

# GUTACHTEN ZUR ÜBERARBEITUNG DES EU-RECHTSRAHMENS FÜR ELEKTRONISCHE TELEKOMMUNIKATION

<b>Inhalt.....</b>	<b>2</b>
1. Ausgangslage: der bestehende Rechtsrahmen .....	2
2. Die Vorschläge der Kommission zur Überarbeitung der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung .....	4
3. Die Vorschläge der Kommission zu den institutionellen Änderungen im Rechtsrahmen.....	5
3.1. Verwaltungsaufwand.....	5
3.2. Veto der Kommission zur Stärkung des Binnenmarktes.....	7
3.3. Aufschiebende Wirkung und Einspruchsverfahren.....	7
4. Strukturelle und funktionale Trennung.....	7
<b>Bewertung.....</b>	<b>10</b>
1. Ex-ante-Regulierung aus ordnungspolitischer Sicht .....	10
1.1 Einleitende Überlegungen .....	10
1.2 Sektorspezifische Vorabregulierung aus ordnungspolitischer Sicht .....	10
1.3 „Drei-Kriterien-Test“ statt Theorie der monopolistischen Bottlenecks .....	12
2. Institutionelle Fragen .....	15
2.1 Grundsätzliche Überlegungen.....	15
2.2 Änderungen im Artikel 7-Verfahren.....	15
2.3 Vetorecht der Kommission .....	18
2.4 Aufschiebende Wirkung.....	19
3. Strukturelle und Funktionale Trennung von Infrastruktur und Dienstleistungen .....	20
<b>FAZIT.....</b>	<b>23</b>

## INHALT

### 1. Ausgangslage: der bestehende Rechtsrahmen

Der aktuelle, seit dem 25. Juli 2003 gültige **EU-Rechtsrahmen** für elektronische Kommunikationsnetze- und Dienste **umfasst** zurzeit

- **eine Rahmenrichtlinie,**
- **fünf flankierenden Richtlinien,**
- **einer Märkte-Empfehlung** der Kommission **und**
- **den Leitlinien** der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht.<sup>1</sup>

In ihren Anfangsüberlegungen betonte die Europäische Kommission 1999 den **Übergangscharakter** dieser sektorspezifischen Regulierung. Der Rechtsrahmen, so die Kommission, *„ist zu einem Großteil mit der Notwendigkeit befasst, einen Wettbewerbsmarkt zu schaffen. (...) Wenn ein wettbewerbsorientierter Markt einmal effektiv besteht, sind viele dieser Bestimmungen nicht mehr erforderlich, so dass hauptsächlich auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags zurückgegriffen werden kann. Im neuen Rechtsrahmen sollten daher Mechanismen (z.B. beschränkte Geltungsdauern) vorgesehen sein, nach denen bestimmte Grundregeln regelmäßig auf ihre weitere Notwendigkeit hin überprüft werden.“*<sup>2</sup>

Die derzeit gültige Rahmenrichtlinie sieht eine **Vorabregulierung** (auch: ex-ante-Regulierung) des Telekommunikationssektors nur **bei Abwesenheit eines wirksamen Wettbewerbs** vor. Damit sind Märkte gemeint, *„auf denen es ein oder mehrere Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, und [auf denen] die Instrumente des nationalen und gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen“.*<sup>3</sup> Die Definition des Begriffs „beträchtlicher Marktmacht“ folgt dem Konzept der beherrschenden Stellung aus dem Wettbewerbsrecht nach der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Ein Unternehmen verfügt danach über eine beträchtliche Marktmacht, wenn es *„entweder alleine oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnimmt, d.h.: eine wirtschaftlich starke Stellung, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich Verbrauchern zu verhalten.“*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie); Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie); Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.03.2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation; Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste; Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen; Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste, ABl. C 165 vom 11.07.2002, S. 6.

<sup>2</sup> COM(1999)539, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Ministerrat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: „Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – Kommissionsbericht 1999“, S. 14.

<sup>3</sup> Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Erwägungsgrund 27

<sup>4</sup> Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Art. 14 Abs. 2

Neben der Festlegung auf die Marktbeherrschung als konkretes Kriterium für eine Regulierung schreibt die Rahmenrichtlinie auch vor, dass die Kommission in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbs die Märkte identifiziert, die für eine solche Regulierung in Betracht kommen.<sup>5</sup> In einer **Märkte-Empfehlung** aus dem Jahr 2003 hat die Kommission **18** solche **Telekommunikationsmärkte** identifiziert.<sup>6</sup>

In dieser Empfehlung erläutert die Kommission auch den so genannten „**Drei-Kriterien-Test**“, nach dem die Regulierungsnotwendigkeit eines Marktes bestimmt wird. Die Kommission führt aus, dass Märkte reguliert werden können, wenn

- (1) anhaltende hohe strukturelle oder rechtliche Zugangshindernisse bestehen,
- (2) die Märkte nicht von sich aus zu wirksamem Wettbewerb tendieren und
- (3) dem Marktversagen nicht mit Hilfe des Wettbewerbsrechts allein entgegengewirkt werden kann.

Die Kriterien werden **kumulativ auf einen für alle Mitgliedstaaten repräsentativen Markt** angewandt. Auf diesem repräsentativen Markt müssen alle drei Kriterien erfüllt sein, bevor der entsprechende Markt in sämtlichen Mitgliedstaaten für eine Vorabregulierung in Betracht kommt.

Unter „weitestgehender Berücksichtigung“ dieser Kommissionsempfehlung legen die nationalen Regulierungsbehörden die relevanten Märkte auf nationaler Ebene fest („**Marktdefinition**“).<sup>7</sup> Dabei hat die Empfehlung der Kommission allerdings einen quasi verbindlichen Charakter. Eine Prüfung durch die nationalen Regulierungsbehörden anhand des Drei-Kriterien-Tests, ob die Struktur eines nationalen Marktes – und nicht nur die des von der Kommission betrachteten repräsentativen Marktes – eine Regulierung rechtfertigt, ist nicht vorgesehen.<sup>8</sup>

Nach dieser Marktdefinition führen die nationalen Regulierungsbehörden eine Analyse der konkreten Situation auf dem definierten nationalen Markt durch. Sie untersuchen dabei, ob wirksamer Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt vorliegt und welche Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügen („**Marktanalyse**“).<sup>9</sup>

Kommt die nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt, dann muss den betroffenen Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht eine **ex-ante-Regulierung** (z.B.: Pflicht zur getrennten Buchführung, Transparenzpflichten, Preiskontrolle oder die Pflicht, Zugang zu der Netzinfrastruktur zu gewähren) auferlegt werden. Ist die nationale Regulierungsbehörde der Meinung, dass wirksamer Wettbewerb vorliegt, muss keine ex-ante-Regulierung auferlegt werden.

---

<sup>5</sup> Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Art. 15 Abs. 1

<sup>6</sup> Empfehlung 2003/311/EG der Kommission vom 11.02.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und – dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

<sup>7</sup> Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Art. 15 Abs. 3

<sup>8</sup> In Deutschland sieht §10 Abs. 2 TKG vor, dass auch die Bundesnetzagentur die Regulierungsnotwendigkeit eines Marktes überprüft. Dabei kann die Bundesnetzagentur die von der Kommission festgestellte Regulierungsnotwendigkeit zwar widerlegen. „Die Anforderungen an eine solche Widerlegung sind allerdings sehr hoch. (...) [Es] wäre darzulegen, dass selbst die typischen Merkmale des in Deutschland gelegenen Marktes derart von dem europäischen Durchschnitt abweichen, dass schon die Möglichkeit einer Regulierungsbedürftigkeit (...) ausgeschlossen werden kann.“ (Festlegung der Bundesnetzagentur: Terminierungsleistungen alternativer Teilnehmernetzbetreiber im öffentlichen Festtelefonnetz vom 12.10.2005, BK 1-04/002a)

<sup>9</sup> Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Art. 16

Die Marktdefinitionen und Marktanalysen der nationalen Regulierungsbehörden sowie die darauf gestützten spezifischen ex-ante-Regulierungsmaßnahmen unterliegen dem so genannten **Artikel 7-Verfahren**.<sup>10</sup> Sofern die Regulierungsmaßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben, müssen die nationalen Regulierungsbehörden der Kommission und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden begründete Entwürfe dieser Maßnahmen zur Verfügung stellen. Die Kommission und die nationalen Regulierungsbehörden können innerhalb eines Monats eine Stellungnahme abgeben. In der Regel geht die Kommission davon aus, dass die geplanten Maßnahmen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben. Damit ist die Notifizierung geplanter nationaler Maßnahmen bei der Kommission nach Artikel 7 quasi zum Standardverfahren geworden.

Will eine nationale Regulierungsbehörde

- einen Markt abweichend von der Empfehlung der Kommission definieren oder
- im Rahmen der Marktanalyse darüber entscheiden, inwieweit ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt,

und sieht die Kommission darin ein Hemmnis für den Binnenmarkt, verlängert sich die Frist zur Stellungnahme um 2 Monate. Die Kommission verfügt in diesen Fällen über ein so genanntes „**Vetorecht**“: Sie kann die Regulierungsbehörde dazu auffordern, die strittige Entscheidung nicht zu treffen.<sup>11</sup> Dieses Vetorecht der Kommission beschränkt sich auf den Fall der abweichenden Marktdefinition und die Frage, inwieweit ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt (innerhalb der Marktanalyse). Bei den konkreten Regulierungsmaßnahmen verfügt die Kommission nicht über ein Vetorecht. Auch über die Befugnis, regulatorische Bestimmungen selbst anzuordnen, verfügt die Kommission nicht.

## **2. Die Vorschläge der Kommission zur Überarbeitung der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung**

Artikel 15 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie sieht vor, dass die Kommission ihre Empfehlung zu den Märkten, die für eine ex-ante-Regulierung in Betracht kommen, regelmäßig überprüft. Die Kommission führt zur Zeit eine solche Überprüfung durch und hat einen **Entwurf für eine überarbeitete Empfehlung** vorgelegt.<sup>12</sup> Darin betont sie die Rolle des Drei-Kriterien-Tests: die Regulierung muss aufgehoben werden, so die Kommission, wenn voraussichtlich auch ohne Regulierung wirksamer Wettbewerb vorherrscht.<sup>13</sup> Die Herstellung eines solchen nachhaltigen Wettbewerbs auf Großkundenmärkten kommt den Endkunden zugute und ist ausgesprochenes Ziel der ex-ante-Regulierung.<sup>14</sup>

Die Kommission betont in ihrer Empfehlung, dass die nationalen Regulierungsbehörden davon ausgehen können, dass die Märkte der Kommissionsempfehlung die drei Kriterien erfüllen.<sup>15</sup> Weist die Regulierungsbehörde der Kommission nach, dass die drei Kriterien in einer bestimmten Situation nicht erfüllt

---

<sup>10</sup> Nach Art. 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG

<sup>11</sup> Rahmenrichtlinie 2002/21/EG, Art. 7 Abs. 4

<sup>12</sup> Siehe: Commission Staff Working Document on a Draft Commission Recommendation On Relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services (Second edition), SEC (2006) 837 vom 28. Juni 2006

<sup>13</sup> Draft Commission Recommendation SEC(2006) 837 vom 28. Juni 2006, Erwägungsgrund 17

<sup>14</sup> Id., Erwägungsgrund 2.

<sup>15</sup> Id., Erwägungsgrund 16.

sind, kann die Regulierungsbehörde auf eine ex-ante-Regulierung verzichten.<sup>16</sup> Ob sich daraus im Umkehrschluss eine Verpflichtung zur Zurücknahme einer bestehenden Regulierung ergibt, ist nicht geregelt.

Die Kommission kommt in ihrem Empfehlungsentwurf zu dem Schluss, dass **auf fünf Endkundenmärkten** wirksamer Wettbewerb herrscht und daher die **Notwendigkeit einer ex-ante-Regulierung nicht länger gegeben** ist. Diese fünf Endkundenmärkte werden nicht weiter reguliert:

- Öffentliche Orts- und/oder Inlandstelefonverbindungen für Privatkunden und andere Kunden an festen Standorten (Märkte 3 und 5);
- öffentliche Auslandstelefonverbindungen für Privatkunden und andere Kunden an festen Standorten (Märkte 4 und 6) sowie
- das Mindestangebot an Mietleitungen (Markt 7).

Bei der Frage, ob „emerging markets“ einer ex-ante-Regulierung unterworfen werden sollen, gibt die Kommission zu bedenken, dass solche Märkte so neu und in der Entwicklung unberechenbar sind, dass eine Entscheidung darüber, ob solche Märkte den Drei-Kriterien-Test erfüllen, nicht möglich ist. Erst nach einer gewissen Zeit könne die Regulierungsnotwendigkeit dieser Märkte eingeschätzt werden.<sup>17</sup>

### **3. Die Vorschläge der Kommission zu den institutionellen Änderungen im Rechtsrahmen**

Neben dem Entwurf für eine überarbeitete Märkte-Empfehlung hat die Kommission auch eine **Mitteilung über die Überprüfung des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens** vorgelegt.<sup>18</sup> In der Mitteilung strebt die Kommission nicht nur die weitgehende Weiterführung der sektorspezifischen Regulierung an, sondern schlägt auch einige **wichtige institutionelle Änderungen** vor. Das Verfahren nach Artikel 7, das bereits auf Seite 4 dargestellt wurde, steht dabei im Mittelpunkt. Die Vorschläge der Kommission werden im Folgenden kurz erläutert.

#### **3.1. Verwaltungsaufwand**

In ihren Überlegungen zur Überarbeitung des Rechtsrahmens strebt die Kommission Änderungen des Notifizierungsverfahrens nach Artikel 7 der Rahmenrichtlinie an. Die Kommission ist der Meinung, dass das Verfahren „einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einem echten EU-Binnenmarkt im Bereich der elektronischen Kommunikation darstellt.“<sup>19</sup> Die Kommission sieht ihre Rolle als entscheidend, da sie die EU-weit konsistente Anwendung der Regulierung sicherstelle.

In ihrer Mitteilung zur Überprüfung des Rechtsrahmens schlägt die Kommission erstens vor, den **Verwaltungsaufwand** des Artikel 7-Notifizierungsverfahrens zu **verringern** und die **Mitteilungsanforderungen** an die Regulierungsbehörden für Entwürfe bestimmter nationaler Maßnahmen

---

<sup>16</sup> Id.

<sup>17</sup> Id. S. 17

<sup>18</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. COM (2006) 334 endgültig vom 29. Juni 2006

<sup>19</sup> idem, S.9

zu **vereinfachen**. Die Regulierungsbehörden sollten nach Meinung der Kommission zwar nach wie vor Marktanalysen samt Konsultationen durchführen. Für bestimmte Fälle will sie aber ein vereinfachtes Notifizierungsverfahren mit standardisiertem Meldebogen einführen. Das Verfahren soll Anwendung finden bei:

- Märkten, für die die nationale Regulierungsbehörde bereits in einer früheren Analyse wirksamen Wettbewerb festgestellt hat und auf denen keine substantiellen Änderungen stattgefunden haben;
- geringfügigen Änderungen an Maßnahmen, die bereits das Verfahren nach Artikel 7 durchlaufen haben.

Kurzfristig strebt die **Kommission** eine neue Fassung ihrer (unverbindlichen) Verfahrensempfehlung an, um das vereinfachte Verfahren noch 2007 anwenden zu können.<sup>20</sup> Langfristig **will sich** die Kommission durch eine Änderung der Rahmenrichtlinie **dazu ermächtigen, das vereinfachte Verfahren mit einer verbindlichen Kommissionsverordnung selbst zu regeln**. So wären alle Verfahrensbestimmungen in einer einzigen, verbindlichen Vorschrift zusammengefasst. Diese Kommissionsverordnung würde Teile der Rahmenrichtlinie ersetzen und **verbindliche Fristen** vorsehen, z.B. für die Fertigstellung von Marktanalysen, die Anordnung von regulatorischen Maßnahmen und die Zurücknahme von geplanten Maßnahmen.<sup>21</sup>

Zweitens möchte die Kommission in dieser Verordnung ebenfalls so genannte „**Minimumstandards**“ für das Artikel 7-Verfahren **festschreiben**. Kernpunkt ist die **Pflicht** der nationalen Regulierungsbehörden, der Kommission die **Marktdefinitionen, Marktanalysen und daraus folgenden Maßnahmen als Paket zu melden**.

Die Kommission beanstandet, dass bestimmte Regulierungsbehörden ihren Meldepflichten zwar nachkommen, dies aber in mehreren Phasen tun. Zuerst meldeten sie die Marktdefinition mit oder ohne Marktanalyse und erst danach, in einer zweiten Phase, die vorgeschlagenen Maßnahmen bzw. die Marktanalyse und die vorgeschlagenen Maßnahmen. Die Kommission hält dies für ineffizient und möchte in der Kommissionsverordnung festschreiben, dass die Regulierungsbehörden ihre Marktdefinitionen, Marktanalysen und vorgeschlagenen Maßnahmen als „Paket“ bei der Kommission melden.

Drittens schlägt die Kommission als Maßnahme zur Erleichterung des Verwaltungsaufwands vor, dass nationale Regulierungsbehörden **erst bei substantieller Änderung** des Marktgeschehens **eine erneute Marktanalyse durchführen** müssen. Der bestehende Rechtsrahmen lässt dagegen offen, wann ein Markt erneut analysiert werden muss. Zur weiteren Entlastung der Regulierungsbehörden sehen die Überlegungen der Kommission vor, dass die **Beweislast für eine solche neue Marktanalyse bei den betroffenen Unternehmen** liegen soll. Diese sollen die Regulierungsbehörden von der Notwendigkeit einer überarbeiteten Marktanalyse überzeugen.

---

<sup>20</sup> Gemeint ist die Kommissionsempfehlung 2003/561/EG vom 23. Juli 2003

<sup>21</sup> Siehe dazu: Schreiben von Kommissarin Reding an die European Regulators Group vom 30.11.2006. [http://ec.europa.eu/information\\_society/policy/ecom/doc/info\\_centre/com\\_erg\\_discussion/061130\\_vr\\_letter.pdf](http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/doc/info_centre/com_erg_discussion/061130_vr_letter.pdf)

### 3.2. Veto der Kommission zur Stärkung des Binnenmarktes

Die Kommission ist der Meinung, dass das Verfahren nach Artikel 7 zwar zur Steigerung der Konsistenz der Marktdefinitionen und der Marktanalysen beigetragen hat. Allerdings bestehe laut Kommission immer noch Verbesserungsbedarf bei der Konsistenz der Maßnahmen zur spezifischen Regulierung, die von den Regulierungsbehörden auf Basis der Marktanalysen getroffen werden. Die Kommission kritisiert, dass die Mitgliedstaaten bei identischen Marktproblemen nicht immer die gleichen regulatorischen Maßnahmen getroffen haben.

Als „Beitrag zur Entwicklung des Binnenmarktes“ plädiert die Kommission für eine Ausweitung ihres Vetorechts. Bisher verfügt die **Kommission** lediglich über ein Vetorecht bei bestimmten Entscheidungen der Regulierungsbehörden zur Marktdefinition und zur Marktanalyse (Feststellung des wirksamen Wettbewerbs). In Zukunft **will** sie **auch gegen die konkreten Vorschläge der Regulierungsbehörden zur spezifischen Vorabregulierung ein Veto aussprechen können**. Über die Befugnis, regulatorische Bestimmungen anzuordnen, würde die Kommission allerdings nach wie vor nicht verfügen.

### 3.3. Aufschiebende Wirkung und Einspruchsverfahren

Die bislang gültige Rahmenrichtlinie sieht vor, dass ein Einspruch gegen eine sektorspezifische Regulierung einer Regulierungsbehörde keine aufschiebende Wirkung hat, sofern das Gericht nicht anders entscheidet. Die Kommission kritisiert die lange Dauer vieler Gerichtsverfahren und die Tatsache, dass die Gerichte in bestimmten Mitgliedstaaten routinemäßig eine aufschiebende Wirkung anordnen. Dies gebe bestimmten Unternehmen einen Anreiz, das Einspruchsverfahren als Verzögerungstaktik zu missbrauchen, und verhindere das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes.

Vor diesem Hintergrund möchte die Kommission in der Rahmenrichtlinie festschreiben, dass die **aufschiebende Wirkung erst bei irreparablen Schaden des Berufungsklägers** angeordnet werden kann. Die Kommission erhofft sich davon eine harmonisierte Behandlung der Anträge auf aufschiebende Wirkung und eine Reduzierung des Missbrauchs des Einspruchsverfahrens.

## 4. Strukturelle und funktionale Trennung

Eine besondere Fragestellung der Netzwerkindustrien wie des Telekommunikations- oder des Energiesektors ist der Umgang mit vertikal integrierten Unternehmen. Mit solchen Unternehmen sind Betreiber von Einrichtungen (Telefonnetze, Stromleitungen, etc.) gemeint, die gleichzeitig auch Produkte oder Dienstleistungen an Endkunden anbieten. Die wettbewerblichen Bedenken bestehen darin, dass ein Unternehmen solche Produkte oder Dienstleistungen auf dem Endkundenmarkt nur dann anbieten kann, wenn es Zugang zu den erwähnten Einrichtungen hat. Das vertikal integrierte Unternehmen, das ebenfalls auf dem Endkundenmarkt tätig ist, hat unter Umständen keinen Anreiz, diesen Zugang zu einem marktgerechten Preis zu gewähren.

Die Kommission überlegt im Hinblick auf vertikal integrierte Unternehmen im Energie- und Telekommunikationssektor, ob bei solchen Unternehmen eine Trennung zwischen Infrastruktur und Dienstleistungen hergestellt werden sollte. Zwei Formen der Trennung stehen dabei in der Diskussion.

Bei der ersten handelt es sich um die **strukturelle Trennung**: diese beinhaltet eine verpflichtende eigentumsrechtliche Trennung von Netz und Dienstleistungen.

Die zweite Form der Trennung ist die **funktionale Trennung**. Diese sieht keine eigentumsrechtlichen Eingriffe vor, sondern verlangt von vertikal integrierten Unternehmen die Einrichtung von operationell getrennten Wirtschaftseinheiten. Es muss eine strikte Trennung erfolgen zwischen dem Management des Netzes und dem des Endkundengeschäfts, z.B. durch getrenntes und weisungsunabhängiges Personal. Ziel dieser funktionalen Trennung ist es, allen Anbietern auf Endkundenebene einen diskriminierungsfreien und marktgerechten Zugang zu dem Netz des vertikal integrierten Unternehmens zu garantieren.

Die Kommission argumentiert, dass die strukturelle Trennung vor allem dann interessant sein kann, wenn die Netzwerke noch nicht weit entwickelt sind. Eine nach einer solchen Trennung verpflichtende Zugangsregulierung würde nach Ansicht der Kommission den diskriminierungsfreien Zugang zum Netzwerk garantieren. Der vorgeschriebene, niedrige Zugangspreis würde Sicherheit für den Infrastrukturbetreiber in Form einer niedrigen Rendite über einen langen Zeitraum schaffen.

In der Folgenabschätzung zu ihrer Mitteilung zeigt sich die Kommission allerdings **nicht davon überzeugt, dass die strukturelle Trennung sich für den Telekommunikationssektor eignet**.<sup>22</sup> Sie ist der Meinung, dass die Kosten einer solchen strukturellen Trennung ihren Nutzen übersteigen. Die Trennung von Telekommunikationsinfrastruktur und Betrieb löst nach Ansicht der Kommission viele Probleme nicht. So bleibe auch nach der strukturellen Trennung eine Regulierung der Preise für den Zugang zur „letzten Meile“ notwendig. Zweitens verursache die Trennung von Infrastruktur und Dienstleistungen ein Anreizproblem bei Investitionen in die Netzwerkinfrastruktur. Vor allem in der Telekommunikationsindustrie, die von schnellen technologischen Änderungen geprägt ist, führe dies laut Kommission zu nicht unerheblichen Koordinierungsproblemen.

Die Kommission kommt zu dem Schluss, dass **eine vollständige strukturelle Trennung zwischen Netzinfrastruktur und netzgestützten Dienstleistungen mit den vorhandenen Richtlinien nicht erreichbar** wäre. Unter Umständen könne das Wettbewerbsrecht aber die strukturelle Trennung herbeiführen.<sup>23</sup>

Viviane Reding, EU-Kommissarin für Informationsgesellschaft und Medien, vertritt entgegen diesen ablehnenden Bewertungen die alternative Variante der Trennung zwischen Infrastruktur und Dienstleistung. Sie hat zuletzt in einigen Reden das **Modell der funktionalen Trennung** in den Vordergrund gerückt.<sup>24</sup> Damit zielt Reding weniger auf eine eigentumsrechtliche Trennung als auf eine betriebliche Trennung des

---

<sup>22</sup> Siehe Impact Assessment der Kommission zur Communication by the Commission on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communication networks and services, SEC (2006) 817 vom 28. Juni 2006, Seite 11.

<sup>23</sup> Id.

<sup>24</sup> Siehe u.a.: „Telecommunications Markets in Europe: Growth and Investment need competition“, Speech by Viviane Reding at the 10<sup>th</sup> General Assembly of the Belgian Platform Telecom Operators and Service Providers, Brussels, 21. März 2007



Managements des Netzes von dem der Dienstleistungen, die sich darauf stützen. Eine solche Trennung, so die Kommissarin, „würde den diskriminierungsfreien Netzzugang ermöglichen, ohne dabei die Eigentumsituation an den Netzen zu verändern.“<sup>25</sup> Die Kommissarin scheint zu einer Differenzierung bereit zu sein: „Dort, wo bereits wirksamer Infrastrukturwettbewerb besteht, wird die funktionelle Trennung nicht in Frage kommen.“<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Siehe: Viviane Reding, „Europas Telekommunikationsmarkt vor der Reform des EU-Rechtsrahmens.“, Rede auf der 13. Internationale Handelsblatt Jahrestagung "Telekommarkt Europa" Düsseldorf, SPEECH/07, 12. Juni 2007

<sup>26</sup> Id.

## BEWERTUNG

### 1. Ex-ante-Regulierung aus ordnungspolitischer Sicht

#### 1.1 Einleitende Überlegungen

Bald zehn Jahre nach der Einführung der sektorspezifischen ex-ante-Regulierung des Telekommunikationssektors hat diese nichts von ihrer politischen Anziehungskraft eingebüßt. Auch bei der anstehenden Überarbeitung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation strebt die Europäische Kommission keinen Paradigmenwechsel an. Geht es nach der Kommission, soll sich der **neue EU-Rechtsrahmen** für elektronische Telekommunikation **wie bisher grundlegend** auf die **sektorspezifische Vorabregulierung** stützen. An der Grundphilosophie des bestehenden Rechtsrahmens wird festgehalten: es wird nach wie vor in hohem Maße auf die sektorspezifische ex-ante-Regulierung gesetzt.

**Eine solche sektorspezifische ex-ante-Regulierung bedarf aus ordnungspolitischer Sicht einer konkreten, in sich schlüssigen und überzeugenden Begründung.** Sie greift auf tiefgehende Weise in die unternehmerische Freiheit und in die Marktordnung ein und kann kein Selbstzweck sein. So werden als Folge der Regulierung u.a. Preise von Behörden reguliert statt vom Markt bestimmt. Einzelne Unternehmen werden dazu verpflichtet, ihren Wettbewerbern Zugang zu Teilen ihrer eigenen Infrastruktur zu gewähren, was sie auf freiwilliger Basis kaum machen würden.

Die Europäische Kommission begründet die sektorspezifische Vorabregulierung mit einem Ziel der Wettbewerbspolitik. Nach Ansicht der Kommission soll die Regulierung einen dauerhaften Wettbewerb auf den Endkundenmärkten herstellen und so letztendlich auch Vorteile für die Endkunden herbeiführen.<sup>27</sup> Allerdings ist die ex-ante-Regulierung nach Meinung der Kommission nur als Übergangslösung zu verstehen. Es sei Ziel, so die Kommission, die sektorspezifische Regulierung mit fortschreitendem Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten schrittweise abzubauen.<sup>28</sup>

Aus ordnungspolitischer Sicht ist es geradezu Aufgabe des Gesetzgebers, einen Rechtsrahmen herzustellen, der einen freien Wettbewerb erst ermöglicht und diesen sichert. **Die im Folgenden zu beantwortenden Frage ist damit, ob und unter welchen konkreten Voraussetzungen eine solche Regulierung vertretbar ist.**

#### 1.2 Sektorspezifische Vorabregulierung aus ordnungspolitischer Sicht

Die Voraussetzungen, unter denen das Eingreifen in den Markt mittels hoheitlicher Regulierung empfehlenswert sein kann, sind in der Netzwerkökonomie klar definiert. Die **Theorie der monopolistischen Bottlenecks** liefert die Voraussetzungen, die aus Sicht der Netzwerkökonomie eine Vorabregulierung wegen

---

<sup>27</sup> „The objective of any ex-ante Regulation intervention is ultimately to produce benefits for end users by making retail markets sustainably competitive.“, Vorschlag der Kommissionsempfehlung, SEC (2006) 837, Erwägungsgrund 2

<sup>28</sup> Id. Erwägungsgrund 1

netzwerkspezifischer Marktmacht notwendig und wünschenswert machen. In allen anderen Fällen ist eine Regulierung überflüssig; es genügt die Anwendung des Wettbewerbsrechts.

Als Ausgangspunkt der Theorie der monopolistischen Bottlenecks dient das Konzept der „Marktzutrittschranken“, wie es bereits 1968 von Stigler definiert wurde.<sup>29</sup>

Stigler definiert Marktzutrittschranken als Produktionskosten, die bei einem neuen Anbieter im Markt anfallen, nicht aber bei einem bereits etablierten Wettbewerber. Solche Marktzutrittschranken sind ein Anzeichen dafür, dass eine netzwerkspezifische Marktmacht vorliegen kann. Skaleneffekte (Kosteneinsparungen durch eine höhere Produktion) oder die Notwendigkeit eines hohen Startkapitals gelten demnach nicht als Marktzutrittschranken. Marktneulinge und bestehende Anbieter sind hier nämlich gleichermaßen betroffen.

Fortbauend auf dem Konzept Stiglers ist nach der Theorie der monopolistischen Bottlenecks die **Vorabregulierung einer Netzeinrichtung nur dann zulässig, wenn diese Einrichtung für die Bereitstellung von Produkten oder Dienstleistungen an die Endkunden unabdingbar ist und weder aktive noch potentielle Alternativen zu der Einrichtung vorhanden sind.**<sup>30</sup>

Damit ist zum einen gemeint, dass keine zweite, vergleichbare Einrichtung besteht. Dies ist der Fall bei natürlichen Monopolen, bei denen Subadditivität der Kosten vorliegt. Das bedeutet, dass sinkende Durchschnittskosten oder steigende Skalenerträge dazu führen, dass ein Produkt kostengünstiger angeboten werden kann, wenn es nur von einem Anbieter statt von mehreren angeboten wird. Bestehen Alternativen („Substitute“) zu einer Einrichtung, die es einem Anbieter ermöglichen, die Endkunden auf andere Weise zu erreichen, dann kann von einer Marktmacht nicht die Rede sein. Der Wettbewerb zwischen diesen Einrichtungen verhindert dabei, dass Anbieter Monopolpreise verlangen können. Daher besteht kein Bedarf, mittels einer Vorabregulierung den Wettbewerb herbeizuführen.

Als Begründung für eine Vorabregulierung reicht ein natürliches Monopol aber nicht. Das „Konzept der bestreitbaren Märkte“<sup>31</sup> legt dar, dass eine Regulierung auch bei Vorliegen eines natürlichen Monopols erst dann notwendig und vertretbar ist, wenn nicht glaubhaft mit dem Aufbau einer alternativen Einrichtung „gedroht“ werden kann. Wäre eine solche Drohung glaubhaft, bräuchte es keine Regulierung: der natürliche Monopolist kann dann nämlich keine Monopolpreise verlangen, ohne das Eintreten eines zweiten, billigeren Anbieters in den Markt fürchten zu müssen. Eine Regulierung wäre in diesem Fall demnach nicht notwendig, denn die Drohung neuer Markteintritte zwingt den natürlichen Monopolisten zu einem marktgerechten Verhalten. Die Regulierung hätte nur negative Folgen: sie verursacht Bürokratiekosten und verzerrt Investitionsanreize.

---

<sup>29</sup> Stigler (1968) *The Organization of Industry*, Irwin, Homewood, Illinois

<sup>30</sup> Für eine ausführliche Beschreibung dieser Theorie, siehe: G. Knieps, G. Brunekreeft, (Hrsg.), *Zwischen Regulierung und Wettbewerb – Netzsektoren in Deutschland*, Physica-Verlag, Heidelberg, 2000

<sup>31</sup> Siehe dazu in Detail: Baumol, Panzar und Willig, *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*, 1982

Die Drohung neuer Markteintritte ist allerdings dann nicht glaubhaft, wenn Marktzutrittsschranken nach Stiglers Definition vorliegen. Mit Markteintritten neuer Anbieter ist vor allem dann nicht zu rechnen, wenn sie mit hohen irreversiblen Kosten (so genannte sunk costs) verbunden sind. Dies ist der Fall, wenn für die Bestandteile einer Einrichtung keine andere Verwendung bestehen. Erst die Kombination aus einem natürlichen Monopol (kein aktiver Wettbewerb) und hohen irreversiblen Kosten (kein potentieller Wettbewerb) führt zu einer stabilen, netzwerkspezifischen Marktmacht und rechtfertigt eine Regulierung. In diesem Fall führt die Abwesenheit von Regulierung dazu, dass ein Anbieter dauerhaft Monopolpreise verlangen kann, ohne den Wettbewerb mit neu einsteigenden Anbietern befürchten zu müssen.

**Aus ordnungspolitischer Sicht kann eine sektorspezifische Vorabregulierung also nur bei Vorliegen eines natürlichen Monopols in Kombination mit irreversiblen Kosten gerechtfertigt werden.** Wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, ist eine Regulierung überflüssig und sogar nachteilig: Ohne natürliches Monopol in Kombination mit irreversiblen Kosten wird ein ineffizienter Anbieter – unabhängig von Marktmacht oder Marktanteil – ohnehin nicht dauerhaft am Markt bestehen oder Monopolpreise verlangen können.

### 1.3 „Drei-Kriterien-Test“ statt Theorie der monopolistischen Bottlenecks

Der europäische Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation unterwirft einen Netzwerksektor, der für die europäischen Volkswirtschaften von großer Bedeutung ist, einer Vorabregulierung. Das Ziel der Regulierung, den nachhaltigen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten herzustellen und zu sichern, ist dabei unterstützenswert. Allerdings muss die Frage gestellt werden, ob das eingesetzte Mittel (die Vorabregulierung) notwendig ist und auch tatsächlich zum angestrebten Ziel (nachhaltiger Wettbewerb) führt. Bei der Regulierung können nämlich zwei Fehler gemacht werden, die beide zu volkswirtschaftlichen Kosten führen:

1. Fehler Typ I: Es wird reguliert, obwohl keine Notwendigkeit vorliegt. Der Wettbewerb würde auch ohne Regulierung funktionieren und wird von der unnötigen Regulierung verzerrt.
2. Fehler Typ II: Es wird nicht reguliert, obwohl Regulierungsnotwendigkeit besteht (z.B.: wegen netzwerkspezifischer Marktmacht). Es herrscht kein nachhaltiger Wettbewerb, so dass die Preise überhöht sind.

Zur Vermeidung solcher Kosten ist es **von essentieller Bedeutung, dass der europäische Rechtsrahmen Kriterien enthält, die eine Regulierung immer – aber auch nur dann – vorsehen, wenn sie notwendig ist. Gerade in diesem Punkt weist der Rechtsrahmen große Schwächen auf, die die Kommission auch in ihren Vorschlägen zur Überarbeitung des Rechtsrahmens nicht beseitigt.** Bei der Rechtfertigung sektorspezifischer Vorabregulierung wendet die Kommission statt dem Konzept der netzwerkspezifischen Marktmacht den so genannten „Drei-Kriterien-Test“ an.<sup>32</sup> Dieser Drei-Kriterien-Test entscheidet darüber, ob ein Markt reguliert wird, und ist daher von besonderer Bedeutung. **In seiner momentanen Anwendung**

---

<sup>32</sup> Siehe die Erläuterungen dazu auf Seite 3.

**kann der Drei-Kriterien-Test aus den folgenden drei Gründen nicht als Rechtfertigung für eine Regulierung gelten:**

- (1) dem Test fehlt einer belastbaren theoretischen und wissenschaftlich fundierten Grundlage,**
- (2) der Test wird nicht auf ökonomisch belastbare Weise durchgeführt und**
- (3) der Test wird nicht auf jeden einzelnen nationalen Markt angewandt.**

(1) Erstens **fehlt es dem Test an einer belastbaren theoretischen und wissenschaftlich fundierten Grundlage**. Zwar greift er bestimmte Elemente der Theorie der monopolistischen Bottlenecks auf. Allerdings **lässt er durch Ungenauigkeiten soviel Spielraum zu**, dass auch eine aus nicht-ökonomischen Gründen angestrebte Regulierung „begründet“ werden kann.

Um eine solche Überregulierung zu vermeiden, muss der Test präzisiert und an die Theorie der monopolistischen Bottlenecks angeglichen werden. Es muss u.a. geklärt werden, unter welchen Umständen der Test auf neue Märkte angewandt wird und was im Test mit „Zugangshindernissen“ gemeint ist.

Die Kommission ist der Meinung, dass neue Märkte so neu und volatil sind, dass die Durchführung des Drei-Kriterien-Tests für diese Märkte nicht möglich ist. Damit lässt die Kommission im Ergebnis die Frage unbeantwortet, ob, wie und wann solche Märkte reguliert werden. Angesichts der Wichtigkeit dieser Märkte sollte die Kommission diese Regulierungsunsicherheit beseitigen, indem sie den Begriff des neuen Marktes klar definiert und ein schlüssiges Konzept dafür vorlegt, unter welchen Umständen diese Märkte reguliert werden sollen.

Bei den Zugangshindernissen erwähnt die Kommission rechtliche Hindernisse und strukturelle Hindernisse als Folge von Netzwerkexternalitäten oder Größeneffekten. Damit weicht die Kommission von der Theorie der monopolistischen Bottlenecks ab und nährt Zweifel darüber, wie sie diese Markteintrittshindernisse definiert. Die Äußerungen der Kommission sind dabei widersprüchlich. Zum einen erkennt sie zwar die disziplinierende Wirkung durch den potentiellen Wettbewerb von noch nicht vorhandenen Anbietern an. Zum anderen schreibt sie aber vor, dass nationale Regulierungsbehörden die Anwesenheit von Zugangshindernissen dadurch prüfen sollten, ob in der Vergangenheit häufige und erfolgreiche Markteintritte auch tatsächlich stattgefunden haben und ob diese in der Zukunft ausreichend zeitnah und anhaltend sein werden.<sup>33</sup>

Die **Kommission ermöglicht** damit **einen politisch motivierten Interventionismus** bei der konkreten Durchführung des Drei-Kriterien-Tests und damit **bei der Entscheidung über die Regulierung eines Marktes**. Die Kommission missachtet, dass die Frage, ob häufige und erfolgreiche Markteintritte stattgefunden haben oder zu erwarten sind, für den Regulierungsbedarf unerheblich ist. Auch die glaubhafte Drohung potentieller Wettbewerber kann ein marktbeherrschendes Unternehmen zum marktgerechten Verhalten zwingen. In diesem Fall besteht kein Regulierungsbedarf, auch wenn keine Markteintritte stattgefunden haben.

---

<sup>33</sup> Draft Commission Recommendation SEC(2006) 837 vom 28. Juni 2006, Erwägungsgrund 9

(2) Zweitens ist ein Test nur dann sinnvoll, wenn er auch auf sinnvolle Weise durchgeführt wird. Dafür **bedarf es einer ökonomisch belastbaren Durchführung des Tests**. Eine solche ökonomische Analyse, die einer genauen Prüfung standhalten könnte, hat die Kommission bisher nicht vorgelegt.

(3) Drittens ist die **Anwendung des Tests durch die Kommission auf einen „europäischen Durchschnittsmarkt“ statt auf jeden einzelnen nationalen Markt höchst problematisch**. Als ernsthafte Begründung für eine solche tiefgehende Regulierung wie die sektorspezifische Vorabregulierung kann dies nicht reichen. Es ist angesichts der großen Unterschiede in den Strukturen der jeweiligen nationalen Telekommunikationsmärkte von essentieller Bedeutung, dass eine Regulierung nur dann, und in jeden Fall dann, greift, wenn die Anwendung des Tests auf dem *nationalen* Markt die Notwendigkeit der Regulierung bestätigt.

Das aktive und tiefgehende Eingreifen in den Markt bedarf immer wieder einer speziellen Begründung, die auf Basis genau festgelegter Kriterien stattfinden muss. Aus den drei benannten Gründen liefert der Drei-Kriterien-Test eine solche Begründung nicht.

#### **Der Test kann nicht sicherstellen, dass das korrekte Ausmaß an Regulierung getroffen wird.**

Ein Übermaß an Regulierung (Fehler des Typ I) birgt dabei zusätzlich zu den damit verbundenen Effizienzverlusten die Gefahr der Verfestigung der Regulierung. Wird nämlich ohne Notwendigkeit reguliert, ist nicht auszuschließen, dass gerade diese Regulierung den Marktteilnehmern den Anreiz nimmt, Investitionen (z.B. in alternative Einrichtungen) zu tätigen. Die Regulierung verhindert demnach, dass der Markt von sich aus zu mehr Wettbewerb tendiert und schreibt sich damit automatisch fort. Bei jeder Überprüfung wird die Tatsache, dass nicht in alternative Einrichtungen investiert wird, als Beleg für vorliegende Markteintrittshindernisse gewertet. Dass es erst die Regulierung ist, die solche Investitionen verhindert, wird nicht beachtet. Auch kann der Test Fehler des Typ II (unzureichende Regulierung) nicht verhindern.

Allerdings macht eine Analyse der geplanten institutionellen Änderungen, die im folgenden Abschnitt behandelt werden, deutlich, dass vor allem eine **Überregulierung zu befürchten** ist. Die Gefahr der Überregulierung gilt allerdings umso mehr, da zu beachten ist, dass der Telekommunikationssektor auch ohne sektorspezifische Vorabregulierung dem Wettbewerbsrecht unterworfen ist.

Das Wettbewerbsrecht prüft dabei, ob der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Es unterscheidet sich fundamental von der sektorspezifischen Vorabregulierung: Erstens findet das Wettbewerbsrecht auf (fast) allen Wirtschaftssektoren Anwendung und ist damit nicht sektorspezifisch. Zweitens unternimmt es, anders als die Vorabregulierung, nicht den Versuch, das Funktionieren der Märkte vorherzusagen. Preis, Nachfrage, Angebot oder sonstige Tendenzen auf den Märkten werden bei der Anwendung des Wettbewerbsrechts nicht von Behörden prognostiziert, sondern im Nachhinein (ex post) zur Beurteilung der Frage herangezogen, ob ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt. Über seine abschreckende Wirkung ist das Wettbewerbsrecht bereits in der Lage, einen solchen Missbrauch ex ante zu verhindern.

**Fazit:** Eine sektorspezifische Vorabregulierung kann nicht der Regelfall sein und bedarf daher eine besondere Begründung. Der Drei-Kriterien-Test weist erhebliche operationelle Defizite auf und kann daher keine ausreichende Begründung für eine Regulierung liefern.

## 2. Institutionelle Fragen

In ihrer Mitteilung über die Überprüfung des EU-Telekommunikationsrechtsrahmens hat die Kommission einige institutionelle Änderungen des Rechtsrahmens vorgeschlagen und sich dabei vor allem zu der zukünftigen Ausgestaltung des Artikel-7-Verfahrens geäußert.<sup>34</sup> Diese Vorschläge werden im Folgenden analysiert.

### 2.1 Grundsätzliche Überlegungen

Grundsätzlich ist bei den Vorschlägen der Kommission zur Überarbeitung der Rechtsrahmens und den darin enthaltenen Vorschlägen zu Verfahrensänderungen die **institutionelle Doppelrolle der Kommission** zu bedenken. Gemäß EG-Vertrag verfügt die Kommission im Gesetzgebungsverfahren weitgehend über ein alleiniges Initiativrecht und spielt damit eine entscheidende Rolle. Zugleich ist die Kommission von den von ihr selbst vorgeschlagenen Rechtsakten direkt betroffen, in dem diese ihren Einfluss erhöhen. Zwar schreibt der EG-Vertrag der Kommission vor, dass sie ihre Tätigkeit „zum allgemeinen Wohl der Gemeinschaften“ ausüben muss.<sup>35</sup> Allerdings dürfte Niskanens Theorie der Bürokratie<sup>36</sup> – wonach jede Behörde ihren Einfluss zu steigern versucht – auch auf die Kommission Anwendung finden. Die Doppelrolle der Kommission als Initiator einer Regulierung und zugleich als deren Nutznießer **lässt folglich vermuten, dass es der Kommission** bei ihren Vorschlägen zur Überarbeitung der Telekommunikationsrechtsrahmens **nicht nur um das „allgemeine Wohl der Gemeinschaften“, sondern auch um die Stärkung ihrer eigenen Kompetenzen geht.** Vor diesem Hintergrund ist eine kritische Analyse der institutionellen Fragen des Rechtsrahmens besonders angebracht.

### 2.2 Änderungen im Artikel 7-Verfahren

(1) Die Kommission schlägt vor, im Rahmen der Überarbeitung des Rechtsrahmens auch das Verfahren nach Artikel 7 der Rahmenrichtlinie „zu vereinfachen“. **Bei der Notifizierung von Märkten, auf denen bereits in der Vergangenheit Wettbewerb festgestellt wurde, sowie bei geringfügigen Änderungen von bestehenden Regulierungsmaßnahmen sollen die nationalen Regulierungsbehörden ein vereinfachtes Verfahren anwenden können.**

Das Argument der Kommission, es handele sich hierbei um die Senkung von Bürokratiekosten, mag zwar zutreffen, allerdings fällt die Senkung vor allem **bei den Regulierungsbehörden und nicht bei den betroffenen Unternehmen an.**

---

<sup>34</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung des EU-Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. COM (2006) 334 endgültig vom 29. Juni 2006

<sup>35</sup> Art. 213 Abs. 2 EGV

<sup>36</sup> Niskanen, William (1971) *Bureaucracy and Representative Government*. Chicago: Aldine-Atherton

Zweitens muss bedacht werden, dass als Begleiterscheinung des vereinfachten Verfahrens bei geringfügigen Änderungen von bestehenden Regulierungsmaßnahmen, die Regulierungsbehörden die bestehende Regulierung **mit weniger Aufwand und Kosten weiterschreiben** können. Da eine klare Definition für „geringfügige Änderungen“ fehlt, ist zu befürchten, dass die Hürden für weitere Regulierung im Ergebnis gesenkt werden. **Dies ist deshalb problematisch, weil es die negativen Folgen des Drei-Kriterien-Test verstärkt.** Nicht nur kann dieser Test keine ausreichende Begründung für eine Regulierung liefern, sondern die Kommission vereinfacht es mit den vorgeschlagenen Änderungen, dass die bereits getroffene Regulierung weiterhin in Kraft bleiben.

(2) Noch deutlicher wird dies beim Vorschlag der Kommission, die nationalen Regulierungsbehörden **erst bei substantiellen Änderungen im Markt – die die betroffenen Unternehmen nachzuweisen hätten – eine erneute Marktanalyse durchführen zu lassen.** Dieser Vorschlag legt ein ordnungspolitisch unzulässiges Handeln offen und stellt eine unzulässige Beweislastumkehr dar. Der Gesetzgeber muss die Notwendigkeit einer Regulierung nachweisen, und nicht der Betroffene die Notwendigkeit ihrer Aufhebung. **Das Verlagern der Kosten einer Aufhebung der Regulierung auf die Unternehmen kann nicht akzeptiert werden.** Es ist eindeutig eine Aufgabe des hoheitlichen Regulierers, die von ihm veranlasste Regulierung zu verantworten und ihre weitere Notwendigkeit ständig zu überprüfen.

#### **Fazit:**

Die beiden Vorschläge der Kommission führen zu einer Entlastung der nationalen Regulierungsbehörden beim Notifizierungsverfahren und bei der Durchführung neuer Marktanalysen. Damit wird die bestehende Regulierung in der Tendenz verfestigt. Dies ist insoweit problematisch, als die Regulierung Ergebnis des unzureichenden Drei-Kriterien-Tests ist. Auch ist nicht auszuschließen, dass die Kommission, als Co-Regulierer durch die Stärkung der Regulierung eigene Interessen verfolgt.

(3) Als weiteres Indiz solcher Beweggründe muss auch der Vorschlag der Kommission gewertet werden, das Artikel 7-Verfahren so zu ändern, dass die nationalen Regulierungsbehörden der Kommission ihre Marktdefinitionen und -analysen sowie die daraus folgenden Regulierungsmaßnahmen als Paket melden sollen. Die Kommission argumentiert, damit **werden „Minimumstandards“ für das Notifizierungsverfahren eingeführt und die Konsistenz der getroffenen Maßnahmen verbessert. Im Ergebnis dürften diese „Minimumstandards“ der Kommission die Möglichkeit verschaffen, ihre Vetorechte auszuweiten.**

Dadurch wird es ihr im Ergebnis ermöglicht, ihr bereits bestehendes Vetorecht bei der Marktabgrenzung und der Entscheidung über Marktmacht auch auf die Regulierungsmaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden faktisch auszuweiten. Obwohl sie nicht über ein Veto gegen Regulierungsmaßnahmen verfügt, könnte die Kommission eine von ihr nicht befürwortete nationale Regulierungsmaßnahme verhindern, indem sie ihr Veto gegen die – im Paket ebenso enthaltene – Marktabgrenzung ausspricht.



Zwar könnte der Vorschlag der Kommission die Notifizierungsverfahren beschleunigen. Auf inhaltlicher Ebene sprechen zwei Argumente gegen diesen institutionellen Vorschlag der Kommission. Erstens verfügt die Kommission bereits jetzt über die Möglichkeit, mittels Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV gegen mitgliedstaatliche Maßnahmen vorzugehen, die sie für unzulässig hält. Als Hüterin der Verträge gehört ein solches Vorgehen sogar zur Pflicht der Kommission.<sup>37</sup> Dass sie von dieser Möglichkeit auch Gebrauch macht, hat sie zuletzt in der VDSL-Debatte mit Deutschland gezeigt.

Zweitens besteht die Gefahr, dass die Kommission „Konsistenz“ mit „Harmonisierung“ verwechselt und ihr Vetorecht zur Harmonisierung der unterschiedlichen nationalen regulatorischen Maßnahmen einsetzt. Einheitliche regulatorische Maßnahmen in den 27 unterschiedlichen Telekommunikationsmärkten können schon wegen den unterschiedlichen Marktconstellationen und spezifischen nationalen Gegebenheiten nicht anstrebenswert sein.<sup>38</sup> Diese Unterschiede negiert die Kommission, indem sie dem Drei-Kriterien-Test lediglich einen europäischen „Durchschnittsmarkt“ zugrunde liegt.

(4) Auch der Vorschlag der Kommission, dass sie dazu ermächtigt wird, die Verfahrensfragen aus Artikel 7 in Zukunft in einer verbindlichen Kommissionsverordnung zu regeln, ist als Versuch zur Erweiterung ihrer Kompetenzen zu werten. Tatsächlich sieht die Kommission nur zwei Möglichkeiten, um eine „konsistentere Anwendung des Regulierungsrahmens“ sicherzustellen: eine **Ausweitung der Kompetenzen der Kommission** oder die **Schaffung einer Europäischen Regulierungsbehörde**.<sup>39</sup>

Wie aus einem Schreiben von Kommissarin Reding vom 30.11.2006 an die European Regulators Group hervorgeht, plant die Kommission die Erweiterung ihrer Kompetenzen bis hin zu dem Recht, von den nationalen Regulierungsbehörden zu verlangen, innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens Marktanalysen durchzuführen und regulatorische Maßnahmen anzuordnen. Als Folge dessen ist mit mehr Regulierung, nicht mit weniger zu rechnen. Die vorgesehene Möglichkeit für die Regulierungsbehörden, auf eine Marktanalyse (und damit auf die ex-ante-Regulierung) zu verzichten, wenn sie der Meinung sind, dass der Drei-Kriterien-Test in einer bestimmten Situation nicht erfüllt ist, wäre damit wirkungslos.<sup>40</sup>

Es besteht dabei die Gefahr, dass die nationalen Regulierungsbehörden zu ausführenden Agenturen der Kommission werden, obwohl die Fachkompetenz über nationale Märkte eher bei den nationalen Regulierungsbehörden als bei der Kommission vorhanden ist.

Der Versuch der Zentralisierung der Regulierung wird deutlich im Bestreben der Kommission, die von ihr eingesetzte „European Regulators Group“ (ERG), die sich aus den nationalen Regulierungsbehörden zusammensetzt, zu einem föderalen System von Regulierungsbehörden nach Vorbild des Europäischen Systems der Zentralbanken (ESZB) umzuformen.<sup>41</sup> Die ERG verfügt über ein permanentes Sekretariat bei der Kommission in Brüssel.

---

<sup>37</sup> Art. 211 EGV

<sup>38</sup> So sind z.B. die Telekommunikationsmärkte der neuen EU-Mitgliedstaaten nicht mit den der alten EU-Länder vergleichbar: es bestehen strukturelle Unterschiede bezüglich der Substitution zwischen Festnetztelefonie und Mobilfunk.

<sup>39</sup> Siehe dazu: SPEECH/07/86: Rede von Vivianne Reding: „Towards a true internal market for Europe’s telecom industry and consumers – the regulatory challenges ahead“ vom 15. Februar 2007

<sup>40</sup> Id.

<sup>41</sup> Siehe dazu: Joint Statement by Vivianne Reding, EU Telecom and Media Commissioner and Robert Viola, Chairman of the European Regulators Group (ERG) after their meeting on 27 February 2007 on the forthcoming reform of the EU’s Regulatory Framework for electronic communications, MEMO/07/87

### 2.3 Vetorecht der Kommission

Neben dem oben erwähnten Bestreben der Kommission, „Paketmeldungen“ aus Marktdefinitionen, -analysen und Regulierungsmaßnahmen zu verlangen – und damit das bestehendes Vetorecht faktisch auch auf Regulierungsmaßnahmen der Regulierungsbehörden auszuweiten – schlägt die Kommission im Rahmen ihrer „Konsolidierungsbemühungen beim Binnenmarkt“ vor, dass sie ein **Vetorecht gegen die von den nationalen Regulierungsbehörden vorgeschlagenen Regulierungsmaßnahmen** bekommt. Ohne ein solches Vetorecht sieht die Kommission die EU-weite Konsistenz der getroffenen regulatorischen Maßnahmen nicht gewährleistet. Die Ausweitung des Vetorechts würde es der Kommission ermöglichen, nationale Regulierungsmaßnahmen zu blockieren und zu verhindern, dass Mitgliedstaaten bei vergleichbaren Marktsituationen unterschiedliche Regulierungsmaßnahmen ergreifen. Die Kommission ist der Meinung, dass dies das Funktionieren des Binnenmarktes beeinträchtigt.

Ein solches Vetorecht für die Kommission ist aus sechs Gründen nicht angebracht.

Erstens ist das Vetorecht **unnötig**. Wenn die Kommission zu der Auffassung gelangt, dass die Regulierungsmaßnahme einer nationalen Regulierungsbehörde den Binnenmarkt beeinträchtigt und dem Ergebnis der vorangegangenen Marktanalyse nicht gerecht wird, steht es ihr frei, über die Art. 226-228 EGV ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den betroffenen Mitgliedstaat anzustrengen.

Zweitens steht die Konzentration der Entscheidungskompetenz bei der Kommission **nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip im Einklang**. Die nationalen Regulierungsbehörden, deren Unabhängigkeit in Art. 3 der Rahmenrichtlinie festgeschrieben ist, verfügen über weit reichende Kenntnisse der Besonderheiten der nationalen Telekommunikationsmärkte und dürften besser als die Kommission in der Lage sein, mit (unterschiedlichen) Regulierungsmaßnahmen auf die Ergebnisse der Marktanalyse einzugehen.

Drittens droht ein ausgeweitetes Vetorecht der Kommission zu einem **ordnungspolitisch nicht vertretbaren Ausmaß an Regulierung** zu führen. Die Kommission hat in ihren Vorschlägen zur Überarbeitung des Rechtsrahmens wenig Interesse dafür gezeigt, für die Prüfung der Regulierungsnotwendigkeit ein klares und belastbares Konzept vorzuschlagen. Daher kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Kommission – im Interesse der Ausdehnung ihres eigenen Einflusses – die Ausweitung ihrer Vetorechte tendenziell dafür einsetzen wird, den Abbau überflüssig gewordener Regulierung zu verhindern.

Viertens ist eine EU-weite **Angleichung der Regulierungsmaßnahmen** – als erwartungsgemäße Folge des Kommissionsvetos – **nicht erstrebenswert**. Die Unterschiede auf den nationalen Telekommunikationsmärkten erfordern unterschiedliche Maßnahmen. Aus ordnungspolitischer Sicht und zur Vermeidung von Verzerrungen des Binnenmarktes ist lediglich wichtig, dass die Maßnahmen nach einheitlichen Regeln und Prinzipien getroffen werden, und nicht, dass sämtliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten identisch sind.

Fünftens entsteht gerade durch unterschiedliche Maßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden zwischen diesen ein **Wettbewerb** um das beste Regulierungskonzept. Diese Dynamik geht verloren, wenn die Kommission mit einem Vetorecht verhindert, dass Maßnahmen verabschiedet werden, die nicht ihrem Konzept entsprechen.

Sechstens steht die Ausweitung des Vetorechts der Kommission im Widerspruch zu ihrem Bemühen, das Artikel 7-Verfahren zu vereinfachen. Als Folge mehrfacher Ausübung ihres Vetorechts wäre **mit langwierigen Artikel 7-Verfahren zu rechnen**, da der Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörden weitgehend beseitigt würde.

#### 2.4 Aufschiebende Wirkung

Das Vorhaben der Kommission, den Missbrauch des Einspruchsverfahrens zu verhindern, ist zwar begrüßenswert, die konkrete Ausgestaltung begegnet jedoch erheblichen Bedenken.

**Die Kommission** beklagt, dass die nationalen Gerichte regelmäßig von der Möglichkeit Gebrauch machen, bei Einspruchsverfahren gegen eine sektorspezifische Regulierung eine aufschiebende Wirkung anzuordnen. Sie **schlägt vor, dass die aufschiebende Wirkung nur noch im Falle eines drohenden irreparablen Schadens des Klägers angeordnet werden darf**. Eine entsprechende Regelung müsste in die Rahmenrichtlinie aufgenommen werden.

**Die Aufnahme einer solchen Bestimmung wäre aber rechtswidrig**, ungeachtet der Frage, welcher Art die angegriffene Regulierungsverfügung ist.

Handelt es sich um eine Verfügung, die ausschließlich der Durchsetzung nationalen Rechts dient, dann verstößt der Vorschlag der Kommission gegen den Grundsatz der institutionellen und Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten. Der EuGH hat festgestellt, „dass die Bestimmung der zuständigen Gerichte und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung auf diesem Gebiet Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten ist“<sup>42</sup>. Wenn aber die Ausgestaltung der innerstaatlichen Rechtsordnung sogar in Fällen des Schutzes vor der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts einer EU-weiten Regulierung entzogen ist, dann kann für den Schutz in rein nationalen Verfahren nichts anderes gelten.

Ähnliches gilt für den Fall, dass es sich um eine Verfügung handelt, die der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts dient. Zwar entspricht es der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass der Grundsatz der institutionellen und Verfahrensautonomie in diesem Fall gewissen Einschränkungen unterliegt und nicht dazu führen darf, dass die gerichtlichen Verfahren „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsordnung verliehenen Rechte [...] praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren“<sup>43</sup>. Der Gerichtshof nennt als Voraussetzung für eine Aussetzung der Vollziehung eines auf einer Gemeinschaftsverordnung beruhenden nationalen Verwaltungsakts neben anderen auch die von der Kommission erhobene Forderung, dass dem Kläger ein schwerer, nicht wieder gutzumachender Schaden drohen müsse<sup>44</sup>. Gleichwohl ginge es zu weit, aus der richterrechtlich geprägten Beschränkung des Grundsatzes der institutionellen und Verfahrensautonomie eine Rechtsetzungscompetenz der EU in diesem Bereich abzuleiten. Zudem verstieße eine entsprechende Bestimmung gegen das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Danach „sollte bei Maßnahmen der Gemeinschaft so viel Raum für nationale Entscheidungen bleiben, wie dies im Einklang mit dem Ziel der Maßnahme und den Anforderungen des Vertrags möglich ist. Unter Einhaltung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sollten bewährte nationale

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-312/93, Rn. 12

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-312/93, Rn. 12

<sup>44</sup> EuGH, verbundene Rs. C-143/88 und C-92/89, Rn. 33

Regelungen sowie Struktur und Funktionsweise der Rechtssysteme der Mitgliedstaaten geachtet werden“.<sup>45</sup> Da die nationalen Gerichte an die Rechtsprechung des EuGH gebunden sind, bedarf es insoweit ohnehin keiner ausdrücklichen Bestimmung dieser Voraussetzung innerhalb des Rechtsrahmens. Die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in eine Richtlinie ist deshalb nicht erforderlich und verstieße damit gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

### 3. Strukturelle und Funktionale Trennung von Infrastruktur und Dienstleistungen

Es ist zu begrüßen, dass die Kommission in ihrer Folgenabschätzung zur Mitteilung die eigentumsrechtliche (strukturelle) Trennung als ungeeignet für den Telekommunikationssektor ablehnt.

Eine hoheitlich herbeigeführte eigentumsrechtliche Trennung von Infrastruktur und Dienstleistungen wäre ein schwerwiegender Eingriff in das Eigentumsrecht vertikal integrierter Unternehmen. Wäre ein solcher Eingriff eine Voraussetzung dafür, dauerhaften Wettbewerb überhaupt zu ermöglichen, entstünde aus ordnungspolitischer Sicht ein Zielkonflikt. Es wäre in einem solchen Fall abzuwägen, welches Ziel schwerwiegender wäre: die Wahrung der **Eigentumsrechte** der Infrastrukturinhaber oder die **Herstellung eines Wettbewerbs** gerade durch diese strukturelle Trennung zum Nutzen der Volkswirtschaft. Diese Debatte wäre nicht nur unter ökonomischen Aspekten zu führen. Denn die Trennung von Infrastruktur und Dienstleistungen würde den grundrechtlich geschützten Bereich des Eigentums erheblich tangieren.

Auch aus anderen Gründen bestehen erhebliche Bedenken gegen die Anwendung der strukturellen Trennung bei der Überarbeitung des Telekommunikationsrechtsrahmens.

Erstens ist der **Nutzen einer strukturellen Trennung umstritten**. Auch die OECD äußert Zweifel daran, dass die Nutzen einer strukturellen Trennung im Bereich der „letzten Meile“ die Kosten übersteigen.<sup>46</sup>

Zweitens wäre eine strukturelle Trennung eine dauerhafte, **irreversible Regulierungsmaßnahme**, die **mit dem vorübergehenden Charakter der sektorspezifischen Vorabregulierung** des Telekommunikationssektors **unvereinbar** ist. Nach Aussage der Kommission wären, *„wenn ein wettbewerbsorientierter Markt einmal effektiv besteht, (...) viele dieser Bestimmungen nicht mehr erforderlich, so dass hauptsächlich auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags zurückgegriffen werden kann.“*<sup>47</sup> Die eigentumsrechtliche Trennung zwischen Infrastruktur und Dienstleistungen könnte beim Erreichen eines solchen Marktes jedoch nicht rückgängig gemacht werden.

Drittens kann der **Wettbewerb auch ohne** diesen schwerwiegenden **Eingriff in das Eigentumsrecht** erreicht werden. So sieht die bestehende Zugangsrichtlinie vor, dass Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht u.a. dazu gezwungen werden können, „Dritten den Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/oder -einrichtungen, einschließlich des entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss, zu gewähren.“<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit Ziff. 7 des Protokolls

<sup>46</sup> „The Benefits and costs of Structural Separation of the Local Loop“, OECD Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, DSTI/ICCP/TISP(2002)13/FINAL, 3. November 2007

<sup>47</sup> Siehe die Ausführungen auf Seite 3

<sup>48</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), Art. 12 i.V.m. Art. 8.

Damit ermöglicht die Zugangsrichtlinie, was das Wettbewerbsrecht in Abwesenheit einer solchen Richtlinie zumindest im Bereich der „essential facilities“, also der unverzichtbaren Geschäftsressourcen, auch erreichen könnte: Sämtliche Endkunden der Anbieter sind zu einem kostenorientierten Preis erreichbar. Der Wettbewerb kann damit auch ohne schwerwiegenden und unumkehrbaren Eingriff in das Eigentumsrecht hergestellt werden, sowohl **durch eine Zugangsrichtlinie als auch durch das Wettbewerbsrecht**.

Voraussetzungen für einen durch das Wettbewerbsrecht erzwungenen Netzzugang, insbesondere zur „letzten Meile“, wäre nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>49</sup> und auch nach Ansicht der Kommission<sup>50</sup>, dass

- der Zugang zu der Geschäftsressource, insbesondere der letzten Meile, unentbehrlich ist für die Tätigkeit des den Zugang begehrenden Unternehmens,
- die Verweigerung des Zugangs geeignet ist, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt zu unterbinden,
- aus betriebswirtschaftlicher Sicht keine Alternative genutzt oder geschaffen werden kann und
- eine Verweigerung des Zugriffs nicht objektiv gerechtfertigt ist.

Damit stehen mit einer Zugangsrichtlinie und dem Wettbewerbsrecht zwei Möglichkeiten zur Auswahl, die beide zur Zielerreichung geeignet sind und die beide einen weniger gravierenden Eingriff in das Eigentumsrecht darstellen als eine strukturelle Trennung von Netz und Betrieb.

Aus diesen drei Gründen ist die **eigentumsrechtliche Trennung** von Infrastruktur und Dienstleistung **ein ungeeigneter und unverhältnismäßiger Eingriff**. Die **Ablehnung** dieser Maßnahme **durch die Kommission ist begrüßenswert**.

Auch die von Kommissarin Reding vorgeschlagene **funktionale Trennung** ist **unverhältnismäßig**.

Es besteht bereits ein umfassender Rechtsrahmen, der den Zugang dritter Anbieter zum Netz eines Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht reguliert. Sowohl die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG als auch das Wettbewerbsrecht ermöglichen diesen Zugang.

Bevor zu dem schwerwiegenderen Eingriff der funktionalen Trennung gegriffen wird, muss zuerst nachgewiesen werden, dass weniger einschneidende Maßnahmen aufgrund der Zugangsrichtlinie und des Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um den Wettbewerb herzustellen. Gerade in Deutschland hat sich die Intensität des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor in den vergangenen Jahren stark erhöht. Die Gesamtzahl der Telefonanschlüsse, die von Wettbewerbern der Deutschen Telekom AG angeboten werden, stieg seit 2004 um den Faktor 2,5. Inzwischen hat mehr als die Hälfte der deutschen Bevölkerung die Wahlmöglichkeit zwischen mehreren Anschlussbetreibern.<sup>51</sup>

Die Voraussetzungen für die funktionale Trennung und den damit einhergehenden schwerwiegenden Eingriff sind damit in Deutschland nicht erfüllt. Der Mehrwert der von Kommissarin Reding vorgeschlagenen funktionalen Trennung ist nicht ersichtlich.

---

<sup>49</sup> EuGH, Rs. C-7/97, Rn. 38 ff. (m.w.N.)

<sup>50</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich – Rahmen, relevante Märkte und Grundsätze, ABl. C 265 vom 22.08.98, S. 2 – 28, Rn. 87 ff.

<sup>51</sup> Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2006, Seite 61

Weiter ist zu beachten, dass erstens eine funktionale Trennung zunächst erhebliche betriebswirtschaftliche Kosten verursacht. Davon betroffene Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht wären verpflichtet, auf aufwändige Weise und auf eigene Kosten ihre interne Organisation neu zu ordnen. Aus gesellschaftlicher Sicht müsste daher zuerst der Nachweis erbracht werden, dass diese Kosten vom eintretenden Nutzen kompensiert werden.

Zweitens ist zu erwarten, dass die funktionale Trennung sich verfestigen würde. Die funktionale Trennung birgt die Gefahr in sich, Wettbewerbern den Anreiz zu nehmen, in den Aufbau eigener Netze zu investieren. Die Herstellung eines Infrastrukturwettbewerbs und damit die Möglichkeit, die funktionale Trennung rückgängig zu machen, würden damit in weite Ferne rücken.

Die von Kommissarin Reding vorgeschlagene funktionale Trennung trägt daher nicht zum Ziel des EU-Rechtsrahmens bei, durch eine nur vorübergehende Regulierung einen Wettbewerbsmarkt zu schaffen. Sie würde letztlich zu einer dauerhaften Regulierung führen und ist daher abzulehnen.

## FAZIT

Gegen die von der Kommission vorgelegten Vorschläge zur Überarbeitung der EU-Rechtsrahmens für elektronische Telekommunikation bestehen schwerwiegende ordnungspolitische Bedenken.

Zwar ist die Zielsetzung der Kommission – das Erreichen eines dauerhaften Wettbewerbs im Telekommunikationsmarkt – aus ordnungspolitischer Sicht zu begrüßen. Es sind aber keine Änderungen im Rechtsrahmen erkennbar, die den Rückschluss zulassen, dass die Kommission lediglich ein ordnungspolitisch notwendiges Ausmaß an Regulierung anstrebt. Es scheint in Vergessenheit geraten zu sein, dass die sektorspezifische Vorabregulierung gerade den Wettbewerb herbeischaffen sollte und bei Erreichen dieses Status überflüssig wird.

Der von der Kommission entwickelte Drei-Kriterien-Test entscheidet auch in Zukunft darüber, welche Märkte einer sektorspezifischen Vorabregulierung unterworfen werden. Dabei garantiert der Test in seiner jetzigen Anwendung nicht, dass die Regulierung auf monopolistische Bottlenecks begrenzt wird. Eine engere Anlehnung an diese Theorie sowie die zwingende Anwendung des Tests auf nationale Märkte – statt auf einen europäischen Durchschnittsmarkt – sind aus ordnungspolitischer Sicht unabdingbar.

Die von der Kommission vorgeschlagenen institutionellen Änderungen eignen sich nicht dazu, die Regulierung auf das notwendige Mindestmaß zu begrenzen. Vielmehr scheint die Kommission mit den Verfahrensänderungen vor allem eine Ausweitung ihrer eigenen Regulierungskompetenz anzustreben. Insbesondere das Vetorecht der Kommission bei Regulierungsmaßnahmen der nationalen Regulierungsbehörden würde eine solche Zentralisierung und Harmonisierung der Regulierung bewirken. Die von der Kommission angebrachten Gründe für ein solches Vetorecht überzeugen nicht.

Die Kommission lehnt die strukturelle Trennung zwischen Infrastruktur und Dienstleistung im Telekommunikationssektor zu Recht ab. Eine solche Trennung, wie auch die funktionale Trennung sind unverhältnismäßig: Die bestehende Zugangsrichtlinie und das Wettbewerbsrecht ermöglichen die Gewährleistung des Wettbewerbs mit weniger schwer wiegenden Eingriffen.