängt. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht über Endnutzermärkte bleibt dessen ungeachtet bestehen.

In der Vergangenheit haben insbesondere die Entscheidungen zu den Tarifen für die Teilnehmeranschlussleitung und das DSL-Angebot gezeigt, dass zu wenig auf den notwendigen Zusammenhang der Regulierung von Vorleistungs- und Endnutzermarkt eingegangen wurde. Bestehende Kosten-Preis-Scheren haben Marktzutrittschranken gefördert, die durch eine abgestimmte Regulierung vermieden worden wären.

Der nunmehr umzusetzende Vorrang der Vorleistungsvor der Endnutzermarktregulierung bedeutet eine erhöhte Eingriffsvoraussetzung. Die Regulierungsbehörde wird künftig vor Auferlegung einer Vorabverpflichtung auf dem Endnutzermarkt aufgrund einer Prognoseentscheidung prüfen müssen, ob geeignete Maßnahmen auf dem Vorleistungsmarkt zur Erreichung der in Art. 8 Rahmenrichtlinie genannten Regulierungsziele ausreichen. Gleichzeitig ist sie aber aufgrund des Vorrangs der Vorleistungsregulierung verpflichtet, auf dieser Ebene nachzubessern. Sie muss alle Möglichkeiten zur Steigerung der Effektivität der Vorleistungskontrolle ausschöpfen, um dann gegebenenfalls auf die Regulierung der Endnutzermärkte verzichten zu können.

80 Vgl. *Bergmann*, WuW 2001, S. 234 (238).

81 Vgl. *Hausmann*, MMR-Beilage 3/1999, S. 22.

82 Soweit der DSL-Markt als eigenständiger Markt nach Art. 15 Rahmenrichtlinie definiert wird. Vgl. dazu *Kommission*, Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht, ABl.-EG 2002, C-165, S. 6, Rn. 65.

83 Vgl. *Schütz/Attendorn*, MMR-Beilage 4/2002, S. 37.

84 Zur Abstimmung mit den Endnutzerzielen s. Art. 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 2, Erwägungsgrund 20 Zugangsrichtlinie. Vgl. auch *Bundesrat*, Beschluss, BR-Drs. 721/02.

85 Zu Investitionsanreizen auf der Vorleistungsebene *Hausmann*, MMR-Beilage 3/1999, S. 22. Die Förderung von Infrastrukturinvestitionen ist nach Art. 8 Abs. 2 lit. c) Rahmenrichtlinie ein Regulierungsziel.