

EuGH: Keine „Regulierungsferien“ für neue Märkte

TKG §§ 3 Nr. 12b, 9a; EG Art. 226; Zugangsrichtlinie 2002/19/EG Art. 8; Rahmenrichtlinie 2002/21/EG Art. 6, 7, 8, 15, 16; Universalienrichtlinie 2002/22/EG Art. 17
Urteil vom 3.12.2009 – Rs. C-424/07 – Kommission/Deutschland

Leitsätze der Redaktion

1. Die Bundesrepublik Deutschland hat durch den Erlass von § 9a TKG gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, aus den Art. 6 bis 8 Abs. 1 und 2, 15 Abs. 3 und 16 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG sowie aus Art. 17 Abs. 2 Universalienrichtlinie 2002/22/EG verstoßen.

2. Die Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit auch „neuer Märkte“ und über die dabei vorzunehmende Gewichtung unterschiedlicher Regulierungsziele obliegt nach Maßgabe des EU-Rechtsrahmens der nationalen Regulierungsbehörde (NRB) und nicht dem nationalen Gesetzgeber. Deshalb darf der nationale Gesetzgeber das Ermessen der NRB nicht gesetzlich einschränken oder „vorstrukturieren“.

Anm. d. Red.: Die Leitsätze wurden verfasst von Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M., Universität Göttingen.

Sachverhalt

Bestimmte TK-Märkte unterliegen nach Maßgabe der §§ 9 ff. TKG einer ex ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur (BNetzA). Diese Bestimmungen des TKG basieren auf einem durch Richtlinien gesetzten EU-Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation aus dem Jahre 2002.

Mit Gesetz v. 18.2.2007 (BGBl. I 2007, S. 106) fügte der deutsche Gesetzgeber die §§ 3 Nr. 12b und 9a in das TKG ein, durch welche „neue Märkte“ definiert und im Grundsatz von der ex ante-Regulierung freigestellt wurden. Dadurch sollten ausweislich der Regierungsbegründung „unter Berücksichtigung des europäischen und nationalen Rechtsrahmens Anreize zu Investitionen geschaffen und Innovationen gefördert werden“ (BT-Drs. 16/2581, S. 42). Konkreter Anlass für die Schaffung dieser Normen war der kostspielige Aufbau des FTtx-Glasfasernetzes durch die Deutsche Telekom AG (DTAG), mittels dessen die DTAG insb. Hochgeschwindigkeits-Internetzugänge auf Basis der VDSL-Technologie anbietet. §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG wurden vor diesem Hintergrund von Anfang an beargwöhnt und ironisch als „Lex Telekom“ bezeichnet, welche der (mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehenden) DTAG „Regulierungsferien“ für ihr Glasfasernetz gewähren sollte.

Nach § 3 Nr. 12b TKG ist ein „neuer Markt“ ein Markt für Dienste und Produkte, die sich von den bislang vorhandenen Diensten und Produkten hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Reichweite, Verfügbarkeit für größere Benutzerkreise (Massenmarktfähigkeit), des Preises oder der Qualität aus Sicht eines verständigen Nachfragers nicht nur unerheblich unterscheiden und diese nicht lediglich ersetzen“.

§ 9a TKG lautet: „(1) Vorbehaltlich des nachfolgenden Absatzes unterliegen neue Märkte grundsätzlich nicht der Regulierung nach Teil 2. (2) Wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert wird, 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. Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auferlegung von Maßnahmen berücksichtigt die Bundesnetzagentur insbesondere das Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen.“

Die EU-Kommission äußerte Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit dieser Bestimmungen mit dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation. Sie leitete mit Schreiben v. 26.2.2007 ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG ein, das in eine Klage beim EuGH mündete.

Aus den Gründen

Zur Begründetheit

38 Die Kommission stützt ihre Klage im Wesentlichen auf zwei Rügen. Erstens habe die Bundesrepublik Deutschland unter Verletzung der Art. 8 Abs. 1 und 2, 15 sowie 16 der Rahmenrichtlinie (RRL), von Art. 8 Abs. 4 der Zugangsrichtlinie (ZRL) und von Art. 17 Abs. 2 der Universalienrichtlinie (URL) das Ermessen der Nationalen Regulierungsbehörden (NRB) eingeschränkt, indem sie in den neuen Bestimmungen des TKG den Begriff „neue Märkte“ definiert habe, für diese Märkte den Grundsatz der Nichtregulierung vorgesehen habe, restriktivere Voraussetzungen als die im gemeinsamen Rechtsrahmen vorgesehenen festgelegt habe, sofern diese Märkte ausnahmsweise für eine Regulierung in Betracht kämen, und für die Analyse dieser Märkte die vorrangige Berücksichtigung eines bestimmten Regulierungsziels vorgeschrieben habe. Zweitens seien die in den Art. 6 und 7 RRL vorgesehenen Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nicht eingehalten worden.

39 Die Bundesrepublik Deutschland bestreitet die ihr vorgeworfene Vertragsverletzung.

Zur Rüge der Einschränkung des Ermessens der NRB

Vorbringen der Parteien

40 Die Kommission macht geltend, die neu eingeführten Regelungen der §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG beschränkten den Ermessensspielraum der NRB. Sie umgingen die Verfahren der Marktdefinition und -analyse sowie der Auferlegung von Abhilfemaßnahmen, die durch den gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation geschaffen worden seien.

41 Durch den Erlass der §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG habe der deutsche Gesetzgeber definiert, was „neue Märkte“ seien, für diese Märkte den Grundsatz der Nichtregulierung vorgesehen, im Voraus restriktive Voraussetzungen festlegt, unter denen die NRB ausnahmsweise berechtigt sei, diese Märkte zu regulieren, und der NRB ein Regulierungsziel zur besonderen Beachtung vorgeschrieben. Diese Bestimmungen des TKG verstießen gegen die Vorschriften des gemeinsamen Rechtsrahmens, die diesen Ermessensspielraum zum Gegenstand hätten, wie Art. 8 ZRL, die Art. 8, 15 und 16 RRL und Art. 17 URL.

42 Zunächst schränke § 3 Nr. 12b TKG durch die Definition des Begriffs „neue Märkte“ das Ermessen der deutschen NRB ein, das in Art. 15 Abs. 3 RRL vorgesehen sei. Nach dieser Bestimmung legten die NRB die relevanten Märkte nämlich entsprechend den nationalen Gegebenheiten – insb. der innerhalb ihres Hoheitsgebiets relevanten geografischen Märkte – im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts fest.

43 Sodann bestimme § 9a Abs. 1 TKG im Gegensatz zu den Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren, dass neue Märkte grds. nicht der Regulierung gem. Teil 2 des TKG unterlägen.

44 Zudem seien, sofern § 9a Abs. 2 TKG ausnahmsweise die Regulierung eines neuen Markts vorsehe, die dafür vorgesehenen Voraussetzungen restriktiver als die nach Art. 16 RRL. Dieser Artikel verlange nämlich nur einen wirksamen Wettbewerb auf dem relevanten Markt und nicht wie § 9a Abs. 2 TKG, dass die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Markts langfristig behindert werde.

45 Schließlich verstoße § 9a Abs. 2 TKG gegen Art. 8 Abs. 1 und 2 RRL. In § 9a Abs. 2 TKG werde eines der Regulierungsziele besonders betont, nämlich die Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen. Art. 8 Abs. 2 RRL lege jedoch keine Rangfolge dieser Ziele fest, und Art. 8 Abs. 4 ZRL und Art. 17 Abs. 2 URL machten deutlich, dass die NRB bei der Verhängung von Abhilfemaßnahmen angesichts der Ziele des Art. 8 RRL verhältnismäßig und gerechtfertigt vorgehen sollten, ohne dass einem der Ziele Priorität zukomme.

46 Die Bundesrepublik Deutschland hält die §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG für mit dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation vereinbar.

47 Die RL dieses Rechtsrahmens hätten die Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Ziel und ließen den Mitgliedstaaten daher einen Gestaltungsspielraum zur Präzisierung der in den RL verwendeten abstrakten Begriffe und zur Sicherstellung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinienziele. Die Vorwürfe der *Kommission* beruhten sowohl auf einer weiten Auslegung dieses Rechtsrahmens als auch auf einer unzutreffenden Einschätzung der Auswirkungen der Bestimmungen des TKG.

48 Durch die §§ 3 Nr. 12b und 9a TKG werde das Ermessen der Regulierungsbehörde vorstrukturiert, was im Einklang mit den Zielen des Art. 8 RRL zur Schaffung von Rechtssicherheit beitragen solle. Die *Kommission* habe insoweit weder angegeben, aus welcher Norm der RL des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation sich ein solches Ermessen ableiten solle, noch, durch welche Vorschrift des TKG dieses Ermessen eingeschränkt werde. § 9a Abs. 2 TKG verpflichte durch den Gebrauch des Worts „kann“ die NRB zur Ermessensausübung bei der Frage, ob ein neuer Markt reguliert werden solle. Die *Kommission* fordere eine wortgetreue Umsetzung dieser Richtlinienbestimmungen, als handelte es sich um eine Verordnung, und strebe damit eine Vereinheitlichung anstelle einer Harmonisierung des Rechts der Mitgliedstaaten an.

49 Aus dem 27. Erwägungsgrund der RRL, Nr. 32 der Leitlinien sowie dem 15. Erwägungsgrund der Empfehlung der *Kommission* ergebe sich, dass neue Märkte im Regelfall nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kämen. Insofern bewirke § 9a TKG nicht die Einführung eines neuen, isolierten Prüfverfahrens, sondern präzisiere die Vorschriften für das allgemeine Marktregulierungsverfahren der §§ 10 und 11 TKG für neue Märkte. So werde die Regulierungsbedürftigkeit eines Markts stets geprüft, während Regulierungsmaßnahmen seitens der Regulierungsbehörde durch § 9a Abs. 1 TKG ausgeschlossen seien, wenn keine Regulierungsbedürftigkeit festgestellt werde.

50 Zur Definition des relevanten Markts trägt die Bundesrepublik Deutschland vor, der gemeinsame Rechtsrahmen stehe einer Regelung der Marktdefinition durch den nationalen Gesetzgeber nicht entgegen. Jedenfalls stelle § 3 Nr. 12b TKG keine Marktdefinition dar, sondern sehe abstrakte Kriterien vor, anhand deren sich nach einer Marktdefinition feststellen lasse, ob es sich um einen neuen Markt handele oder nicht. Die §§ 3

Nr. 12b und 9a TKG ermöglichten somit der Regulierungsbehörde, den relevanten Markt in jedem Einzelfall im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts festzulegen, und begründeten keine Abweichung vom herkömmlichen Marktdefinitionsverfahren.

51 Überdies seien das Kriterium eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Markts und das Erfordernis einer langfristigen Behinderung auf dem betreffenden Markt in § 9a Abs. 2 TKG nicht restriktiver als die im gemeinsamen Rechtsrahmen vorgeschriebenen Anforderungen und änderten nicht das Definitions- und Analyseverfahren nach den §§ 10 und 11 TKG. Es handele sich um im 27. Erwägungsgrund der RRL und in der Empfehlung der *Kommission* anerkannte Voraussetzungen, die den Begriff des „wirksamen Wettbewerbs“ in Bezug auf neue Märkte präzisieren.

52 Schließlich könne der nationale Gesetzgeber auf Grund seines Gestaltungsspielraums eines der in den RL des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation anerkannten Regulierungsziele höher gewichten. Das Wort „insbesondere“ in § 9a Abs. 2 Satz 2 TKG deute zudem darauf hin, dass das in dieser Bestimmung genannte Ziel nicht das einzig zu berücksichtigende sei.

Würdigung durch den Gerichtshof

53 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass mit der RRL nach ihrem Art. 1 Abs. 1 ein harmonisierter Rahmen für die Regulierung elektronischer Kommunikationsdienste und -netze sowie zugehöriger Einrichtungen und zugehöriger Dienste vorgegeben wird. Diese RL legt die Aufgaben der NRB sowie eine Reihe von Verfahren fest, die die gemeinschaftsweit harmonisierte Anwendung des Rechtsrahmens gewährleisten.

54 Art. 3 Abs. 2 und 3 RRL und deren 11. Erwägungsgrund zufolge sollten die Mitgliedstaaten nach dem Grundsatz der Trennung hoheitlicher und betrieblicher Funktionen die Unabhängigkeit der NRB garantieren, damit diese ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben können.

55 Mit der RRL werden den NRB spezifische Aufgaben zur Regulierung der Märkte für elektronische Kommunikation übertragen. Gem. Art. 15 RRL, insb. Abs. 3, haben sie in enger Zusammenarbeit mit der *Kommission* die relevanten Märkte im Bereich der elektronischen Kommunikation festzulegen.

56 Gem. Art. 16 RRL führen die NRB sodann eine Analyse der so festgelegten Märkte durch und beurteilen, ob auf ihnen wirksamer Wettbewerb herrscht. Ist dies bei einem Markt nicht der Fall, so erlegt die betreffende NRB den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt Vorabverpflichtungen auf.

57 Nach Art. 15 Abs. 3 RRL legen die NRB die relevanten Märkte unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung der *Kommission* und der Leitlinien fest.

58 Nach Art. 16 Abs. 1 RRL führen die NRB ferner die Analyse der relevanten Märkte unter weitestgehender Berücksichtigung der Leitlinien durch, um zu ermitteln, ob eine Vorabregulierung geboten ist.

59 Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben haben die NRB nach Art. 7 Abs. 1 RRL den in deren Art. 8 Abs. 1 genannten Zielen weitestgehend Rechnung zu tragen. Diesem Art. 8 Abs. 1 zufolge haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die NRB alle angezeigten Maßnahmen treffen, die den Zielen des Art. 8 dienen. Ferner müssen nach Art. 8 Abs. 1 die Maßnahmen der NRB in angemessenem Verhältnis zu diesen Zielen stehen.

60 Ebenso müssen die NRB nach Art. 8 Abs. 4 ZRL und Art. 17 Abs. 2 URL, wenn sie auf der Grundlage dieser RL Vorabver-

pflichtungen beschließen, die Ziele des Art. 8 RRL berücksichtigen. Die Vorabverpflichtungen müssen im Hinblick auf diese Ziele verhältnismäßig und gerechtfertigt sein.

61 Bei der Wahrnehmung dieser hoheitlichen Funktionen verfügen die NRB über eine weitreichende Befugnis, um die Regulierungsbedürftigkeit eines Markts in jedem Einzelfall beurteilen zu können (vgl. in diesem Sinne U. v. 24.4.2008 – Rs. C-55/06, Slg. 2008, I-2931 [= MMR 2008, 523] – Arcor, Rdnr. 153–156).

62 Die Begründetheit der vorliegenden Klage ist im Licht dieser Erwägungen zu beurteilen.

63 Erstens ist zu prüfen, ob, wie die *Kommission* behauptet, die Bundesrepublik Deutschland dadurch, dass sie in § 9a TKG für neue Märkte einen Grundsatz der Nichtregulierung aufstellt, gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 16 RRL verstoßen hat.

64 Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass nach Art. 16 Abs. 1 RRL die NRB die Analyse der gem. Art. 15 dieser RL festgelegten relevanten Märkte durchführen, um zu ermitteln, ob für diese Märkte eine Vorabregulierung geboten ist. Diese Artikel beziehen sich auf den Bereich der elektronischen Kommunikation im Allgemeinen und schließen weder neue Märkte noch irgendeinen anderen Markt von ihrer Anwendung aus.

65 Weiter ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass nach § 9a Abs. 1 TKG vorbehaltlich von dessen Abs. 2 neue Märkte grds. nicht der „Regulierung“ nach Teil 2 TKG unterliegen. Nach § 9a Abs. 2 TKG kann die Regulierungsbehörde, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Markts im Bereich der TK-Dienste oder -Netze langfristig behindert wird, einen neuen Markt abweichend von Abs. 1 der Regulierung nach Teil 2 TKG unterwerfen.

66 Aus dem Wortlaut von § 9a Abs. 1 und 2 TKG geht ausdrücklich hervor, dass neue Märkte nicht reguliert werden sollten, sofern nicht bestimmte Merkmale, wie das Fehlen nachhaltigen Wettbewerbs auf dem Markt, zeigen, dass ihre Regulierung erforderlich ist. Es handelt sich also um eine allgemeine Rechtsvorschrift, die in ihrem Abs. 1 einen Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte aufstellt und dann in ihrem Abs. 2 Ausnahmen von diesem Grundsatz vorsieht.

67 Die Bundesrepublik Deutschland macht allerdings geltend, dass der Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte im gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation festgelegt sei. Sie verweist insoweit auf den 27. Erwägungsgrund der RRL, Rdnr. 32 der Leitlinien und den 15. Erwägungsgrund der Empfehlung der *Kommission*, aus denen sich ergebe, dass neue Märkte im Regelfall nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kämen.

68 Diesem Vorbringen kann jedoch nicht gefolgt werden.

69 Zunächst ist im 27. Erwägungsgrund der RRL ausgeführt, dass in diesen Leitlinien die Frage neuer Märkte zu behandeln ist, auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, ohne dass ihm unangemessene Verpflichtungen auferlegt werden sollten. In diesem Erwägungsgrund wird davon ausgegangen, dass bei der Regulierung neuer Märkte deren Besonderheiten berücksichtigt werden. Folglich ist dieser Erwägungsgrund nicht so zu verstehen, als werde damit ein Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte vorgeschrieben.

70 Weiter wird lt. Rdnr. 32 der Leitlinien im 27. Erwägungsgrund der RRL in Bezug auf neu entstehende Märkte, auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, gesagt, dass diesem keine unangemessenen Verpflichtungen auferlegt werden sollten. Nach dieser Bestimmung der

Leitlinien könnte nämlich eine verfrühte ex ante-Regulierung die Wettbewerbsbedingungen auf einem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen.

71 Diese Bestimmung wiederholt somit lediglich den Inhalt des 27. Erwägungsgrunds der RRL und untersagt die Auferlegung unangemessener Vorabverpflichtungen. Somit sehen auch die Leitlinien keine allgemeine Regel der Nichtregulierung neuer Märkte vor. Diese Feststellung wird i.Ü. durch den Wortlaut der Sätze 3 und 4 von Rdnr. 32 der Leitlinien bestätigt, wonach auf neu entstehenden Märkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen verhindert werden sollte und die NRB sicherstellen sollten, dass sie jede Form einer frühen ex ante-Intervention auf einem neu entstehenden Markt begründen können.

72 Schließlich heißt es im 15. Erwägungsgrund der Empfehlung der *Kommission*, dass neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht auf Grund von „Vorreitervorteilen“ besteht, grds. nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kommen. Damit ist eine Nichtregulierung neuer Märkte vorgesehen, wenn es auf ihnen Unternehmen gibt, die auf Grund von Vorreitervorteilen Marktmacht haben. Nach diesem Erwägungsgrund muss somit die NRB erforderlichenfalls die Voraussetzungen von Fall zu Fall prüfen, um eine Nichtregulierung eines neuen Markts herleiten zu können.

73 Nach alledem legen der 27. Erwägungsgrund der RRL, Rdnr. 32 der Leitlinien und der 15. Erwägungsgrund der Empfehlung der *Kommission* zwar nahe, dass die NRB bei neuen Märkten vorsichtig agieren müssen, doch stellen sie keinen Grundsatz der Nichtregulierung dieser Märkte auf.

74 Hinzu kommt, dass jedenfalls, wie aus den Rdnr. 53 bis 61 des vorliegenden Urteils hervorgeht, die RRL die Beurteilung der Regulierungsbedürftigkeit von Märkten auf die NRB und nicht den nationalen Gesetzgeber überträgt.

75 Hierzu ist festzustellen, dass die Art. 15 und 16 RRL, die ausdrücklich an die NRB gerichtet sind, die Rechtsgrundlage für die Leitlinien und die Empfehlung der *Kommission* bilden und dass diese beiden Rechtsinstrumente den NRB Orientierung geben, wenn sie die relevanten Märkte definieren und untersuchen, um zu bestimmen, ob sie einer Vorabregulierung unterworfen werden sollen.

76 Nach Rdnr. 1 der Leitlinien werden in diesen nämlich die Grundsätze beschrieben, die die NRB bei der Analyse der Märkte und der Wirksamkeit des Wettbewerbs nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation zu Grunde legen sollen. Auch in Rdnr. 6 der Leitlinien wird darauf hingewiesen, dass sie die NRB bei der Wahrnehmung ihrer neuen Verantwortung im Hinblick auf die Marktdefinition und die Feststellung von beträchtlicher Marktmacht unterstützen sollen.

77 Nach Nr. 1 der Empfehlung der *Kommission* wird den NRB empfohlen, bei der Festlegung relevanter Märkte gem. Art. 15 Abs. 3 RRL die im Anhang aufgeführten Produkt- und Dienstmärkte zu prüfen.

78 Folglich greift § 9a TKG als Rechtsvorschrift, die die Regulierung neuer Märkte durch die NRB im Regelfall ausschließt, in die weiten Befugnisse ein, die dieser durch den gemeinsamen Rechtsrahmen gewährt wurden, und hindert sie daran, auf den Einzelfall abgestimmte Regulierungsmaßnahmen zu ergreifen. Wie aus Nr. 54 der Schlussanträge des *Generalanwalts* hervorgeht, kann jedoch der deutsche Gesetzgeber die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht umkehren und diese neuen Märkte grds. von der Regulierung freistellen.

79 Folglich ist § 9a Abs. 1 TKG, soweit damit ein Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte eingeführt wird, nicht mit Art. 16 RRL vereinbar.

80 Zweitens hat die Bundesrepublik Deutschland nach Auffassung der *Kommission* mit der Definition des Begriffs „neuer Markt“ in § 3 Nr. 12b TKG das Ermessen der NRB eingeschränkt und gegen ihre Verpflichtungen aus Art 15 Abs. 3 RRL verstoßen.

81 Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass das in Art. 15 RRL vorgesehene Marktdefinitionsverfahren es der NRB ermöglichen soll, eine Analyse des relevanten Markts gem. Art. 16 dieser RL durchzuführen und insb. zu prüfen, ob auf diesem Markt bestimmte Unternehmen beträchtliche Marktmacht ausüben. Die Marktdefinition bildet also den Ausgangspunkt der Wettbewerbsanalyse nach Art. 16 RRL.

82 Insoweit stellt die Definition des Begriffs „neuer Markt“ in § 3 Nr. 12b TKG, in der auf einen „Markt für Dienste und Produkte“ Bezug genommen wird, keine „Abgrenzung des relevanten Markts“ i.S.v. Art. 15 Abs. 3 RRL dar, die Gegenstand der Wettbewerbsanalyse nach Art. 16 dieser RL sein könnte. Folglich kann in § 3 Nr. 12b TKG keine Beschränkung der nach Art. 15 Abs. 3 RRL der NRB zustehenden Befugnis zur Marktdefinition gesehen werden.

83 Dagegen wirkt sich die Einschränkung des Ermessens der deutschen NRB durch § 9a Abs. 1 TKG zwangsläufig auf die Befugnis der NRB zur Marktdefinition aus. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die gem. Art. 15 Abs. 3 RRL zu prüfenden Märkte im Anhang der Empfehlung der *Kommission* aufgeführt sind. Wegen des Grundsatzes der Nichtregulierung neuer Märkte in § 9a Abs. 1 TKG hat die NRB die relevanten Märkte nicht mehr gem. Art. 15 Abs. 3 RRL festzulegen, soweit die im Anhang der Empfehlung der *Kommission* aufgeführten Märkte unter die Definition in § 3 Nr. 12b TKG fallen.

84 Daher ist § 9a Abs. 1 TKG auch nicht mit Art. 15 Abs. 3 RRL vereinbar.

85 Drittens macht die *Kommission* geltend, § 9a Abs. 1 TKG führe entgegen Art. 8 RRL eine Rangfolge der in diesem Artikel genannten Ziele ein.

86 Nach § 9a Abs. 2 TKG berücksichtigt die NRB bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auferlegung von Maßnahmen insb. das Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen. Die anderen von der NRB zu berücksichtigenden Ziele sind in Art. 2 TKG aufgezählt.

87 Die Bundesrepublik Deutschland macht geltend, durch die neu eingeführten Regelungen des TKG werde die Intervention der NRB auf neuen Märkten vorstrukturiert. Sie könne, wie aus der Begründung der Empfehlung der *Kommission* hervorgehe, auf Grund des Gestaltungsspielraums, über den sie bei der Umsetzung des gemeinsamen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation verfüge, eines der in der RRL anerkannten Ziele höher gewichten, wenn zwischen diesem Ziel und einem bestimmten Markttyp ein gesicherter Zusammenhang bestehe.

88 Hierzu ist daran zu erinnern, dass gem. Art. 8 Abs. 2 RRL die NRB den Wettbewerb bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste sowie zugehöriger Einrichtungen und Dienste fördern, indem sie u.a. sicherstellen, dass die Nutzer größtmögliche Vorteile in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität genießen; gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation gibt; effiziente Infrastrukturinvestitionen fördern und die Innovation unterstützen; für eine effiziente Nut-

zung der Funkfrequenzen und der Nummerierungsressourcen sorgen und deren effiziente Verwaltung sicherstellen.

89 Gem. Art. 8 Abs. 1 RRL haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die NRB bei der Wahrnehmung der in der RRL und den Einzelrichtlinien festgelegten regulatorischen Aufgaben alle angezeigten Maßnahmen treffen, die den Zielen des Art. 8 dienen.

90 Zudem ergibt sich aus Art. 8 Abs. 4 ZRL und Art. 17 Abs. 2 URL, dass die nach diesen Artikeln auferlegten Verpflichtungen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 RRL angemessen und gerechtfertigt sein müssen.

91 Aus diesen Bestimmungen geht hervor, dass die NRB verpflichtet sind, bei der Wahrnehmung der im gemeinsamen Rechtsrahmen genannten regulatorischen Aufgaben die in Art. 8 RRL genannten Regulierungsziele zu fördern. Folglich steht, wie der *Generalanwalt* in Nr. 64 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, auch die Abwägung zwischen diesen Zielen bei der Definition und der Analyse eines für die Regulierung in Betracht kommenden relevanten Markts den NRB und nicht den nationalen Gesetzgebern zu.

92 In diesem Kontext hat der *Gerichtshof* Art. 8 RRL dahin ausgelegt, dass er den Mitgliedstaaten vorschreibt, dafür zu sorgen, dass die NRB alle angezeigten Maßnahmen treffen, die der Förderung des Wettbewerbs bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste dienen, wobei sie gewährleisten, dass es keine Wettbewerbsverzerrungen oder -beschränkungen im Bereich der elektronischen Kommunikation gibt, und verbleibende Hindernisse für die Erbringung dieser Dienste auf europäischer Ebene abbauen ...

93 Eine nationale Rechtsvorschrift wie § 9a Abs. 2 TKG, die für die Untersuchung der Regulierungsbedürftigkeit eines neuen Markts durch die NRB die vorrangige Berücksichtigung eines der in der RRL anerkannten Ziele vorschreibt, nimmt aber eine Abwägung dieser Ziele vor, obwohl diese Abwägung bei der Wahrnehmung der ihnen übertragenen regulatorischen Aufgaben der NRB zufällt.

94 Folglich verstößt § 9a Abs. 2 TKG, der einem bestimmten Regulierungsziel den Vorrang gibt, gegen Art. 8 Abs. 4 ZRL, Art. 8 Abs. 1 und 2 RRL sowie Art. 17 Abs. 2 URL und schränkt das Ermessen der NRB in einer mit diesen RL nicht vereinbaren Weise ein.

95 Was viertens den Vorwurf der *Kommission* angeht, § 9a Abs. 2 TKG lege restriktivere Voraussetzungen fest als die in der RRL für die Marktanalyse vorgesehenen, ist daran zu erinnern, dass gem. diesem Abs. 2, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltigen wettbewerbsorientierten Markts im Bereich der TK-Dienste oder -Netze langfristig behindert wird, die NRB einen neuen Markt abweichend von § 9a Abs. 1 TKG nach den Bestimmungen der §§ 9 bis 12 TKG der Regulierung nach Teil 2 TKG unterwerfen kann.

96 So muss die NRB gem. § 9a Abs. 2 TKG die Regulierungsbedürftigkeit neuer Märkte untersuchen, wenn die Gefahr besteht, dass die Entwicklung von nachhaltigem Wettbewerb auf diesen Märkten langfristig behindert wird.

97 Nach Art. 16 RRL haben die NRB zu beurteilen, ob auf den relevanten Märkten wirksamer Wettbewerb herrscht. Ist dies auf einem Markt nicht der Fall, erlegt die betreffende NRB den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt Vorabverpflichtungen auf.

98 Die Kriterien, die nach § 9a Abs. 2 TKG erfüllt sein müssen, damit ein neuer Markt ausnahmsweise einer Vorabregulierung

unterworfen werden kann, nämlich das Bestehen der Gefahr einer langfristigen Behinderung der Entwicklung von nachhaltigem Wettbewerb, sind restriktiver als die des Art. 16 RRL, nach denen die Vorabregulierung nur von der Feststellung abhängt, dass auf dem betreffenden Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht.

99 Folglich verstößt § 9a Abs. 2 TKG, indem er für die Analyse der für eine Regulierung in Betracht kommenden relevanten Märkte restriktivere Voraussetzungen als die in der RRL vorgesehenen festlegt, gegen Art. 16 RRL und schränkt das Ermessen der NRB ein.

100 Nach alledem greift die Rüge einer Einschränkung des Ermessens der NRB durch. ...

108 Aus der Gesamtheit der vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch den Erlass von § 9a TKG gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 8 Abs. 4 ZRL, aus den Art. 6 bis 8 Abs. 1 und 2, Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 RRL sowie aus Art. 17 Abs. 2 URL verstoßen hat. ...

Anmerkung

Professor Dr. Torsten Körber, Universität Göttingen
Die Entscheidung des *EuGH* v. 3.12.2009 ist vor dem Hintergrund zweier Grundprobleme der Regulierungspraxis zu sehen: Einerseits ist die Frage nach der Zuständigkeitsverteilung zwischen *Kommission*, nationalen Gesetzgebern und nationalen Regulierungsbehörden (NRB) aufgeworfen. Andererseits stellt sich die Frage, ob neue Netze – und damit „neue Märkte“ – von Anfang an einer Regulierung nach §§ 9 ff. TKG unterworfen werden sollten oder ob insoweit regulatorische Zurückhaltung zur Förderung von Investition und Innovation (auch seitens marktbeherrschender Unternehmen) geboten ist.

Konkret zu entscheiden war über die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber befugt war, durch Gesetz in den Entscheidungsspielraum der *BNetzA* einzugreifen und das Behördenermessen „vorzustrukturieren“ (Rdnr. 48), indem er in § 9a TKG vorgab, dass „neue Märkte“ i.S.d. § 3 Nr. 12b TKG grds. nicht der ex ante-Regulierung unterlägen (Abs. 1), wenn nicht „bei fehlender Regulierung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsdienste oder -netze langfristig behindert“ würde, wobei bei „der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit und der Auferlegung von Maßnahmen ... die *BNetzA* insb. das Ziel der Förderung von effizienten Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen“ berücksichtigen müsse (Abs. 2).

Der *EuGH* hielt die Definition neuer Märkte in § 3 Nr. 12b TKG im Gegensatz zur *Kommission* für unbedenklich (Rdnr. 82). Dagegen sah er durch § 9a TKG mehrere Vorgaben des EU-Rechtsrahmens verletzt:

■ Erstens behindere der Grundsatz der Nichtregulierung neuer Märkte in § 9a Abs. 1 TKG gemeinschaftsweit abgestimmte Regulierungsmaßnahmen und kehre den im Rechtsrahmen angelegten Grundsatz der Regulierung der TK-Märkte um (Rdnr. 63 ff., insb. Rdnr. 78 mit Verweis auf die insoweit deutlicheren Schlussanträge des GA *Poiares Maduro*).

■ Zweitens hindere § 9a Abs. 1 TKG die *BNetzA* daran, nach Maßgabe des Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (RRL) i.R.d. Marktdefinition auf Empfehlung der *EU-Kommission* die regulierungsbedürftigen Märkte festzulegen (Rdnr. 80 ff.).

■ Drittens widerspreche auch § 9a Abs. 2 TKG den EU-Vorgaben, nach denen der NRB die Abwägung der u.a. in Art. 8 Abs. 1 und 2 RRL definierten Regulierungsziele obliege, während die deutsche Regelung dem Ziel der Förderung von Investitionen und Innovation gesetzlich einen Vorrang einräume (Rdnr. 85 ff.).

■ Schließlich verstoße § 9a Abs. 2 TKG viertens gegen Art. 16 RRL, weil Art. 16 RRL für eine Regulierung nur das Fehlen wirksamen Wettbewerbs voraussetze, während § 9a Abs. 2 TKG deutlich restriktiver auf eine langfristige Behinderung der Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Markts abstelle (Rdnr. 95 ff.).

Im ersten Zugriff erscheint es begrüßenswert, dass der *EuGH* die *BNetzA* ggü. einer politischen Bevormundung durch den Gesetzgeber in Schutz nimmt, hinter der manche sogar Eigennutz des Staates als Hauptanteilseigner des Incumbents *DTAG* vermuten. Dass eine unabhängige Wettbewerbsbehörde durchaus segensreich sein kann, stellt nicht zuletzt auch das deutsche *BKartA* unter Beweis. Zudem erscheint es unglücklich, dass der deutsche Gesetzgeber § 9a TKG als Sonderregelung neben die §§ 9, 10, 11 und 12 TKG gestellt hat, die auf neue Märkte nur ausnahmsweise anwendbar sein sollen. Da §§ 9, 10, 11 und 12 TKG auf Art. 14 ff. RRL basieren, erweckt diese Systematik den Eindruck, der deutsche Gesetzgeber wolle sich seinen Verpflichtungen aus der RL entziehen und ein nationales Sonderrecht schaffen.

Ob die Entscheidung des *EuGH* i.E. zu mehr Unabhängigkeit der *BNetzA* führt, erscheint gleichwohl fraglich. Dadurch, dass er die *BNetzA* ggü. dem deutschen Gesetzgeber in Schutz nimmt, sichert er nämlich zugleich die Einflussmöglichkeiten der *EU-Kommission*. Diese ist es, die nach Art. 15 Abs. 1 RRL Märkte definiert, die einer Regulierung bedürfen. Dies geschieht zwar nur in Form einer Märkteempfehlung (zuletzt ABI. EG 2007 Nr. L 344, S. 65), der dann gem. Art. 15 Abs. 3 RRL die verbindliche Entscheidung der NRB folgen soll, und Empfehlungen sind nach Art. 249 Abs. 5 EG ausdrücklich „nicht verbindlich“. Doch werden Märkteempfehlungen der *Kommission* von den NRB in aller Regel wie verbindliche Entscheidungen behandelt. Die NRB haben dazu in einer „ERG Common Position“ v. 29.5.2006 betont, dass eine erneute Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit auf nationaler Ebene grds. unterbleiben könne (S. 18, abrufbar unter: <http://erg.eu.int>). Die *BNetzA* folgt dieser Praxis, obwohl § 10 Abs. 2 TKG eigentlich eine Wiederholung der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit auf nationaler Ebene anordnet – und § 10 Abs. 2 TKG ist gemeinschaftsrechtlich im Gegensatz zu § 9a unverdächtig, weil er nur den auch für die EG-Praxis einschlägigen 3-Kriterien-Test wiedergibt.

Eine Regel, nach welcher TK-Märkte stets einer der ex ante-Regulierung unterliegen, erscheint problematisch. In einer auf dem Schutz individueller Freiheit, einschließlich Vertragsfreiheit und Eigentumsfreiheit, basierenden Rechts- und Wirtschaftsordnung sollte Regulierung die Ausnahme und nicht die Regel sein. Diesem Grundsatz folgt letztlich auch der sog. „3-Kriterien-Test“, den die *Kommission* für die Marktdefinition heranzieht. Danach muss ein Markt, um als regulierungsbedürftig betrachtet zu werden, kumulativ

■ durch beträchtliche, anhaltende Zugangshindernisse gekennzeichnet sein; er darf

■ nicht innerhalb eines relevanten Zeitraums zu wirksamem Wettbewerb tendieren; und selbst wenn dies der Fall ist, kommt eine ex ante-Regulierung nur in Betracht, wenn

■ dem betreffenden Marktversagen mit wettbewerbsrechtlichen Mitteln allein nicht angemessen entgegengewirkt werden kann (vgl. EG 5 zur Märkteempfehlung 2007 und EG 27 zur RRL).

Mit anderen Worten: Ex ante-Regulierung ist nur die ultima ratio, wenn Wettbewerb und Kartellrecht versagen.

§ 9a TKG akzentuiert dieses allgemeine Regel-Ausnahme-Verhältnis für „neue Märkte“, bei denen mit Blick auf die noch un-

klare Marktentwicklung naturgemäß besondere Vorsicht ggü. vorschneller Regulierung geboten ist (vgl. Erwägungsgrund 27 zur RRL). Dadurch bewirkt § 9a TKG freilich auch, dass die nach Art. 249 Abs. 5 EG unverbindliche Märkteempfehlung der *Kommission* für neue Märkte tatsächlich wieder ein Stück weit unverbindlich und die „Vorstrukturierung“ der *BNetzA*-Entscheidung durch die *Kommission* teilweise durch eine solche seitens des deutschen Gesetzgebers ersetzt wird. Es liegt auf der Hand, dass dies das Missfallen der *Kommission* auslösen musste. Zudem hatte der *EuGH* schon in seiner *Arcor*-Entscheidung v. 24.4.2008 betont, die Zugangsregulierung sei besser auf EU-Ebene als bei den Mitgliedstaaten aufgehoben (MMR 2008, 523 Rdnr. 14), die verpflichtet seien, auch (eigentlich unverbindliche) Empfehlungen der *Kommission* zu berücksichtigen (Rdnr. 94).

Die inhaltliche Kritik des *EuGH* an § 9a Abs. 2 TKG erscheint nur z.T. berechtigt. Einerseits ist es richtig, dass die RL die Regulierungsziele festlegen und den NRB die Abwägung zwischen diesen in §§ 2 und 21 TKG zusammengefassten und grds. gleichrangigen Zielen zuweisen. Dem dürfte es widersprechen, dass § 9a Abs. 2 TKG Investitions- und Innovationsschutz einen Vorrang vor den anderen Zielen einräumt. Andererseits erscheint die Auffassung des *EuGH* zweifelhaft, § 9a Abs. 2 TKG stehe auf Grund seiner auf die langfristige Wettbewerbsentwicklung ausgerichteten Perspektive im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht (Rdnr. 98). Dass der Maßstab des § 9a TKG strenger ist als derjenige des Art. 16 RRL trifft zwar zu, doch übersieht der *EuGH*, dass eine Marktanalyse nach Art. 16 RRL nur in Bezug auf Märkte stattfindet, die zuvor nach Art. 15 RRL als im Grundsatz regulierungsbedürftig definiert wurden. Dies aber setzt nach dem 3-Kriterien-Test ebenfalls voraus, dass der betreffende Markt langfristig nicht zu nachhaltig wirksamem Wettbewerb tendiert.

In der Summe hat der *EuGH* entschieden, dass nationale Gesetzgeber „neue Märkte“ weder grds. von der Regulierung ausnehmen noch die Entscheidung der NRB in diese Richtung steuern dürfen. Doch sollte man sich hüten, daraus im Umkehrschluss abzuleiten, „neue Märkte“ müssten (wenn sie sich überhaupt hinreichend klar abgrenzen lassen, vgl. kritisch *Körber*, ZWeR 2008, 146, 167 f.) stets ebenso wie „alte“ reguliert werden. Die Entscheidung darüber, ob (und ggf. wie) im konkreten Fall reguliert werden muss, treffen *EU-Kommission* und NRB nach dem durch die Art. 14 ff. RRL vorgezeichneten und in §§ 9 ff. TKG nachgebildeten Verfahren. Insoweit besteht im Grundsatz Einigkeit darüber, dass jedenfalls Zurückhaltung angezeigt ist, weil „neue Märkte“ noch in der Entwicklung begriffen, eben „newly emerging markets“ sind. In einer frühen Marktphase lassen sich aus hohen Marktanteilen regelmäßig keine Schlüsse auf einen Mangel an Wettbewerb ziehen. Zudem sind „neue Märkte“ oftmals durch Unsicherheit über die künftige Entwicklung geprägt. Deshalb können Regulierungseingriffe nicht nur die Investitions- und Innovationsbereitschaft der Marktbeherrscher, sondern auch diejenige der potenziellen Wettbewerber herabsetzen: Besteht Aussicht auf die behördlich angeordnete Mitbenutzung fremder neuer Netzstrukturen, so kann dies eigene risikoreiche Investitionen in konkurrierende Netze oder alternative Technologien verhindern. Eine zu frühe Regulierung kann daher genau die Monopole perpetuieren oder sogar neu kreieren, die das Regulierungsrecht abzubauen sucht (dazu schon *Körber*, ZWeR 2008, 146, 168).

Der der Entscheidung zu Grunde liegende EU-Rechtsrahmen 2002 wurde vor Kurzem reformiert. Die Änderungen sind mit Verkündung im ABl. der EU am 18.12.2009 in Kraft getreten (ABl EG 2009 Nr. L 337, S. 1 ff.). Sie sollen bis Juni 2011 in das nationale Recht umgesetzt werden. Die Relevanz der *EuGH*-Entscheidung v. 3.12.2009 wird dadurch nicht tangiert. Die für die

Entscheidung einschlägigen Richtlinienbestimmungen haben keine insoweit maßgeblichen Änderungen erfahren. Allerdings trägt der neue Richtlinien text den durch § 9a TKG verfolgten Anliegen nunmehr selbst besser Rechnung. Der neue Art. 8 Abs. 5 RRL gibt den NRB u.a. auf „d) effiziente Investitionen und Innovationen im Bereich neuer und verbesserter Infrastrukturen, auch dadurch fördern, dass sie dafür sorgen, dass bei jeglicher Zugangsverpflichtung dem Risiko der investierenden Unternehmen gebührend Rechnung getragen wird, und dass sie verschiedene Kooperationsvereinbarungen zur Diversifizierung des Investitionsrisikos zwischen Investoren und Zugangsbewerbern zulassen, während sie gleichzeitig gewährleisten, dass der Wettbewerb auf dem Markt und der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gewahrt werden; ... f) regulatorische Vorabverpflichtungen nur dann auferlegen, wenn es keinen wirksamen und nachhaltigen Wettbewerb gibt, und diese Verpflichtungen lockern oder aufheben, sobald diese Voraussetzung erfüllt ist“. Der neue Art. 13 Abs. 1 Satz 2 weist in die gleiche Richtung: „Um zu Investitionen der Betreiber auch in Netze der nächsten Generation anzuregen, tragen die nationalen Regulierungsbehörden den Investitionen des Betreibers Rechnung und ermöglichen ihm eine angemessene Rendite für das entsprechend eingesetzte Kapital, wobei ggf. die spezifischen Risiken im Zusammenhang mit einem bestimmten neuen Netzprojekt, in das investiert wird, zu berücksichtigen sind“. Auf der anderen Seite kann man die institutionelle Verfestigung der ERG durch die Verordnung zur Einrichtung des Gremiums europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) als weiteren Schritt in Richtung Zentralisierung der TK-Regulierung verstehen.

Die unmittelbaren praktischen Konsequenzen des nunmehr anstehenden Wegfalls von § 9a TKG dürften eher gering sein. Die *DTAG* steht seit Monaten in Verhandlungen mit ihren Wettbewerbern und hat sich teilweise auch schon mit diesen über eine Kooperation i.R.d. VDSL-Resales sowie bei Ausbau und Nutzung des FTTx-Glasfasernetzes geeinigt. Zwar herrscht über die konkreten Entgelte teilweise noch Streit. So wies die *BNetzA* im Oktober 2009 Entgeltsanträge der *DTAG* zurück, die sich u.a. auf die Nutzung bisher ungenutzter Glasfaserstrecken (sog. „dark fiber“) bezogen. Doch zeigt diese Entwicklung auf privatrechtlicher Ebene, dass Investitionen in innovative Technologien nicht nur ohne „Regulierungsferien“, sondern vielleicht auch ohne allzu viel Regulierung möglich sind.