

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. und Sascha Loetz *

Infrastruktur- und Dienstewettbewerb im EG-Telekommunikationsrecht

Der Beitrag beleuchtet die Bedeutung von und das Verhältnis zwischen Infrastrukturwettbewerb- und Dienstewettbewerb im EG-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. Abweichend vom bisherigen Richtlinienrecht zeigt eine Untersuchung der einschlägigen Vorschriften, dass der neue EG-Rechtsrahmen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb als gleichberechtigt nebeneinander stellt.

I. Leitende Aspekte für die Zukunft der Regulierungsordnung

1. Ausrichtung auf den Abbau von Marktregulierung

Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte steht an einem Scheideweg. Durch die Verabschiedung und Umsetzung des Richtlinienpakets der Europäischen Gemeinschaft¹ wird eine Neuausrichtung der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen für die elektronische Kommunikation stattfinden, welche die Entwicklung der

entsprechenden Märkte in diesem Jahrzehnt maßgeblich bestimmen wird.

Die Regulierung der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste tritt mit der Umsetzung des neuen EG-Rechtsrahmens in ein Zwischenstadium ein. Während die Ende der 1980er Jahre begonnene Liberalisierung der Märkte der Telekommunikation vornehmlich auf die Transformation von staatlichen Monopolen in Wettbewerbsmärkte fokussiert war, beginnt nunmehr die Anpassung an ein stärker durch Wettbewerb geprägtes Umfeld.² Diese Entwicklung soll in eine dritte Phase des Abbaus der Marktregulierung der Telekommunikation münden, in der die Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts hinreichend sind, um den Wettbewerb zu sichern und die daran geknüpften Erwartungen zu erfüllen. Die nunmehr beginnende Zwischenphase der Regulierung ist daher auf die Schaffung von Marktverhältnissen *ausgerichtet*, welche langfristig einen weitgehenden Abbau der Marktregulierung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste gestatten sollen. Für den neuen Regulierungsrahmen heißt dies allerdings nicht notwendigerweise, dass hoheitliche Eingriffe in den

* Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn.

Sascha Loetz ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZEI. Der Beitrag geht auf eine rechtsgutachterliche Stellungnahme zurück, die der Erstautor im Auftrag eines Branchenverbands der Telekommunikationswirtschaft erstellt hat.

1 Das *Richtlinienpaket* besteht aus sechs Einzelrichtlinien: Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 33 ff.; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 7 ff.; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 51 ff.; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungs-

richtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 21 ff.; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG L 201 vom 31.7.2002, S. 37 ff. sowie die Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG L 249 vom 17.9.2002, S. 21 ff. Der gesamte neue EG-Rechtsrahmen umfasst darüber hinaus die noch fortgeltende Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss, ABl. EG L 336 vom 30.12.2000, S. 4 ff. und die Entscheidung Nr. 676/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen Rechtsrahmen für die Funkfrequenzpolitik in der Europäischen Gemeinschaft (Frequenzentscheidung), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 1 ff.

2 Vgl. bspw. den 1. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie: „Mit dem derzeitigen Rechtsrahmen für Telekommunikation wurden die Bedingungen für einen wirksamen Wettbewerb im Telekommunikationssektor in der Phase des Übergangs von Monopolbetrieben zum vollständigen Wettbewerb geschaffen.“

Markt weniger intensiv sein müssen³, sondern vielmehr, dass eine Feinjustierung des Regulierungsinstrumentariums stattfinden soll, welche die Besonderheiten einzelner Märkte berücksichtigt.

Wenn, wie beschrieben, der neue Rechtsrahmen für die Marktregulierung in der Telekommunikation auf die Schaffung von Marktverhältnissen ausgerichtet ist, welche langfristig eine weitreichende Deregulierung gestatten sollen, dann muss die Frage beantwortet werden, welche Kriterien erfüllt sein müssen, um einzelne Märkte bereits jetzt aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen bzw. welche Marktentwicklungen in langfristiger Perspektive angestrebt werden müssen, um die gesamte sektorspezifische Regulierung zur Ausnahme und die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zur Regel zu machen. Die gesetzlichen Regelungen des neuen Richtlinienrechts und der hierauf basierende Referentenentwurf zu einem neuen Telekommunikationsgesetz (TKG-RE)⁴ verwenden zur Umschreibung dieses angestrebten Zustands die Begriffe des „wirksamen Wettbewerbs“⁵ und des „chancengleichen“ und „funktionsfähigen Wettbewerbs“.⁶ So wird im Richtlinienrecht das Fehlen wirksamen Wettbewerbs als Aufgreifkriterium für die Auferlegung von Vorabverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verwendet, während die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zu den Regulierungszielen des deutschen Telekommunikationsgesetzes zählt.⁷ Die detaillierte Entfaltung des Zusammenspiels dieser Regulierungsziele und der zugrunde liegenden Regulierungsmechanismen liegt außerhalb der Fragestellung dieses Beitrags.⁸ Von Bedeutung ist im Folgenden, dass die verschiedenen formulierten gesetzlichen Zielvorstellungen des Richtlinienrechts und des deutschen Telekommunikationsrechts in weiten Teilen deckungsgleich sind und auf die Schaffung von Marktstrukturen abzielen, die ohne sektorspezifische Regulierung auskommen. Solche Märkte müssen derart beschaffen sein, dass in ihnen eine strukturelle Absicherung besteht, welche eine weitestgehend selbsttragende Sicherstellung der Wettbewerbsfunktionen bewirkt, damit die anvisierte Rückführung der sektorspezifischen Regulierung durchgeführt werden kann. Zur Beantwortung der Frage, wie eine solche Entwicklung auf den Märkten der Telekommunikation durch die Setzung von regulatorischen Rahmenbedingungen begünstigt werden kann, bedarf es einer genaueren Betrachtung des Verhältnisses zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb.

2. Verhältnis von Infrastruktur- und Dienstwettbewerb

Die Wettbewerbsöffnung auf den deutschen Telekommunikationsmärkten ging unfraglich vom Dienstwettbewerb aus, der durch die Vorleistungs- und Endkundenmarktregulierung ab dem Jahre 1998 ermöglicht wurde. Die Intensität des Dienstwettbewerbs ist zumindest zu einem erheblichen Teil auf diese die Liberalisierung der Netze und Dienste flankierende Regulie-

rung zurückzuführen. Ein Zurückbleiben des Infrastrukturwettbewerbs auf den deutschen Telekommunikationsmärkten ist aber alleine deshalb nicht verwunderlich, weil alternative Infrastruktur zum Zeitpunkt der Öffnung der Telekommunikationsmärkte nicht flächendeckend verfügbar war. Ob allerdings durch die anfängliche Förderung des Dienstwettbewerbs der Infrastrukturwettbewerb ungebührlich verzögert wurde, ist zu bezweifeln, da Dienstwettbewerb in jedem Fall zuerst kommt, um Kundenstämme und Goodwill aufzubauen und die in Aufbau befindliche Infrastruktur mit Nachfrage abzusichern.⁹

Dienstwettbewerb und Infrastrukturwettbewerb verhalten sich insofern also sowohl komplementär als auch substitutiv zueinander. Zwischen der Förderung von Infrastruktur- und Dienstwettbewerb gibt es deshalb eine Gratwanderung, die keine zu starren Vorschriften zulässt, sondern einen gewissen Ermessensspielraum des Regulierers erforderlich macht. Die teilweise anzutreffende, geradezu antagonistische Gegenüberstellung von Netz- und Wettbewerb im Netz (Dienstwettbewerb)¹⁰ stellt sich in dieser Form nicht. Vielmehr muss dem Gesetzgeber daran gelegen sein, beide Aspekte flexibel, d.h. abhängig von der jeweiligen Marktsituation in Ausgleich zu bringen. Grundsätzlich gibt auch weder das

3 Intensiverer Wettbewerb kann durchaus (zumindest für eine Übergangszeit) auch intensivere Regulierung erforderlich machen, vgl. *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 200.

4 Referentenentwurf zum Telekommunikationsgesetz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit vom 30. April 2003 (TKG-RE), abrufbar unter <http://www.tkrecht.de/index.php4?direktmodus=novelle-genese>.

5 Vgl. insbesondere Art. 8 Abs. 1 UAbs. 1 Rahmenrichtlinie. Darüber hinaus wird an einigen Stellen auch ein nachhaltiger Wettbewerb als Regulierungsziel festgeschrieben, dazu sogleich unten S. 12.

6 Umfassend zum funktionsfähigen Wettbewerb und auch zu dessen Verhältnis zum wirksamen Wettbewerb: *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 3), 2002. Als Legaldefinition und Tatbestandsmerkmal wurde der funktionsfähige Wettbewerb (leider und anscheinend auf Grund irriger Annahmen) aus der Endfassung des novellierten TKG entfernt; in der Sache haben sich dadurch kaum Änderungen ergeben (vgl. BT-Drs. 15/26754, passim).

7 So schon § 2 Abs. 2 Nr. 1 des geltenden TKG und auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 des TKG-RE. Allgemein zum „funktionsfähigen Wettbewerb“ als Steuerungskriterium bei der mitgliedstaatlichen Umsetzung des Richtlinienrahmens, vgl. *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 3), S. 163 ff.

8 Eingehend zum funktionsfähigen Wettbewerb *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 3); zum Wettbewerbsverständnis des neuen Rechtsrahmens, vgl. *Braun/Capito*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 309 ff.

9 Siehe dazu *Neumann*, Volkswirtschaftliche Bedeutung von Resale, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 230, Bad Honnef, 2002.

10 So anscheinend *Kirchner*, Offene Regulierungsprobleme bei Betreiberwahl und -vorauswahl (carrier selection) im Ortsnetz (Manuskript vom 20. November 2002), S. 3.

geltende TKG noch der Referentenentwurf dem Infrastrukturwettbewerb den Vorzug gegenüber dem Dienstewettbewerb.¹¹ Dies ist als Grundaussage eines Regulierungsrahmens auch sinnvoll, weil eine einseitige Förderung des Infrastrukturwettbewerbs zu ineffizienten Infrastrukturinvestitionen durch unausgenutzte Skalenerträge und Verbundvorteile führen kann. Gleichwohl lässt sich aus der vom TKG betriebenen Förderung des funktionsfähigen Wettbewerbs auch eine besondere Infrastrukturförderung folgern, da Funktionsfähigkeit durch zusätzliche Infrastruktur leichter strukturell abgesichert werden kann.¹² Dies gilt insbesondere, wenn es sich um „versunkene“ Infrastruktur handelt. Zur Verhinderung von Fehlentwicklungen ist es allerdings auch hier notwendig, die Regulierung darauf auszurichten, dass Infrastrukturinvestitionen nicht einseitig gefördert werden und der Dienstewettbewerb strukturell abgesichert wird.¹³ Evident ist ebenfalls die Vermutung, dass in Abwesenheit von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.

Im Umkehrschluss lässt sich darüber hinaus aber die Vermutung aufstellen, dass die Präsenz von Infrastrukturwettbewerb im Allgemeinen auch Dienstewettbewerb auf nachgelagerten Märkten impliziert. Das Bestehen von Infrastrukturwettbewerb ist für den Dienstewettbewerb dabei in zweierlei Hinsicht von besonderer Bedeutung. Zum Ersten ist Infrastrukturwettbewerb die Voraussetzung für den Wettbewerb auf der Diensteebene zwischen vertikal integrierten Infrastruktur- und Diensteanbietern. Der Dienstewettbewerb zwischen diesen Unternehmen ist wortwörtlich „strukturell“ abgesichert. Zum Zweiten beeinflusst Infrastrukturwettbewerb den Zugriff reiner Diensteanbieter (oder partiell integrierter Unternehmen) auf wesentliche Vorleistungen. Für solche Unternehmen kann durch die Auswahl zwischen dem integrierten Altsassen und neuen Infrastrukturanbietern der Dienstewettbewerb ebenfalls strukturell abgesichert sein. Natürlich garantiert die Existenz alternativer Infrastruktur noch nicht solchen Wettbewerb, denn die alternative Infrastruktur muss den Diensteanbietern zu wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen (und flächendeckend) zur Verfügung stehen. Insbesondere kann alternative Infrastruktur dadurch für Nachfrager teuer werden, dass ein Diensteanbieter bereits versunkene Kosten in die Anbindung an die Infrastruktur des Altsassen gesteckt hat, oder wegen Infrastrukturheterogenität nicht mit den Anforderungen eines bestehenden Diensteanbieters kompatibel ist. In beiden Fällen wird die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf der Diensteebene davon beeinflusst, wie hoch die Umstellungskosten sind oder wie groß die Heterogenität ist, sowie davon, ob von der zusätzlichen Infrastruktur neue Diensteanbieter angezogen werden und wie umfangreich und verbreitet die alternativen Kapazitäten sind. Daraus folgt, dass je nach Umfang der verbleibenden Unvollkommenheiten die Vorleistungsregulierung gegebenenfalls angepasst werden muss.

Dienstewettbewerb kann zumindest theoretisch auch ohne Infrastrukturwettbewerb stattfinden, selbst wenn keine

Vorleistungsregulierung besteht und die anderen Diensteanbieter von Infrastrukturvorleistungen eines vertikal integrierten Infrastrukturmonopolisten abhängen. Zum Beispiel kann es durchaus im Interesse des Infrastrukturmonopolisten liegen, Diensteanbieter zu beliefern, die andere Dienste anbieten als er oder die bevorzugten Zugang zu bestimmten Kundengruppen haben oder die auf der Dienstleistungsstufe kostengünstiger arbeiten. Im hier zu betrachtenden Rahmen eines Regulierungssystems, in dem die Endnutzermarktregulierung als erstes zurückgefahren werden soll, kann es als sicher gelten, dass der dadurch bewirkte Dienstewettbewerb nicht ausreicht, um die Marktmacht des Infrastrukturmonopolisten zu untergraben. Schließlich verfügt dieser durch die Kontrolle über die Infrastruktur über eine Marktmacht, welche im Sinne einer Hebelwirkung eingesetzt werden kann, um auch die Märkte auf der nachgelagerten Diensteebene zu dominieren. Außerdem ist der Dienstewettbewerb selbst von der jeweiligen Interessenlage des Infrastrukturmonopolisten abhängig und damit ganz sicher nicht strukturell abgesichert. Für einen in diesem Sinne funktionsfähigen Dienstewettbewerb bedarf es folglich einer zusätzlichen strukturellen Absicherung, die

- (a) sicherstellt, dass der Dienstewettbewerb in der Kette Infrastrukturstufe-Dienstestufe die Wettbewerbsfunktionen erfüllt, und
- (b) die den Wettbewerb auf der Dienstestufe langfristig absichert.

Beides kann durch eine entsprechende Justierung der Vorleistungsregulierung geschehen.¹⁴ Dabei zeigen die deutschen Erfahrungen der letzten fünf Jahre, dass die

11 Zum geltenden TKG: *Kurth*, Rolle und Funktion des Resale für den Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, MMR 2001, 653 (657). In diese Richtung auch *RegTP*, Tätigkeitsbericht 2000 / 2001, Bonn, 2001, S. 210. Ähnlich wohl die Auffassung des *BVerwG*, Urteil vom 25.4.2001, K & R 2001, 530 (540), wenn es darauf hinweist, dass das geltende TKG den Aufbau paralleler Netze nicht für vordringlich erachte. Gemeinschaftsrechtlich ist grundsätzlich auch keine Diskriminierung des Dienstewettbewerbs gegenüber dem Netzwettbewerb vorgesehen. Im Rahmen der Zugangsregulierung besteht allerdings eine Tendenz zur besonderen Förderung des Netzwettbewerbs, vgl. *Koenig/Loetz*, in: *Koenig/Bartosch/Braun* (Fn. 8), S. 432. Vgl. zum Resale auch die einschlägigen Ausführungen bei *Koenig/Braun*, Defizite des deutschen Telekommunikationsrechts mit Blick auf die Internetmärkte und Abhilfemöglichkeiten, K & R-Beilage 2/2002, 1 (25). Siehe des Weiteren aber auch die kritischen Anmerkungen bei *Schmidt/Rommel*, Regulierung zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb, MMR 2002, 225.

12 *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 3), S. 54 u. S. 101.

13 Der derzeitige Regulierungsrahmen und die Marktverhältnisse geben allerdings keine Anhaltspunkte für eine unerwünschte Stimulierung von Infrastrukturinvestitionen.

14 Die *Monopolkommission* hat – recht weitgehend – die vertikale Separierung zur Absicherung des Dienstewettbewerbs vorgeschlagen.

Regulierung die Sicherstellung der Wettbewerbsfunktionen auf der Diensteebene erfüllen kann, obwohl erhebliche Unvollkommenheiten, insbesondere in qualitativer Hinsicht, bestehen bleiben. Hinsichtlich einer tatsächlichen strukturellen Absicherung des Dienstewettbewerbs bestehen derzeit jedoch größte Unsicherheiten und ein begründetes Misstrauen. Weder die Regulierungsbehörde noch der Gesetzgeber kann den alternativen Diensteanbietern garantieren, dass die Vorleistungsregulierung in Zukunft so funktionieren wird und langfristig so erhalten bleibt, dass der Dienstewettbewerb dadurch abgesichert ist. Für die Dienstewettbewerber könnten sich daraus Anreize ergeben, vertikal in die Infrastruktur zu integrieren.¹⁵ Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Sinne struktureller Absicherung liegt vor, sobald dies in hinreichendem Umfang gelingt. Dies ist aber nicht überall möglich und angebracht. Insbesondere gibt es Dienste, für die dies partiell gelingt und partiell bis auf weiteres praktisch ausgeschlossen ist. Zum Beispiel ist die vertikale Integration in Fernnetze für die Anbieter von Ferngesprächen durchaus zumutbar, jedoch nicht für alle Anbieter in die bei Ferngesprächen außerdem benötigten Ortsnetzverbindungen und Teilnehmeranschlüsse gangbar.

Aus diesen Überlegungen zum Verhältnis von Dienst- und Infrastrukturwettbewerb folgt, dass Dienstewettbewerb leichter entsteht als Infrastrukturwettbewerb, ersterer aber dafür auch schwerer strukturell abgesichert werden kann, da per definitionem dafür keine physische Infrastruktur bereit steht. Dienstewettbewerb ist insofern zum Beispiel gegenüber Behinderungsmissbrauch sehr viel anfälliger als Infrastrukturwettbewerb.¹⁶ Einzelne Regulierungsinstrumente lassen sich zumeist nicht eindeutig der Förderung des Infrastruktur- oder des Dienstewettbewerbs zuordnen. Zwar scheinen Resale-Verpflichtungen und Call-by-Call-Verpflichtungen im Ortsnetzbereich den Infrastrukturwettbewerb dort zugunsten des Dienstewettbewerbs zu behindern; das gilt aber nur, wenn diese Angebote nicht wettbewerbsneutral eingeführt werden. Dies bedeutet im Grundsatz, dass Netzbetreiber für die Zurverfügungstellung ihrer Netze im Vorleistungsbereich für die Dienstleistung durch Dritte voll entschädigt werden müssen, wenn negative Auswirkungen auf den Infrastrukturwettbewerb ausgeschlossen werden sollen.

Die Gewährleistung von Dienstewettbewerb behindert also nicht zwangsläufig die Entwicklung des Infrastrukturwettbewerbs.¹⁷ Vielmehr ist für das Verhältnis zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb die entsprechende Feinsteuerung insbesondere durch Preiskontrolle für Vorleistungen, also die Entgeltregulierung, entscheidend. Die Zugangsmöglichkeit zu bestehender Infrastruktur kann insbesondere Voraussetzung für den Infrastrukturaufbau alternativer Anbieter sein, die so einen Kundenstamm für ihre Infrastrukturinvestitionen aufbauen oder geographisch komplementieren können.¹⁸ Letzteres wird insbesondere deutlich, wenn man die Angewiesenheit alternativer Ortsnetzbetreiber auf den Zu-

gang zu den Teilnehmeranschlussleitungen des Altsasens betrachtet. Vernünftigerweise wird niemand von Unternehmen, die eigene Netzinfrastruktur errichten, erwarten, dass diese (selbst in geographisch begrenzten Gebieten, wie z.B. einzelnen Ballungszentren) sofort flächendeckend errichtet werden kann bzw. erst dann genutzt wird, wenn der komplette Zugang zum Endnutzer, also inklusive der Verbindung zwischen der Ortsvermittlungsstelle und dem Standort des Kunden, selbst errichtet wurde. Volkswirtschaftlich wird zumindest eine vollständige Duplizierung der Ortsnetzinfrastruktur als unerwünscht betrachtet.¹⁹ Der Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung lässt sich demnach nicht als alleiniges Regulierungsinstrument zur Stimulierung des Dienstewettbewerbs einstufen, sondern ist vielmehr auch sachnotwendige Voraussetzung für den wettbewerblichen Aufbau konkurrierender Infrastrukturen im Ortsnetzbereich. Es stellt mithin nur ein scheinbares Paradox dar, wenn gerade im Ortsnetzbereich der entbündelte Zugang zu bestehender Infrastruktur ein entscheidendes Element für die Förderung von Netzettbewerb ist: Förderung von Infrastrukturwettbewerb ist also gerade nicht mit einer undifferenzierten Rückführung von Zugangsansprüchen gegenüber marktmächtigen Netzbetreibern gleichzusetzen.

Dem Infrastrukturwettbewerb im Ortsnetzbereich kommt sogar bei der langfristig angestrebten Deregulierung der Gesamtheit der Telekommunikationsmärkte eine besondere Rolle zu, da jede Leistungserbringung auf höherer Netzebene den Netzzugang auf beiden Seiten der Verbindung, also Zuführung und Terminierung in Teilnehmernetzen, voraussetzt. Marktmacht im Ortsnetzbereich kann so auf den Markt für Ferngespräche übertragen werden.

Die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs als Regulierungsziel muss innerhalb der neuausgerichteten Regulie-

15 Für Dienstewettbewerb als Voraussetzung des Infrastrukturwettbewerbs siehe *Neumann* (Fn. 9).

16 Siehe aber auch die von *Laffont, Rey* und *Tirole* behandelten Fälle von Wettbewerb zwischen reinen Infrastrukturanbietern, in denen dominante Unternehmen Anreize haben, Verdrängungswettbewerb zu betreiben: *Laffont/Rey/Tirole*, *RAND Journal of Economics* 29 (1998), 1; *dies.*, *RAND Journal of Economics* 29 (1998), 38.

17 So auch die *Monopolkommission*, Wettbewerb bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, 33. Sondergutachten vom 6.12.2001, Ziff. 36 f.

18 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das in diesem Kontext häufiger herangezogene Ebenenschema von *von Weizsäcker*, welches eine Einschränkung des Marktzugangs auf nachgelagerten Märkten als eine Bedingung für Wettbewerb auf vorgelagerten Märkten identifiziert, nicht gänzlich auf das Verhältnis zwischen Dienstewettbewerb und Infrastrukturwettbewerb in der Telekommunikation übertragen werden kann, vgl. dazu *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 3), S. 54 f.

19 *Klotz/Delgado/Fehrenbach*, Zugangsentgelte in der Telekommunikation – Die Erfahrungen mit dem entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung in der EU, *WuW* 2003, S. 346.

rungsordnung für die elektronische Kommunikation mithin einen prominenten Platz einnehmen, wenn dem Gesetzgeber daran gelegen ist, langfristig die Märkte der Telekommunikation dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu unterstellen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass ein vollständiges Primat des Netzwettbewerbs zu konstatieren wäre. Dienstewettbewerb und Infrastrukturwettbewerb bedingen und ergänzen sich wie beschrieben vielmehr. Eine Austarierung beider Aspekte kann losgelöst vom konkreten Einzelfall kaum erfolgen. Dies heißt konkret, dass eine regulierungsökonomische Zweckbindung der Zugangs- und insbesondere der Entgeltregulierung stärker in den Vordergrund treten muss. Anstatt einer rein konditional und damit nur kausal am erfüllten Tatbestand der Aufgreifnorm ausgerichteten Zugangs- und Entgeltregulierung muss deren Zweck im Gesamtgefüge der Regulierung in den Vordergrund gerückt werden. Dies macht es freilich erforderlich, dass der Gesetzgeber und nachfolgend auch der Regulierer Abschied vom Rechtfertigungsdogma einer quasi-wertungsfreien Ausrichtung der Zugangs- und Entgeltregulierung nehmen. Der Gesetzgeber muss in diesem Bereich, der kaum durch konditionale Normen im Sinne einer klassischen Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge ausgestaltet werden kann, bewusst Spielräume schaffen, deren Ausfüllung dem Regulierer anhand von Zielvorgaben für die erstrebten Wettbewerbsverhältnisse überantwortet wird.

Es lässt sich mithin festhalten, dass aus regulierungsökonomischer Sicht infrastrukturbasierter Wettbewerb langfristig tragfähiger ist und damit der Schaffung von nachhaltigem, strukturell gesichertem Wettbewerb, der auch bei Verzicht auf Ex-ante-Regulierungsmaßnahmen Bestand hat, am zuträglichsten ist. Das langfristige Ziel einer Überführung der Märkte der Telekommunikation in das allgemeine Wettbewerbsrecht kann demnach nur erreicht werden, wenn der Infrastrukturwettbewerb gefördert wird.

II. Gewichtung des Infrastrukturwettbewerbs im Richtlinienpaket

Es verwundert auf Grund der obigen Analyse des Verhältnisses zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb kaum, dass der neue EG-Rechtsrahmen sowohl von seiner Grundausrichtung her als auch bei der Ausgestaltung einzelner Regulierungsinstrumente die Schaffung von langfristig selbsttragenden Wettbewerbsstrukturen auf den Märkten der Telekommunikation einfordert, um das Fernziel eines weitreichenden Abbaus der sektorspezifischen Regulierung zu fördern.

1. Grundausrichtung des neuen Rechtsrahmens

Der alte gemeinschaftsrechtliche Rahmen für die Telekommunikationsregulierung ist durch die verschiedenen Entwicklungsphasen geprägt, die das geltende Recht durchlaufen hat.²⁰ Als besonders dominant erweist sich

dabei die – nur in historischer Sicht verständliche – Ausrichtung auf die Transformation von staatlichen Monopolmärkten in Wettbewerbsmärkte, welche den Ausgangspunkt der europäischen Telekommunikationsregulierung bildete.²¹ Die Ausrichtung des alten EG-Rechtsrahmens und des noch geltenden deutschen Rechts auf die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen und die Preiskontrolle speist sich vornehmlich aus der hieraus erwachsenen Erwägung, dass in den Markt neu eintretende Wettbewerber nicht schutzlos dem übermächtigen Altsassen gegenüber treten können, der wiederum als vertikal integriertes Unternehmen keine ökonomischen Anreize hat, diskriminierungsfreien und fairen Zugang auch zu wesentlichen Vorleistungen zu gewähren. Die Eindämmung von Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauchspraktiken des Altsassen war folglich in der Phase vom Jahre 1990 bis zum heutigen Zeitpunkt das Leitmotiv der gemeinschaftsrechtlichen Telekommunikationsregulierung. Preiskontrolle und die Schaffung von Zugangsrechten haben die Entstehung von Wettbewerbsmärkten erst ermöglicht und den Dienstewettbewerb stimuliert. Die mit dem Kommunikationsbericht 1999 durch die Kommission angestoßene Überprüfung der Telekommunikationsregulierung, welche in der Verabschiedung des neuen Richtlinienpakets mündete, hat nunmehr zu einer teilweisen Neuausrichtung der sektorspezifischen Regelungen geführt. Das Instrumentarium gegen Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauch durch marktstarke Unternehmen wurde im Rahmen der Marktverhaltenskontrolle beibehalten und verfeinert. Darüber hinaus wurde die gesamte Telekommunikationsregulierung allerdings verstärkt auf die Schaffung von Marktverhältnissen ausgelegt, die langfristig eine Überführung der Märkte unter das Regime des allgemeinen Wettbewerbsrechts gestatten würde. Dies heißt, dass das neue Richtlinienrecht stärker auf die langfristige und nachhaltige Schaffung von Wettbewerb auf den Märkten der elektronischen Kommunikation ausgerichtet ist.

Der neue EG-Rechtsrahmen ist gleichzeitig auf eine differenzierte Rückführung und Verfeinerung der Marktregulierung ausgerichtet, die sich allerdings nicht schlicht mit dem Schlagwort des „Regulierungsabbaus“ bezeichnen lässt. Das Fernziel des neuen Rechtsrahmens ist die Überführung der Marktaufsicht über die Telekommunikationsmärkte unter das alleinige Regime des allgemeinen Kartellrechts. Allerdings kann die Anwendung des nunmehr weitaus differenzierteren Regulierungsinstrumentariums durchaus auch dazu führen, dass einzelne Regulierungsmaßnahmen für sich genommen eine höhere Eingriffsintensität für das regulierte Unternehmen mit sich bringen; aufgegeben wird demgegenüber allerdings eine undifferenzierte Regulierung sämtlicher Telekommunikationsmärkte. Offensichtlichster Ausdruck dieser Deregulierung ist die geplante Rückführung der

20 Vgl. Braun/Capito, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 8), S. 51 ff.

21 Vgl. dazu den 1. Erwägungsgrund der Rahmenrichtlinie.

Endkundenmarktregulierung und damit verbunden die Fokussierung auf die Vorleistungsregulierung.²² Für die Rechtsanwendung spiegelt sich die Differenzierung des Regulierungsinstrumentariums durch die Verlagerung zahlreicher materieller Entscheidungen von Richtlinienatbeständen auf die Verfahrensebene wider, wodurch erst die entsprechende Flexibilität für das Eingehen auf die spezifischen wettbewerblichen Probleme einzelner Märkte geschaffen wird.²³

2. Regulierungsziele im neuen Rechtsrahmen

a) Grundausrichtung des neuen Richtlinienrechts

Im Gegensatz zum alten, über mehr als ein Jahrzehnt gewachsenen Rechtsrahmen ist das neue Richtlinienrecht stärker systematisiert und in sich konsistenter ausgestaltet. Die Rahmenrichtlinie beschreibt unmittelbar in Artikel 8 – gleichzeitig als verbindliche Vorgabe für die nationalen Regulierungsbehörden – die regulierungsökonomische Ausrichtung des Rechtsrahmens. Die Regelung des Artikel 8 Abs. 1 Unterabsatz 1 Satz 1 bestimmt zunächst global für jede Maßnahme der nationalen Regulierungsbehörden, dass diese auf die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs ausgerichtet sein muss. Im zweiten Absatz wird dies in lit. b) und c) dahin gehend konkretisiert, dass Wettbewerbsverzerrungen und -beschränkungen bei *gleichzeitiger* Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und Innovationen durch die Regulierung ausgeschlossen werden sollen. Die Aufteilung in verschiedene Aufzählungspunkte lässt bereits den Schluss zu, dass diese Kriterien im Einzelfall konfliktieren können. Offensichtlich spiegelt sich in dieser Norm das bereits skizzierte Spannungsfeld zwischen Dienst- und Infrastrukturwettbewerb wider. Allerdings gibt die Vorschrift selbst noch keine weitergehenden Anhaltspunkte, wie ein möglicher Zielkonflikt zwischen Dienst- und Infrastrukturwettbewerb im Einzelfall durch den Regulierer aufzulösen wäre. Dem Wortlaut lässt sich allerdings entnehmen, dass nicht jede Form des Infrastrukturausbaus als förderungswürdig angesehen wird, sondern eben nur eine solche, die „effizient“ ist. Aus dem Kontext und der Verwendung des Begriffs „effizient“ in lit. d) des Absatzes und dem übrigen Sprachgebrauch des Richtlinienrahmens lässt sich erschließen, dass mit effizienten Infrastrukturinvestitionen nur solche gemeint sein können, die sich als wettbewerbswirksam und im Hinblick auf die gesamte Marktentwicklung volkswirtschaftlich als sinnvoll erweisen. Letzteres schließt insbesondere die unerwünschte Schaffung von Überkapazitäten oder gegebenenfalls auch die Duplizierung von Netzinfrastrukturen aus, soweit dies gesamtwirtschaftlich nicht wünschenswert ist.²⁴ Bemerkenswert ist im Vergleich zum alten EG-Rechtsrahmen darüber hinaus die schlichte Existenz einer solchen Norm. Unter altem Recht gab es keine vergleichbare klare Festschreibung von Infrastrukturinvestitionen als Ziel der Regulierungspolitik.²⁵ Das heißt, dass das neue Richtlinienrecht erstmals die grundsätzliche Gleichgewichtung von Infrastruktur- und Dienst-

wettbewerb von den Mitgliedstaaten einfordert und sich damit von der regulierungsökonomischen Indifferenz des alten EG-Rechtsrahmens absetzt. Für die Rechtsanwendung lässt dies eine größere praktische Wirksamkeit von Regulierungsmaßnahmen erwarten, die effiziente Infrastrukturinvestitionen stimulieren; dies folgt schon aus der Tatsache, dass die richtlinienrechtlich geforderte Gleichstellung des Infrastrukturwettbewerbs faktisch eine stärkere Gewichtung investitionsfördernder Maßnahmen erforderlich machen wird.

b) Regulatorische Einzelmaßnahmen

Die Rahmenrichtlinie trifft Aussagen zur regulierungspolitischen Grundausrichtung des neuen Rechtsrahmens, während die zugehörigen Einzelrichtlinien Konkretisierungen für einzelne Aspekte der Telekommunikationsregulierung entfalten. Von besonderer Bedeutung sind vorliegend die Zugangs- und die Universalienrichtlinie, aus denen sich die einzelnen Regulierungsmaßnahmen ergeben.

aa) Zugangsrichtlinie

Die Regelungen der Zugangsrichtlinie betreffen dabei die einzelnen Maßnahmen, welche die nationalen Regulierungsbehörden Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf regulierten Märkten auferlegen können. Ausweislich des Artikels 1 Absatz 1 sind die in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Maßnahmen darauf ausgerichtet „[...] einen Rechtsrahmen für die Beziehungen zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern zu schaffen, der einen nachhaltigen Wettbewerb und die Interoperabilität der elektronischen Kommunikationsdienste gewährleistet und die Interessen der Verbraucher fördert“. Der durch den Rechtsrahmen angestrebte Wettbewerb wird hier durch das Adjektiv „nachhaltig“ im Sinne einer strukturellen Absicherung²⁶ präzisiert²⁷. Bei der Einschätzung dieser Wendung ist zu berücksichtigen, dass innerhalb des neuen Rechtsrahmens der Regulierung von Vorleis-

22 Vgl. dazu im Folgenden S. 12.

23 Zum Verfahrensaspekt des neuen Rechtsrahmens vgl. *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2002, S. 101 ff.

24 Was insbesondere für Teile der Ortsnetzinfrasturktur anzunehmen ist, vgl. oben Fn. 19.

25 Damit ist freilich nicht gesagt, dass eine stärkere Prononcierung von Regulierungsmaßnahmen, die den Infrastrukturwettbewerb befördern, nicht schon unter altem Recht möglich oder auch vom Richtlinienrecht erwünscht gewesen wäre. Bisher fehlte allerdings eine normative Verankerung.

26 Dazu bereits oben S. 3 ff.

27 Art. 5 Abs. 1 Zugangsrichtlinie wiederholt darüber hinaus die sich schon aus der Rahmenrichtlinie ergebende Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörden auf die Regulierungsziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie. Darüber hinaus wird die eine Ausübung der Befugnisse nach der Zugangsrichtlinie eingefordert, die u.a. die Effizienz fördert und den Wettbewerb stimuliert.

tungen eine stärkere Bedeutung zukommt als unter geltendem Recht. Die angestrebte Rückführung der Endkundenmarktregulierung führt zu einer signifikanten Aufwertung des Stellenwerts der Vorleistungsregulierung, die innerhalb des neuen Rechtsrahmens regelmäßig auch den Wettbewerb auf nachgelagerten Endkundenmärkten sicherstellen muss. Dem entspricht – in Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen zur strukturellen Sicherung des Wettbewerbs²⁸ – eine verstärkte Förderung von Regulierungsmaßnahmen, die langfristig einen selbsttragenden Wettbewerb ermöglichen werden.

(1) Zugangsverpflichtungen. Praktisch wird diese Betonung eines (infra-)strukturell abgesicherten Wettbewerbs insbesondere dort, wo Zugangsverpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt oder deren Rahmenbedingungen, insbesondere durch Maßnahmen der Preiskontrolle (Entgeltregulierung), ausgestaltet werden sollen. Als zentrale Norm²⁹ erweist sich hier Artikel 12 der Zugangsrichtlinie, der Zweck, Art und Umfang sowie die Abwägungskriterien für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen regelt. Zunächst koppelt die Vorschrift des Absatzes 1 der Norm die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen beispielhaft an die „Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene“. Die soeben skizzierte Verknüpfung zwischen Vorleistungs- und Endnutzermarktregulierung im neuen Rechtsrahmen wird hier normativ verankert. Darüber hinaus wird die regulierungsökonomische Notwendigkeit einer gleichberechtigten Förderung des Infrastrukturwettbewerbs abermals verdeutlicht, da eine *nachhaltige* Wettbewerbsorientierung auf nachgelagerten Endnutzerdienstemarkten bei der gleichzeitig angestrebten Rückführung der Regulierungsdichte praktisch nur durch den Aufbau alternativer Netzinfrastruktur bewirkt werden kann.

Im Absatz 2 des Artikels 12 erfährt dieses Leitmotiv eine weitere Konkretisierung, die für die praktische Anwendung noch bedeutsamer sein dürfte. Diese Vorschrift weist die deutliche Neuausrichtung der Vorleistungsregulierung auf die gleichberechtigte Förderung des Infrastrukturwettbewerbs aus³⁰. Den durch lit. a) und in der Tendenz auch durch lit. d) bewirkten Begrenzungen der Zugangsgewährung ist dabei eine eindeutige Ausrichtung auf die Schaffung alternativer Netzinfrastrukturen zu entnehmen, während lit. b) Zumutbarkeitserwägungen zugunsten des regulierten Unternehmens in den Abwägungsprozess einführt und durch lit. c) Neuinvestitionen des Betreibers als eigenes Kriterium in den Abwägungsprozess des Regulierers einzustellen sind. Die Bezugnahme auf die „Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs“³¹ in lit. d) verweist ebenso wie die Wendung „nachhaltiger Wettbewerb“ in Artikel 1 der Zugangsrichtlinie auf eine strukturelle Absicherung des Wettbewerbs. Anders als im Absatz 1 der Norm ist diese Abwägung allerdings nicht auf den nachgelagerten Endkundendienstemarkt beschränkt, sondern umfasst auch (und gerade) den Markt, auf dem der Zugang begehrt wird, was wiederum den Wettbewerb zwischen verschiede-

nen Netzinfrastrukturen impliziert. Die Regelung nach lit. c) gestattet es den nationalen Regulierungsbehörden, nicht nur verschärfte Maßstäbe beim Zugang zu Innovationsmärkten anzulegen³², sondern ermöglicht auch eine Differenzierung der Zugangsverpflichtungen anhand der verschiedenartigen Bedingungen, unter denen die Investitionen in Netzinfrastruktur getätigt wurden. Die nationalen Regulierungsbehörden werden so verpflichtet, andere Maßstäbe bei der Entscheidung über den Zugang zu Infrastrukturen anzulegen, die vollständig unter Wettbewerbsbedingungen errichtet wurden, als bei solchen, die ganz oder teilweise durch Monopolrenditen oder unter Ausnutzung ausschließlicher oder besonderer Rechte i.S.d. alten Rechtsrahmens³³ finanziert wurden.

Bei der Bewertung der Regelungen des Artikels 12 im Gesamtsystem des Richtlinienrechts darf freilich nicht außer Acht gelassen werden, dass die Zugangsrichtlinie gerade das Verhältnis zwischen Netzbetreibern und Diensteanbietern regelt. Die im alleinigen Kontext der Norm auffällige Betonung des Infrastrukturwettbewerbs muss durchaus im Zusammenhang mit der gesetzlichen Grundentscheidung zur Gewährung von Zugang für Diensteanbieter betrachtet werden.³⁴ Dies führt zwar zu einer Relativierung der deutlichen Infrastrukturbetonung des Absatz 2 des Artikels 12, vermag allerdings an der Dominanz von dessen Grundausrichtung nichts zu ändern. In diesem Kontext ist auch der Satz 5 des 19. Erwägungsgrund der Zugangsrichtlinie zu bewerten, der verdeutlicht, dass Zugangsverpflichtungen, die den Wettbewerb kurzfristig beleben, nicht die für die langfristige Wettbewerbssicherung notwendigen Anreize für Investitionen in alternative Infrastruktur entfallen lassen dürfen. Unter der bereits entfalteten Prämisse, dass die Telekommunikationsregulierung auf europäischer und nationaler Ebene bei der Förderung des Infrastrukturwettbewerbs Nachholbedarf hat, lässt sich dieses verbleibende Übergewicht auch mit der in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie zum Ausdruck gebrachten Gleichstellung von Infrastruktur- und Dienstewettbewerb verein-

28 S. o. S. 3 ff.

29 Vgl. dazu Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 8), S. 432.

30 Vgl. Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 8), S. 432.

31 Ein Vergleich mit der italienischen, englischen und französischen Sprachfassungen der Richtlinie löst die Doppeldeutigkeit der deutschen Sprachfassung, dahin gehend auf, dass sich die „Notwendigkeit“ abstrakt auf die langfristige Sicherung des Wettbewerbs und nicht auf die Notwendigkeit des in Frage stehenden Zugangs zur Erreichung dieses Ziels bezieht.

32 Darüber hinaus ist natürlich zu berücksichtigen, dass diese Märkte bereits im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens gem. Art. 15 Rahmenrichtlinie unter bestimmten Bedingungen von der Regulierung ausgenommen werden können.

33 Vgl. zu diesen Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 8), S. 406 ff.

34 Dies wird bspw. auch durch die Existenz der Regelung des Art. 12 Abs. 1 lit. d) bestätigt, der Resale als klassisches Instrument zur Förderung des Dienstewettbewerbs als Möglichkeit der Zugangsgewährung nennt.

baren. Die Gleichstellung von Infrastruktur- und Dienstwettbewerb, die von den Regulierungszielen des Artikels 8 der Rahmenrichtlinie gefordert wird, findet für die Zugangsregulierung also eine konsequente Konkretisierung sowohl in der Zielsetzung der Zugangsrichtlinie als auch in den zentralen Regelungen über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen (Art. 12 Zugangsrichtlinie).

(2) Preiskontrolle. In einem untrennbaren Zusammenhang mit der Gewährung von Zugangsverpflichtungen steht die Frage der Entgeltregulierung für diese Zugangsleistungen. Ohne die Grenze zur verfälschenden Verkürzung zu überschreiten, kann das Verhältnis zwischen beiden Punkten als das zwischen dem „Ob“ und dem „Wie“ des Zugangs umschrieben werden. Die einschlägige Regelung von Maßnahmen der Preiskontrolle und Kostenrechnung findet sich in Artikel 13 der Zugangsrichtlinie. Die Vorschrift enthält neben der praktisch bedeutsamen Festschreibung der Beweislastumkehr für die Kostenorientierung (Abs. 3) in Absatz 1 Satz 2 und Absatz 2 Satz 1 Regelungen, die auf die Förderung von Infrastrukturwettbewerb ausgerichtet sind. Die schon bei der Analyse der Zugangsverpflichtungen zu Tage getretene Tendenz zu einer umfänglichen Berücksichtigung von Infrastrukturinvestitionen setzt sich hier auf der Ebene der Entgeltregulierung fort. Die Anreize für Infrastrukturinvestitionen sollen durch die Sicherstellung einer Investitionsrendite (Abs. 1 S. 2 sowie Abs. 3 S. 1 a. E.) auch unter Regulierungsbedingungen erhalten werden. Dies geschieht allerdings nicht undifferenziert. Absatz 1 Satz 2 stellt nämlich sicher, dass eine angemessene Rendite für „entsprechend“ eingesetztes Kapital zu ermöglichen ist und die Regelung des Absatz 2 Satz 1 sorgt für eine Ausrichtung der Entgeltregulierung auf die Förderung von nachhaltigem Wettbewerb. Durch die Beschränkung einer Renditesicherung auf „entsprechend“ eingesetztes Kapital sind die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet, nicht nur zwischen effizienten und ineffizienten Investitionen zu unterscheiden, sondern auch präzise zu ermitteln, welche Investitionen im Einzelfall für die jeweils in Frage stehende Zugangsleistung anrechnungsfähig sind. Dies ergibt sich jedenfalls eindeutig aus dem Zusammenspiel mit den Regelungen der Absätze 2 und 3 des Artikels 13, welche nicht nur die Anrechnung von Kosten verbieten, die nicht effizient sind, sondern die darüber hinaus auch den Vergleich mit einem Kostenmodell eines (auch hypothetischen) effizienten Betreibers ermöglichen (Abs. 3 S. 2).

Als bemerkenswert im Hinblick auf den Anwendungsspielraum der Vorschrift des Artikels 13 erweist sich im Übrigen der siebte Erwägungsgrund der Zugangsrichtlinie. Auffällig an diesem Erwägungsgrund ist zunächst, dass einer aktiven Bevorzugung von Unternehmen, die selbst Infrastrukturinvestitionen tätigen, nicht per se durch einen Verweis auf die Unvereinbarkeit mit den Vorschriften der Zugangsrichtlinie begegnet wird. Offensichtlich wird nämlich durch die Regelungen der Zu-

gangsrichtlinie eine Vollharmonisierung der Vorleistungsregulierung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste angestrebt³⁵, in deren Rahmen eine Differenzierung der Zugangsbedingungen anhand von Kriterien, die den Zugangspetenten betreffen, zumindest nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Ausgehend von der Prämisse, dass auch die Setzung von Investitionsanreizen, die unter reinen Wettbewerbsbedingungen nicht gegeben wären, regulierungsökonomisch unerwünscht ist³⁶, erweisen sich solche Regelungen im Hinblick auf den neuen Rechtsrahmen auch als systemfremd. Praktisch würde ein solcher Regulierungsansatz darauf hinauslaufen, dass der Betreiber den Zugang entweder unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anbieten müsste oder dass der Zugang auf höherer (Netz-)Ebene oberhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung tarifiert werden müsste. Beide Ansätze sind nicht nur im Hinblick auf geschützte Rechtspositionen des regulierten Unternehmens bedenklich, sondern wären entgegen dem Wortlaut des Erwägungsgrundes fast zwangsläufig nicht mehr mit den Wettbewerbsregeln zu vereinbaren.³⁷

Es kann allerdings festgehalten werden, dass angesichts dieses Erwägungsgrundes von einem Diskretionsspielraum der nationalen Regulierungsbehörden auszugehen ist, der weiter reicht, als es der Wortlaut des Artikels 13 zunächst nahe legen mag. Aufgrund des ansonsten eindeutigen Wortlauts der Norm kann sich ein solcher Handlungsspielraum allenfalls aus der Festlegung bestimmter Kostendeckungsmechanismen und Kostenrechnungsmethoden ergeben. Dies steht im Einklang mit der von Art. 13 Abs. 2 eingeforderten Ausrichtung auf die Förderung von wirtschaftlicher Effizienz und nachhaltigem Wettbewerb. Bestünde ein solcher Handlungsspielraum des Regulierers schon der Sache nach nicht oder wäre er dem Regulierer durch einengende Vorgaben des Gemeinschaftsrechts verbaut, so wäre jede finale Zweckbindung der Entgeltregulierung sinnlos, da es sich bei der Festlegung der Entgelte um einen von Anfang an determinierten Prozess rein kausaler Natur handeln würde. Offensichtlich gestattet Art. 13 Zugangsrichtlinie den nationalen Regulierungsbehörden demgegenüber durch die Auswahl bestimmter Kostendeckungsmethoden und Kostenrechnungsarten die Intensität der Entgeltregulierung auf die spezifischen Wettbewerbsprobleme einzelner Märkte abzustimmen, bis hin zur vollständigen Kostenorientierung der Preise. Dies verleiht der Ausrichtung der Entgeltregulierung auf die Schaffung von nachhaltigem Wettbewerb, mithin also der Förderung des Infrastrukturwettbewerbs, noch größeres Gewicht, da entsprechende Regulierungsentscheidungen, die diesen Handlungsspielraum ausfüllen, durch die Regelung des Absatz 2 zunächst auf dieses

35 Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Fn. 8), S. 430.

36 S. o. S. 3 ff.

37 Ein solcher Ansatz würde darüber hinaus komplexe Fragen im Hinblick auf das EG-Beihilfenrecht aufwerfen.

Ziel auszurichten sind. Ein entsprechender Handlungsspielraum des Regulierers korreliert im Übrigen auch mit der differenzierten Anwendung der Regulierungsinstrumentariums, das möglichst präzise die wettbewerblichen Probleme einzelner Märkte adressieren soll.

Die Ausgestaltung der Preiskontrolle in Artikel 13 der Zugangsrichtlinie schreibt die schon für die Zugangsverpflichtungen nach Artikel 12 Zugangsrichtlinie konstatierte Fokussierung auf die Belange des Infrastrukturwettbewerbs für die Entgeltregulierung fort. Für die nationalen Regulierungsbehörden besteht im Rahmen des Artikels 13 hinreichend Spielraum, um die Entgeltregulierung auf die Förderung von nachhaltigem Wettbewerb auszurichten.

bb) *Universaldienstrichtlinie*

Die Universaldienstrichtlinie trifft im Bereich der hier relevanten Vorschriften zunächst die grundlegende Regelung einer formellen Nachrangigkeit der Regulierung von Endkundenmärkten. In Art. 17 Abs. 1 lit. b) der Universaldienstrichtlinie wird dies derart kodifiziert, dass die nationale Regulierungsbehörde zunächst die Sicherstellung der Regulierungsziele durch die Vorleistungsregulierung oder die Anordnung von Betreiber Auswahl und -vorauswahl prüfen muss, bevor Maßnahmen der Endkundenmarktregulierung getroffen werden müssen³⁸. Im Hinblick auf die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs kann sich insbesondere die Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl als kritisch erweisen, da ein intensiver Dienstwettbewerb gerade in der Aufbauphase von neuen Netzinfrastrukturen die Erträge der Netzbetreiber signifikant schmälern und somit Anreize für Infrastrukturinvestitionen nehmen könnte.³⁹ Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Betreiber Auswahl im neuen Richtlinienrecht ist Artikel 19 der Universaldienstrichtlinie. Absatz 3 dieser Norm trifft ähnlich wie Art. 12 Abs. 7 der Richtlinie 97/33/EG⁴⁰ eine Regelung zur Entgeltregulierung. Bemerkenswerterweise wird mit dieser Norm abweichend von den Regelungen der Zugangsrichtlinie eine Pflicht zur Preiskontrolle in Form der Kostenorientierung der Zugangsentgelte auf dem entsprechenden Vorleistungsmarkt normiert. Während Art. 8 i.V.m. Art. 13 Zugangsrichtlinie Preiskontrolle (Entgeltregulierung) als ein *mögliches* Mittel der Regulierung von Märkten ohne funktionsfähigen Wettbewerb vorsieht, hat hier der Richtlinien gesetzgeber schon die eindeutige und verbindliche Entscheidung für eine Kostenorientierung der Entgelte auf den Vorleistungsmärkten für die Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl getroffen. Die Ratio dieser Regelung erschließt sich aus dem Verhältnis der Vorleistungsregulierung zur Endkundenmarktregulierung innerhalb des neuen Rechtsrahmens. Art. 17 der Universaldienstrichtlinie ordnet an, dass die Regulierung von Diensten auf Endkundenmärkten regelmäßig erst dann erfolgen muss, wenn die Regulierung der Vorleistungsmärkte oder die zwingend vorgeschriebene Ermöglichung der Betreiber Auswahl gem.

Art. 19 Universaldienstrichtlinie nicht zur Erreichung der Regulierungsziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie geeignet erscheinen. So findet sich im 26. Erwägungsgrund der Universaldienstrichtlinie auch folgende, u.a. auf die Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl bezogene Formulierung:

26. [...] Beim Zugang und bei bestimmten Diensten sind einige Nutzer möglicherweise ganz von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht abhängig. Allgemein ist es aus Gründen der Effizienz und zur Stärkung eines wirksamen Wettbewerbs wichtig, dass die von einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erbrachten Dienste den Kosten entsprechen. [...]

Die politisch gewollte Zurückführung einer durchgängigen Regulierung von Endkundendienstleistungsmärkten beruht demnach auf der Annahme, dass eine Regulierung der Vorleistungsmärkte *in Kombination mit* der Ermöglichung der Betreiber Auswahl im Orts- und Fernbereich regelmäßig geeignet sein wird, die Regulierungsziele des Gesamtrechtsrahmens zu erreichen. Dementsprechend weist die Norm auch die strengere und verpflichtende Bindung an kostenorientierte Entgelte auf. Anders formuliert, sind die Regelungen zur Betreiber Auswahl also ein essentieller und integraler Baustein im gesamten Konzept der Marktregulierung des neuen Rechtsrahmens. Daraus folgt freilich nicht, dass hier ein etwaiger Trade-off zwischen Infrastruktur- und Dienstwettbewerb alleinig zu Gunsten des Dienstwettbewerbs gelöst wurde. Wie bereits aufgezeigt wurde, bieten die allgemeinen Regelungen der Entgeltregulierung i.S.d. Artikel 13 der Zugangsrichtlinie, auf den durch Art. 19 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie verwiesen wird, mit ihrer klaren Ausrichtung auf die Förderung von Infrastrukturinvestitionen eine hinreichende normative Grundlage, um wettbewerblichen Fehlentwicklungen in diesem Bereich gegenzusteuern. Bei der Regelung des Artikels 19 Universaldienstrichtlinie han-

38 Aus dieser Norm und insbesondere der wenig ausgeprägten Ausgestaltung der „geeigneten regulatorischen Verpflichtungen“ (Abs. 1 a. E.) lässt sich durchaus schließen, dass dem Richtlinien gesetzgeber an einer Zurückführung der Endkundenmarktregulierung gelegen ist (in diesem Sinne, wenn gleich weitergehend als der Normtext auch der 26. Erwägungsgrund der Richtlinie). Entgegen der wohl vorherrschenden Ansicht kann aus Art. 17 Universaldienstrichtlinie allerdings nicht auf einen verbindlichen materiellen Vorrang der Vorleistungsregulierung geschlossen werden, vgl. dazu *Koenig/Loetz/Neumann* (Fn. 23), S. 87 ff. (insb. auch Fn. 291).

39 So auch *Kirchner* (Fn. 10), S. 15.

40 Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. EG L Nr. 199 vom 26.7.1997, S. 32 ff. in Fassung der Änderungen durch die Richtlinie 98/61/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreiber vorauswahl, ABl. EG L Nr. 268 vom 3.10.1998 S. 37 f.

delt es sich also keinesfalls um eine isoliert zu betrachtende Vorschrift zur Förderung des Dienstwettbewerbs. Die Ermöglichung der Betreiber Auswahl und der Betreiber vorauswahl ist vielmehr essentieller und integraler Bestandteil des neuen Regulierungsrahmens. Den Belangen des Infrastrukturwettbewerbs muss in diesem Bereich durch die allgemeinen Regeln der Preiskontrolle im Rahmen des Artikels 13 der Zugangsrichtlinie Rechnung getragen werden.

III. Zusammenfassung

Dienstwettbewerb und Infrastrukturwettbewerb verhalten sich insofern sowohl komplementär als auch substitutiv zueinander. Dienstwettbewerb entsteht leichter als Infrastrukturwettbewerb, ist dafür aber schwerer langfristig abzusichern. Dienstwettbewerb ist im Übrigen gegenüber Behinderungsmissbrauch sehr viel anfälliger als Infrastrukturwettbewerb.

Die Gewährleistung von Dienstwettbewerb behindert nicht zwangsläufig die Entwicklung des Infrastrukturwettbewerbs. Vielmehr ist für das Verhältnis zwischen Infrastruktur- und Dienstwettbewerb die entsprechende Feinsteuerung insbesondere durch Preiskontrolle für Vorleistungen, also die Entgeltregulierung, entscheidend.

Die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs als Regulierungsziel muss innerhalb der neu ausgerichteten Regulierungsordnung für die elektronische Kommunikation einen prominenten Platz einnehmen, wenn dem Gesetzgeber daran gelegen ist, langfristig die Märkte der Telekommunikation dem allgemeinen Wettbewerbsrecht zu unterstellen.

Aus regulierungsökonomischer Sicht ist infrastrukturbasierter Wettbewerb langfristig tragfähiger und damit der Schaffung von nachhaltigem, strukturell gesichertem Wettbewerb, der auch bei Verzicht auf Ex-ante-Regulie-

rungsmaßnahmen Bestand hat, am zuträglichsten. Das langfristige Ziel einer Überführung der Märkte der Telekommunikation in das allgemeine Wettbewerbsrecht kann nur erreicht werden, wenn der Infrastrukturwettbewerb gefördert wird. Das neue Richtlinienrecht ist dementsprechend stärker auf die langfristige und nachhaltige Schaffung von Wettbewerb auf den Märkten der elektronischen Kommunikation ausgerichtet; es fordert erstmals die grundsätzliche Gleichgewichtung von Infrastruktur- und Dienstwettbewerb von den Mitgliedstaaten ein setzt und sich damit von der regulierungsökonomischen Indifferenz des alten EG-Rechtsrahmens ab.

Die Gleichstellung von Infrastruktur- und Dienstwettbewerb, die von den Regulierungszielen des Artikels 8 der Rahmenrichtlinie gefordert wird, findet für die Zugangsregulierung also eine konsequente Konkretisierung sowohl in der Zielsetzung der Zugangsrichtlinie als auch in den zentralen Regelungen über die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen (Art. 12 Zugangsrichtlinie). Die Ausgestaltung der Preiskontrolle in Artikel 13 der Zugangsrichtlinie schreibt die schon für die Zugangsverpflichtungen nach Artikel 12 Zugangsrichtlinie konstatierte Fokussierung auf die Belange des Infrastrukturwettbewerbs für die Entgeltregulierung fort. Für die nationalen Regulierungsbehörden besteht dementsprechend im Rahmen des Artikels 13 hinreichend Spielraum, um die Entgeltregulierung auf die Förderung von nachhaltigem Wettbewerb auszurichten.

Bei der Regelung des Artikels 19 Universaldienstrichtlinie zur Betreiber(vor-)auswahl handelt es sich nicht um eine isoliert zu betrachtende Vorschrift zur Förderung des Dienstwettbewerbs. Die Ermöglichung der Betreiber Auswahl und der Betreiber vorauswahl ist vielmehr essentieller und integraler Bestandteil des neuen Regulierungsrahmens. Den Belangen des Infrastrukturwettbewerbs muss in diesem Bereich durch die allgemeinen Regeln der Preiskontrolle im Rahmen des Artikels 13 der Zugangsrichtlinie Rechnung getragen werden.