

Christian Koenig/Andreas Neumann

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

Erste praktische Erfahrungen mit der neuen Marktregulierung

Mittlerweile sind die ersten Weichen für die Telekommunikationsregulierung der neuen Generation gestellt. Die ersten Entwürfe für die Definition und Analyse regulierungsbedürftiger Telekommunikationsmärkte wurden auf europäischer Ebene notifiziert, mit dem Entwurf für die Marktdefinition und -analyse im Bereich der Mobilfunknetzterminierung wurde der mit dem wohl größten öffentlichen Interesse erwartete Maßnahmenentwurf unlängst zur nationalen Konsultation gestellt und mittlerweile ist sogar die erste Regulierungsverfügung – für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung – erlassen worden. Der Beitrag zieht vor diesem Hintergrund eine erste Zwischenbilanz der Erfahrungen mit den neu etablierten Regulierungsverfahren und diskutiert hierbei zu Tage getretene Anwendungsprobleme und Rechtsfragen.

I. Einleitung

Das neue Telekommunikationsgesetz¹ (TKG) hat die sektorspezifische Regulierung der Telekommunikationsmärkte auf eine völlig neue, rechtstechnisch innovative Grundlage gestellt: Weder die Märkte, die der sektorspezifischen Regulierung unterliegen, noch die Regulierungsinstrumente, die auf diesen Märkten zur Anwendung gelangen, sind gesetzlich vorgegeben. Vielmehr stellt das neue TKG nur einen regulatorischen Rahmen zur Verfügung, der neben abstrakten Aufgreifkriterien, ermessensleitenden Vorgaben und einem „Instrumentenkasten“ der Regulierungsinstrumente, auf welche die *Regulierungsbehörde (RegTP)* zurückgreifen kann, den prozeduralen Ablauf der Marktregulierung festlegt. In diesem komplexen Regulierungsverfahren, in dem die nationale Regulierung überdies mit der Ebene der *Europäischen Gemeinschaft* zu einer gemeinschaftlichen Verbundverwaltung verschränkt wird, konkretisiert die *RegTP* die abstrakten gesetzlichen Vorgaben zu konkreten regulatorischen Maßnahmen.² Der Verlust an demokratischer Legitimation, der sich aus dem weitgehenden Verzicht auf unmittelbar normativ verbindliche Vorgaben ergibt, wird auf diese Weise durch die Erweiterung und Vertiefung des Regulierungsverfahrens – also durch eine Verbesserung der Transparenz des Entscheidungsprozesses und durch die Einräumung zusätzlicher Partizipations- und z.T. auch Kontrollrechte – kompensiert:³

▷ Im ersten Schritt dieses Konkretisierungsvorgangs, der *Marktdefinition*, werden die Märkte ermittelt,

▷ Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Andreas Neumann ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZEI. Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag, den der Autor Koenig am 29.4.2005 im Rahmen der Kölner Jubiläumstage IT-Recht des Verlages Dr. Otto Schmidt gehalten hat.

1 Einführend Heun, CR 2004, 893; Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004; Scherer, NJW 2004, 3001. Übersicht über die Genese des neuen TKG und aktuelle Informationen sind im WWW abrufbar unter <http://www.tkrecht.de>.

2 Hierzu auch Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 112 ff.

3 Vgl. Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 77.

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

die auf Grund ihrer Besonderheiten für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen (§ 10 Abs. 1 TKG).

- ▷ Im zweiten Schritt, der *Marktanalyse*, wird ermittelt, ob auf diesen Märkten wirksamer Wettbewerb besteht (§ 11 Abs. 1 S. 1 TKG). Dieser Konkretisierungsschritt ist mit der Untersuchung identisch, ob es auf dem jeweiligen relevanten Markt Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt (§ 11 Abs. 1 S. 2 TKG).
- ▷ Besteht kein wirksamer Wettbewerb, werden diesem oder diesen Unternehmen in einem dritten Schritt eine oder mehrere *regulatorische Verpflichtungen* auferlegt (§ 9 Abs. 2 TKG).

Für die Marktteilnehmer ist in erster Linie dieser letzte Schritt sichtbar. Das eigentliche Novum der neuen Telekommunikationsregulierung sind jedoch die beiden vorgelagerten Verfahrensschritte: die Marktdefinition und -analyse. Dieser grundlegende Regulierungsmechanismus wird die regulatorische Praxis maßgeblich prägen: Er entscheidet nicht nur über den Anwendungsbereich der sektorspezifischen Regulierung, sondern stellt auch die Weichen für die Auswahl des Regulierungsinstruments, da dieses der Behebung desjenigen wettbewerblichen Problems dienen muss, das durch die Marktdefinition und -analyse identifiziert wurde.⁴

II. Das Verfahren der Marktregulierung in der Praxis

Ausgangspunkt des Marktregulierungsverfahrens ist die sog. *Märkteempfehlung*.⁵ In dieser Empfehlung hat die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* sieben Endnutzer- und elf Vorleistungsmärkte identifiziert, die ihrer Einschätzung nach bei einer Durchschnittsbetrachtung auf europäischer Ebene für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Diese Empfehlung muss die *RegTP* bei der Marktdefinition weitestgehend berücksichtigen (§ 10 Abs. 2 S. 3 TKG). Sie hat für ihre Marktregulierung daher bislang die Märkteempfehlung als Ausgangspunkt genommen,⁶ also bislang für die Marktdefinition zunächst auf dort genannte sachlich relevante Märkte zurückgegriffen. Zudem hat die *RegTP* in der Praxis bisher stets von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Auferlegung von regulatorischen Verpflichtungen prozedural von der ihr zugrunde liegenden Marktdefinition und -analyse zu trennen (§ 13 Abs. 1 S. 3 TKG).

1. Konsultationsverfahren für Marktdefinition und -analyse

Zur Vorbereitung dieser ersten beiden Verfahrensphasen richtet die *RegTP* zunächst formelle Auskunftersuchen an die Unternehmen, die nach Erkenntnis der Behörde bzw. nach dem Ergebnis vorhergehender Ermittlungen auf dem jeweiligen sachlich relevanten Markt tätig sind.⁷ Dieses Ersuchen ist innerhalb einer Frist von bislang ein bis zwei Monaten zu beantworten.⁸ Die Fristen mussten jedoch in zahlreichen Fällen verlängert werden. Auf Grundlage des dann schließlich ermittelten Faktenmaterials erstellt die *RegTP* einen Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse, den sie in ihrem Amtsblatt und auf ihrer WWW-Seite veröffentlicht (§ 12 Abs. 1 S. 2, § 5 TKG).⁹

Zwischen den Auskunftersuchen und der Veröffentlichung des Entwurfs lagen in der Praxis bislang Zeiträume von ungefähr 9–16 Monaten. Mit der Veröffentli-

chung wird interessierten Parteien Gelegenheit gegeben, innerhalb von einem Monat Stellung zu dem Entwurf zu nehmen (§ 12 Abs. 1 S. 1 TKG).¹⁰ Von dieser Möglichkeit ist bisher in angemessenem Umfang Gebrauch gemacht worden,¹¹ zum Teil unter Inanspruchnahme einer Fristverlängerung um eine Woche.¹² Die Ergebnisse dieser nationalen Konsultation werden ebenfalls im Amtsblatt der *RegTP* und auf ihrer WWW-Seite veröffentlicht (§ 12 Abs. 1 S. 2, § 5 TKG), was bislang etwa 1–2 Monate nach Ablauf der Kommentierungsfrist erfolgte.¹³ Anschließend bittet die *RegTP* das *BKartA* um die nach § 123 Abs. 1 S. 1 TKG erforderliche Herstellung des Einvernehmens,¹⁴ das bislang stets nach wenigen Tagen bis höchstens zwei Wochen erteilt wurde.¹⁵ Ungeachtet etwaiger Verlängerungen nimmt das nationale Konsultationsverfahren somit insgesamt zwischen 11 und 21,5 Monate in Anspruch.

2. Konsolidierungsverfahren für Marktdefinition und -analyse

Der neue Rechtsrahmen hat jedoch die materielle Überformung des deutschen Telekommunikationsrechts durch europäisches Recht um eine institutionelle Verzahnung beider Ebenen ergänzt. Nach Durchführung des Konsultationsverfahrens muss eine Koordinierung der Regulierungsinstanzen auf Ebene der *Europäischen Gemeinschaft* erfolgen. Im Rahmen dieses Konsolidierungsverfahrens können die *Kommission* und die anderen nationalen Regulierungsbehörden grundsätzlich innerhalb einer nicht verlängerbaren Frist von einem Monat nach Notifizierung des Maßnahmenentwurfs durch die *RegTP*¹⁶ Stellungnahmen abgeben (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 TKG), die dann von der *RegTP* weitestgehend berücksichtigt werden müssen (§ 12 Abs. 2 Nr. 2 TKG).¹⁷ Dabei hat die *Kommission* in der regulatorischen Praxis die *RegTP* bislang regelmäßig zur Übermittlung zusätzlicher Informationen und Klarstellung aufgefordert.¹⁸

⁴ Vgl. Erwägungsgrund 27 S. 1 RRL.

⁵ ABl. EG 2003 Nr. L 114, 45.

⁶ Kommission, Anhang zum 10. Umsetzungsbericht, SEC (2004) 1535, Vol. 1, S. 98.

⁷ Bzgl. Markt Nr. 1–6 am 11.11.2003, bzgl. Markt Nr. 8–10 am 16.9.2003, bzgl. Markt Nr. 11 am 26.11.2003, bzgl. Markt Nr. 12 am 30.6.2004, bzgl. Markt Nr. 15–17 am 12.12.2003.

⁸ Bzgl. Markt Nr. 1–6 bis zum 7.1.2004, bzgl. Markt Nr. 8–10 bis zum 9.10.2003, bzgl. Markt Nr. 11 bis zum 23.1.2004, bzgl. Markt Nr. 12 bis zum 16.8.2004, bzgl. Markt Nr. 15–17 bis zum 10.2.2004.

⁹ Bzgl. Markt Nr. 1–6 am 24.11.2004 (ABl. *RegTP* 2004, 1609), bzgl. Markt Nr. 8–10 am 8.9.2004 (ABl. *RegTP* 2004, 1171), bzgl. Markt Nr. 11 am 11.8.2004 (ABl. *RegTP* 2004, 874), bzgl. Markt Nr. 12 am 6.4.2005 (ABl. *RegTP* 2005, 329), bzgl. Markt Nr. 16 am 6.4.2005 (ABl. *RegTP* 2005, 245).

¹⁰ Bzgl. Markt Nr. 1–6 bis zum 30.12.2004, bzgl. Markt Nr. 8–10 bis zum 8.10.2004, bzgl. Markt Nr. 11 bis zum 13.9.2004, bzgl. Markt Nr. 12 bis zum 6.5.2005, bzgl. Markt Nr. 16 bis zum 6.5.2005.

¹¹ Bzgl. Markt Nr. 1–6 wurden 12, bzgl. Markt Nr. 8–10 wurden 15, bzgl. Markt Nr. 11 wurden 11 Stellungnahmen abgegeben.

¹² Bzgl. Markt Nr. 1–6 bis zum 7.1.2005.

¹³ Bzgl. Markt Nr. 1–6 am 2.3.2005 (ABl. *RegTP* 2005, 163), bzgl. Markt Nr. 8–10 am 24.11.2004 (ABl. *RegTP* 2004, 1708), bzgl. Markt Nr. 11 am 20.10.2004 (ABl. *RegTP* 2004, 1470).

¹⁴ Bzgl. Markt Nr. 8–10 am 12.1.2005, bzgl. Markt Nr. 11 am 11.11.2004.

¹⁵ Bzgl. Markt Nr. 8–10 am 24.1.2005, bzgl. Markt Nr. 11 am 15.11.2004.

¹⁶ Bzgl. Markt Nr. 8–10 am 15.2.2005, bzgl. Markt Nr. 11 am 1.12.2004 (ABl. *RegTP* 2004, 2016).

¹⁷ Die Kommission hat ihre Stellungnahme bzgl. Markt 8 und 10 am 14.3.2005 (SG-Greffe [2005] D/201099), bzgl. Markt Nr. 11 am 22.12.2004 (SG-Greffe [2004] D/206323) abgegeben.

¹⁸ Bzgl. Markt Nr. 8–10 erging eine solche Aufforderung am 22.2.2005, die Antwort ging am 25.2.2005 ein, am 3.3.2005 erfolgte überdies eine telefonische Besprechung, ein ergänzendes Schreiben ging am 4.3.2005 bei der Kommission ein, bzgl. Markt Nr. 11 erging die Aufforderung am 9.12.2004, die Antwort ging am 13.12.2004 bei der Kommission ein.

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

Darüber hinaus kann die *Kommission* bei Sachverhalten mit Binnenmarktrelevanz eine weitere Untersuchung der Maßnahme einleiten, wenn sie der Auffassung ist, dass der notifizierte Entwurf von Marktdefinition und -analyse ein Hemmnis für den Binnenmarkt schaffen würde, oder wenn sie ernsthafte Zweifel an seiner Gemeinschaftsrechtskonformität hat (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 TKG). In dieser sog. „Phase II“ stehen der *Kommission* zwei weitere Monate zur Verfügung, während der sie den notifizierte Entwurf einer genaueren Prüfung unterziehen kann. Innerhalb dieses Zeitraums kann sie ihr Veto gegen den Maßnahmenentwurf einlegen (§ 12 Abs. 2 Nr. 3 S. 2 TKG), d.h. mit detaillierter Begründung und unter Vorlage spezifischer Änderungsvorschläge die *RegTP* auffordern, den Entwurf zurückzuziehen (Art. 7 Abs. 4 S. 4 RRL). In der Regulierungspraxis auf Grundlage des deutschen TKG ist bislang bei der Notifizierung von Maßnahmenentwürfen zu insgesamt vier Markttypen in einem Fall eine solche Phase-II-Untersuchung eingeleitet worden: Die *Kommission* hielt die Schlussfolgerung der *RegTP* für nicht hinreichend belegt, dass die alternativen Teilnehmernetzbetreiber im Festnetz bei der Terminierung eingehender Anrufe aus anderen Netzen in ihren eigenen Netzen anders als die *Deutsche Telekom AG (DTAG)* nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen.¹⁹ Zwei Monate nach Einleitung der Prüfung erließ die *Kommission* eine entsprechende Vetoentscheidung nach Art. 7 Abs. 4 S. 4 RRL.²⁰ Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass nach den bisherigen Erfahrungen zwischen dem Abschluss des Konsultations- und dem Abschluss des Konsolidierungsverfahrens bis zu 4 Monate liegen können, wenn eine Phase-II-Prüfung die gesamten 2 Monate in Anspruch nimmt.

3. Auferlegung sektorspezifischer Vorabverpflichtungen

Auf Grund des zweistufigen Vorgehens der *RegTP* muss nach erfolgter Marktdefinition und -analyse noch über die Auferlegung konkreter regulatorischer Verpflichtungen entschieden werden. Hierzu ist insb. die Durchfüh-

rung eines weiteren Konsultations- sowie auch eines neuerlichen Konsolidierungsverfahrens erforderlich. Dabei gelten nach § 13 Abs. 1 S. 1 TKG die Vorschriften für die Marktdefinition und -analyse entsprechend. In der Praxis hat die *RegTP* die vorbereitende Tätigkeit zu den geplanten Regulierungsmaßnahmen bislang nach Durchführung der nationalen Konsultation zu der geplanten Marktdefinition und -analyse eingeleitet. Hierzu teilt sie den Unternehmen, die nach dem Ergebnis des Marktanalyseentwurfs über beträchtliche Marktmacht in einem (nach dem Entwurf der Marktdefinition) relevanten Markt verfügen, die geplante Auferlegung von Vorabverpflichtungen mit.²¹ Die betroffenen Unternehmen haben dann Gelegenheit, hierzu innerhalb einer bestimmten Frist Stellung zu nehmen, von der in der Praxis angesichts der erheblichen Bedeutung für die wirtschaftliche Betätigung der betroffenen Unternehmen auch Gebrauch gemacht wird.²² In einem nächsten Schritt eröffnet die *RegTP* nach Berücksichtigung dieser Stellungnahme(n) dann das nationale Konsultationsverfahren zu dem Entwurf der geplanten Regulierungsverfügung; Dieser wird also zunächst im Amtsblatt der *RegTP* und auf ihrer WWW-Seite veröffentlicht.²³ Innerhalb einer Frist von einem Monat, während derer bislang auch die nach § 135 Abs. 3 S. 1 TKG grundsätzlich obligatorische mündliche Verhandlung erfolgte,²⁴ können interessierte Parteien²⁵ Stellungnahmen abgeben.²⁶ Die dabei gewonnenen Erkenntnisse und die Auswertung der weiteren Stellungnahmen werden dann von der *RegTP* (im Amtsblatt und im WWW) veröffentlicht.²⁷ Im Anschluss hieran erhält das *BKartA* Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 123 Abs. 1 S. 2 TKG),²⁸ die es innerhalb einer Frist von etwa einer Woche wahrnimmt.²⁹

Danach leitet die *RegTP* das (gemeinschaftliche) Konsolidierungsverfahren ein, in dem nach der Notifizierung des Maßnahmenentwurfs³⁰ die *Kommission* und die anderen nationalen Regulierungsbehörden innerhalb einer Frist von einem Monat ihrerseits Stellungnahmen zu dem notifizierte Entwurf abgeben können.³¹ Hier steht nun auch der *Kommission* nur ein Stellungnahmerecht zu. Anders als bei Entwürfen im Bereich der Marktdefinition und Marktanalyse hat sie somit keine sekundärrechtlich vorgesehene Möglichkeit, die Monatsfrist zu verlängern, den notifizierte Entwurf genauer zu überprüfen und ggf. ihr Veto einzulegen.³² Nachdem die *RegTP* die im Konsolidierungsverfahren abgegebenen Stellungnahmen weitestgehend berücksichtigt hat, ist das Verfahren der Marktregulierung daher abgeschlossen und das gesetzliche Regulierungsprogramm einzel-fallbezogen konkretisiert. Ungeachtet der Möglichkeit, Stellungnahmefristen auf nationaler Ebene zu verlängern, ergibt sich aus den bisherigen Praxiserfahrungen, dass vom Beginn des Konsultationsverfahrens bis zum Abschluss des Konsolidierungsverfahrens vier bis fünf-einhalb Monate vergehen. Nach Abschluss des Konsolidierungsverfahrens erlässt die *RegTP* das Ergebnis von Marktdefinition und Marktanalyse zusammen mit der Auferlegung von Vorabverpflichtungen als einheitlichen Verwaltungsakt (§ 13 Abs. 3 TKG).³³ In dem bisher einzigen praktischen Fall lag zwischen der Stellungnahme der *Kommission* und dem Erlass der Regulierungsverfügung etwa ein Monat.

III. Praktische Anwendungsprobleme

In der bisherigen Praxis der Marktregulierung sind bereits einige, z.T. auch grundlegende Anwendungsprobleme zu Tage getreten.

19 Kommission, Schreiben v. 11.3.2005, SG-Greffe (2005) D/201075, N&R 2005, 71 m. Anm. *Elspaß*.

20 Kommission, Entscheidung v. 17.5.2005, K(2005)1442 endg.

21 Bzgl. Markt Nr. 8–10 am 17.2.2005, bzgl. Markt Nr. 11 am 19.11.2004.

22 Die Stellungnahmen erfolgten zu Markt Nr. 8–10 am 4.3.2005, zu Markt Nr. 11 am 3.12.2004.

23 Bzgl. Markt Nr. 8–10 am 18.5.2005, bzgl. Markt Nr. 11 am 22.12.2004 (Abl. *RegTP* 2004, 2104).

24 Bzgl. Markt Nr. 8–10 am 1.6.2005, bzgl. Markt Nr. 11 am 12.1.2005.

25 Bzgl. Markt Nr. 11 wurden sieben Stellungnahmen abgegeben.

26 Bzgl. Markt Nr. 8–10 bis zum 20.6.2005, bzgl. Markt Nr. 11 bis zum 24.1.2005.

27 Bzgl. Markt Nr. 11 am 16.2.2005 (Abl. *RegTP* 2005, 110).

28 Bzgl. Markt Nr. 11 am 18.2.2005.

29 Bzgl. Markt Nr. 11 am 24.2.2005.

30 Bzgl. Markt Nr. 11 bis zum 25.2.2005.

31 Die *Kommission* hat ihre Stellungnahme bzgl. Markt Nr. 11 am 23.3.2005 (SG-Greffe [2005] D/201485) abgegeben.

32 Diesen Unterschied sollte man aber in der Praxis vermutlich nicht überbewerten: Unabhängig von weitergehenden Interventionsmöglichkeiten im Bereich des Telekommunikationsrechts kann die *Kommission* ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten, wenn sie der Auffassung ist, dass eine Maßnahme der nationalen Regulierungsbehörde gegen Gemeinschaftsrecht verstößt. Letzten Endes verfügt sie also auch im Bereich der Regulierungsinstrumente über ein „weiches“ Vetorecht. Der wenig konkretisierte Zielkatalog in Art. 8 RRL dürfte der *Kommission* dabei hinreichenden Spielraum lassen, ihre eigenen ordnungspolitischen Zielvorstellungen in gemeinschaftsrechtliche Verpflichtungen zu transponieren.

33 Bzgl. Markt Nr. 11 am 20.4.2005 (Abl. *RegTP* 2005, 578).

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

1. Aufrechterhaltung bestehender Verpflichtungen

Eine erste Anwendungsfrage ist von der *Kommission* aufgeworfen worden. In ihrer Stellungnahme zu dem bislang einzigen Entwurf für eine Regulierungsverföhrung, der von der *RegTP* notifiziert wurde, hat sie gemeinschaftsrechtliche Bedenken geltend gemacht. Diese richteten sich nicht primär gegen die geplanten Regulierungsmaßnahmen im Bereich des Zugangs zur Teilnehmeranschließung. Vielmehr kritisierte sie die *Aufhebung* von Regulierungsmaßnahmen, die im Teilbereich reiner Glasfaseranschlüsse beabsichtigt war.³⁴ Im Kern beruht ihr Vorwurf darauf, dass dieser Entscheidung keine ordnungsgemäße Marktdefinition und -analyse zugrunde liege.

a) Regelungslücke?

Hintergrund dieser Kritik ist eine (weitere) Inkonsistenz der normativen Grundlagen des Konsolidierungsverfahrens: Entschließt sich die *RegTP*, von der Definition eines bestimmten Marktes abzusehen, weil sie diesen nicht für regulierungsbedürftig hält, fällt diese Entscheidung jedenfalls bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts von Art. 15 Abs. 3 S. 2 RRL nicht in den Anwendungsbereich des Konsolidierungsverfahrens: Wenn man darauf verzichtet, einen Markt zu definieren, wird eben schlichtweg gerade kein Markt definiert. Sofern man nicht aus teleologischen Gründen eine extensive Ausdeutung dieser Vorschrift oder eine Entkopplung des Marktanalyseverfahrens von der Marktdefinition in Betracht ziehen wollte, könnten die nationalen Regulierungsbehörden daher grundsätzlich Märkte vollständig aus der Regulierung entlassen, ohne diese Entscheidung auf europäischer Ebene konsolidiert zu haben. Dies ist natürlich nicht ohne Gefahr für einen chancengleichen Wettbewerb im Binnenmarkt, wenn einzelne Regulierungsbehörden Märkte zu früh aus der Regulierung entlassen und dort tätigen marktmächtigen Unternehmen auf diese Weise überhöhte Gewinne ermöglichen.

b) Ansatz der Kommission

Die *Kommission* versucht, diese potentielle Regelungslücke unter Verweis auf die Übergangsvorschrift des Art. 27 Unterabs. 1 RRL zu überspielen. Dann wäre zwingende Voraussetzung für eine Aufhebung regulatorischer Verpflichtungen, die bereits vor In-Kraft-Treten des neuen Rechtsrahmens galten, dass der betreffende Markt einer Marktanalyse nach Art. 16 RRL unterzogen wurde. Allerdings sieht Art. 16 Abs. 1 RRL eine Marktanalyse nur für die relevanten Märkte vor, womit nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 RRL lediglich die zuvor im Marktdefinitionsverfahren als potenziell regulierungsbedürftig identifizierten Märkte gemeint sind.³⁵ Bei Art. 15 RRL handelt es sich aber um einen zentralen Baustein im System der Marktregulierung. Dem würde es nicht gerecht, auf Grund der Übergangsvorschrift des Art. 27 Unterabs. 1 RRL Märkte nur deshalb als potentiell regulierungsbedürftig identifizieren zu müssen, um dort übergangsweise aufrechterhaltene Altverpflichtungen außer Kraft setzen zu können. Überdies ist die beschriebene Problematik genereller Natur, betrifft also auch solche Märkte, die zunächst in einem Marktdefinitionsverfahren als potentiell regulierungsbedürftig identifiziert wurden, bei einer späteren Überprüfung aber als nicht mehr regulierungsbedürftig eingestuft werden.³⁶ Dann erscheint es jedoch wenig konsequent, ausgerechnet solchen Verpflichtungen eine besondere Stabilisie-

rung durch den neuen Rechtsrahmen zuzugestehen, die vor seinem In-Kraft-Treten begründet wurden.

c) Teleologische Reduktion

Art. 27 Unterabs. 1 URL führt nicht dazu, dass alle Märkte, in denen vor In-Kraft-Treten des neuen Telekommunikationsrechts sektorspezifische Verpflichtungen bestanden, einer Marktanalyse nach Art. 16 RRL unterworfen werden müssen, damit diese Verpflichtungen aufgehoben werden können.³⁷ Der Regelungszweck der Vorschrift liegt nämlich einzig darin, die Stabilität der Regulierung in der Übergangszeit zwischen dem In-Kraft-Treten des neuen Rechtsrahmens und dem Abschluss der ersten Marktanalysen sicherzustellen. Dies soll ausweislich der ausdrücklichen Bezugnahme auf Art. 16 RRL gerade innerhalb des Systems der Marktregulierung erfolgen. Die Aufrechterhaltung von Verpflichtungen ist aber nicht nur dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn auf einem eigentlich regulierungsbedürftigen Markt wirksamer Wettbewerb besteht. Sie ist erst recht dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn schon der Markt selbst nicht (mehr) regulierungsbedürftig ist. Diese Fälle sind vom Regelungszweck des Art. 27 Unterabs. 1 URL nicht mehr erfasst, wohl aber vom Wortlaut der Vorschrift, der insoweit auch keiner einschränkenden Auslegung zugänglich sein dürfte. Erfasst der Wortlaut einer Vorschrift auch Sachverhalte, die sie ihrem Regelungszweck zufolge nicht erfassen dürfte, ist sie – auch soweit es sich um eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts handelt³⁸ – teleologisch zu reduzieren.³⁹

Angezeigt ist somit eine teleologische Reduktion von Art. 27 Unterabs. 1 URL: Die Mitgliedstaaten sind auch dann nicht mehr verpflichtet, Altverpflichtungen aufrechtzuerhalten, wenn die Regulierungsbehörde in einem Marktdefinitionsverfahren festgestellt hat, dass der Markt, auf dem sie gelten, nicht (mehr) potentiell regulierungsbedürftig ist. Der Prüfung, ob es auf diesem nicht regulierungsbedürftigen Markt Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, bedarf es dann nicht mehr – anderenfalls wäre auch die Rechtsfolge des Art. 16 Abs. 4 RRL kaum vermeidbar, so dass Vorabverpflichtungen allein auf Grund des Bestehens beträchtlicher Marktmacht und ohne Berücksichtigung der Regulierungsbedürftigkeit des Marktes auferlegt werden müssten. Ob die geplante Aufhebung im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 7 RRL notifiziert werden muss, hängt demgegenüber davon ab, ob man Art. 15 Abs. 3 S. 2 RRL streng am Wortlaut ausgerichtet oder extensiv auslegt bzw. analog anwendet. Die *RegTP* ist im Ergebnis diesen Weg gegangen und hat die Verpflichtungen im notifizierten Umfang aufgehoben, auf die Stellungnahme der *Kommission* hin jedoch die Begründung der Marktdefinition und -analyse um zusätzliche Ausführungen zur Regulierungsbedürftigkeit ergänzt.

2. Komplexität der Verfahrensgestaltung

Die zweite Anwendungsfrage, die von der bisherigen Praxis der Marktregulierung aufgeworfen wird, ergibt

³⁴ Kommission, SG-Greffe [2005] D/201485, S. 3 ff.

³⁵ Loetz/Neumann, German Law Journal, (12) 4 (2003), 1307 (1313 f.).

³⁶ Loetz/Neumann, German Law Journal, (12) 4 (2003), 1307 (1316).

³⁷ Zum Problem auch Heun, CR 2004, 893 (901).

³⁸ EuGH, Urt. v. 27.11.1980 – Rs. C-81/79, Rs. C-82/79, Rs. C-146/79, Slg. 1980, 3557 (3571 f.), Rz. 15; Urt. v. 18.6.1991 – Rs. C-369/89, Slg. 1991, I-2971 (2984 f.), Rz. 14 f.; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Band II, 2003, S. 70.

³⁹ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rz. 493; Wolff/Neumann, NStZ 2003, 404.

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

sich zwanglos aus einem Blick auf die dargestellten Verfahrensabläufe. Bislang hat sich das Verfahren der Marktregulierung nämlich als sehr aufwendig und komplex erwiesen. Daraus folgt für alle Beteiligten nicht nur eine erhebliche bürokratische Belastung. Problematisch sind vor allem die zeitlichen Implikationen: Bis zum Erlass der ersten Regulierungsverfügung Ende April 2005 für den unstrittig regulierungsbedürftigen Engpassmarkt des Teilnehmeranschlusses vergingen 10 Monate seit In-Kraft-Treten des neuen TKG und sogar 1,5 Jahre seit Aufnahme der ersten Vorermittlungen. Weitere Verfügungsentwürfe waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal auf Gemeinschaftsebene notifiziert. Bei sechs der insgesamt 18 Märkte, die in der *Märkteempfehlung* aufgezählt sind, lag noch nicht einmal der erste öffentliche Entwurf für eine Marktdefinition und -analyse vor.

a) Verzögerungsgrund und die Folgen

Diese erheblichen Verzögerungen sind zwar sicherlich auch maßgeblich der bislang noch fehlenden Erfahrung mit dem Regulierungsrahmen und der Notwendigkeit, bestimmte sachlich relevante Märkte erstmalig umfassend zu untersuchen, geschuldet. Auch als einmalige Erscheinungen während der Zeit des Systemwechsels wirken sie sich *jedoch* gerade in den sehr dynamischen Märkten der Telekommunikation besonders einschneidend aus.

Darüber hinaus hat die erhebliche Verfahrensdauer der regulären Regulierungsverfahren, die bislang durchgeführt wurden, zur Folge, dass die am Abschluss des Verfahrens stehende Regulierungsverfügung in wesentlichen Teilen auf Daten beruht, die bis zu 2 Jahre alt sind. Es ist damit unklar, ob und inwieweit das in Marktdefinition und -analyse identifizierte wettbewerbliche Problem angesichts der tatsächlichen Marktgegebenheiten überhaupt noch relevant ist. Die Regulierungsverfügung läuft deshalb Gefahr, Maßnahmen für ein wettbewerbliches Problem vorzusehen, das in der ursprünglich vorgefundenen Form nicht mehr besteht.

b) Komplexität vs. Effizienz

Die zentrale Erkenntnis, die aus der bisherigen Praxis der Marktregulierung gewonnen werden kann, richtet sich daher an den deutschen und den europäischen Gesetzgeber: Es reicht nicht aus, durch Regulierung dafür zu sorgen, dass die Leistungsbereitstellung durch die regulierten Unternehmen effizient erfolgt. Auch die Regulierung selbst muss effizient gestaltet werden. Der durch die neu etablierten Verfahren erzielte Gewinn an Legitimation und Transparenz ist sicherlich zu begrüßen. Es muss jedoch sichergestellt bleiben, dass er eine effiziente Regulierung nicht behindert.⁴⁰ Vollständig konsensuale Regulierungsentscheidungen dürften ohnehin eine nicht erreichbare Wunschvorstellung sein. Mit dem neuen Verfahren der Marktregulierung dürfte die Grenze dessen erreicht sein, was an prozeduraler Expansion zu Lasten regulatorischer Effizienz hinnehmbar ist. In jedem Fall ergibt sich aus der bisherigen Praxis eine eindeutige Absage an alle Überlegungen, die auf einen weiteren Ausbau der prozeduralen Komponenten abzielen. Bei der künftigen Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens wird es vielmehr darum gehen müssen, Kompeten-

zen klar abzugrenzen und die prozedurale Effizienz zu erhöhen.

3. Zuständigkeitsdivergenzen

Die bisherige Praxis hat noch eine weitere fundamentale systematische Inkonsistenz des Marktregulierungsverfahrens offenbart, die ebenfalls die Ausformung eines verlässlichen und in sich stimmigen Regulierungsrahmens erschwert. Sie ist eine Besonderheit der deutschen Umsetzung des Rechtsrahmens und folgt daraus, dass die behördeninternen Zuständigkeiten zwischen der Marktdefinition und der Marktanalyse einerseits und der Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen andererseits nicht in einer Hand liegen: Während die Anwendung der einzelnen Regulierungsinstrumente den Beschlusskammern 2–4 obliegt, erfolgen die Festlegungen im Bereich der Marktdefinition und -analyse durch die Präsidentenkammer (§ 132 Abs. 4 S. 2 TKG), also durch die Beschlusskammer 1. Die jeweiligen Verfahrensschritte sind *aber* Bestandteile eines marktbezogen einheitlichen Verfahrens, zwischen denen fließende Übergänge und Überschneidungen bestehen.⁴¹ Sie sind aufeinander bezogen, was insb. darin deutlich wird, dass das Regulierungsinstrument auf das wettbewerbliche Problem zugeschnitten sein muss, das im Rahmen von Marktdefinition und -analyse festgestellt wurde. Diese Einheitlichkeit des Konkretisierungsvorgangs wird durch die divergierende Zuständigkeitszuweisung durchbrochen.

Das hat nicht nur verfahrensmäßige Ineffizienzen zur Folge, sondern kann angesichts der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Beschlusskammern auch sachliche Inkonsistenzen heraufbeschwören, wenn die beteiligten Beschlusskammern wettbewerbliche Probleme in Entstehungsgrund und Umfang unterschiedlich bewerten. Da bislang erst zwei Regulierungsverfügungen in Entwurfs- bzw. endgültiger Fassung vorliegen, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht abschätzen, inwieweit diese Zuständigkeitsdivergenz in der Praxis wirklich zu Schwierigkeiten führen wird. Bezeichnenderweise betrifft beispielsweise die Hauptkritik, die von der *Kommission* an dem Entwurf der Regulierungsverfügung für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung geübt wurde, eigentlich nicht das Regulierungsinstrument, sondern die zugrunde liegende Marktdefinition. Auch im Rahmen der vorherigen Konsolidierungsverfahren, in denen es um die Entwürfe auf Ebene von Marktdefinition und -analyse ging, hatte die *Kommission* stets auf die Notwendigkeit hingewiesen, auch die geplanten Abhilfemaßnahmen zu notifizieren,⁴² erinnerte also an den Zusammenhang zwischen Marktdefinition und Marktanalyse einerseits und der Auferlegung der regulatorischen Verpflichtungen andererseits. Es wird sich erst noch zeigen müssen, ob die Regulierungspraxis diesem engen Zusammenhang zwischen den einzelnen Bestandteilen der Marktregulierung trotz der divergierenden Zuständigkeiten hinreichend Rechnung tragen kann und wird.

IV. Neue Auslegungsfragen

Die bisherige Praxis der Marktregulierung hat nicht nur bloße Anwendungsprobleme offenbart, sondern auch zahlreiche, bislang nicht diskutierte Fragen zur Auslegung des neuen TKG zu Tage gefördert. Dies betrifft etwa das Verhältnis, in dem dieses Verfahren zu einer Verpflichtung zur Abgabe eines Standardangebots (§ 23 TKG) steht, die Relevanz regulatorischer Verpflichtungen auf anderen Märkten für die Marktanalyse und die

⁴⁰ Entsprechende Bedenken bereits bei Koenig/Kühling, MMR 2001, 80 (83).

⁴¹ Koenig/Loetz/Neumann, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 112 f.

⁴² Vgl. etwa Kommission, SG-Greffe (2005) D/201099, S. 5.

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

Bedeutung des Konsistenzgebotes (§ 27 Abs. 2 S. 1 TKG) für die Auswahl des methodischen Ansatzes, den die *RegTP* der Entgeltregulierung zugrunde legt. Von diesen neuen Auslegungsfragen sollen nachfolgend zwei weitere exemplarisch dargestellt werden, denen potentiell besonders weitreichende Bedeutung zukommt.

1. Adressat von Regulierungsverpflichtungen in Konzernunternehmen

Die erste Frage ergibt sich aus dem Hang des TKG-Gesetzgebers zu verschachtelten Verweisungen. Dieser hat dazu geführt, dass sich jedenfalls bei unbefangener Lektüre des Gesetzestextes nicht sicher erschließt, wer eigentlich als Adressat der regulatorischen Verpflichtungen in Betracht kommt. Jedenfalls im Bereich der Zugangsregulierung kann die *RegTP* typischerweise einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über ‚beträchtliche Marktmacht‘ verfügt (vgl. die entsprechenden Formulierungen in § 19 Abs. 1, § 20 Abs. 1, § 21 Abs. 1 S. 1, § 23 Abs. 1, § 24 Abs. 1 S. 1 TKG), solche Verpflichtungen auferlegen. Dabei ist dem Gesetz nicht ausdrücklich zu entnehmen, was ein „Betreiber“ ist.⁴³ Es enthält jedoch eine Legaldefinition der Begriffe „Telekommunikationsnetz“⁴⁴ und vor allem der „beträchtliche(n) Marktmacht“. Nach § 3 Nr. 4 TKG ist ‚beträchtliche Marktmacht‘ eines oder mehrerer Unternehmen gegeben, wenn die Voraussetzungen nach § 11 Abs. 1 Satz 3 bis 5 vorliegen“. Nach § 11 Abs. 1 S. 3 TKG gilt ein Unternehmen dann „als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt“.

a) Der „Betreiber“ als Unterfall eines Unternehmens

Sowohl § 3 Nr. 4 TKG als auch § 11 Abs. 1 S. 3–5 TKG beziehen sich zwar nur auf die beträchtliche Marktmacht eines Unternehmens, nicht hingegen auf die eines Betreibers. Ein Betreiber ist jedoch ein besonderer Unterfall eines Unternehmens, wie sich bereits aus der Regelungssystematik der Vorschriften zur Marktregulierung ergibt: Während die allgemeine Grundsatzvorschrift des § 9 Abs. 2 TKG vorsieht, dass Maßnahmen der Marktregulierung gegenüber „Unternehmen“ erfolgen, stellen einige der Vorschriften zu den Einzelmaßnahmen, namentlich §§ 19 ff. TKG, insoweit nämlich – einschränkend – auf „Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes“ ab. Sowohl § 3 Nr. 4 TKG als auch § 11 Abs. 1 S. 3–5 TKG gelten somit ohne weiteres auch für Betreiber bzw. dann, wenn es sich bei dem betreffenden Unternehmen um einen Betreiber handelt.

b) Marktmachtzurechnung im Konzernverbund

Allerdings „ist oder sind“ „Unternehmen“ im Sinne des TKG gem. § 3 Nr. 29 TKG „das Unternehmen selbst oder mit ihm im Sinne des § 36 Abs. 2 und § 37 Abs. 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verbundene Unternehmen“. Verbindet man diese Legaldefinition mit der Bestimmung beträchtlicher Marktmacht nach § 11 Abs. 1 S. 3 TKG, so ergibt sich, dass von beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens *oder mit ihm verbundener Unternehmen* auszugehen ist, „wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt“. Dies könnte eine Lesart nahe legen, der zufolge nicht nur der Netzbetreiber selbst, sondern automatisch auch jedes mit ihm verbundene Unternehmen über be-

trächtliche Marktmacht verfügen könnte. Daraus ergeben sich insb. dann potentiell weitreichende Implikationen, wenn zu einem Konzern mehrere Netzbetreiber gehören, die eigenständige funktionale Unternehmenseinheiten im Sinne des Kartellrechts und damit wohl auch des § 3 Nr. 29 TKG, aber konzernrechtlich miteinander verbunden sind. Die dargestellte Lesart könnte in einer solchen Konstellation dazu führen, etwa die beträchtliche Marktmacht eines konzernzugehörigen Mobilfunknetzbetreibers dem konzernzugehörigen Festnetzbetreiber zuzurechnen – und umgekehrt.

c) Grenzen der Konzernklausel

Einer derartig weitreichenden Konsequenz der Konzernklausel des § 3 Nr. 29 TKG steht allerdings die gesetzliche Systematik der Vorschriften über die Marktregulierung entgegen: Würde die Marktmacht eines Unternehmens auf einem potentiell regulierungsbedürftigen Markt allen konzernverbundenen Unternehmen zugerechnet, wären diese ebenfalls als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt anzusehen. Nach Art. 16 Abs. 4 RRL und § 9 Abs. 2 TKG müsste ihnen daher zumindest eine regulatorische Verpflichtung auf diesem Markt auferlegt werden.⁴⁵ Das ist aber nicht möglich, wenn das konzernverbundene Unternehmen auf diesem Markt überhaupt nicht tätig ist, was üblicherweise der Fall sein wird. Im Anwendungsbereich der Marktregulierung kann die Konzernverbundsklausel des § 3 Nr. 29 TKG daher nicht zu einer beliebigen Vervielfältigung der potentiellen Regulierungsadressaten führen. Abzustellen ist vielmehr einzig auf das konkrete Unternehmen im Sinne eines funktionalen Unternehmensbegriffs. Letztlich entspricht das auch dem ernst genommenen Wortlaut des Gesetzes. Nach § 3 Nr. 29 TKG ist bzw. sind „Unternehmen“ nämlich „das Unternehmen selbst *oder* mit ihm ... verbundene Unternehmen“, nicht aber das Unternehmen selbst *und* mit ihm verbundene Unternehmen. Es kann also nur von beträchtlicher Marktmacht des Betreibers *oder* von einer solchen Marktmacht mit ihm verbundener Unternehmen ausgegangen werden. Wenn der Betreiber selbst die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 S. 3 TKG erfüllt, dürfte eine Alternativzurechnung gegenüber mit ihm verbundenen Unternehmen dann regelmäßig ausscheiden.

d) Bisherige Praxis der *RegTP*

In der Praxis hat die *RegTP* bislang zum Teil den Netzbetreiber selbst als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert. Dies betrifft etwa den Bereich der Mobilfunkterminierung, wo sie dem Entwurf zufolge u.a. die *T-Mobile Deutschland GmbH*, eine gesellschaftsrechtlich eigenständige Tochtergesellschaft der *DTAG*, als Unternehmen mit beträchtlicher Markt-

⁴³ Demgegenüber ergab sich aus § 3 Nr. 2 TKG 1996 noch, dass es sich bei dem Betreiber eines Netzes um denjenigen handelte, der die rechtliche und tatsächliche Kontrolle, die sog. Funktionsherrschaft, über die Gesamtheit der Funktionen ausübte, die zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten über Telekommunikationsnetze unabdingbar zur Verfügung gestellt werden müssen.

⁴⁴ Nach § 3 Nr. 27 TKG handelt es sich dabei um „die Gesamtheit von Übertragungssystemen und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweg-einrichtungen sowie anderweitigen Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische und andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen“; außerdem enthält die Legaldefinition noch einige konkrete Beispiele für solche Netze.

⁴⁵ *Groebell/Seifert* in Berliner Kommentar zum TKG (im Erscheinen), § 30 Rz. 23; *Heun*, CR 2004, 893 (900); vgl. auch *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 13 m.w.N.

Legitimation durch Regulierungsverfahren?

macht nennt. Es betrifft aber auch den Bereich des TAL-Zugangs, in dem die (gesellschaftsrechtlich unselbständige, aber funktional möglicherweise abgrenzbare) Geschäftseinheit *T-Com* der *DTAG* als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert wird. Zum Teil hat die *RegTP* aber auch die Muttergesellschaft selbst als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht benannt. Dies betrifft insb. die Märkte für Zuführungs-, Terminierungs- und Transitleistungen im öffentlichen Festtelefonnetz, in denen die *RegTP* die *DTAG* selbst als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht identifiziert hat. Freilich ist die Unternehmensidentifizierung von der Verfügungsadressierung streng zu unterscheiden; der Verwaltungsakt ist an den Rechtsträger des Unternehmens zu adressieren.⁴⁶ Danach ist eine Regulierungsverfügung, welche die *T-Com* als funktionales Unternehmen betrifft, stets an deren Rechtsträger, die *DTAG*, zu adressieren.

2. Bezugnahme auf einen anderen Markt

Ähnliche Probleme ergeben sich auch dann, wenn das Gesetz selbst auf Marktmacht außerhalb des jeweils untersuchten Marktes Bezug nimmt. Diese Frage spielt beispielsweise bei der Entscheidung eine Rolle, ob die Entgelte eines regulierten Betreibers für Leistungen im Rahmen der ihm auferlegten Zugangsverpflichtungen ausnahmsweise nur einer nachträglichen Kontrolle gem. § 38 TKG unterstellt werden können. Eine Voraussetzung hierfür ist nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG, dass „der Betreiber nicht gleichzeitig auch auf dem Markt für Endkundenleistungen, auf dem der Betreiber tätig ist, über beträchtliche Marktmacht verfügt“. Ähnliche Bezugnahmen finden sich auch in anderen Vorschriften, namentlich in § 40 Abs. 2 S. 2 TKG hinsichtlich der Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl in Mobilfunknetzen sowie in § 47 Abs. 4 S. 2 TKG mit Blick auf das Bereitstellen von Teilnehmerdaten.

46 Zu dieser Problematik allgemein auch *Koenig/Ritter*, EuZW 2004, 487 (487 f.); *Weiß* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl. 2002, Art. 81 EG-Vertrag Rz. 33; sowie zum Unternehmensbegriff *Hinrichs*, FS Celsen, 2001, S. 79, 83 f.

47 Kommission, 9. Umsetzungsbericht, KOM (2003) 715 endg., S. 37; *Heun*, CR 2003, 485 (492); *Klotz*, MMR 2003, 495 (498 f.); *Klotz*, TKMR-Tagungsband 2004, S. 5, 6.

48 *Heun*, CR 2003, 485 (492).

49 *Groebell/Seifert* in *Berliner Kommentar zum TKG* (im Erscheinen), § 30 Rz. 25; in der Sache auch *Brodkorb* in *Berliner Kommentar zum TKG* (im Erscheinen), § 40 Rz. 34.

50 Ebenfalls heftig umstritten ist jedoch die auch hier relevante Grundsatzfrage, ob bzw. inwieweit es den Mitgliedstaaten gestattet ist, das regulierungsbehördliche Ermessen gesetzlich vorzustrukturieren, vgl. hierzu Kommission, 9. Umsetzungsbericht, KOM (2003) 715 endg., S. 35, einerseits, *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003; *Koenig/Loetz/Neumann*, K&R-Beilage 2/2003, 1, andererseits.

51 So auch *Kirchner*, MMR 12/2003, S. V, VI; *Korehnke*, TKMR-Tagungsband 2004, S. 17, 19 f., allerdings jeweils unter besonderer Betonung des nur für § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 TKG relevanten Art. 13 Abs. 1 ZRL.

52 So wohl auch *Groebell/Seifert* in *Berliner Kommentar zum TKG* (im Erscheinen), § 30 Rz. 25.

53 Fraglich könnte lediglich sein, ob auch die im Rahmen der Marktanalyse gebotene Modifizierung der wettbewerbsrechtlichen Grundsätze an die Besonderheiten einer Ex-ante-Regulierung – vgl. Kommission, Marktanalyseleitlinien, ABl. EG 2002 Nr. C 165, 6, Ziff. 70; *Koenig/Loetz/Neumann*, Telekommunikationsrecht, 2004, S. 120 – vorzunehmen ist. Jedenfalls hinsichtlich § 47 Abs. 4 S. 2 TKG ließe sich das evtl. verneinen, wenn man davon ausgehen wollte, dass dort auf einen Markt für Teilnehmerdaten- und -dienstleistungen/-produkte Bezug genommen wird, vgl. hierzu *Voß* in *Berliner Kommentar zum TKG* (im Erscheinen), § 47 Rz. 39 ff.

54 So wohl auch *Voß* in *Berliner Kommentar zum TKG* (im Erscheinen), § 47 Rz. 38, allerdings in darüber hinausgehender Bezugnahme auf § 10 TKG.

a) Zulässigkeit derartiger Kriterien

Fraglich ist hier zunächst, ob derartige Kriterien überhaupt zulässig sind. Hiergegen wurden verschiedentlich gemeinschaftsrechtliche Bedenken geltend gemacht.⁴⁷ Insbesondere wurde ein Verstoß gegen Art. 16 RRL gerügt, da die Entscheidung über die Auferlegung sektorspezifischer Vorabverpflichtungen nur von den wettbewerblichen Verhältnissen auf dem regulierten Markt selbst abhängig gemacht werden dürfe.⁴⁸ Die Bezugnahme auf die wettbewerblichen Verhältnisse auf einem anderen als dem regulierten Markt dient hier allerdings gerade nicht der von Art. 16 RRL geregelten Entscheidung über das „Ob“ sektorspezifischer Regulierung. Vielmehr wird durch sie lediglich die Auswahl des Regulierungsinstrumentes auf einem zu regulierenden Markt gesteuert,⁴⁹ also die Entscheidung über das „Wie“ der sektorspezifischen Regulierung. Die Bezugnahme auf einen anderen Markt ist demzufolge insoweit⁵⁰ gemeinschaftsrechtlich unbedenklich.⁵¹

b) Ermittlung beträchtlicher Marktmacht im „anderen Markt“

Fraglich ist aber auch, wie festzustellen ist, ob der Betreiber auf dem in Bezug genommenen anderen Markt, im Beispiel des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 TKG also auf dem Endkundenmarkt, über beträchtliche Marktmacht verfügt. Denkbar wäre, dass hierfür

- ▷ ein Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren durchgeführt worden sein muss,
- ▷ die beträchtliche Marktmacht zumindest im Rahmen eines eigenen Marktanalyseverfahrens nach § 11 TKG festgestellt werden muss oder
- ▷ die *RegTP* die beträchtliche Marktmacht inzident bei der Entscheidung über die Auferlegung von Vorabverpflichtungen untersuchen kann.

Bei welcher dieser drei Alternativen es sich um diejenige handelt, die den gesetzlichen Vorgaben entspricht, ergibt sich aus den Funktionen, die das Marktanalyseverfahren und die Bezugnahme auf einen anderen Markt erfüllen. Diese Bezugnahme dient einzig der Auswahl der Regulierungsinstrumente, die auf einem regulierungsbedürftigen Markt zur Anwendung gelangen. Das Marktanalyseverfahren dient demgegenüber der Feststellung, ob ein potentiell regulierungsbedürftiger Markt tatsächlich regulierungsbedürftig ist, weil auf Grund beträchtlicher Marktmacht eines Unternehmens kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Es ist verfahrensmäßig auf diese grundlegende Feststellung zugeschnitten. Die Durchführung eines solchen Verfahrens mit Blick auf einen Markt, dessen Regulierung nicht in Rede steht, ergibt keinen Sinn. Ein förmliches Marktanalyseverfahren nach § 11 TKG ist somit keine Voraussetzung dafür, das Bestehen oder Fehlen beträchtlicher Marktmacht auf einem anderen Markt feststellen zu können.⁵²

Ist der in Bezug genommene Markt nicht potentiell regulierungsbedürftig, kann das Bestehen beträchtlicher Marktmacht deshalb implizit im Rahmen der Instrumentenauswahl untersucht werden. Auf Grund der Verwendung der in § 3 Nr. 4 TKG enthaltenen Legaldefinition und des dortigen Verweises werden dabei jedoch die materiellen Maßstäbe, die in § 11 Abs. 1 S. 3–5 TKG in Anlehnung an das allgemeine EG-Wettbewerbsrecht abgebildet sind, zumindest grundsätzlich⁵³ zugrunde zu legen sein.⁵⁴ Ist der in Bezug genommene Markt hingegen selbst potentiell regulierungsbedürftig, erfolgt ohnehin eine Marktanalyse nach § 11 TKG. Deren Ergebnis ist dann auch zu-

Telekommunikationsrecht

grunde zu legen, wenn es bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente auf einem anderen regulierungsbedürftigen Markt auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht auf diesem in Bezug genommenen Markt ankommt.⁵⁵

V. Fazit

Die bisherige Praxis bestätigt die fundamentale Bedeutung der neuen Regulierungsverfahren für die Telekommunikationsregulierung. Die Aufhebung sektorspezifischer Verpflichtungen, die vor In-Kraft-Treten des neuen TKG bestanden, setzt jedoch entgegen der Auffassung der *Kommission* keine Marktanalyse voraus, wenn sich der betreffende Markt als nicht potentiell regulierungsbedürftig erwiesen hat. Als Hauptproblem des Verfahrens der Marktregulierung hat sich in der Praxis bislang ~~seine Komplexität erwiesen, die insb. zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen im Regulierungsprozess geführt hat.~~ Darüber hinaus kann die divergierende Zuständigkeitszuweisung für Marktdefinition und -analyse an die Präsidentenkammer und für die konkrete Regulierungsentscheidung an die anderen Beschlusskammern der *RegTP* in der Praxis zu weiteren verfahrensmäßigen Ineffizienzen und darüber hinaus auch zu sachlichen Inkonsistenzen führen.

Die Anwendungspraxis hat überdies einige weitreichende Fragen zur Auslegung des TKG aufgeworfen. Deren Beantwortung macht es in der Regel erforderlich, sich auf den grundlegenden Regelungsmechanismus der Marktregulierung und deren Funktion zu stützen. Danach führt die Konzernverbundsklausel des § 3 Nr. 29 TKG nicht dazu, dass ein Unternehmen nur deshalb regulatorischen Verpflichtungen unterworfen werden kann, weil es mit einem Netzbetreiber verbunden ist, der auf einem potentiell regulierungsbedürftigen Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt. Bezieht sich das Gesetz auf das Bestehen beträchtlicher Marktmacht auf einem anderen als dem regulierten Markt, um auf diese Weise die Auswahl des Regulierungsinstruments zu steuern, so ist dies gemeinschaftsrechtlich zulässig. Ist dieser andere Markt, also z.B. ein nachgelagerter Endkundenmarkt, selbst nicht potentiell regulierungsbedürftig, ist das Bestehen beträchtlicher Marktmacht außerhalb eines Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens zu überprüfen.

⁵⁵ Insgesamt entsprechend der hier vertretenen Lösung zu einer ähnlichen Bezugnahme in § 21 Abs. 1 S. 1 TKG *Thomaschki* in Berliner Kommentar zum TKG (im Erscheinen), § 21 Rz. 31.