

Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe

– Der Wettbewerbsbegriff als eingriffslegitimierendes Tatbestandsmerkmal der Regulierungsermächtigungsnorm –

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE), Bonn*

Inbesondere im Bereich der netzgebundenen Industrien ist es im Zuge der Marktöffnungsprozesse zur Aufgabe des Staates und der Träger der öffentlichen Verwaltung (namentlich von Regulierungsbehörden) geworden, die Herstellung und Aufrechterhaltung von Wettbewerb zu gewährleisten. Der auslegungsbedürftige Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs ist ein legitimierendes Leitbild regulierenden Verwaltungshandelns. Vor dem Hintergrund divergierender ökonomischer Wettbewerbskonzepte und unterschiedlicher Rezeption im deutschen und europäischen Wettbewerbs- und Regulierungsrecht lässt sich exemplarisch anhand des im Telekommunikationsrecht verwendeten, legaldefinierten Merkmals des »wirksamen Wettbewerbs« verdeutlichen, dass regulierungsverwaltungsrechtlich ein hinreichend konkretisierbarer Wettbewerbsbegriff als Tatbestandsmerkmal der Regulierungsermächtigungsnorm geboten ist.

I. Herstellung von Wettbewerb als Aufgabe der Regulierungsverwaltung

Aus Sicht des Gemeinschaftsrechts ist Regulierung ein Instrument zur Herstellung bzw. des Schutzes von Wettbewerb¹, der durch die Liberalisierung der Märkte und ihr Zusammenwachsen entstehen soll, als Grundlage für die Gewährleistung der flächendeckenden Grundversorgung der Bevölkerung in den betreffenden Sektoren.² (Netz-wirtschafts-)Sektorenübergreifend bestehen die Regulie-

rungsziele Infrastrukturgewährleistung und Wettbewerb.³ Die wettbewerbsbezogene Regelungssituation und die Ausrichtung von Regulierung auf die Herstellung und Förderung von Wettbewerb ergeben sich aus dem Privatisierungs- und Liberalisierungsprozess. Den Hintergrund der staatlichen Aufgabe der Wettbewerbsförderung bildet die tatsächliche Marktsituation bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben.⁴ Das Regulierungsverwaltungsrecht prägt damit die Grundentscheidung zum Wettbewerb; im Gegensatz zum Gewerbeordnungsrecht, das Wettbewerb regelmäßig schon vorfindet, trifft das Regulierungsverwaltungsrecht auf eine Situation, in der ein funktionierender Wettbewerb noch nicht etabliert ist.⁵ Es muss Wettbewerb konstituieren und organisieren, so dass Wettbewerb von vornherein gestalteter Wettbewerb ist. Aktive Gestaltung von Wettbewerb ist dabei sektoral auf einen bestimmten Sachbereich bezogen, dessen Besonderheiten eigene Gestaltungsanforderungen stellen. Dass die Regulierungsverwaltung ein von besonders offenen Normen und weitgehenden gesetzlichen Beurteilungs- und Einschätzungsprärogativen geprägtes Gebiet der Verwaltung ist, steht außer Frage. Regulierung beinhaltet jedoch kein Mandat zur hoheitlichen Wettbewerbsplanung; vielmehr ist eine konkrete gesetzliche Ermächtigung zur ordnungspolitischen Gestaltung erforderlich. Dies folgt bereits aus dem Bestimmtheitsgebot und dem Gesetzesvorbehalt, die den Rahmen für den Erlass gesetzlicher Grundlagen der Regulierungsverwaltung bilden.⁶

* Der Verfasser ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

1 Zur fehlenden gesetzlichen Definition des Begriffs vgl. bereits *H. Freiherr v. Godin*, GRUR 1965, 288 (288).

2 *I. Pernice*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? – Europarechtliche Aspekte, Referat zum 66. Deutschen Juristentag 2006, S. 38, abrufbar unter: <http://www.whi-berlin.de/DJTI-Regulierung.htm>.

3 *M. Burgi*, NJW 2006, 2439 (2442); *T. v. Danwitz*, DÖV 2004, 977 (978).

4 *M. Ruffert*, AöR 1999, 237 (247).

5 *J. Masing*, Die Verwaltung 2003, 1 (5 ff.); *ders.*, NJW Beilage 22/2006, 18 (20); *M. Steger*, BWGZ 2006, 218 (218 ff.).

6 Vgl. *v. Danwitz* (Fußn. 3), S. 983.

II. Der Begriff des Wettbewerbs als Tatbestandsmerkmal der Regulierungsermächtigungsnorm

Eingriffslegitimierende Ermächtigungsnormen als Grundlage für Regulierung bedürfen konkreter, hinreichend bestimmter oder bestimmbarer Tatbestandsmerkmale. Fraglich ist, inwieweit der Begriff des Wettbewerbs die Funktion eines Tatbestandsmerkmals, welches die Verwaltung zu regulatorischen Eingriffen ermächtigt, einnehmen kann. Der Wettbewerbsbegriff muss dabei den Zielen der Eingriffsermächtigungsnorm entsprechen und gleichzeitig ein geeignetes Instrument für deren Anwendung bilden. Er hat also positiv das zu bezeichnen, was in der Negation die Wettbewerbsbeschränkung ausmacht.⁷ Der Begriff des *funktionsfähigen Wettbewerbs* hat in Deutschland als maßgebliches Leitbild Eingang insbesondere in das Wettbewerbsrecht gefunden.⁸ Er verweist auf eine wettbewerbspolitische Konzeption, die auch im europäischen Wettbewerbsrecht rezipiert wurde.

III. Wettbewerbliche Leitbilder

Um die Besonderheiten des ökonomischen Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs würdigen zu können, bedarf es einer kurzen Gegenüberstellung des Leitbildes vollständigen Wettbewerbs im Verhältnis zum Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs.

1. *Das klassische Konzept des vollständigen Wettbewerbs* Vollständiger Wettbewerb geht von Annahmen aus, die in der Wirklichkeit kaum vorliegen. Sofern auf allen Märkten vollständige Konkurrenz herrscht, gelten die beiden fundamentalen Wohlfahrtstheoreme, nach denen (1) der resultierende Zustand Pareto-optimal ist und (2) jedes Pareto-Optimum durch geeignete Umverteilung der Ressourcen erreicht werden kann.⁹ Wenngleich darauf von vielen Ökonomen die Überlegenheit von Märkten gegründet wurde, gelten diese Resultate nur unter sehr einschränkenden Bedingungen. Für jeden einzelnen, vertikal vorgelagerten und nachgelagerten sowie horizontal benachbarten Markt müssten nämlich sämtliche Voraussetzungen vollständigen Wettbewerbs erfüllt sein. Jedoch in praktisch keinem Markt gelten alle diese Voraussetzungen. Darüber hinaus sind die Voraussetzungen nach dem Second-Best-Theorem in ihrer Gesamtheit für einen Markt nicht mehr optimal, wenn sie in einem anderen, insbesondere verbundenen Markt verletzt sind.¹⁰ Die empirische

7 Vgl. R. Knöpfle, DB 1991, 1433 (1440).

8 R. Lademann, DB 1985, 2661 (2661 ff.).

9 Pareto-Optimalität bedeutet, dass niemand besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird. Pareto-Optimalität setzt produktive und allokativen Effizienz voraus.

10 Das Second-Best-Theorem bezieht sich auf technische, organisatorische oder legale Beschränkungen, die eine volle Optimierung verhindern. Sofern solche Beschränkungen zu Abweichungen von den Optimalbedingungen vollständiger Konkurrenz in einem Markt führen, sind im Allgemeinen die Bedingungen vollständiger Konkurrenz auch in anderen (interdependenten) Märkten nicht mehr optimal. Wenn zum Beispiel Skalenerträge dazu

Signifikanz vollständigen Wettbewerbs als Ziel der Wettbewerbspolitik verschwindet damit vollends. Dieses Wettbewerbskonzept ist juristisch nicht subsumtionsfähig. Ein auf diesem volkswirtschaftlichen Konzept basierender Wettbewerbsbegriff als Tatbestandsmerkmal von Regulierungsermächtigungsnormen scheidet folglich aus.

2. Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs

Kantzenbachs Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs ist schon deshalb besonders relevant, weil er diesen Begriff für den deutschen ordnungspolitischen Wirtschaftsraum entwickelt hat.¹¹ Wenngleich Kantzenbach die Tradition der angelsächsischen Begriffe »workable« und »effective competition« fortsetzt, setzt sich sein Konzept dennoch von ihnen ab. Kantzenbach postuliert für die Funktionsfähigkeit fünf Wettbewerbsfunktionen: Einkommensverteilung, Angebotszusammensetzung, Produktionssteuerung, Anpassungsflexibilität und technischer Fortschritt. Wettbewerb beeinflusst die (reale) *Einkommensverteilung* (und Vermögen) dadurch, dass er für die Entlohnung der Produktionsfaktoren nach ihren Knappheiten und für die Orientierung der Güterpreise an ihren Kosten sorgt. Durch Mangel an Wettbewerb können Monopolrenten erzielt werden, die Realeinkommen ungleich verteilen. Wettbewerb sorgt jedoch nicht unbedingt für sozial gerechte Einkommen. Wettbewerb sorgt für eine *Angebotszusammensetzung*, die auf die Wünsche der Verbraucher und die Kosten der Produzenten reagiert. Dieser Zusammenhang der preislichen Allokation ist bei Funktionsunfähigkeit zum Beispiel durch die Ausnutzung von Marktmacht oder durch externe Effekte gestört. Wettbewerb sorgt für effiziente *Produktionssteuerung* sowohl durch die preisliche Allokation von Produktionsfaktoren als auch durch den Druck zur Kostenminimierung. Wettbewerb steht für *Anpassungsflexibilität*, da sich bei funktionsfähigem Wettbewerb jede Änderung von Angebots- und Nachfragebedingungen in Preisänderungen niederschlägt, die ihrerseits zu Anpassungsverhalten aller Marktteilnehmer führen. Die Funktionsfähigkeit dieses Mechanismus kann durchaus in Märkten gestört sein, die ansonsten funktionsfähig zu sein scheinen. Ein berühmtes Beispiel ist der Schweinezyklus, der auf naiven Prognosen der Schweinezüchter beruht. *Technischer Fortschritt* ist einer der Hauptmotoren wirtschaftlichen Wachstums. Wettbewerb fördert

führen, dass in einem Markt die Preise über den Grenzkosten liegen, während in dem Markt für ein substitutives Produkt vollständige Konkurrenz herrscht, so verzerren die Grenzkostenpreise in dem zweiten Markt die Verbraucherentscheidungen zwischen den beiden Produkten. Es wäre folglich besser, wenn auch in diesem Markt die Preise oberhalb der Grenzkosten lägen. Siehe R. Lipsey/K. Lancaster, *Review of Economic Studies* 24 (1956), 11.

11 Grundlegend: F. W. Kantzenbach, *Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs*, 2. Aufl. 1967. Vgl. dazu beispielsweise I. Schmidt, *WuW* 1966, 699, sowie die z. T. scharfe Kritik etwa bei E. Hoppmann, *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* 102 (1966), 249; *ders.*, *JbNSt* 181 (1967), 251; E. Käufer, *JbNSt* 179 (1966), 481; *ders.*, *JbNSt* 181 (1967), 242.

technischen Fortschritt durch die Aussicht auf erhöhte Innovationsgewinne, die für Risiken und den Einsatz von Genialität entschädigen. Solche Gewinne setzen aber zumindest die zeitweilige Ausnutzung von Marktmacht durch Vorreiterstellungen voraus, so dass Zielkonflikte mit anderen Wettbewerbsfunktionen programmiert sind.

Kantzenbach entwickelt aus dem Zusammenspiel der Wettbewerbsfunktionen eine optimale Wettbewerbsintensität, die er im Bereich weiter Oligopole ansiedelt, da hier einerseits weder Marktmacht ausgespielt werden könne, noch starke Anreize und Möglichkeiten zur Kollusion bestünden, und andererseits die dynamischen Wettbewerbsfunktionen hinreichend erfüllt würden. *Kantzenbachs* grundlegende Erkenntnis liegt aber darin, dass die optimale Wettbewerbsintensität nicht für alle Märkte gleichermaßen vorgegeben ist, sondern für jeden Markt von speziellen Gegebenheiten, zum Beispiel von Betriebsgrößenvorteilen (»economies of scale«), abhängt. Wenn aber die optimale Wettbewerbsintensität marktspezifisch ist, kann es keinen eindeutigen, allgemein gültigen Maßstab der Funktionsfähigkeit geben.

Kantzenbach sieht klar die Problematik der Tradeoffs zwischen den Wettbewerbsfunktionen. Daraus folgt, dass bei Verletzung einzelner Marginalbedingungen vollständiger Konkurrenz die anderen Bedingungen auch dann nicht als Idealbild gelten können, wenn sie erfüllbar wären. Auch sieht *Kantzenbach* einen Gegensatz zwischen der für die Allokationsfunktion wichtigen atomistischen Marktstruktur einerseits und der für Innovation und dynamischen Wettbewerb (im Sinne von *Schumpeter*)¹² wichtigen Konzentration andererseits.

IV. Der Begriff »funktionsfähiger Wettbewerb« im allgemeinen Wettbewerbsrecht

Im Anschluss an die ökonomische Debatte um die von *Kantzenbach* eingeführte Konzeption des funktionsfähigen Wettbewerbs fand der Begriff Eingang in das deutsche Recht, primär im Bereich des allgemeinen Wettbewerbsrechts, und hier namentlich des Kartellrechts.

1. »Funktionsfähiger Wettbewerb« als Schutzobjekt des GWB

Nachdem der Gesetzgeber des GWB 1957 noch dem Leitbild des vollständigen Wettbewerbs anhing,¹³ hat der Gesetzgeber der zweiten GWB-Novelle den »funktionsfähige(n), wirksame(n) Wettbewerb« als Schutzobjekt des GWB ausgemacht.¹⁴ Nach der Gesetzesbegründung han-

delt es sich dabei um »Wettbewerb, der seine volkswirtschaftliche Aufgabe möglichst gut erfüllt«,¹⁵ wobei die Aufgabe des Wettbewerbs darin bestehe, »jeweils die beste Leistung zur Geltung zu bringen«.¹⁶ In einem anderen Zusammenhang zeigt die Begründung der zweiten GWB-Novelle schließlich, dass der Gesetzgeber im Falle des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung die Funktionsfähigkeit zwar nicht des Wettbewerbs, aber die des Marktmechanismus für nicht mehr gewährleistet hält.¹⁷

2. *Der Wettbewerbsbegriff in der Spruchpraxis des BGH*
Der *Bundesgerichtshof* hat in seiner Spruchpraxis funktionsfähigen Wettbewerb als Ausschlusskriterium für kartellrechtliche Interventionsmöglichkeiten verstanden. So setzen sowohl ein Einschreiten aufgrund eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung als auch die kartellrechtliche Untersagung eines Unternehmenszusammenschlusses voraus, dass entweder das betreffende Unternehmen keinem funktionsfähigen Wettbewerb mehr ausgesetzt ist oder dass auf dem relevanten Markt kein funktionsfähiger Wettbewerb mehr besteht.¹⁸ Der funktionsfähige Wettbewerb ist also nach Auffassung des *BGH* ein zentrales Schutzobjekt des GWB.¹⁹

Eine Entwicklung der materiellen Substanz des Begriffs nimmt das Gericht indes nur bruchstückhaft und in Annäherung an den Gehalt des Begriffs von einer Beeinträchtigungsperspektive aus vor. So sieht der *BGH* einen Zusammenhang zwischen marktstrukturellen Veränderungen und der Möglichkeit einer Beeinträchtigung des funktionsfähigen Wettbewerbs.²⁰ Eine solche, möglicherweise auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs rückwirkende Marktstrukturveränderung könne²¹ insbesondere durch den Wegfall oder Ausschluss einer oder mehrerer selbständiger Unternehmenseinheiten vom Markt und den damit eröffneten oder erweiterten, vom Wettbewerb

15 BT-Drucks. VI/2520, S. 34.

16 BT-Drucks. VI/2520, S. 34.

17 BT-Drucks. VI/2520, S. 29.

18 *BGH*, Beschluss vom 21. 2. 1978, BGHZ 71, 102 (111).

19 *BGH*, Beschluss vom 2. 12. 1980, WuW 1981, 273 (279). Vgl. auch *BGH*, Beschluss vom 21. 2. 1978, BGHZ 71, 102 (115), in dem das Gericht den Schutz der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ausdrücklich als eins der Ziele der Zusammenschlusskontrolle identifiziert. In diese Richtung auch *BGH*, Beschluss vom 24. 10. 1995, NJW 1996, 595 (598).

20 *BGH*, Beschluss vom 21. 2. 1978, BGHZ 71, 102 (115); Beschluss vom 24. 6. 1980, BGHZ 77, 279 (291); Beschluss vom 10. 12. 1991, WuW 1992, 237 (243). Bisweilen sieht der *BGH* die Beeinträchtigung indirekt über die »Wirksamkeit« des Wettbewerbs vermittelt, vgl. *BGH*, Beschluss vom 21. 2. 1978, BGHZ 71, 102 (115 f.). Vgl. zum Verhältnis von wirksamem und funktionsfähigem Wettbewerb auch *BGH*, Beschluss vom 22. 6. 1981, WuW 1981, 792 (796), wonach wirksamer Wettbewerb schon dann bestehe, wenn »die wesentlichen Funktionen des Wettbewerbs erfüllt sind«. Eine implizite Gleichsetzung von wirksamem und funktionsfähigem Wettbewerb erfolgt bei *BGH*, Beschluss vom 16. 12. 1976, NJW 1977, 675 (677).

21 Der *BGH* weist ausdrücklich darauf hin, dass insoweit kein zwingender Zusammenhang besteht, vgl. *BGH*, Beschluss vom 25. 9. 1990, BGHZ 112, 218 (227 f.).

12 *J. Schumpeter*, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1942, insbesondere S. 88 und 103.

13 Vgl. *V. Emmerich*, *Kartellrecht*, 10. Aufl. 2008, S. 5.

14 BT-Drucks. VI/2520, S. 34. In welchem Verhältnis Wirksamkeit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs stehen, lässt sich den Gesetzesmaterialien nicht entnehmen. Die parallele Nennung der Begriffe weist indes darauf hin, dass der Gesetzgeber funktionsfähigen und wirksamen Wettbewerb nicht für völlig inhaltsgleiche Begriffe hält. Als Ziel der Gesetzesnovelle nennt die Begründung ausdrücklich die Verbesserung der »Voraussetzungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb«, vgl. BT-Drucks. VI/2520, S. 14.

konkret zu bewältigen hat.⁶¹ Allgemeine Bezugnahme-klauseln, die auf unbestimmte gesetzliche Regulierungs-ziele verweisen, scheiden demgegenüber wegen ihrer blo-ßen Finalstruktur als Tatbestandsmerkmal der jeweiligen Regulierungsermächtigung aus.⁶² Die Verwendung des Begriffes des funktionsfähigen Wettbewerbs als tatbestandliche Voraussetzung der Ermächtigungsnorm ist daher auf-grund seiner Unbestimmtheit und seiner Qualität einer re-gulierungsmotivierenden Zielformulierung als Gegen-stand einer Sachverhaltssubsumtion im Einzelfall nicht geeignet.⁶³ Ein tatbestandliches Abstellen auf diesen Wett-bewerbsbegriff würde nicht zuletzt die regulierungsver-waltungsrechtlich gebotene Rechtssicherheit und den effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) der betroffe-nen Unternehmen nicht gewährleisten,⁶⁴ so wären für diese auf einer unbestimmten Handlungsermächtigung basierende Ex-ante-Eingriffe der Regulierungsbehörde kaum antizipierbar und justiziabel.

Dagegen erlegt das telekommunikationsregulierungs-rechtliche Kriterium des wirksamen Wettbewerbs, wel-ches als Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht legal-definiert wird, der Regulierungsbehörde ein klar geglie-dertes administratives Entscheidungsprogramm auf. Die zentralen sektorspezifischen Regulierungsinstrumente sind einerseits ausdrücklich nur anwendbar, wenn auf dem zu regulierenden Markt kein »wirksamer Wett-bewerb« besteht. Das Negativmerkmal des wirksamen Wettbewerbs, nämlich die Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht (entspricht: keine Marktbeherrschung), sowie der Drei-Kriterien-Test nach § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG ge-währleisten, dass die Verfahrensschritte der Marktdefi-nition und der Marktanalyse gerichtlich in Bezug auf Verfahrens- und Methodikfehler viel intensiver überprüf-bar sind als ein methodisch von hoher Variabilität gepräg-tes Konzept funktionsfähigen Wettbewerbs. Akzentuiert wird die Bedeutung des Begriffs des wirksamen Wett-bewerbs noch dadurch, dass der Rechtsrahmen im Wege einer vollständigen gemeinschaftsrechtlichen Harmonisie-rung eine sektorspezifische Regulierung bei Fehlen wirk-samen Wettbewerbs nicht nur erlaubt, sondern verbind-lich vorschreibt.⁶⁵ Nach Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie erlegt die nationale Regulierungsbehörde bei unwirk-samem Wettbewerb Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geeignete spezifische Verpflichtungen auf. Die Entscheidung, ob solche Verpflichtungen auferlegt werden sollen, ist somit nicht in die Entscheidungshoheit der nationalen Regulierungsbehörde gestellt. Eine mit-

gliedstaatliche Regulierung unterhalb dieser Anwen-dungsschwelle scheidet andererseits gemeinschaftsrecht-lich grundsätzlich aus.⁶⁶ Art. 16 Abs. 3 Rahmenrichtlinie sieht ausdrücklich ein Verbot der Auferlegung von sektor-spezifischen Vorabverpflichtungen und die Aufhebung eventuell bereits bestehender Verpflichtungen vor, sofern wirksamer Wettbewerb besteht. Bei Wegfall der beträch-tlichen Marktmacht ist auf jeden Fall zu deregulieren, ohne dass es auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs an-kommt. Nicht auszuschließen ist deshalb ein Zustand der Funktionsfähigkeit von Wettbewerb auf den Telekommu-nikationsmärkten trotz bestehender Marktbeherrschung. Allerdings handelt es sich bei dem Verbot der Regulierung bei Vorliegen »wirksamen Wettbewerbs« nicht um eine le-gislative Deregulierung im Sinne einer Abschaffung der Regulierungsinstrumente, sondern um deren bloße admi-nistrative Nichtanwendung.

Sektorspezifische Regulierung mit ihren oft starken Instrumenten einer Ex-ante-Kontrolle erfährt Legitima-tion gerade dadurch, dass das allgemeine Wettbewerbs-recht nicht ausreicht, um Wettbewerb herzustellen und aufrechtzuerhalten. Der telekommunikationssektorspezi-fische Regulierungsverwaltungsrechtsrahmen bietet ein Sonderregime für einen Wirtschaftssektor, in dem speziell an das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden. Dessen Regelungszweck besteht gerade nicht darin, regulierte Märkte den gleichen Bedingungen wie der kartellrechtlichen Missbrauchsauf-sicht zu unterwerfen, welche vornehmlich auf den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs rekurriert. Daher ist sektorspezifisch ein Abstellen auf das Nichtvorliegen wirksamen Wettbewerbs als eingriffslegitimierendes Tat-bestandsmerkmal der Regulierungsermächtigungsnorm angezeigt.

Auch wenn sich damit der Begriff des wirksamen Wett-bewerbs prototypisch als eingriffslegitimierendes Tatbe-standsmerkmal der Regulierungsermächtigungsnorm im Rahmen künftiger Regulierungsgesetzgebung zu empfe-hlen scheint, kann dieser nicht außerhalb jeder Kritik ste-hen: Zunächst bedarf auch das für diesen Wettbewerbs-begriff maßgebliche Kriterium der beträchtlichen Markt-macht jeweils einer rechtssicheren Bestimmung, wann von einer solchen auszugehen ist.⁶⁷ Zudem läuft ein nicht auf einer klaren Wettbewerbskonzeption beruhendes Regulie-rungsregime Gefahr, beträchtliche Marktmacht zu be-kämpfen, ohne den dynamischen Aspekten des Wett-bewerbs hinreichend Rechnung zu tragen.⁶⁸ Daher kann das Kriterium der beträchtlichen Marktmacht, welches weitestgehend an das kartellrechtliche Kriterium der marktbeherrschenden Stellung anknüpft, für sich allein nicht hinreichend eine sektorspezifische Regulierung be-

61 v. Danwitz (Fußn. 3), S. 981.

62 Ders. (Fußn. 3), S. 981.

63 Klotz (Fußn. 53), S. 7.

64 Ch. Koenig/I. Vogelsang/J. Kühling/S. Loetz/A. Neumann, Funk-tionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 173. Darüber hinaus würde die Schwelle für Regulie-rungsanordnungen u. U. erheblich heraufgesetzt, was im Wider-spruch zu möglichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für eine sektorspezifische Regulierung stehen könnte.

65 Vgl. auch für Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie sowie für Art. 17 Universaldienstrichtlinie R. Schütz/T. Attendorn, MMR-Bei-lage 4/2002, 1 (16 ff.).

66 Schütz/Attendorn (Fußn. 65), S. 14.

67 Vgl. dazu U. Immenga, MMR 2000, 141 ff. So ist etwa der Markt-beherrschungsbegriff des GWB keinesfalls ein einheitlicher, son-derer variiert je nach anwendbarer Norm (statische Marktver-haltenskontrolle bei der Missbrauchsaufsicht, prospektiv ange-legte Kontrolle bei Zusammenschlüssen).

68 v. Danwitz (Fußn. 3), S. 980.

gründen;⁶⁹ denn Marktbeherrschung als solche wird von den allgemeinen Wettbewerbsregeln bezüglich marktbeherrschender Unternehmen gerade nicht verboten. Dies hat vor allem Bedeutung für das Problem der Frage einer Überführung der Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht (»Phasing-out«).

Die Grenzen des bei der Marktanalyse maßgeblich auf das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs abstellenden gemeinschaftsrechtlichen Regulierungsregimes für den Telekommunikationssektor zeigen sich darüber hinaus insbesondere bei der Frage der Regulierung sogenannter »neuer Märkte«. Neue Märkte sind durch einen schnellen Wandel der Marktverhältnisse und das Fehlen historischer Marktinformationen in Form empirischer Daten und Erfahrungen gekennzeichnet. Die Regulierungsbehörde muss also auf Grund unsicherer, schnell überholter und lückenhafter Informationen Entscheidungen über Regulierungseingriffe treffen und dabei den Grundsatz der Technologieneutralität wahren, um Investitionen in neue Infrastrukturen und Innovationen zu fördern, ohne Wettbewerbsverzerrungen in Kauf zu nehmen. Eine stabile Marktdefinition, also die Marktabgrenzung und insbesondere die Bestimmung der Regulierungsbedürftigkeit gemäß § 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie, scheidet daher im Fall neuer und sich abzeichnender Märkte regelmäßig aus.⁷⁰ Gleiches gilt für die auf das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs abstellende Marktanalyse gemäß § 16 Rahmenrichtlinie, denn neue Märkte zeichnen sich gerade dadurch aus, dass auf ihnen Marktmacht aufgrund von Vorreiterrollen besteht. Da konkrete Vorschriften zu neuen Märkten im Richtlinienrecht fehlen und die Vorgaben für die Regulierung bekannter Märkte wegen der Informationsdefizite und der Dynamik eines neuen Marktes nicht passen, wäre nach deutschem Regulierungsverwaltungsrecht fraglich, ob neue Märkte überhaupt reguliert werden könnten. Die nationale Regulierungsbehörde müsste auf unsicherer Tatsachengrundlage und abstraktester Eingriffsnormen weitreichende Eingriffsmaßnahmen anordnen. Folglich hat der deutsche Gesetzgeber den ihm zustehenden Umsetzungsspielraum genutzt und die Zielrichtung des Rechtsrahmens zur Regulierung neuer Märkte durch Einführung der §§ 9 a und 3 Nr. 12b TKG⁷¹ konkretisiert. Gemäß § 3 Nr. 12 TKG ist unter einem »neuen

Markt« ein Markt für Dienste und Produkte zu verstehen, die sich von den bislang vorhandenen Diensten und Produkten hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Reichweite, Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise (Massenmarktfähigkeit), des Preises oder der Qualität aus Sicht eines verständigen Nachfragers nicht nur unerheblich unterscheiden und diese nicht lediglich ersetzen. Diese Märkte unterliegen grundsätzlich nicht der Vorabregulierung (§ 9 a Abs. 1 TKG), außer wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird (§ 9 a Abs. 2 Satz 1 TKG). In dem Fall kann die Bundesnetzagentur einen neuen Markt der Vorabregulierung unterwerfen, wobei bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auferlegung von Maßnahmen insbesondere das Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen zu berücksichtigen sind (§ 9 a Abs. 2 Satz 1 TKG). Die Regelungen der §§ 9 a, 3 Nr. 12b TKG stellen klar, dass neue Märkte überhaupt der Regulierung unterfallen können. Ansonsten dürften bei Fehlen tragfähiger und subsumtionsfähiger Marktdefinitionsdaten auf neuen Märkten keine Regulierungseingriffe erfolgen. Die Vorschriften passen das europäische Richtlinienrecht in das allgemeine verwaltungsverfahrenrechtliche System des – in Deutschland von dem Gesetzesvorbehalt geprägten – mitgliedstaatlichen Regulierungsrechts ein und schaffen mit § 9 a Abs. 2 TKG eine Ermächtigungsgrundlage, welche eine Regulierung auf neuen Märkten im Einklang mit dem Richtlinienrecht erst ermöglicht.

VIII. Fazit

Ein auf dem ökonomischen Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs basierender, auslegungsbedürftiger Wettbewerbsbegriff kann eher als leitbildausfüllendes, wettbewerbspolitisches Regulierungsziel denn als tatbestandliche Interventionsschwelle dienen. Den regulierungsverwaltungsrechtlichen Anforderungen an ein eingriffslegitimierendes Tatbestandsmerkmal einer konkreten Regulierungsermächtigungsnorm wird dagegen der im Bereich der Telekommunikationsregulierung zur Geltung gelangende, mit der Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht deckungsgleiche Begriff des wirksamen Wettbewerbs gerecht. Eine wertungswiderspruchsfreie Anwendung kann dieser jedoch nur erfahren, solange die Notwendigkeit einer besonderen (Ex-ante-)Regulierung marktbeherrschender Unternehmen bejaht wird und die dynamischen Aspekte des Wettbewerbs sowie nicht an das Fehlen beträchtlicher Marktmacht anknüpfende Wettbewerbsfunktionen ebenfalls Berücksichtigung finden. Dies zeigt sich im Telekommunikationssektor insbesondere bei der Frage der Vorabregulierung neuer Märkte. Durch die Verfahrenseinbettung des § 9 a TKG hat der deutsche Gesetzgeber diese in das für alle Märkte anzuwendende Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren eingepasst. Damit hat er die Vorabregulierung neuer Märkte im Sinne des Gesetzesvorbehaltes erst ermöglicht.

69 Auf diesen Wertungswiderspruch im Zusammenhang des Spannungsverhältnisses von TK-Regulierung und Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsgesetze weist auch *Möschel* (Fußn. 48), S. 506 hin.

70 So heißt es auch im 15. Erwägungsgrund der ersten Märkte-Empfehlung der *Kommission* ausdrücklich: »Überdies kommen neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von »Vorreitervorteilen« besteht, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht.«

71 Der Autor ist Prozessbevollmächtigter der Bundesregierung in einem Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, welches die Gemeinschaftsrechtskonformität dieser Vorschriften zum Gegenstand hat; Rs. C-424/07. In seinen Schlussanträgen vom 23. 4. 2009 hat Generalanwalt *P. Maduro* einen Gemeinschaftsrechtsverstoß bejaht.