



## Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Telekommunikationsrecht\*

Der Beitrag zeigt die gemeinschaftsrechtlichen Grenzen und Möglichkeiten für die Regulierung neuer Märkte auf und untersucht insbesondere, in welcher Form der Bundesgesetzgeber die im Koalitionsvertrag vorgesehene Regulierungsfreistellung für neue Märkte gemeinschaftskonform umsetzen kann.

### I. Einleitung

Hintergrund der aktuellen Diskussion über eine Regulierungsfreistellung für neue Märkte ist das angekündigte Vorhaben der Deutschen Telekom AG, mittels technischer Veränderung der Netztopologie in ihrem Anschlussnetz Bandbreiten bis zu 50 Mbit/s am Endkunden-DSL-Anschluss durch Einsatz von VDSL-Technologie unter der Bedingung einer Regulierungsfreistellung bereitstellen zu wollen und damit Investitionen in Höhe von 3 Milliarden Euro zu tätigen.

Dem Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD<sup>1</sup> ist folgende Aussage zur Regulierung innovativer Netze zu entnehmen: „Die Koalitionsparteien werden zur Sicherung der Zukunft des Industrie- und Forschungsstandorts Deutschland Anreize für den Aufbau bzw. Ausbau moderner und breitbandiger Telekommunikationsnetze schaffen. Dazu sind die durch entsprechende Investitionen entstehenden neuen Märkte für einen gewissen Zeitraum von Regulierungseingriffen freizustellen, um für den Investor die notwendige Planungssicherheit herzustellen. Eine gesetzliche Absicherung ist in die zu verabschiedende Novelle des Telekommunikationsgesetzes aufzunehmen.“

Dementsprechend soll nach dem aktuellen Änderungsvorschlag zum Telekommunikationsgesetz vom 30. 1. 2006<sup>2</sup> folgender § 9a TKG in Bezug auf die Behandlung neuer Märkte eingefügt werden: „Die Einbeziehung neuer Märkte in die Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils soll in der Regel nur erfolgen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit nach § 10 TKG und der Auferlegung von Maßnahmen nach diesem Teil hat die Bundesnetzagentur die Verhältnismäßigkeit der Festlegungen unter besonderer Berücksichtigung der Ziele, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen, zu berücksichtigen.“

Damit hat sich das BMWi gegen einen absoluten Regulierungsverzicht entschieden und für die Bundesnetzagentur ermessensleitende Vorgaben zur Behandlung neuer Märkte vorgesehen.<sup>3</sup> Sowohl die Einbeziehung des Mark-

tes in die sektorspezifische Regulierung als auch die Entscheidung, welche Verpflichtungen gegebenenfalls aufzuerlegen sind, bedürfen demnach einer besonderen Rechtfertigung, wobei im Grundsatz gilt, dass neue Märkte nicht der Regulierung unterfallen sollen. Erwartungsgemäß ist der Entwurf auf Kritik der EG-Kommission<sup>4</sup> sowie einiger Telekommunikationsanbieter<sup>5</sup> gestoßen, die darin eine reine Regulierungsfreistellung für den VDSL-Markt sehen und eine erneute Monopolisierung befürchten.

Die nachfolgende Untersuchung wird aufzeigen, dass der Referentenentwurf sich durchaus in das durch den EG-Rechtsrahmen vorgegebene Konzept einfügt und sogar durch diesen weitere Ansätze auf Richtlinienenebene vorgegeben sind, die auch eine noch weiter reichende Implementierung von Vorgaben zulassen würden. Im Folgenden gilt es daher festzustellen, welche Möglichkeiten sich dem Bundesgesetzgeber vor dem Hintergrund des geltenden EG-Rechtsrahmens eröffnen, eine uneingeschränkte oder bedingte Regulierungsfreistellung für neue Märkte bzw. neu entstehende Märkte festzuschreiben.

### II. Normative Anknüpfungspunkte des EG-Rechtsrahmens zur Behandlung neuer Märkte

Der deutsche Gesetzgeber hat bei Implementierung einer neuen Vorschrift in das TKG stets den EG-Rechtsrahmen im Bereich der Telekommunikation zu beachten, da ihm

\* Bei dem Beitrag handelt es sich um einen gestrafften Teil eines von den Verfassern im Auftrag der Deutschen Telekom AG erstellten Rechtsgutachtens.

1 Abrufbar unter [http://www.cdu.de/doc/pdf/05\\_11\\_11\\_Koalitionsvertrag.pdf](http://www.cdu.de/doc/pdf/05_11_11_Koalitionsvertrag.pdf).

2 Abrufbar unter <http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Pdf/Gesetz/TKG-Aend-2006,property=pdf,bereich=sprache=de,rwb=true.pdf>.

3 Um den Begriff des „neuen Marktes“ zu präzisieren und die regulatorische Behandlung dessen zu erörtern, hat die Bundesnetzagentur in ihrem Amtsblatt vom 22. 2. 2006 einen Fragenkatalog veröffentlicht, der sich an alle Marktteilnehmer und interessierten Kreise richtet. Vgl. Mitteilung Nr. 79/2006, Amtsblatt der Bundesnetzagentur 04/2006 v. 22. 2. 2006, S. 703, im Internet abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/5105.pdf>.

4 Dazu beispielsweise Artikel des Handelsblatt v. 21. 2. 2006, abrufbar unter <http://www.handelsblatt.com/pshb?fn=tt&sf=go&id=1194936>.

5 Vgl. z. B. Stellungnahme des VATM, abrufbar unter <http://www.vatm.de/content/stellungnahmen/inhalt/01-03-2006b.pdf>.

durch diesen gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsverpflichtungen auferlegt wurden. Verstößt er gegen diese, droht der Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG.<sup>6</sup>

Aufgrund des mehrstufigen Verfahrensablaufes von Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren bis hin zur konkreten Auferlegung einer Vorabregulierungsmaßnahme kommen unterschiedliche Ansatzpunkte für eine mögliche Regulierungsfreistellung für neue Märkte in Betracht. Insofern wird nachfolgend zwischen den Vorgaben der Art. 8 bis 13 Zugangsrichtlinie bezüglich der Auferlegung von Vorabregulierungsmaßnahmen einerseits und den Vorgaben für die Umsetzung von Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach Art. 15 und 16 Rahmenrichtlinie andererseits differenziert, um die bestehenden europarechtlichen Vorgaben sowie die daraus resultierenden Umsetzungsspielräume an sämtlichen in Betracht kommenden Ansatzpunkten für eine Regulierungsfreistellung bzw. Regulierungsherabstufung zu skizzieren.

### 1. Nationaler Umsetzungsspielraum innerhalb des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens

Anhand des Marktregulierungsverfahrens nach Art. 15 und 16 Rahmenrichtlinie bestimmt sich zunächst, ob ein Markt regulierungsbedürftig ist oder nicht. Im Anschluss daran richtet sich das *Wie* der Regulierung nach den ermittelten wettbewerblichen Problemen des Marktes und ist mittels der von der Zugangsrichtlinie zur Verfügung gestellten Instrumente zu bewerkstelligen.

Im Marktdefinitionsverfahren hat die Regulierungsbehörde die Entscheidung darüber zu treffen, welche sachlich und räumlich relevanten Märkte für eine Regulierung in Betracht kommen. Dass ein Markt definiert wurde, ist mithin die grundlegende Voraussetzung dafür, dass die Regulierungsbehörde überhaupt ihre Befugnisse der Marktregulierung auf einem bestimmten Markt ausüben darf.<sup>7</sup>

Das in den Art. 15 und 16 Rahmenrichtlinie vorgesehene Verfahren stellt nicht nur den Kernpunkt des neuen Rechtsrahmens dar, sondern die darin enthaltene verfahrensgeprägte Konstruktion setzt auch einer gesetzlichen Normierung Grenzen. Regulatorische Verpflichtungen dürfen nicht mehr gesetzesunmittelbar bestehen, sondern müssen für jeden Markt und jedes Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht von der Regulierungsbehörde im Einzelnen festgelegt werden können. Weitreichend ausgeschlossen ist damit, dass Verpflichtungen der Betreiber unabhängig von einer Auferlegung durch die Regulierungsbehörde begründet werden.<sup>8</sup> Mit dieser richtlinienrechtlich vorgesehenen Kompetenz des Regulierers, im Einzelfall, d. h. marktbezogen, problemangemessene Abhilfemaßnahmen treffen zu können, wäre ein gesetzesunmittelbarer Ausschluss der Auferlegung von Regulierungsmaßnahmen für einzelne Märkte i. S. d. Richtlinienrechts unvereinbar. Die Frage, ob ein Markt regulierungsbedürftig ist und ob aus diesem Grunde einem Betreiber eine angemessene und problemorientierte Verpflichtung auferlegt wird oder nicht, ist untrennbar mit dem vorgeschalteten Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren verbunden. Frühester Anknüpfungspunkt für eine möglichst umfangreiche Vorabfreistellung ist daher das Marktdefinitionsverfahren, in dem die Regulierungsbehörde in Einklang mit der Märkte-Empfehlung der Kom-

mission die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes verneinen kann.

Zwar enthalten die EG-rechtlichen Normen selbst keine Anhaltspunkte für die Beantwortung der Frage, ob und in welcher Weise neue Märkte reguliert werden sollen, dafür sind jedoch zahlreiche Hinweise in den Erwägungsgründen und Leitlinien zu diesen zu finden. Das Fehlen von Hinweisen auf die Behandlung neuer Märkte im Normtext der Richtlinien selbst darf allerdings nicht zu der Annahme verleiten, dass die folgenden, auf Erwägungsgründe und Leitlinien gestützten, Ausführungen zweitrangig oder unverbindlich wären. Es ist vielmehr zu betonen, dass die materiellen Kriterien der Marktregulierung fast vollständig (mit Ausnahme insbesondere der abstrakten Rahmenvorgaben des Art. 14 Rahmenrichtlinie) in der Märkte-Empfehlung und den Leitlinien zur Marktanalyse niedergelegt sind. Über Art. 15 Abs. 3 S. 1 Rahmenrichtlinie werden Empfehlung und Leitlinien für den Richtlinienadressaten unmittelbar einbezogen, indem es darin heißt, dass die nationalen Regulierungsbehörden „unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien“ die relevanten Märkte festlegen. Die nachfolgend zu betrachtenden Hinweise zur normativen Verankerung neuer Märkte in Empfehlung und Leitlinien gehen auf Grund dieser Bezugnahme in Art. 15 der Rahmenrichtlinie über den Bedeutungsgehalt und die rechtliche Bindungswirkung von normalen Empfehlungen i. S. d. Art. 249 EG und Leitlinien hinaus.<sup>9</sup> Praktisch jedenfalls geht die Steuerungsfunktion von Empfehlung und Leitlinien für die Durchführung des Marktregulierungsverfahrens durch die nationalen Regulierungsbehörden sogar weit über die nur rudimentären Vorgaben des Richtlinienrechts hinaus.

#### a) Erwägungsgrund 15 der Märkte-Empfehlung

Erwägungsgrund 15 der Märkte-Empfehlung enthält einen zwingend zu beachtenden Hinweis betreffend einer Ausnahme von der herkömmlichen Regulierung. Danach „kommen neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von ‚Vorreitervorteilen‘ besteht, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht.“ Mithin eröffnet der EG-Rechtsrahmen selbst eine Freistellung für die Vorabregulierung neuer Märkte, verfahrenstechnisch jedoch nicht unabhängig vom Marktregulierungsverfahren. Nur auf den ersten Blick könnte danach ein Grundsatz postuliert werden, der besagen soll, dass unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen für eine Vorabregulierung bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzung „neuer und sich abzeichnender Markt“ sowie

6 Derzeit sind allein gegen die Bundesrepublik Deutschland 8 Vertragsverletzungsverfahren wegen mangelnder Umsetzung des EG-Rechtsrahmens für Telekommunikationsnetze und -dienste eingeleitet, vgl. die Übersicht auf der Webseite der Kommission, abrufbar unter [http://euro.pa.eu.int/information\\_society/policy/ecom/implementation\\_enforcement/index\\_en.htm](http://euro.pa.eu.int/information_society/policy/ecom/implementation_enforcement/index_en.htm).

7 In Umsetzung dessen sieht § 9 TKG eine Beschränkung der Instrumente der Marktregulierung auf definierte Märkte ausdrücklich vor.

8 Vgl. dazu *Capito/Elspaß*, K&R 2003, 110, 112 f.; *Koenig/Braun*, K&R-Beilage 2/2002, 1, 26 f.; *Koenig/Koch*, MMR 2002, 439, 439 f.

9 Diese Feststellung ist insbesondere vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu sehen, wonach nationale Stellen gehalten sind, auch Empfehlungen außerordentlich sorgfältige Beachtung zu schenken und ihnen zu folgen, wenn sie nationales Recht, welches Gemeinschaftsrecht umsetzt, auslegen. Vgl. EuGH, Slg. 1989, 4407, Rz. 18. Demzufolge wäre eine materielle Verbindlichkeit von Empfehlungen trotz der Vorschrift des Art. 249 Abs. 5 EG zumindest nicht auszuschließen. Vgl. dazu *Bartosch*, EuZW 2002, 389, 392.

„Marktmacht aufgrund von Vorreitervorteilen“ stets eine Vorabregulierung ausscheidet. Vielmehr ist der Erwägungsgrund dahingehend auszulegen, dass bereits im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens eine Vorabregulierung von neuen und sich abzeichnenden Märkten ausscheiden kann bzw., wie die dortige Regelung inhaltlich klarstellt, regelmäßig ausscheiden wird. Eine Normierung, die den Ausschluss eines neuen Marktes von der Überprüfung im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens in der Form bezweckt, dass eine Feststellung unabhängig vom üblichen Verfahren getroffen wird, würde gegen das Gesamtkonzept der Marktregulierung verstoßen.<sup>10</sup>

Mit Erwägungsgrund 15 Satz 2 der Märkte-Empfehlung erkennt die Kommission mithin für das Marktdefinitionsverfahren an, dass neue Märkte grundsätzlich nicht zu regulieren sind, soweit sich etwaige wettbewerbliche Probleme nur aus der Vorreiterrolle des diesen Markt erschließenden Unternehmens ergeben. Gleiches gilt auch für erst in Entstehung befindliche Märkte, wobei sich bei diesen bereits die logisch vorgelagerte Frage stellt, wie ein erst in Entstehung befindlicher Markt, also noch nicht konturierter und damit nicht sicher abgrenzbarer Markt überhaupt definiert werden könnte: Materielle Fragen der Regulierungsbedürftigkeit gehen an dieser Stelle fließend in formelle Fragen der Definierbarkeit über. Dabei ist es offensichtlich ergebnisrelevant, ob mangelnde Information über den entstehenden Markt oder die mangelnde Stabilität der Marktverhältnisse die sichere Prüfung der für die Definition maßgeblichen Kriterien (§ 10 Abs. 2 TKG, Erwägungsgrund 9 der Märkte-Empfehlung) unmöglich macht.<sup>11</sup> Als besonders problematisch dürften sich dabei die i.S.d. Drei-Kriterien-Tests der Märkte-Empfehlung erforderliche Prognose über die Insuffizienz des allgemeinen Wettbewerbsrechts und die langfristige Tendenz zu wirksamem Wettbewerb erweisen.

#### b) Begründung zur Märkte-Empfehlung

Auch in der Begründung zur Märkte-Empfehlung ist ein ausdrücklicher Hinweis zu finden, wonach neue Märkte zwar unabhängig von bestehenden Märkten betrachtet werden sollen, aber stets einem Analyseverfahren unterzogen werden müssen. Darin heißt es: „Im Laufe der Zeit werden Investitionen vorgenommen, um neue Netze und Infrastrukturen zu entwickeln und vorhandene auszubauen und zu verändern (z. B. mit Hilfe von Glasfaser- oder Drahtlostechnologien im Anschlussnetz). Wenn einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine Verpflichtung in Bezug auf eine bestimmte Infrastruktur (z. B. Metall-Teilnehmeranschlüsse) auferlegt wird, bedeutet dies nicht, dass es einer gleichartigen Verpflichtung unterliegt, wenn es seine Netze und Infrastruktur ausbaut, z. B. um neue Dienste anzubieten (oder anbieten zu können). Werden neuartige Infrastrukturtypen zur Bereitstellung vorhandener Dienste verwendet, setzt jegliche Regulierung (der neuen Infrastrukturen) eine erneute Marktanalyse voraus. Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und Unterstützung der Innovation sind erklärte Ziele der Regulierungsbehörden.“<sup>12</sup>

Auch danach ist die Durchführung einer Marktuntersuchung grundlegende Voraussetzung für die Beantwortung der Frage, ob in diesen Fällen reguliert werden soll oder nicht.

#### c) Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie i. V. m. Nr. 32 der Leitlinien

In Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie heißt es: „In diesen Leitlinien ist auch die Frage neu entstehender Märkte zu behandeln, auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, ohne dass ihm jedoch unangemessene Verpflichtungen auferlegt werden sollten.“ Damit stellen die Leitlinien ebenfalls auf die Herabstufung von Regulierungsintensität, jedoch innerhalb des vorgegebenen Verfahrens ab.

Durch Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie wird eine Behandlung neuer Märkte innerhalb des Verfahrens der Marktanalyse eingefordert, welche die Auferlegung von unangemessenen Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf neuen Märkten ausschließt. Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie bezieht sich dabei ausdrücklich auf die Auferlegung von Vorabverpflichtungen. Damit bezieht sich diese Erwägung auf eine zeitlich der Marktdefinition und -analyse bereits nachgelagerte Stufe. Die Aussage dieses Erwägungsgrundes ist mithin so zu verstehen, dass die Besonderheiten neuer Märkte nicht nur bei der Entscheidung über das „Ob“ der Regulierung innerhalb der Marktdefinition zu berücksichtigen sind, sondern ebenfalls bei der Marktanalyse und der sich hieraus ergebenden Auswahl der Vorabverpflichtungen. Hervorzuheben ist hierbei, dass bereits auf der Ebene der Richtlinienerwägungen die regelmäßig zu erwartende Dominanz eines Unternehmens auf einem neuen Markt entsprechend berücksichtigt wird.

An Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie schließt in diesem Sinne insbesondere die Ziffer 32 der Leitlinien an, welche die bei der Marktanalyse auf jeden Fall beachtlichen Kriterien nennt, nämlich einerseits die unverhältnismäßigen Auswirkungen verfrühter Ex-ante-Regulierung auf solche Märkten und andererseits die drohende Vermachtung dieser Märkte bei ausbleibender Regulierung. Ausdrücklich gehen die Leitlinien an dieser Stelle daher davon aus, dass eine Ex-ante-Regulierung solcher Märkte einer besonderen Begründung bedarf, die insbesondere auch zu berücksichtigen hat, dass Einzelfallinterventionen durch die Wettbewerbsbehörden stets möglich sind und dass ein sektorspezifisches Einschreiten im Rahmen der regelmäßigen Neubewertungen des Marktes möglich bleibt. Die Leitlinien gehen damit in zweifacher Hinsicht deutlich von einer materiellen und zeitlichen Subsidiarität der Ex-ante-Regulierung von neuen Märkten aus.

#### d) Fußnote 92 der Leitlinien

Ein weiterer bemerkenswerter Hinweis auf die Besonderheiten neuer Märkte findet sich in Fußnote 92 der Leit-

<sup>10</sup> Vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen“, S. 108, die betont, dass die Frage, ob ein Markt reguliert wird oder nicht nach geltendem Recht von dem Ergebnis der Marktanalyse abhängt. Ein Ausbrechen aus dem Schema des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens hält auch die Monopolkommission weder für möglich noch für angezeigt.

<sup>11</sup> *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 523, ziehen als Kriterien für die Bestimmung neuer Märkte den relativen Grad der Marktdurchdringung und die Wachstumserwartungen beim betreffenden Dienst in Erwägung.

<sup>12</sup> Begründung der Kommission zur Empfehlung 2003/311/EG, abrufbar unter [http://europa.eu.int/information\\_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/explanmemode.pdf](http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/explanmemode.pdf).

linien, wodurch die Ausführungen zur Übertragung von Marktmacht auf Nachbarmärkte (Ziffer 85) ergänzt werden: Demnach sollte „Art. 14 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie nicht in Bezug auf Marktmacht angewandt werden, die von einem ‚regulierten‘ Markt auf einen neu entstehenden ‚nicht regulierten‘ Markt übertragen wird“.

Die nach Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie ausdrücklich vorgesehene Berücksichtigung solcher Marktmachtübertragungen soll nach dieser Erläuterung im Verhältnis zwischen regulierten Märkten und nicht regulierten neuen Märkten gerade nicht in Betracht kommen, da eine solche Marktmachtübertragung stets der Missbrauchskontrolle nach Art. 82 EG unterfallen würde, so dass sich hieraus kein besonderes Potential zur Verhinderung von wirksamem Wettbewerb ergeben sollte.

### e) Folgerungen für die legislative Umsetzung

Folglich enthält der EG-Rechtsrahmen detaillierte Vorgaben zur regulatorischen Behandlung neuer Märkte. Diese reichen von der Konkretisierung, wann ein neuer Markt nicht reguliert werden soll, bis hin zur Vorgabe, unter welchen Aspekten eine Regulierung erfolgen soll und dass dabei erhöhter Begründungsbedarf seitens der Regulierungsbehörde besteht. Eine definitorische Bestimmung des Begriffs neuer Markt oder neu entstehender Markt findet sich im EG-Richtlinienrecht hingegen nicht. Auch aus der Entscheidungspraxis der Kommission lässt sich eine generell-abstrakte Definition nicht gewinnen. Es ist jedoch sowohl für die Vorhersehbarkeit als auch für die Nachvollziehbarkeit regulatorischen Handelns von erheblicher Bedeutung, dass diese Begrifflichkeiten näher definiert werden, um die Voraussetzungen des Eintritts der daran anknüpfenden regulatorischen Folgen absehen zu können.

Im Hinblick auf die legislative Umsetzung der aufgezeigten Vorgaben ist nun zu beachten, dass Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie nach dem Wortlaut zwar zunächst eine Verfahrensanweisung an die nationalen Regulierungsbehörden darstellt. Dieser erste Eindruck darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass Adressat einer Umsetzungsverpflichtung von Richtlinienrecht stets die Mitgliedstaaten sind. Art. 15 Abs. 3 beschreibt mithin einen Zustand, den die Mitgliedstaaten als Folge der Richtlinienumsetzung sicherzustellen haben. Grundsätzlich schaffen erst die durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber geschaffenen Umsetzungsakte Kompetenzen, nicht hingegen eine Richtlinie selbst.<sup>13</sup> Für die konkrete Gestaltung des Marktregulierungsverfahrens bedeutet dies, dass der nationale Gesetzgeber im Sinne des Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie dafür zu sorgen hat, dass ein Zustand geschaffen wird, der es der nationalen Regulierungsbehörde ermöglicht, unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten festzulegen.

Für eine ausdrückliche gesetzliche Vorstrukturierung der regulierungsbehördlichen Entscheidungen spricht sodann eine weitere primärrechtliche Überlegung: Aus den in Art. 10 Abs. 1, Art. 249 Abs. 3 EG verankerten Anforderungen an die Umsetzung von Richtlinien ergibt sich das Erfordernis der Rechtssicherheit<sup>14</sup>, das besagt, dass die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien eine so bestimmte, klare und transparente Lage schaffen müs-

sen, dass der Einzelne seine Rechte und Pflichten in vollem Umfang erkennen und sich vor nationalen Gerichten darauf berufen kann<sup>15</sup>. Diese Anforderungen sind vergleichbar mit den Voraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht aus dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot ableitet.<sup>16</sup> Diese Verpflichtung ist damit wesentlich weit reichender als (nur) die Verpflichtung, das nationale Recht mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang zu bringen.<sup>17</sup> Verstärkend tritt hinzu, dass die Schaffung von Rechtssicherheit eines der zentralen Ziele der Neuordnung des neuen Rechtsrahmens für den Bereich der elektronischen Kommunikation war.<sup>18</sup> Damit ist der nationale Gesetzgeber nicht gehindert, eine der Märkte-Empfehlung entsprechende Ausgestaltung des Marktdefinitionsverfahrens vorzunehmen. Vielmehr erschien auch bereits vor der politischen Willensbekundung durch den Koalitionsvertrag eine gesetzliche Normierung wegen der aufgezeigten Vorgaben innerhalb des EG-Rechtsrahmens geradezu geboten.<sup>19</sup>

## 2. Möglichkeit der legislativen Vorstrukturierung im Rahmen der Vorabverpflichtungen nach Art. 8ff. der Zugangsrichtlinie

Als weiterer Ansatzpunkt kommt der Abbau der Regulierungsintensität auf der Ebene des „Wie“ der Regulierung, also im Rahmen der Instrumentenauswahl in Betracht. Greifen die oben dargestellten Steuerungskonzepte nicht, könnte der Gesetzgeber zusätzlich Einfluss auf die Vorabregulierung durch eine legislative Vorstrukturierung im Rahmen der Vorabverpflichtungen nach Art. 8ff. der Zugangsrichtlinie nehmen. Aus einer Auslegung der richtlinienrechtlichen Vorschriften ergibt sich insoweit, dass der deutsche Gesetzgeber in diesem Rahmen nicht verpflichtet ist, die Richtlinienvorgaben in der Form umzusetzen, dass sämtliche Entscheidungsbefugnisse ohne Modifizierung bei der Regulierungsbehörde liegen (sog. administrative Lösung). Vielmehr ist es entgegen der Ansicht der Kommission<sup>20</sup> gemeinschaftsrechtlich zulässig, den Entscheidungsspielraum der Regulierungsbehörde

13 Vgl. EuGH, Slg. 1984, 1891, 1909, Rz. 26; Slg. 1989, 1839, 1870 f., Rz. 30f; *Classen*, EuZW 1993, 83; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, S. 248.

14 Vgl. *Schroeder*, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 249 EGV, Rdnr. 91.

15 So ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, vgl. EuGH, Slg. 1985, 1661, 1673, Rz. 23; Slg. 1995, I-1589, 1607, Rz. 10; Slg. 1999, I-5087, 5115, Rz. 32; Slg. 2001, I-541, 566, Rz. 22.

16 Vgl. BVerfG, NJW 2005, 1339: „Danach muss eine Norm in ihren Voraussetzungen und in ihrer Rechtssicherheit so formuliert sein, dass die von ihr Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können.“

17 EuGH, Slg. 2001, I-541, 566, Rz. 22.

18 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Kommunikationsbericht 1999, S. 16.

19 In den Gesetzgebungsmaterialien findet sich immerhin sowohl in der Begründung des Referentenentwurfs als auch des späteren Kabinettsentwurfs des Gesetzes der Hinweis, dass neu entstehende Märkte erst dann einer Regulierung nach dem TKG unterfallen können, wenn ein Marktdefinitions- und -analyseverfahren durch die Regulierungsbehörde durchgeführt wurde. Vgl. Begründung zu § 12 des Referentenentwurfs, abrufbar unter [http://www.tkrecht.de/tkg\\_nouvelle/2003/material/Referentenentwurf\\_TKG\\_Stand\\_30-04-03.pdf](http://www.tkrecht.de/tkg_nouvelle/2003/material/Referentenentwurf_TKG_Stand_30-04-03.pdf), Begründung zu § 14 des Kabinettsentwurfs, abrufbar unter [http://www.tkrecht.de/tkg\\_nouvelle/2003/material/Kabinettsentwurf\\_TKG\\_Begruendung\\_2003-10-15.pdf](http://www.tkrecht.de/tkg_nouvelle/2003/material/Kabinettsentwurf_TKG_Begruendung_2003-10-15.pdf).

20 Die Ausgestaltung des behördlichen Ermessensspielraums im TKG ist derzeit Gegenstand eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland (Nr. 2004/2221). Nach Auffassung der Kommission in der Stellungnahme v. 12. 4. 2005 (C [2005] 1196) habe der deutsche Gesetzgeber bei der Richtlinienumsetzung das Ermessen der Regulierungsbehörde unzulässig beschränkt. Vgl. dazu *Koenig/Neumann/Senger*, Gesetzliche Ausgestaltung des regulierungsbehördlichen

gesetzlich vorzustrukturieren (sog. administrative Lösung mit legislativer Entscheidungsvorstrukturierung).<sup>21</sup>

Vorzugswürdig und gemeinschaftsrechtskonform erscheint im vorliegenden Zusammenhang eine administrative Lösung mit legislativer Entscheidungsvorstrukturierung.<sup>22</sup> Soll das der Regulierungsbehörde eingeräumte Auswahlermessen gesetzlich vorstrukturiert werden, ließe sich zu diesem Zweck eine bestimmte wettbewerbliche Problemlage tatbestandlich erfassen und mit der Auferlegung einer bestimmten Vorabverpflichtung verknüpfen. Rechtstechnisch geht es dabei um die Einräumung eines Dispensermessens oder eines so genannten intendierten Ermessens. Räumte man zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben der Regulierungsbehörde also ein solches Ermessen ein, würde die Regulierungsbehörde demnach grundsätzlich die gesetzliche Vorstrukturierung nachvollziehen, wäre aber rechtlich nicht daran gehindert, eine abweichende Entscheidung zu treffen<sup>23</sup> – beispielsweise wenn sich dies aufgrund neuer Marktentwicklungen oder mit Blick auf das Konsolidierungsverfahren nach Art. 7 Rahmenrichtlinie als geboten erweisen würde. Im Hinblick auf neue Marktentwicklungen ist damit gewährleistet, dass der Regulierungsbehörde in jeder auftretenden Wettbewerbssituation ein Regulierungsinstrument zur Verfügung steht, das den Vorgaben des Art. 8 Zugangsrichtlinie entspricht.

Was die konkrete Ausgestaltung einer möglichen legislativen Vorstrukturierung angeht, kann auf Nr. 32 der Leitlinien zurückgegriffen werden, denn darin finden sich bereits Vorgaben für eine entsprechende Abwägung.

### 3. Zusammenfassung

Der EG-Rechtsrahmen beinhaltet damit die Option, neu entstehende Märkte entweder gar nicht zum Gegenstand der Regulierung zu machen oder verbunden mit einer Begründungsaufgabe Gegenstand möglichst geringer Ex-ante-Regulierung zu sein. Ansatzpunkte für die Freistellung oder Herabstufung der Regulierungsintensität sind Marktdefinitionsverfahren, Marktanalyseverfahren und die Auferlegung von Vorabverpflichtungen. Nicht nur der Wortlaut, auch die systematische Stellung der entsprechenden EG-rechtlichen Vorgaben innerhalb der Märkte-Empfehlung, deren Begründung und der Leitlinien, lässt eine vom Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren unabhängige Regulierungsfreistellung im Sinne einer rein legislativen Lösung nicht zu. Eine solche Vorschrift würde im Ergebnis das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren de lege lata für solche Märkte obsolet machen.

Eine möglichst weit reichende Regulierungsfreistellung lässt sich einzig innerhalb des Marktdefinitionsverfahrens implementieren, eine Herabstufung der Regulierungsintensität auf der Stufe der Marktanalyse und der Auferlegung von Vorabverpflichtungen durch Konditionierung der Regulierungsinstrumente. Insofern steht der europäische Rechtsrahmen selbst einer möglichen legislativen Konditionierung nicht entgegen.

### III. Ergebnis: Verbleibender Handlungsspielraum des Gesetzgebers

Die Möglichkeiten, die sich dem deutschen Gesetzgeber eröffnen, um eine uneingeschränkte oder bedingte Frei-

stellung von Regulierungseingriffen für neue Märkte im Sinne des Koalitionsvertrages zu normieren, sind aufgrund des EG-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste zwar einerseits beschränkt, andererseits bieten sich jedoch, wie im Verlaufe der Untersuchung herausgearbeitet werden konnte, hinreichende Vorgaben, um eine Regelung für die regulatorische Behandlung neuer Märkte umsetzen zu können. Die EG-rechtlichen Vorgaben fordern eine teilweise Freistellung von neuen Märkten von Regulierungseingriffen auf zwei Ebenen:

Auf der Ebene der Entscheidung über das „Ob“ der Regulierung, im Schritt der Marktdefinition und Marktanalyse, also den ersten beiden Stufen des Marktregulierungsverfahrens, gehen bereits die Märkte-Empfehlung und die Leitlinien der Kommission davon aus, dass neue Märkte grundsätzlich nicht regulierungsbedürftig sind. Empfehlung und Leitlinien sind bereits heute im Rahmen der Marktdefinition von der Bundesnetzagentur zwingend zu berücksichtigen. Allerdings sollte das grundsätzliche Deregulierungspotential der Marktdefinition gerade im Hinblick auf neue Märkte deutlicher im TKG formuliert werden. Letztlich wird damit auch nochmals verdeutlicht, was sich aus der derzeitigen Kodifizierung des Marktdefinitionsverfahrens bereits implizit ergibt: Verfügt der Regulierer über keine hinreichenden Informationen über den infrage stehenden neuen Markt, so ist ihm die Durchführung des Marktdefinitionsverfahrens faktisch schlicht unmöglich. Gerade weil neue Märkte nur produktbezogen zu verstehen sind, muss auch eine auf die Produktsubstitution abstellende Marktdefinition scheitern, da die Produktinformationen zur Marktdefinition noch fehlen. Es bleibt damit zunächst bei der Feststellung der Regulierungsbehörde, dass ein neuer Markt – welcher grundsätzlich definitiv noch zu bestimmen wäre – vorliegt. Für einen solchen wäre die Regulierungsbedürftigkeit mangels Durchführbarkeit des Marktdefinitionsverfahrens so dann zu verneinen.

Bei der Ausgestaltung des „Wie“ einer etwaigen Regulierung, also bei der gesetzlichen Strukturierung des Handlungsspielraums der Regulierungsbehörde bei der Auswahl der Regulierungsinstrumente, besteht für den nationalen Gesetzgeber ein weiterer Umsetzungsspielraum. Innerhalb dessen kann er die Tätigkeit der Behörde durch ermessensleitende Vorschriften gestalten, solange hierdurch nicht deren Befugnis zur Auferlegung problemangemessener Regulierungsverpflichtungen i. S. d. Richtlinienrechts verkürzt wird. Insofern zeigt sich der Referentenentwurf zurückhaltend, denn nach EG-rechtlichen Vorgaben besteht auch hier die Möglichkeit einer weiteren Vorstrukturierung.

Ermessens im Telekommunikationsrecht, MMR 6/2006 (im Erscheinen); Schütz, MMR 7/2005, XIII.

- 21 Vgl. dazu ausführlich Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes – Eine Untersuchung zu den Umsetzungsspielräumen des EG-Richtlinienpakets auf dem Gebiet der Telekommunikation und ihrer verfassungsrechtlichen Begrenzung sowie zur Optimierung des Verwaltungs- und Rechtsbehelfsverfahrens, 2003, S. 45 ff.; dies., K&R Beilage 2/2003, S. 1–38; Koenig/Neumann/Senger (Fn. 20).
- 22 Vgl. zu den möglichen Umsetzungsalternativen und Begrifflichkeiten Koenig/Loetz/Neumann (Fn. 21), S. 45 ff.
- 23 Vgl. auch Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2005, Rdnr. 323.