

Richtlinienkonformität der vom Deutschen Bundestag verabschiedeten Vorschrift zur Regulierung neuer Märkte

Andreas Neumann

IRNIK-Diskussionspapier Nr. 1

Bonn, 2006



Institut für das Recht der Netzwirtschaften,
Informations- und Kommunikationstechnologie

Die IRNIK-Diskussionspapiere berichten über ausgewählte Forschungsvorhaben des Instituts und sollen auf diese Weise zur allgemeinen Diskussion aktueller Fragen aus den verschiedenen Tätigkeitsbereichen des Instituts beitragen. Wenn die IRNIK-Diskussionspapiere auf einer drittfinanzierten Tätigkeit beruhen, wird das entsprechend ausgewiesen.

Institut für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK) GbR

Hausanschrift: Rheinweg 67, 53129 Bonn
Postanschrift: Postfach 15 01 61, 53040 Bonn
Telefon: (+49)-(0)228-8-50-79-97
Telefax: (+49)-(0)228-8-50-86-62
WWW: <http://www.irnik.de>
Elektronische Post: kontakt@irnik.de

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Inhaltsverzeichnis..... | I |
| Abkürzungsverzeichnis..... | II |
| Zusammenfassung..... | V |
| Studie..... | 1 |
| A. Einleitung..... | 1 |
| B. Grundsätzliche gesetzliche Privilegierung neuer Märkte..... | 3 |
| I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Behandlung neuer Märkte..... | 3 |
| II. Regelungsansatz der für § 9a TKG vorgesehenen Vorschrift..... | 5 |
| C. Rechtstechnische Ausgestaltung der Privilegierung..... | 9 |
| I. Richtlinienwidrigkeit der im Gesetzesbeschluss vorgesehenen Privilegierung..... | 9 |
| 1. § 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses als Privilegierung außerhalb des Verfahrens der Marktregulierung..... | 9 |
| 2. Richtlinienwidrigkeit einer Privilegierung außerhalb des Verfahrens der Marktregulierung..... | 12 |
| II. Exkurs: externe Einschätzungen..... | 13 |
| Literaturverzeichnis..... | 16 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|----------|--|
| A. | Auflage |
| a. A. | andere(r) Ansicht |
| ABl. | Amtsblatt |
| Abs. | Absatz/Absätze |
| AG | Aktiengesellschaft |
| Art. | Artikel |
| | |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BR-Drs. | Bundesratsdrucksache |
| BT-Drs. | Bundestagsdrucksache |
| bzw. | beziehungsweise |
| | |
| CR | Computer und Recht (<i>Zeitschrift</i>) |
| | |
| dies. | dieselbe |
| | |
| EG | Europäische Gemeinschaft(en) |
| EU | Europäische Union/European Union |
| e. V. | eingetragener Verein |
| | |
| f./ff. | folgende |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| | |
| GbR | Gesellschaft bürgerlichen Rechts |
| GG | Grundgesetz |
| ggf. | gegebenenfalls |
| | |
| Hrsg. | Herausgeber |
| | |
| i. d. F. | in der Fassung |
| IR | InfrastrukturRecht (<i>Zeitschrift</i>) |
| IRNIK | Institut für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie |
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| | |
| K&R | Kommunikation & Recht (<i>Zeitschrift</i>) |

| | |
|-------|--|
| MMR | Multimedia und Recht (<i>Zeitschrift</i>) |
| No. | Number (Nummer) |
| Nr. | Nummer(n) |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Satz/Sätze Seite(n) |
| TK | Telekommunikation(s) |
| TKG | Telekommunikationsgesetz |
| TKG-E | Telekommunikationsgesetz-Entwurf |
| u. | und |
| v. | vom |
| VATM | Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten |
| VDSL | Very High Bitrate Digital Subscriber Line (sehr hochbitratige digitale Teilnehmeranschlussleitung) |
| vgl. | vergleiche |
| WWW | World Wide Web |

Zusammenfassung

§ 9a des Telekommunikationsgesetzes (TKG) in der Fassung, die der Deutsche Bundestag am 30. November 2006 verabschiedet hat, sieht vor, dass neue Märkte grundsätzlich nicht der Regulierung nach dem zweiten Gesetzesteil, der so genannten Marktregulierung, unterliegen (§ 9a Abs. 1 TKG). Wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird, kann die Bundesnetzagentur einen neuen Markt abweichend von dieser Grundregel nach den Bestimmungen der §§ 9, 10, 11 und 12 TKG der Marktregulierung unterwerfen (§ 9a Abs. 2 S. 1 TKG).

Diese Regelung verstößt gegen europäisches Gemeinschaftsrecht, namentlich gegen Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie.

Das gilt bereits für den abstrakten Regelungsansatz, dem zufolge neue Märkte grundsätzlich nicht der Marktregulierung unterliegen. Anders als noch im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 26. Mai 2006 vorgesehen kann die Regulierungsbehörde hiervon auch dann keine Ausnahme machen, wenn der Markt die gemeinschaftsrechtlichen Kriterien für eine sektorspezifische Regulierung erfüllt, obwohl die Ausnahme eines langfristigen Wettbewerbsausschlusses nicht gegeben ist. Damit wird die praktische Wirksamkeit von Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie beeinträchtigt.

Darüber hinaus schreibt § 9a TKG in der Fassung des Bundestagsbeschlusses ausdrücklich eine Sonderbehandlung neuer Märkte *außerhalb* des Verfahrens der Marktdefinition und -analyse vor. Es entspricht zu Recht der allgemeinen Auffassung im wissenschaftlichen Schrifttum, auch soweit es § 9a TKG in der Fassung des Regierungsentwurfs noch für richtlinienkonform hielt, dass eine solche Privilegierung gemeinschaftsrechtswidrig ist.

Studie

A. Einleitung

Selten ist einer telekommunikationsrechtlichen Vorschrift so viel öffentliches Interesse zuteil geworden wie der Regelung, die durch das Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften als § 9a Eingang in das erst im Jahr 2004 umfassend novellierte Telekommunikationsgesetz (TKG)¹ finden soll. Bereits die im Gesetzentwurf der Bundesregierung² vorgesehene Fassung wurde nicht nur in der Rechtswissenschaft kontrovers diskutiert, sondern war auch Gegenstand ausführlicher Berichterstattung durch die Wirtschaftspresse. Nachdem der im parlamentarischen Verfahren federführende Ausschuss für Wirtschaft und Technologie am 29. November 2006 seine Beschlussempfehlung und seinen Bericht zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgelegt und hierin eine weitgehende Umformulierung der für § 9a TKG vorgesehenen Regelung vorgeschlagen hatte,³ wurde diese neue Fassung nur einen Tag später vom Deutschen Bundestag beschlossen.⁴

Die vorliegende Untersuchung, die auf eine im Auftrag des Verbandes der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) e. V. erstattete rechtsgutachterliche Kurzstellungnahme zurückgeht, unterzieht die beschlossene Formulierung einer gemeinschaftsrechtlichen Überprüfung. Diese beschränkt sich auf die für § 9a TKG vorgesehene Regelung selbst und bezieht die mit dieser Vorschrift eng verknüpfte Legaldefinition des Begriffes „neuer Markt“ nicht mit ein, die nach dem Gesetzesbeschluss nun für § 3 Nr. 12b TKG vorgesehen ist. Diese Legaldefinition erscheint ebenfalls nicht ohne Bedenken. Insbesondere enthält sie jedenfalls bei alleiniger Betrachtung des Wortlautes Beschränkungen der Marktabgrenzungsmethodik, die weder mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts noch mit den Marktanalyseleitlinien der Kommission der Europäischen Gemeinschaften⁵ vereinbar sind, die von der Bundesnetzagentur nach Art. 15 Abs. 3 S. 1 und Art. 16 Abs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie im Verfahren der Marktregulierung weitestgehend zu berücksichtigen sind.

Aber auch die hier alleine vorgenommene Betrachtung der für § 9a TKG vorgesehenen Regelung beschränkt sich im vorliegenden Rahmen auf eine Untersuchung der wesentlichen Aspekte dieser Bestimmung. Dabei ist im Ausgangspunkt davon auszugehen, dass eine gesetzliche Vorstrukturierung regulierungsbehördlicher Entscheidungsspiel-

1 BGBl. I 2004, 1190.

2 BR-Drs. 359/06.

3 BT-Drs. 16/3635.

4 BR-Drs. 886/06.

5 Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), ABl. EG 2002 C 165, 6.

räume grundsätzlich gemeinschaftsrechtskonform ist.⁶ Fraglich ist jedoch, ob dies auch auf die nunmehr vorgesehene gesetzliche Ausgestaltung zutrifft. So setzt eine gesetzliche Vorstrukturierung der Entscheidungsspielräume, die den nationalen Regulierungsbehörden in Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben einzuräumen sind, zunächst das Bestehen von Entscheidungsspielräumen voraus, die der mitgliedstaatliche Gesetzgeber vorstrukturieren könnte. Darüber hinaus muss die gesetzliche Vorstrukturierung selbst aber auch den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entsprechen. Insoweit kann im vorliegenden Fall zwischen dem abstrakten Vorhaben, neue Märkte grundsätzlich durch eine gesetzliche Vorgabe regulatorisch zu privilegieren (dazu unter B.), und der rechtstechnischen Ausgestaltung dieser Privilegierung (dazu unter C.) differenziert werden.

6 *Herdegen*, MMR 2006, 580, 583; *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, passim; *Koenig/Loetz/Senger*, K&R 2006, 258; *Koenig/Neumann/Senger*, MMR 2006, 365, 366 ff.; *Kühling*, K&R 2006, 263, 271; a. A. *Trute*, in: FS Selmer, 2004, 565, 575 ff.

B. Grundsätzliche gesetzliche Privilegierung neuer Märkte

Sowohl mit § 9a TKG in der Fassung des Regierungsentwurfs als auch mit der nun vom Bundestag verabschiedeten Fassung wird das Ziel verfolgt, neue Märkte grundsätzlich von der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung freizustellen, sofern hierdurch die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze nicht langfristig behindert wird (vgl. § 9a S. 1 in der Fassung des Regierungsentwurfs und § 9a Abs. 2 S. 1 in der Fassung des Gesetzesbeschlusses).

I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Behandlung neuer Märkte

Dieses Vorhaben findet in den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht nur keine Stütze. Es spricht sogar viel dafür, dass es mit diesen Vorgaben schon per se nicht vereinbar ist. Aus den richtlinienrechtlichen Vorgaben für die Regulierung im Bereich der Telekommunikation ergibt sich, dass ein neuer Markt im Rahmen der sektorspezifischen Regulierung zumindest grundsätzlich wie jeder andere Markt zu behandeln ist.⁷ Das folgt bereits daraus, dass Art. 15 Abs. 1 S. 2 der Rahmenrichtlinie für die Einbeziehung von Märkten in die Marktregulierung als einziges Kriterium vorsieht, ob die Merkmale des betreffenden Marktes die Auferlegung sektorspezifischer Vorabverpflichtungen rechtfertigen können. Eine Sonderregelung für neue Märkte enthält das Richtlinienrecht nicht.⁸ Das sekundäre Gemeinschaftsrecht fordert damit eine ökonomisch fundierte Marktuntersuchung im Einzelfall – nach Maßgabe der im neunten Erwägungsgrund der Märkteempfehlung⁹ genannten drei Kriterien (beträchtliche anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken, fehlende Tendenz zu wirksamem Wettbewerb, Unzulänglichkeit der alleinigen Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts).¹⁰ Eine grundsätzliche regulatorische Sonderbehandlung für neue

7 Siehe hierzu und zum Folgenden bereits die entsprechenden Ausführungen von *Dahlke/Neumann*, MMR 6/2006, XXII, XXII f.

8 So zutreffend auch *Kirchner*, Wortprotokoll des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, Protokoll Nr. 16/20, 5, der allerdings in methodisch kaum nachzuvollziehender Weise glaubt, aus dem Fehlen einer Sonderregelung eine Regelungslücke ableiten zu können.

9 Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 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 (2003/311/EG), ABl. EG 2003 L 114, 45.

10 Dies übersieht die Kritik von *Blankart/Knieps/Zenhäusern*, Discussion Paper (Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik) No. 112, 2006, S. 9, an dem entsprechenden Hinweis bei *Dahlke/Neumann*, CR 2006, 377. Mit der Feststellung dieser Kriterien für die grundsätzliche Rechtfertigung sektorspezifischer Regulierung liegt die angeblich nicht gegebene Begründung für entsprechende staatliche Eingriffe vor. Es bleibt im Gegenteil begründungsbedürftig, warum trotz beträchtlicher *anhaltender* Marktzutrittsschranken und einer fehlenden Tendenz zu wirksamem Wettbewerb ein Marktversagen nur deshalb hingenommen werden soll, weil der Markt, auf dem es auftritt, neu ist.

Märkte, die unabhängig von den ökonomischen Eigenschaften des betreffenden Marktes, einschließlich seines Entstehungsgrundes, undifferenziert zur Anwendung gelangt, wäre damit nicht in Einklang zu bringen.

Aber auch aus den weiteren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ergibt sich, dass neue Märkte als solche nicht grundsätzlich der Marktregulierung entzogen sind, sondern dieser vielmehr grundsätzlich unterfallen.¹¹ So beziehen sich die gemeinschaftsrechtlichen Aussagen zur Behandlung neuer Märkte im Wesentlichen auf die Maßnahmenebene, setzen also die Anwendung der Marktregulierung gerade voraus.

Dementsprechend heißt es etwa in Erwägungsgrund 27 der Rahmenrichtlinie, dass einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem neu entstehenden Markt keine „unangemessene(n) Verpflichtungen auferlegt werden sollten“. Die Richtlinienervägung impliziert also, dass auch auf einem neu entstehenden Markt *angemessene* regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden können, dass der Markt also der Marktregulierung unterliegt.¹²

Auch die Marktanalyseleitlinien betonen in Textziffer 32, dass zwar einerseits eine verfrühte Vorabregulierung die Wettbewerbsbedingungen auf einem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen könnte, dass andererseits aber selbst auf solchen neu entstehenden Märkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen (durch die sektorspezifische Vorabregulierung) zu verhindern ist. Aus diesem Grunde müssten die nationalen Regulierungsbehörden lediglich jede Form einer frühen sektorspezifischen Regulierung begründen können.¹³

Das Gemeinschaftsrecht sieht somit nur vor, dass im Rahmen der Marktregulierung den Besonderheiten neuer (und neu entstehender) Märkte Rechnung zu tragen ist. Eine normative Aussage, der zufolge neue Märkte grundsätzlich nicht der Marktregulierung unterliegen sollen, ist dem Gemeinschaftsrecht demgegenüber nicht zu entnehmen.¹⁴ Vielmehr läuft sie dem gemeinschaftsrechtlichen Ansatz einer einzelfallbe-

11 A. A. der Abgeordnete *Dörmann*, Plenarprotokoll 16/51, 5018 C; *Kirchner*, Wortprotokoll des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, Protokoll Nr. 16/20, 5 f.

12 So ausdrücklich auch *Reding*, The Review of EU Telecom rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market, SPEECH/06/422, S. 8; *Reding/Kroes*, Schreiben v. 27.10.2006 an den Bundesminister für Wirtschaft und Technologie, D (2006) 2180 – D/417 – A/392, S. 2.

13 Weitergehend die Interpretation in der Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/2581, 21, 23 (zu Nummer 3 – § 9a Neue Märkte), der zufolge sich aus der zitierten Stelle der Marktanalyseleitlinien die Notwendigkeit einer *besonderen* Rechtfertigung ergeben soll. Falsch *Kirchner*, Wortprotokoll des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, Protokoll Nr. 16/20, 6, der neben weiteren rechtlichen Fehleinschätzungen – etwa durch die Gleichsetzung der Kommission mit dem „europäische[n] Gesetzgeber“ – behauptet, in den Leitlinien sei als Richtung „klar vorgegeben“, dass „keine Vorabregulierung für einen bestimmten Zeitraum“ erfolgen solle.

14 Siehe auch *Reding*, Effektiver Wettbewerb als Königsweg zu Investitionen in neue Infrastrukturen, Rede v. 23.11.2006, S. 4 („Der aktuelle EU-Rechtsrahmen sagt dabei ausdrücklich, dass neu entstehende Märkte nicht voreilig und unangemessen reguliert werden sollen, ohne dass damit eine pauschale Regulierungsfreistellung verbunden wäre.“). A. A. *Koenig/Loetz/Senger*, K&R 2006, 258, 262.

zogenen, auf die ökonomischen Besonderheiten der einzelnen Märkte eingehenden Marktdefinition, Marktanalyse und Maßnahmenauswahl zuwider. Sie gefährdet demzufolge die praktische Wirksamkeit des in Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie festgelegten Verfahrens der Marktregulierung und ist schon deshalb erheblichen gemeinschaftsrechtlichen Bedenken ausgesetzt.

Vor diesem Hintergrund kann eine grundsätzliche Sonderbehandlung auch nicht unter Hinweis auf Erwägungsgrund 15 der Märkteempfehlung gerechtfertigt werden. Diesem Erwägungsgrund ist nur zu entnehmen, dass „neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht auf Grund von ‚Vorreitervorteilen‘ besteht, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht“ kommen sollen. Dies setzt die Feststellung voraus, dass die Marktmacht wirklich aufgrund von Vorreitervorteilen besteht – und nicht etwa aufgrund struktureller Wettbewerbshindernisse, wie der Abhängigkeit von Vorleistungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auf einem sektorspezifisch regulierten Markt.¹⁵

Auch Erwägungsgrund 15 sieht somit keine allgemeine regulatorische Sonderbehandlung neuer Märkte vor, sondern eine Analyse der konkreten Wettbewerbsbedingungen. Nur für den Fall, in dem sich bei dieser Untersuchung herausstellen sollte, dass die Marktmacht ihren Grund wirklich nur in Vorreitervorteilen findet, also in der unternehmerischen Entscheidung, als Vorreiter innovative Güter anzubieten, sieht Erwägungsgrund 15 der Märkteempfehlung ein Absehen von der Vorabregulierung vor.¹⁶ Diese normative Vorgabe hat die nationale Regulierungsbehörde gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie auch weitestgehend zu berücksichtigen. Sie besagt aber eben nicht, dass neue Märkte per se, also unabhängig von den Ursachen der dort lokalisierten Marktmacht, grundsätzlich regulatorisch zu bevorzugen sind.

II. Regelungsansatz der für § 9a TKG vorgesehenen Vorschrift

Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben sehen somit keine grundsätzliche regulatorische Sonderbehandlung neuer Märkte vor, die losgelöst von den Ursachen einer auf einem solchen Markt lokalisierten Marktmacht erfolgt. Eine solche von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht gedeckte Aussage trifft der Gesetzgeber aber, wenn er eine Vorschrift erlässt, der zufolge neue Märkte nur ausnahmsweise der Marktregulierung unterfallen sollen¹⁷ oder dürfen¹⁸, wenn anderenfalls ein langfristiger Wettbewerbsausschluss droht.¹⁹

15 Das wird gemeinhin übersehen, vgl. etwa den Bericht des Abgeordneten *Otto*, BT-Drs. 16/3635 (elektronische Vorab-Fassung), 37, 48 (zu Art. 2 Nr. 3 [§ 9a TKG]); *Kirchner*, Wortprotokoll des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, Protokoll Nr. 16/20, 22.

16 *Koenig/Loetz/Senger*, K&R 2006, 258, 260. In der Tendenz etwas anders *Kühling*, K&R 2006, 263, 271.

17 So § 9a S. 1 TKG i. d. F. des Regierungsentwurfs.

18 So § 9a Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 i. d. F. des Gesetzesbeschlusses.

19 So wurde die Vorschrift denn auch allgemein verstanden, vgl. etwa *Dietlein/Brandenburg*, IR 2006, 245; *Neumann*, Ausschussdrucksache 16 (9) 352, 13 (Rn. 23) (die „klare Bot-

Jedenfalls wenn die gesetzliche Vorgabe jenseits der (positiv festzustellenden) Gefahr eines langfristigen Wettbewerbsausschlusses der Bundesnetzagentur die Einbeziehung neuer Märkte in die Marktregulierung pauschal verbietet, steht sie somit nicht mehr im Einklang mit den richtlinienrechtlichen Vorgaben. Auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass sich der Markt langfristig zu einem nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt entwickelt, können seine Merkmale im Moment der Untersuchung nämlich Maßnahmen der sektorspezifischen Regulierung rechtfertigen, so dass nach Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie gegenüber Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Maßnahmen der Marktregulierung ergriffen werden müssten. Insbesondere können auch ohne die Gefahr eines langfristigen Wettbewerbsausschlusses die in § 10 Abs. 2 S. 1 TKG für die Einbeziehung in den Anwendungsbereich der Marktregulierung maßgeblichen Kriterien erfüllt sein, kann der neue Markt also durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sein und längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren, ohne dass die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts allein ausreichend wäre, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Das ergibt sich daraus, dass die Bezugnahme auf den langfristigen Wettbewerbsausschluss auf die Entstehung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte abstellt, das zweite Kriterium nach § 10 Abs. 2 S. 1 TKG demgegenüber jedoch das längerfristige Fehlen einer Tendenz zu wirksamem Wettbewerb erfasst. Diese beiden Kriterien sind nicht deckungsgleich. Das ergibt sich schon aus den jeweiligen Legaldefinitionen: Gemäß § 3 Nr. 12 TKG ist ein „nachhaltig wettbewerbsorientierter Markt“ „ein Markt, auf dem der Wettbewerb so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht“ (bisherige Fassung) bzw. „auch ohne sektorspezifische Regulierung besteht“ (in der Fassung des Gesetzesbeschlusses). Demgegenüber ist wirksamer Wettbewerb nach § 3 Nr. 31 TKG schlicht „die Abwesenheit von beträchtlicher Marktmacht im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 3 bis 5“ TKG. Dabei kann gerade in einer netzgestützten Wirtschaft wie der Telekommunikation der Wettbewerb auf einem Markt trotz bestehender Marktbeherrschung strukturell abgesichert sein, so dass es sich um einen nachhaltig wettbewerbsorientierten Markt handelt, obwohl auf ihm kein wirksamer Wettbewerb (im Sinne der Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht) herrscht.²⁰

Dass es Märkte geben muss, bei denen die drei Kriterien für die Marktregulierung erfüllt sind, die sich aber dennoch langfristig zu einem nachhaltig wettbewerbsorientier-

schaft ... ist, dass eine ex ante Regulierung neuer Märkte noch höheren Hürden unterliegen soll als die ex ante Regulierung überhaupt und generell“); *Kirchner*, Ausschussdrucksache 16 (9) 374, 1 (der vom Gesetzgeber geplante § 9a TKG mache „die Einbeziehung neuer Märkte in die Marktregulierung zur Ausnahme“). Vgl. auch die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/2581, 21, 23 (zu Nummer 3 – § 9a Neue Märkte), der zufolge eine sektorspezifische Regulierung neuer Märkte nur „in Ausnahmefällen“ in Betracht kommen soll.

²⁰ *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 57 ff.

ten Markt entwickeln, ergibt sich darüber hinaus gerade auch aus der diesbezüglichen Ausnahme, die sowohl in § 9a S. 1 in der Fassung des Regierungsentwurfs als auch in § 9a Abs. 2 S. 1 in der Fassung des Gesetzesbeschlusses vorgesehen ist. Anderenfalls würde dieser Ausnahmetatbestand nämlich immer vorliegen, wenn die drei Kriterien des § 10 Abs. 2 S. 1 TKG erfüllt sind. Dann wäre die grundsätzliche Privilegierung neuer Märkte, von der diese Ausnahme eine Abweichung vorsieht, ohne Anwendungsbereich: Bei allen neuen Märkten, bei denen die drei Regulierungsvoraussetzungen i. S. v. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG erfüllt wären, wären auch die Voraussetzungen für die jeweilige Ausnahme von der Sonderbehandlung erfüllt. Die regulatorische Sonderbehandlung bliebe bei einer solchen Lesart auf die Märkte beschränkt, auf denen die drei Kriterien nicht erfüllt wären. Diese Märkte unterliegen nach § 9 Abs. 1 i. V. m. § 10 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 TKG aber ohnehin nicht der Marktregulierung. Soweit § 9a TKG die Reichweite der Marktregulierung betrifft, wäre die Vorschrift mithin ohne relevanten²¹ Anwendungsbereich und damit überflüssig. Es ist aber gerade angesichts der kontroversen Diskussionen im Gesetzgebungsverfahren kaum davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine überflüssige Regelung schaffen wollte.²² Damit ergibt eine gesetzliche Vorschrift über eine regulatorische Sonderbehandlung für neue Märkte nur dann Sinn, wenn hierdurch Märkte der Marktregulierung entzogen werden, die ansonsten die hierfür maßgeblichen Kriterien erfüllen. Nicht ohne Grund wurde die Vorschrift deshalb auch allgemein als regulatorische Privilegierung neuer Märkte verstanden.²³

Geht man in diesem Sinne davon aus, dass § 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses keine Vorschrift ohne Anwendungsbereich ist, dann verbietet sie in Absatz 1 vorbehaltlich der in Absatz 2 Satz 1 genannten Gefahr eines langfristigen Wettbewerbsausschlusses pauschal die Einbeziehung neuer Märkte in den Anwendungsbereich der Marktregulierung und steht somit nicht mehr im Einklang mit den richtlinienrechtlichen Vorgaben. Es ist nicht ersichtlich, dass mit der Beschränkung auf einen „grundsätzlich[en]“ Verzicht auf die Marktregulierung eine Abweichungsmöglichkeit eröffnet werden soll, die über die in Absatz 2 Satz 1 geregelte Ausnahme hinausgeht. Anders als noch im Regierungsentwurf vorgesehen dürfte es sich also nicht mehr um eine bloße „Soll“-Vorschrift handeln, die ggf. noch einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung zugänglich wäre. Jedenfalls in der Fassung des Gesetzesbeschlusses dürfte § 9a TKG damit schon von seinem normativen Grundansatz gegen das geltende Richtlinienrecht verstoßen. Denn wenn ein Markt die in § 10 Abs. 2 S. 1 TKG genannten Kriterien erfüllt, muss der entsprechende Markt nach Art. 15 Abs. 3, Art. 16 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie i. V. m. Erwägungsgrund 9 der Märkteempfehlung einer Marktanalyse nach Art. 16 der Rahmenrichtlinie unterworfen und bei Vorliegen beträchtli-

21 Ein letzter Anwendungsbereich verbliebe auch in diesem Fall wegen der in § 9a Abs. 2 S. 1 TKG i. d. F. des Gesetzesbeschlusses vorgesehenen Ermessensentscheidung der Bundesnetzagentur.

22 Allgemein zu diesem Auslegungsgrundsatz auch *Kokott*, in: Sachs, GG, 3. A., 2003, Art. 4 Rn. 12.

23 Siehe hierzu die umfassenden Nachweise in Fn. 19.

cher Marktmacht nach Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie sektorspezifisch reguliert werden.

C. Rechtstechnische Ausgestaltung der Privilegierung

Im Zuge des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens wurde § 9a TKG darüber hinaus aber noch weiteren Änderungen unterzogen. Jedenfalls diese Änderungen führen dazu, dass die Vorschrift gegen die richtlinienrechtlichen Vorgaben verstößt (dazu unter I.). Diese Einschätzung entspricht nicht nur der Bewertung seitens der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, sondern auch der allgemeinen Auffassung im wissenschaftlichen Schrifttum, selbst soweit dieses den abstrakten Ansatz einer grundsätzlichen gesetzlichen Privilegierung für neue Märkte für gemeinschaftsrechtskonform hält (dazu unter II.).

I. Richtlinienwidrigkeit der im Gesetzesbeschluss vorgesehenen Privilegierung

Mit § 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses soll eine Privilegierung neuer Märkte außerhalb des Verfahrens der Marktregulierung geschaffen werden (dazu unter 1.). Eine solche verstößt aber gegen Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie (dazu unter 2.).

1. § 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses als Privilegierung außerhalb des Verfahrens der Marktregulierung

Gemäß § 9 Abs. 1 TKG unterliegen „der Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils“, also des zweiten Gesetzesteils, von vornherein nur „Märkte, auf denen die Voraussetzungen des § 10 vorliegen und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt“. Märkte unterliegen daher dann nicht der Regulierung nach den Vorschriften des zweiten Gesetzesteils, wenn entweder die Voraussetzungen des § 10 TKG nicht vorliegen oder wenn eine Marktanalyse nach § 11 TKG ergeben hat, dass wirksamer Wettbewerb vorliegt (bzw. das Fehlen wirksamen Wettbewerbs bislang in einer Marktanalyse noch nicht festgestellt wurde).

§ 9a Abs. 1 TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses sieht demgegenüber vor, dass „neue Märkte grundsätzlich nicht der Regulierung nach Teil 2“ des Gesetzes unterliegen. Schon dem Wortlaut nach spricht das dafür, dass dieser Regulierungsausschluss unabhängig von dem in §§ 10, 11 TKG vorgesehenen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren erfolgen soll.

Die Gesetzesgenese bestätigt diese Auslegung. § 9a S. 1 TKG in der Fassung des Regierungsentwurfs sah noch vor, dass „die Einbeziehung neuer Märkte in die Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils ... in der Regel nur erfolgen [soll], wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder

-netze langfristig behindert wird“.²⁴ Diese Regelung konnte man noch dahin gehend verstehen, dass lediglich die in diesem Verfahren vorgesehenen Entscheidungsspielräume der Regulierungsbehörde gesetzlich vorstrukturiert werden sollten.²⁵

In seiner Stellungnahme schlug der Bundesrat jedoch vor, „nach dem Wort ‚wenn‘ die Wörter ‚zusätzlich zu den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1‘ einzufügen“.²⁶ Der Vorschlag wurde damit begründet, dass § 9a „für neue Märkte ... neben den Voraussetzungen, die bereits nach § 9 Abs. 1 TKG vorliegen müssen, ein zusätzliches Kriterium für eine Marktregulierung ein[führe]. Dies [sei] in der Vorschrift zum Ausdruck zu bringen.“²⁷ Der Bundesrat wollte daher ausdrücklich eine Privilegierung neuer Märkte außerhalb des Verfahrens der Marktregulierung festschreiben. Diese wäre zwar nach seinem Formulierungsvorschlag durch die Prüfung eines zusätzlichen Kriteriums erst *nach* Durchlaufen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens gemäß §§ 10, 11 TKG zum Tragen gekommen.²⁸ Es wäre damit jedoch auch nach Vorstellung des Bundesrates eine Privilegierung gerade *außerhalb* dieses Verfahrens gewesen.

Diesem Vorschlag hat die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zugestimmt und die Vorlage entsprechender Formulierungsvorschläge im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens angekündigt.²⁹ Der im parlamentarischen Verfahren federführende Ausschuss für Wirtschaft und Technologie hat dann mit seiner Beschlussempfehlung³⁰ die gegenüber dem Regierungsentwurf erheblich geänderte Fassung von § 9a TKG vorgelegt, die der Deutsche Bundestag schließlich auch beschlossen hat.³¹ Die genetische Auslegung spricht somit dafür, dass die Regulierung neuer Märkte ausdrücklich an ein zusätzliches Kriterium geknüpft werden sollte, das außerhalb des Verfahrens der Marktdefinition und -analyse zu prüfen ist. Indem der Formulierungsvorschlag des Bundesrates nicht übernommen wurde, ist demgegenüber auf die damals noch vorge-

24 BT-Drs. 16/2581, 7, 8.

25 Siehe hierzu explizit *Kühling*, K&R 2006, 263, 267 f. Vgl. auch die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/2581, 21, 23 (zu Nummer 3 – § 9a Neue Märkte), der zufolge „alle Entscheidungen der Bundesnetzagentur bezüglich neuer Märkte (Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit, Auferlegung von Maßnahmen) ... den Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 ff. TKG“ unterliegen sollten; ähnlich auch Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Europarechtskonformität von § 9a TKG-Änderungsgesetz, 2006, S. 1.

26 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/2581, 34, 35 (Nr. 2 – Zu Artikel 2 Nr. 3 [§ 9a Satz 1 TKG]).

27 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/2581, 34, 35 (Nr. 2 – Zu Artikel 2 Nr. 3 [§ 9a Satz 1 TKG]).

28 Siehe die Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 16/2581, 34, 35 (Nr. 2 – Zu Artikel 2 Nr. 3 [§ 9a Satz 1 TKG]), der zufolge durch die vorgeschlagene Formulierung „klargestellt [werde], dass auch neue Märkte zunächst gemäß den Vorgaben der §§ 10, 11 TKG zu definieren sowie zu analysieren sind und damit das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 TKG durchzuführen ist“.

29 Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/2581, 41 (Zu Nummer 2 zu Artikel 3 Nr. 3 [§ 9a Satz 1 TKG]).

30 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie, BT-Drs. 16/3625.

31 BR-Drs. 886/06.

sehene Privilegierung *nach* Durchlaufen dieser Verfahrensschritte im weiteren Gesetzgebungsprozess verzichtet worden.³² Vielmehr wurde in der parlamentarischen Debatte über die dann angenommene Beschlussempfehlung des federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Bundesnetzagentur „*nur*³³ ... ins Spiel [komme] und ... die Entscheidung über die Regulierung bestimmter Märkte oder Produkte [treffe], und zwar in Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission“, wenn sich die Wettbewerber im Falle der Nichtregulierung neuer Märkte keinen Zugang zum Markt zu ökonomisch vertretbaren Bedingungen verschaffen könnten.³⁴ Dies spricht dafür, dass der Regula­rungs­ausschluss nach § 9a Abs. 1 TKG und die Prüfung der Voraussetzungen einer Ausnahme hiervon nach § 9a Abs. 2 S. 1 TKG dem Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse vorgelagert werden sollten.³⁵

Das wird durch eine systematische Interpretation bestätigt: Absatz 1 enthält einen Vorbehalt zugunsten „des nachfolgenden Absatzes“. Diesem zufolge kann die Bundesnetzagentur „einen neuen Markt abweichend von Absatz 1 nach den Bestimmungen der §§ 9, 10, 11 und 12 der Regulierung nach Teil 2 unterwerfen“. Wenn die Anwendung der §§ 9, 10, 11 und 12 TKG eine Abweichung von Absatz 1 darstellt, spricht das dafür, dass die genannten Paragraphen im Falle neuer Märkte grundsätzlich nicht zur Anwendung gelangen sollen. Dafür spricht auch, dass selbst bei einem drohenden langfristigen Wettbewerbsausschluss die Regulierungsbehörde nach § 9a Abs. 2 S. 1 TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses den neuen Markt „nach den Bestimmungen der §§ 9, 10, 11 und 12 der Regulierung nach Teil 2 unterwerfen“ kann, aber nicht unterwerfen muss. Selbst wenn die genannten Bestimmungen eine Regulierung des neuen Marktes nach dem zweiten Gesetzesteil zur Folge hätten, erlaubt es diese Vorschrift der Bundesnetzagentur demzufolge, von einer Marktregulierung abzusehen. Das ist nur möglich, wenn durch § 9a TKG nicht lediglich Entscheidungsspielräume bei

32 Daran ändert auch die Begründung zur neu eingefügten Legaldefinition des Begriffes „neuer Markt“ (§ 3 Nr. 12b TKG) nichts, der zufolge „ausweislich der Definition ... neue Märkte bereits so weit fortentwickelt [sind], dass das Marktanalyse- und Marktdefinitionsverfahren nach den §§ 9 ff durchgeführt werden kann“, vgl. den Bericht des Abgeordneten *Otto*, BT-Drs. 16/3635 (elektronische Vorab-Fassung), 37, 47 (zu Art. 2 Nr. 2 [§ 3 Nr. 12b TKG]). Denn ein solches Verfahren ist für neue Märkte nach § 9a Abs. 2 S. 1 TKG i. d. F. des Gesetzesbeschlusses ausnahmsweise bei einem drohenden langfristigen Wettbewerbsausschluss durchzuführen. Die zitierte Begründungspassage ist damit kein Indiz für die Annahme, der federführende Ausschuss sei davon ausgegangen, die in § 9a TKG vorgesehene Privilegierung erfolge im Rahmen oder sogar erst nach Durchführung des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens. Auch der Abgeordnete *Dörmann* hat in der parlamentarischen Aussprache nur darauf hingewiesen, dass „die alte Regelung ... *materiell* identisch mit der neuen“ (Hervorhebung hinzugefügt) sei, Plenarprotokoll 16/70, 6941 D, also hinsichtlich der Reichweite des Regula­rungs­ausschlusses, nicht aber hinsichtlich seiner verfahrensmäßigen Verortung.

33 Hervorhebung hinzugefügt.

34 So die Parlamentarische Staatssekretärin *Wöhrl*, Plenarprotokoll 16/70, 6937 D.

35 In diese Richtung weist auch die Einschätzung des Abgeordneten *Berninger*, dem zufolge durch die Änderungen der „Gesetzesentwurf verschärft“ und die „Bundesnetzagentur ... an die Kette“ gelegt worden seien, Plenarprotokoll 16/70, 6945 A.

der Anwendung der §§ 9, 10, 11 und 12 TKG vorstrukturiert werden sollen.

§ 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses schließt daher für neue Märkte den Anwendungsbereich des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens als Vorstufe der Marktregulierung zunächst grundsätzlich aus und erlaubt ihre Einbeziehung nur für den Fall, in dem anderenfalls ein langfristiger Wettbewerbsausschluss droht.

2. *Richtlinienwidrigkeit einer Privilegierung außerhalb des Verfahrens der Marktregulierung*

Das Gemeinschaftsrecht sieht hinsichtlich der Einbeziehung von Märkten in den Anwendungsbereich der Marktregulierung ein gestuftes Verfahren vor:³⁶

1. Gemäß Art. 15 Abs. 3 S. 1 der Rahmenrichtlinie „legen die nationalen Regulierungsbehörden unter weitestgehender Berücksichtigung“ der Märkteempfehlung und der Marktanalyseleitlinien der Kommission „die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten ... im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts fest“ (*Marktdefinition*).
2. Nach Art. 16 Abs. 1 S. 1 der Rahmenrichtlinie „führen die nationalen Regulierungsbehörden“ sobald wie möglich nach Verabschiedung oder Aktualisierung der Märkteempfehlung „unter weitestgehender Berücksichtigung“ der Marktanalyseleitlinien „eine Analyse der relevanten Märkte durch“ (*Marktanalyse*).
3. Die Entscheidungen auf der *Maßnahmenebene* hängen vom Ergebnis dieser Marktdefinition ab: Kommt eine nationale Regulierungsbehörde zu dem Schluss, „dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht, so ermittelt sie Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt“ und sorgt dafür, dass diesen „geeignete spezifische Verpflichtungen“ der telekommunikationsrechtlichen Regulierung auferlegt sind (Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie). Kommt die Regulierungsbehörde demgegenüber zu dem Schluss, dass auf dem betreffenden Markt wirksamer Wettbewerb herrscht, so darf dieser Markt nicht mehr Gegenstand von Maßnahmen der telekommunikationsrechtlichen Vorabregulierung sein (Art. 16 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie).

Entscheidungsspielräume, die einer gesetzlichen Vorstrukturierung durch den Gesetzgeber möglicherweise zugänglich sind, bestehen auf allen drei Verfahrensebenen. Die *Durchführung* der jeweiligen Verfahrensschritte ist demgegenüber nicht in die Entscheidungsgewalt der nationalen Regulierungsbehörden gestellt: Diese „legen“ die relevanten Märkte im Verfahren der Marktdefinition fest, „führen“ eine Marktanalyse dieser Märkte durch und sind dann auf Maßnahmenebene verpflichtet, regulatorische Maßnahmen zu ergreifen (bei Fehlen wirksamen Wettbewerbs) bzw. zu unterlassen (bei wirksamem Wettbewerb). Das Richtlinienrecht sieht demzufolge keinen Entscheidungsspielraum vor, der den einzelnen Verfahrensschritten vorgelagert wäre. In der

³⁶ Siehe auch *Kühling*, K&R 2006, 263, 264.

Terminologie des deutschen Verwaltungsrechts formuliert: Die nationalen Regulierungsbehörden mögen zwar einen gewissen Auswahlspielraum haben; ein Entschließungsspielraum ist gemeinschaftsrechtlich jedoch nicht vorgesehen.

Dies schließt aber zugleich die Einführung eines solchen Entscheidungsspielraums aus: Der Verzicht auf einen Entschließungsspielraum auf Ebene der Marktanalyse würde konterkariert und damit das strikte Untersuchungsgebot nach Art. 16 Abs. 1 der Rahmenrichtlinie („führen ... durch“) seiner praktischen Wirksamkeit („effet utile“) beraubt, wenn die nationale Regulierungsbehörde bereits auf die Durchführung einer Marktdefinition verzichten könnte. Gleiches gilt für den Verzicht auf einen Entschließungsspielraum auf Maßnahmenebene: Auch das strikte Regulierungsgebot von Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie („erlegt ... auf“) würde seiner praktischen Wirksamkeit beraubt, wenn es in die Entscheidungshoheit der nationalen Regulierungsbehörden gestellt würde, ob sie überhaupt eine Marktdefinition oder -analyse durchführen, als deren Ergebnis das Bestehen oder Fehlen wirksamen Wettbewerbs (auf einem potentiell regulierungsbedürftigen Markt) festgestellt würde.

Anders als bei der Ausgestaltung der Regulierungsmaßnahmen, bei der etwa mit Blick auf Art. 8 der Zugangsrichtlinie (Auswahl-) Spielräume auf mitgliedstaatlicher Ebene bestehen,³⁷ sieht das Gemeinschaftsrecht somit bei der Frage, *ob* die einzelnen Verfahrensschritte der Marktregulierung durchgeführt werden sollen, ausdrücklich keine (Entschließungs-) Spielräume, sondern gebundene Entscheidungen vor. Es gibt hier demzufolge keine Entscheidungsspielräume, die der mitgliedstaatliche Gesetzgeber legislativ vorstrukturieren könnte.

Genau eine solche Beschränkung der Entschließungsentscheidung wird durch § 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses aber bewirkt, da durch diese Vorschrift eine besondere Prüfung außerhalb des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens vorgesehen wird, bei der über die Einbeziehung bestimmter Märkte in den Anwendungsbereich der Marktregulierung entschieden wird. Die Vorschrift verstößt somit gegen Art. 15 und 16 der Rahmenrichtlinie.

II. Exkurs: externe Einschätzungen

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften bzw. einzelne ihrer Mitglieder weisen seit Monaten darauf hin, dass ernsthafte Bedenken hinsichtlich der Gemeinschaftsrechtskonformität der im gegenwärtigen Gesetzgebungsverfahren diskutierten gesetzlichen Privilegierung neuer Märkte bestehen³⁸ bzw. diese Privilegierung für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten wird³⁹. Die Frage, ob ein Markt der Marktregulierung

37 Herdegen, MMR 2006, 580, 583; Koenig/Loetz/Neumann (Fn. 6), 2003, passim; Koenig/Neumann/Senger, MMR 2006, 365, 366 ff.

38 Vgl. nur Reding (Fn. 12), S. 8 („serious concerns as regards the compatibility of the German approach reflected in the wording of Paragraph 9a TKG with EU rules“).

39 Reding/Kroes (Fn. 12), S. 1 („Wir sind der Auffassung, dass der seit dem Frühjahr diskutierte Vorschlag der Bundesregierung für einen neuen § 9a TKG mit dem EU-Rechtsrahmen

unterfällt oder nicht, könne nach geltendem Richtlinienrecht ausschließlich im Rahmen des Verfahrens der Marktdefinition und -analyse beantwortet werden;⁴⁰ die Einführung eines zusätzlichen Kriteriums für die Regulierung neuer Märkte stünde damit nicht im Einklang.

Diese Einschätzung entspricht aber auch der allgemeinen Auffassung im wissenschaftlichen Schrifttum. Selbst soweit eine gesetzliche Privilegierung neuer Märkte dem Grunde nach für zulässig erachtet wird, bezieht sich diese Einschätzung explizit nur auf die Vorstrukturierung der systemimmanenten Entscheidungsspielräume. Die legislatorische Ausgestaltung der vorgelagerten (Entschließungs-) Entscheidung wird demgegenüber auch von denjenigen ausdrücklich für gemeinschaftswidrig erachtet, die § 9a TKG in der Fassung des Regierungsentwurfs noch für richtlinienkonform hielten.

So wird selbst in einer Veröffentlichung, die auf einem im Auftrag der *Deutschen Telekom AG* erstatteten Rechtsgutachten beruht, in dem nun mit § 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses verfolgten Ansatz ein Verstoß gegen das Konzept der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gesehen: „Eine Normierung, die den Ausschluss eines neuen Marktes von der Überprüfung im Rahmen des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens in der Form bezweckt, dass eine Feststellung unabhängig vom üblichen Verfahren getroffen wird, würde gegen das Gesamtkonzept der Marktregulierung verstoßen.“⁴¹

Darüber noch hinausgehend wird in einer weiteren Veröffentlichung auch die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des nun gewählten Ansatzes ausdrücklich formuliert: „Zwar könnte die Bestimmung“ in § 9a S. 1 TKG in der Fassung des Regierungsentwurfs „auch so missverstanden werden, dass auf einer der Marktdefinition gleichsam vorgelagerten Ebene darüber entschieden wird, ob das dreistufige Marktregulierungsverfahren ... durchlaufen wird. ... Doch eine solche Auslegung wäre ... evident gemeinschaftsrechtswidrig, da auch für neue Märkte ein entsprechendes Marktdefinitionsverfahren im Zusammenspiel mit der Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden gemäß Art. 7 Rahmenrichtlinie durchgeführt werden muss.“⁴²

Dem entspricht auch die Einschätzung eines der Einzelsachverständigen, denen in der Anhörung des im parlamentarischen Verfahren federführenden Ausschusses für Wirtschaft und Technologie Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Gesetzesvorhaben ge-

für elektronische Kommunikation nicht vereinbar und daher gemeinschaftsrechtswidrig ist.“) u. 3 („europarechtswidrige Regelung“).

40 Vgl. etwa *Reding* (Fn. 12), S. 9 („the decision of whether or not to regulate a market is based on the market analysis of an independent national regulator“); dies., *Ferien von der Ordnungspolitik?*, SPEECH/06/669, S. 5 („Der Rahmen [für die Wettbewerbsregulierung auf den Telekommunikationsmärkten] ist ... auszufüllen durch die Entscheidung unabhängiger nationaler Regulierungsbehörden, basierend auf eingehenden Marktanalysen, die im Zusammenspiel mit der Europäischen Kommission erstellt werden.“).

41 *Koenig/Loetz/Senger*, K&R 2006, 258, 260.

42 *Kühling*, K&R 2006, 263, 267.

geben wurde: „Die Subsumption neuer Märkte unter das Marktanalyseverfahren der §§ 10 und 11 sowie die Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12“ in der im Regierungsentwurf noch vorgesehenen Fassung „ist uneingeschränkt zu begrüßen, da jede andere Regelung nicht konform mit dem europäischen Rechtsrahmen wäre“.⁴³

§ 9a TKG in der Fassung des Gesetzesbeschlusses beschränkt aber den Anwendungsbereich des Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens genau in dieser Weise. Es entspricht somit nicht nur der Einschätzung der Kommission, dass die Vorschrift schon aus diesem Grund offensichtlich gemeinschaftsrechtswidrig ist, sondern zu Recht auch der einhelligen Auffassung im wissenschaftlichen Schrifttum. Soweit eine gesetzliche Privilegierung neuer Märkte für gemeinschaftsrechtlich zulässig gehalten wurde, betraf dies ausdrücklich nur die in § 9a TKG in der Fassung des Regierungsentwurfs noch vorgesehene Ausgestaltung einer solchen regulatorischen Sonderbehandlung. Dies gilt insbesondere auch für eine gutachterliche Einschätzung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie selbst, die dem federführenden Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Technologie bei der Erstellung seines Berichtes vorlag.⁴⁴ Diese nach Einschätzung des Ministeriums und von Teilen der Wissenschaft noch für gemeinschaftsrechtskonform gehaltene Ausgestaltung hat der Deutsche Bundestag aber ausdrücklich aufgegeben. Er hat damit eine Ausgestaltung gewählt, die das Gemeinschaftsrecht verletzt.

43 *Neumann*, Ausschussdrucksache 16 (9) 352, 14 (Rn. 25). Siehe auch den Bericht des Abgeordneten *Otto*, BT-Drs. 16/3635 (elektronische Vorab-Fassung), 37, 43.

44 Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (Fn. 25).

Literaturverzeichnis

- Blankart, Charles Beat/Knieps, Günter/Zenhäusern, Patrick*, Regulation of New Markets in Telecommunications?, Discussion Paper (Institut für Verkehrswissenschaft und Regionalpolitik) No. 112, 2006, im WWW abrufbar unter <<http://www.vwl.uni-freiburg.de/fakultaet/vw/publikationen/diskussionspapiere/Disk112.pdf>> (zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2006)
- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Europarechtskonformität von § 9a TKG-Änderungsgesetz, 2006
- Dahlke, Peter/Neumann, Andreas*, Innovationen und Investitionen durch Regulierung, CR 2006, 377
- Dahlke, Peter/Neumann, Andreas*, Regulatorischer Jugendwahn? – die Behandlung „neuer Märkte“ im TK-Recht, MMR 6/2006, XXII, im WWW abrufbar unter <<http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?docid=182903&docClass=NEWS&site=MMR&from=mmr.10>> (zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2006)
- Dietlein, Johannes/Brandenberg, Alexandra*, Regulierung „Neuer Märkte“ im Telekommunikationsrecht am Beispiel von VDSL (Teil 2), IR 2006, 245
- Herdegen, Matthias*, Freistellung neuer Telekommunikationsmärkte von Regulierungseingriffen, MMR 2006, 580
- Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003
- Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Senger, Marion*, Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Telekommunikationsrecht, K&R 2006, 258
- Koenig, Christian/Neumann, Andreas/Senger, Marion*, Gesetzliche Ausgestaltung des regulierungsbehördlichen Ermessens im Telekommunikationsrecht, MMR 2006, 365
- Koenig, Christian/Vogelsang, Ingo/Kühling, Jürgen/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002
- Kühling, Jürgen*, § 9a TKG-E – Innovationsschutz durch Regulierungsverzicht oder Steigerung der Regulierungskomplexität?, K&R 2006, 263
- Sachs, Michael* (Hrsg.), Grundgesetz, 3. A., 2003

Trute, Hans-Heinrich, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation: ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: FS Selmer, 2004, 565