

Lüdemann, Jörn

Working Paper

Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation: das Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen dynamischer Märkte

Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2008,35

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Lüdemann, Jörn (2008) : Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation: das Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen dynamischer Märkte, Preprints of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods, No. 2008,35, Max Planck Institute for Research on Collective Goods, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/32211>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



**Wettbewerb und
Regulierung in der
Telekommunikation**

Das Telekommunikationsrecht
vor den Herausforderungen
dynamischer Märkte

Jörn Lüdemann





Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation

Das Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen dynamischer Märkte

Jörn Lüdemann

September 2008

Wettbewerb und Regulierung in der Telekommunikation
Das Telekommunikationsrecht vor den Herausforderungen
dynamischer Märkte^{*}

Jörn Lüdemann

I. Einführung	2
II. Die Regulierung neuer Märkte	3
1. Die regulatorische Herausforderung	3
2. Die Regelung in § 9a TKG	4
3. Gemeinschaftsrechtskonformität	7
4. Ein politökonomisches Lehrstück	9
III. Die vertikale Allokation der administrativen Regulierungskompetenzen	10
1. Fragestellung	10
2. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip als normative Prüfsteine	13
3. Institutionenvergleich	13
a) Wider eine stärkere Zentralisierung	14
aa) Kontrolle der Verwaltung, Bürokratiewachstum	14
bb) Heterogenität der Infrastrukturen	15
cc) Evolution der Regulierung	15
b) Für eine stärkere Zentralisierung	16
aa) Geringere Kosten	16
bb) Externe Effekte	17
c) Kooperation und Koordination	20
IV. Ausblick	21
Literatur	23

* Bereits erschienen in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Mohr Siebeck 2008, S. 69 ff. Prof. Dr. Christoph Engel und Nadine Bläser danke ich für hilfreiche Anmerkungen.

I. Einführung

Nichts ist so alt wie das Telekommunikationsrecht von gestern. Zwar ist die kurze Haltbarkeit des positiven Rechts beinahe schon zu einem Charakteristikum moderner Staatlichkeit avanciert. Im Vergleich zu vielen anderen Teilbereichen der Rechtsordnung schreitet der Alterungsprozess des Telekommunikationsrechts aber noch einmal deutlich rascher voran. Für diese Kurzlebigkeit ist die Zielsetzung des Rechtsgebietes ebenso verantwortlich wie die Flüchtigkeit seines Gegenstandes. Denn das Telekommunikationsrecht will nicht weniger, als Märkte regulieren, die sich beständig wandeln.¹ So variieren nicht nur fortwährend die Wettbewerbsverhältnisse und damit zugleich der spezifische Regulierungsbedarf auf den verschiedenen Kommunikationsmärkten. Der Telekommunikationssektor zeichnet sich auch durch eine besondere technische Dynamik aus, die immer wieder neue Märkte hervorbringt und bestehende Marktstrukturen verändert. Die dynamische Entwicklung betrifft den Ausbau bestehender Netze und den Aufbau neuer Infrastrukturen ebenso wie die Konvergenz ehemals getrennter Übertragungswege und die Entwicklung innovativer Kommunikationsdienstleistungen.² Nicht zuletzt in diesen beiden – regulierungstheoretisch eng miteinander verknüpften – Aspekten unterscheidet sich das Telekommunikationsrecht auch deutlich von der Regulierung der netzgebundenen Energie-³ und Eisenbahnmärkte.⁴ Denn dort hat sich bislang weder eine vergleichbare wettbewerbliche Dynamik entfalten können, noch spielen in diesen Netzwirtschaften technische Innovationen eine gleichermaßen zentrale Rolle wie in der Telekommunikation.⁵

So erfreulich die Dynamik des Telekommunikationssektors volkswirtschaftlich und kommunikationspolitisch ist, so herausfordernd ist sie für das Regulierungsrecht. Denn sie macht das europäische und deutsche Telekommunikationsrecht nicht nur zu einer dauernden Reformbaustelle; auch für die Zeit bis zur nächsten Reform müssen Recht und Organisation der Telekommunikationsregulierung jeweils so ausgelegt sein, dass sie der Dynamik ihres Gegenstandes Rechnung tragen und diese nicht durch ein allzu starres regulatorisches Korsett einschnüren oder sogar

1 Das ist freilich nicht das einzige Ziel des Telekommunikationsgesetzes. Es regelt daneben insbesondere auch den Daten- und Verbraucherschutz sowie die Verwaltung von Nummernräumen und Frequenzen.

2 Vgl. zur dynamischen Weiterentwicklung der Kommunikationsnetze zum so genannten Next Generation Network nur *Aurelie Dame/Jan H. Guettler/Ken Leeson/Morton Schlutz/B. Torben Jensen*, Regulatory Implications of the Introduction of Next Generation Networks and Other New Developments in Electronic Communications; *Matthias Pohler/Bernd Beckert/Michael Schefczyk*, Technologische und ökonomische Langfristperspektiven der Telekommunikation, S. 101 ff. Die Kommunikationsnetze der nächsten Generation werden vor allem auf paketvermittelter Übertragung und dabei in erster Linie auf dem Internetprotokoll basieren. Das am meisten diskutierte Beispiel in diesem Zusammenhang ist Voice over IP, vgl. dazu nur *Christoph Engel*, Paketvermittelte Telefonie. Aus regulatorischer Perspektive hat die Entwicklung der Kommunikationsnetze vor allem Einfluss auf die – für die wettbewerbliche Entwicklung zentrale – Zusammenschaltung der Netze. Probleme werden hier insbesondere die Trennung von Dienst und Netz, divergierende Qualitätsstandards im Multi-Service-Netz und Änderungen der Netzstrukturen auf. Vgl. dazu auch *Iris Henseler-Unger*, Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, S. 37 (50 f.).

3 Vgl. *Jens-Peter Schneider*, Stand und Perspektiven der Energiemarktregulierung, S. 100 ff.

4 Vgl. *Michael Fehling*, Das Recht der Eisenbahnregulierung, S. 118 ff.

5 Auch in Zukunft wird die wettbewerbliche Dynamik nicht an die Verhältnisse in der Telekommunikation heranreichen. Denn während sie in der Telekommunikation ganz wesentlich auch durch den Aufbau alternativer Infrastrukturen getrieben ist, scheidet etwa im Eisenbahnsektor ein Wettbewerb zwischen Netzen weitgehend aus. Dort ist der Wettbewerb vor allem Wettbewerb *auf* dem Netz, vgl. auch *Michael Fehling*, Das Recht der Eisenbahnregulierung, S. 118 (129). Zu Kosten und Nutzen von Infrastrukturwettbewerb (am Beispiel des breitbandigen Internetzugangs) *Felix Höfler*, Telecommunications Policy 31 (2007), S. 401 ff.

Remonopolisierungen befördern. Das gilt für das materielle Recht ebenso wie für das Verfahrensrecht und die Allokation der Regulierungskompetenzen.

Der folgende Beitrag konzentriert sich auf zwei gleichermaßen zentrale wie umstrittene Aspekte der Thematik. Der erste betrifft die deutsche Sonderregelung für die Regulierung neuer Märkte in § 9a TKG. Wie ist die Norm, deren Einführung für lebhaft Auseinandersetzungen mit der Europäischen Kommission gesorgt hat, vor dem Hintergrund dynamischer Märkte zu bewerten (II.)? Die zweite Frage, der im Folgenden das besondere Augenmerk gelten soll, betrifft die Allokation der administrativen Regulierungskompetenzen im künftigen europäischen Telekommunikationsrecht. Macht die Dynamik der Märkte zukünftig eine andere Kompetenzverteilung zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und der Kommission erforderlich; verlangt sie eine stärker zentralisierte Regulierung durch eine europäische Regulierungsbehörde, wie sie die Kommission im gegenwärtigen Review-Prozess des europäischen Rechtsrahmens vorschlägt? Oder spricht die Dynamik der Telekommunikationsmärkte im Gegenteil dafür, diese weitgehend dezentral zu regulieren (III.)? Der Beitrag schließt mit einem kurzen Ausblick auf den Rückbau der sektorspezifischen Regulierung in der Telekommunikation (IV.).

II. Die Regulierung neuer Märkte

1. Die regulatorische Herausforderung

Während es in der Frühphase der Telekommunikationsregulierung vor allem darum ging, die ehemaligen Monopolstrukturen aufzubrechen und Wettbewerb überhaupt erst zu ermöglichen, gehört zu den Grundfragen des heutigen Telekommunikationsrechts der sachgerechte Umgang mit neuen beziehungsweise neu entstehenden Märkten. In Deutschland hat sich der Streit um ihre angemessene Regulierung in der Mitte des Jahres 2005 an den Plänen der Deutschen Telekom AG (DTAG) zum Ausbau ihrer VDSL-Infrastruktur entzündet.⁶ Die DTAG hatte ihre Investitionen in den Netzausbau in Höhe von rund drei Milliarden Euro von einer expliziten legislativen Regulierungsfreistellung durch den deutschen Gesetzgeber abhängig machen wollen.⁷ Diese Forderung hat nicht nur eine allgemeine ordnungspolitische Diskussion um die institu-

6 Die Very High Speed Digital Subscriber Line (VDSL) erlaubt wesentlich höhere Datenübertragungsraten als etwa ADSL und ADSL2+. Dem VDSL-Anschluss kommt im Kommunikationsnetz der nächsten Generation die Funktion eines universellen breitbandigen Anschlusses zu, über den alle Arten von Diensten übertragen werden können. Das führt zu wesentlich effizienteren Anschlussnetzen als wir sie heute haben, nicht zuletzt, weil der kostenintensive Parallelbetrieb von Kupfer- und Glasfaserstrecken im Hauptkabelbereich entfällt.

7 Vgl. *Walter Raizner*, FAZ vom 3.9.2005, S. 14; *Kai-Uwe Ricke*, Handelsblatt v. 24.10.2005, S. 1. Dieser Wunsch hat seinen Niederschlag auch im Koalitionsvertrag der Großen Koalition aus CDU, CSU und SPD gefunden, vgl. Ziffer 1.7. des Koalitionsvertrages „Gemeinsam für Deutschland – mit Mut und Menschlichkeit“ vom 11.11.2005: „Die Koalitionsparteien werden Anreize für den Aufbau bzw. Ausbau moderner und breitbandiger Telekommunikationsnetze schaffen. Dazu sind die durch entsprechende Investitionen entstehenden neuen Märkte für einen gewissen Zeitraum von Regulierungseingriffen freizustellen, um für den Investor die notwendige Planungssicherheit herzustellen. Eine gesetzliche Absicherung ist in die zu verabschiedende Novelle des Telekommunikationsgesetzes aufzunehmen.“

tionellen Voraussetzungen dynamischen Wettbewerbs entfacht.⁸ In der politischen wie juristischen Debatte⁹ stand und steht noch heute gleichermaßen die Frage im Raum, ob eine nationale gesetzliche Freistellung von der Regulierung mit den Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts in Einklang steht.

Blickt man zunächst auf die hinter dem konkreten Fall stehende industrieökonomische Problematik, so besteht auf neuen beziehungsweise neu entstehenden Märkten ein prinzipieller Konflikt zwischen dem Ziel der Innovations- und Investitionsförderung einerseits und dem Ziel der Wettbewerbsbelebung andererseits.¹⁰ Auf der einen Seite sind Investitionen und Innovationen grundsätzlich nur dann zu erwarten, wenn für ein Unternehmen eine Innovationsrente lockt, also ein Anreiz besteht, aus der Innovation einen Vorteil in Form eines Vorreitergewinns zu ziehen. Erhalten die Wettbewerber hingegen durch Regulierung von vornherein einen Zugangsanspruch, so werden diese Vorsprünge im dynamischen Wettbewerb abgeschmolzen und gefährden damit im Ergebnis das erwünschte unternehmerische Engagement. Auf der anderen Seite besteht bei ausbleibender Regulierung die Möglichkeit, dass der Innovator auf dem betreffenden Markt eine neue Monopolstellung erlangt und eine Nachahmung oder Duplizierung der Infrastrukturen durch seine Wettbewerber faktisch oder wirtschaftlich unmöglich wird.

Eine effiziente Regulierung muss angesichts dieser Ausgangslage möglichst dreierlei zugleich gewährleisten. Sie muss erstens Vorreitergewinne für den Innovator ermöglichen, zweitens den Wettbewerbern die Anreize zum Verfolgungswettbewerb belassen und schließlich drittens die Ausnutzung von Monopolmacht verhindern.¹¹ Weil die volkswirtschaftlichen Kosten unterbliebener Investitionen und Innovationen regelmäßig ungleich höher sind als die mit temporär überhöhten Preisen verbundenen Effizienzverluste, besteht in der Regulierungsökonomik weitgehend Konsens darüber, dass auf neuen Märkten zu Beginn keine ex-ante-Regulierung stattfinden sollte.¹² Erst wenn sich abzeichnet, dass sich im Zeitablauf keine wettbewerblichen Strukturen ausbilden, erscheint ein Übergang von der ex-post zur ex-ante Regulierung ordnungspolitisch gerechtfertigt.¹³

8 Siehe aus dem ökonomischen Schrifttum etwa *Ingo Vogelsang*, Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Bereich der Telekommunikation; *Wolfgang Eisenbast*, MMR 2006, S. 575 ff.; *Pio Baake/Justus Haucap/Christian Wey*, DIW-Wochenbericht Nr. 12/2007, S. 185 ff.

9 *Peter Dahlke/Andreas Neumann*, CR 2006, S. 377 ff.; *dies.*, MMR 6/2006, S. XXII; *Peter Dahlke/Nikolaus Theis*, CR 2007, S. 227 ff.; *Johannes Dietlein/Alexandra Brandenburg*, IR 2006, S. 208 ff.; *Bernd Holznagel*, MMR 2006, S. 661 ff.; *Christian Koenig/Sascha Loetz/Marion Senger*, K&R 2006, S. 258 ff.; *Jürgen Kühling*, K&R 2006, S. 263 ff.

10 Einführend *Wolfgang Eisenbast*, MMR 2006, S. 575 ff.

11 Vgl. *Pio Baake/Justus Haucap/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/Christian Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, S. 52 ff.; *Wolfgang Eisenbast*, MMR 2006, S. 575 ff.; *Jürgen Kühling*, K&R 2006, S. 263.

12 Vgl. nur Monopolkommission, Sondergutachten 43, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Tz. 184; *Christian Kirchner*, Wirtschaftsdienst 2006, S. 724 (725).

13 *Christian Kirchner*, Wirtschaftsdienst 2006, S. 724 (725).

2. Die Regelung in § 9a TKG

Auf dieser regulierungstheoretischen Linie bewegt sich im wesentlichen auch die Sondervorschrift für die Regulierung neuer Märkte, die der deutsche Gesetzgeber 2007 in das Telekommunikationsgesetz aufgenommen hat.¹⁴ Der neu geschaffene § 9a TKG schreibt in Absatz 1 vor, dass neue Märkte grundsätzlich nicht der sektorspezifischen Marktregulierung nach den Vorschriften des zweiten Teils des TKG unterliegen. Sie können ausnahmsweise nur dann reguliert werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass andernfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes im Bereich der Telekommunikationsnetze oder -dienste langfristig behindert wird, § 9 Abs. 2 S. 1 TKG. Schließlich sieht die Norm in Abs. 2 S. 2 vor, dass sowohl bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit als auch bei der Auferlegung von Maßnahmen durch die Bundesnetzagentur insbesondere die Ziele der Infrastrukturförderung und die Unterstützung von Innovationen zu berücksichtigen sind. Was der Gesetzgeber unter einem „neuen Markt“ versteht, hat er im Definitionskatalog des Gesetzes legal definiert. Nach § 3 Nr. 12b TKG ist ein neuer Markt ein Markt für Produkte und Dienste, die sich von bislang vorhandenen Produkten und Diensten 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.

Der Gesetzgeber hat bei der Einführung des § 9a TKG, der nach seinem Willen vor allem Anreize zur Erschließung neuer Märkte schaffen soll,¹⁵ zu Recht die Notwendigkeit von Rechts- und Planungssicherheit für die Unternehmen unterstrichen. Herrscht im Zeitpunkt der Investitionsentscheidung nämlich Unsicherheit darüber, ob ein Unternehmen mit einer Netzregulierung rechnen muss, die es seinen Konkurrenten erlaubt, auf nachgelagerten Märkten mit vergleichbaren Produkten zu konkurrieren, so kann dies seine Investitionsanreize zur Erschließung neuer Märkte erheblich reduzieren, wenn nicht sogar vollständig beseitigen. Doch so sinnvoll diese Zielsetzung ordnungspolitisch auch ist: Dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 9a TKG wirklich Substantielles zur Rechts- und Planungssicherheit beigetragen hat, lässt sich kaum behaupten. Wirklich investitionsrelevante Sicherheit hätte er nur dann schaffen können, wenn es ihm gelungen wäre, den Begriff der neuen Märkte vergleichsweise präzise zu definieren. Davon kann aber keine Rede sein.

Zwar hat die jetzige gesetzliche Fassung gegenüber dem ersten Referenten- und Regierungsentwurf¹⁶ den Vorzug, dass sie in § 3 Nr. 12b TKG zumindest eine Legaldefinition neuer Märkte enthält. Doch um tatsächlich Investitionsentscheidungen der Unternehmen anzuleiten, ist auch diese Legaldefinition noch viel zu vage.¹⁷ Und das liegt weniger an gesetzgeberischem Un-

14 Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18.2.2007, BGBl. I, 106. Zur Gesetzgebungsgeschichte Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 2007, S. 3169 (3176 ff.).

15 Vgl. BT-Drs. 16/2581 vom 14.9.2006, S. 1.

16 Vgl. BR-Drs. 359/06 vom 26.5.2006.

17 Die Monopolkommission gibt zu bedenken, ob es bei der Regulierung eigentlich auf die Neuheit von Märkten ankommt, oder ob man nicht vielmehr auf die Frage des jeweiligen Investitionsrisikos abstellen müsste,

vermögen als vielmehr in der Natur der Sache. Die Abgrenzung zwischen alten und neuen Märkten ist in einem dynamischen Umfeld wie der Telekommunikation derart komplex und einzel-fallbezogen, dass sich der regulatorische Rahmen mit ein paar groben Strichen unmöglich umreißen lässt, ja sich im Grunde einer gesetzlichen Fixierung von vornherein entzieht. Das gilt jedenfalls dann, wenn es – wie hier – nicht allein darum gehen soll, eine abstrakt-generelle Grundlage für das Handeln der Bundesnetzagentur zu schaffen, sondern auch und vor allem eine gesetzliche Regelung zu etablieren, anhand derer die Unternehmen ihre Investitionsentscheidungen ausrichten können. Und so listet die Legaldefinition zwar eine Reihe von Kriterien für die Bestimmung neuer Märkte auf. Fraglich ist aber nicht nur, welche Bedeutung diese Kriterien im Einzelfall haben, sondern vor allem auch, ob sie kumulativ erfüllt sein müssen oder nicht, welches Gewicht ihnen jeweils zukommt,¹⁸ und in welchem genauen Verhältnis sie eigentlich zueinander stehen.¹⁹

Substantielleres für die Rechts- und Planungssicherheit leisten die Auslegungsgrundsätze zu § 9a TKG, die die Bundesnetzagentur – auch auf Bitten ihres Beirates²⁰ und auf Anregung der Monopolkommission²¹ – zwischenzeitlich erarbeitet hat.²² Auch diese behördlichen Fingerzeige können zwar nicht mehr als eine erste „Orientierungshilfe“ sein, wie die Bundesnetzagentur selbst zu Recht betont.²³ Die Auslegungsgrundsätze stecken das regulatorische Spielfeld im Interesse der Unternehmen aber in manchen Fragen zumindest etwas enger ab,²⁴ etwa indem sie zu den einzelnen Abgrenzungskriterien der Legaldefinition ausführlicher Stellung beziehen.²⁵

-
- vgl. Sondergutachten 50, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation: Wendepunkt der Regulierung, Tz. 155: „Aus ökonomischer Sicht problematisch ist, dass das Risiko einer Investition nicht allein vom Neuheitscharakter eines Produktes oder Dienstes abhängt. Insbesondere Infrastrukturinvestitionen können gerade dann mit erheblichen Risiken behaftet sein, wenn (noch) keine neuen Produkte und Dienste verfügbar sind. Umgekehrt kann eine Investition in neue Infrastrukturen relativ risikolos sein, selbst wenn darauf neue Produkte und Dienste erbracht werden. Für die Innovationsanreize eines Unternehmens ist jedoch das Risiko der Investition maßgeblich, nicht ob eine Investition neue oder alte Produkte hervorbringt.“ Kritisch insoweit Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 14/2007 vom 18.07.2007, S. 3169 (3185).
- 18 Vgl. auch Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 14/2007 vom 18.07.2007, S. 3169 (3188): „Dies verdeutlicht, warum die Gewichtung der Kriterien letztlich vom Einzelfall abhängt.“
- 19 So zu Recht auch Monopolkommission, Sondergutachten 50. Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkte der Regulierung, Tz. 154. Kritisch zur Steigerung der Regulierungskomplexität *Jürgen Kühling*, MMR 2006, S. 263 ff.; vgl. auch *ders./Andreas Neumann*, in: Säcker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, § 39 Rdnr. 2 ff.
- 20 Beschluss des Beirates bei der Bundesnetzagentur in seiner 53. Sitzung vom 29.01.2007.
- 21 Monopolkommission, Sondergutachten 43, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Tz. 184.
- 22 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 14/2007 vom 18.7.2007, S. 3169 ff. Zuvor hat sie eine Anhörung zur Identifizierung „neuer Märkte“ im Bereich der Telekommunikation sowie zu deren regulatorischer Behandlung durchgeführt, vgl. die entsprechende Mitteilung Nr. 79 im Amtsblatt 4 der Bundesnetzagentur vom 22.02.2006, S. 703.
- 23 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 14/2007 vom 18.07.2007, S. 3169 (3172).
- 24 Auch insoweit kritisch *Torsten J. Gerpott*, Identifizierung „neuer Märkte“ im Bereich Telekommunikation und deren regulatorische Behandlung (Stellungnahme zur Anhörung der Bundesnetzagentur – Mit-Nr. 79 vom 22.02.2006, Amtsblatt der BNetzA, S. 703), Ziffer 6: „Angesichts der Komplexität der Bestimmungsgrößen des Innovationsverhaltens von TK-Netzbetreibern ist die in politischen Kreisen gehegte Erwartung,

3. Gemeinschaftsrechtskonformität

So sehr der deutsche Gesetzgeber mit seinem Vorstoß erfreulicherweise die rechtspolitische Diskussion über eine sachgerechte Regulierung neuer Märkte beflügelt hat,²⁶ so sehr hat er zugleich die Europäische Kommission gegen sich aufgebracht. Die außergewöhnlich lebhaft ausgeführte Auseinandersetzung zwischen Berlin und Brüssel liegt dabei weniger darin begründet, dass § 9a TKG von seiner ordnungspolitischen Konzeption her mit den inhaltlichen Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts in diametralem Widerspruch stünde. Im Gegenteil entspricht es prinzipiell sowohl der materiellen Regulierungsphilosophie des Richtlinienrechts als auch der Ansicht der Kommission, neue bzw. neu entstehende Märkte anfangs von der Regulierung auszunehmen.²⁷ So heißt es etwa in Erwägungsgrund 15 der Märkte-Empfehlung: „Überdies kommen neue und sich abzeichnende Märkte, auf denen Marktmacht aufgrund von „Vorreitervorteilen“ besteht, grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht.“²⁸ Die eigentliche Kritik der Kommission gilt denn auch eher verfahrensrechtlichen beziehungsweise kompetentiellen Fragen.

Der erste Streitpunkt betrifft Umfang und Grenzen der legislativen Vorsteuerung administrativer Spielräume durch die Mitgliedstaaten. Das europäische Richtlinienpaket zur elektronischen Kommunikation aus dem Jahre 2002²⁹ hat die Regulierungsbefugnisse bewusst flexibilisiert, indem es die legislativen Vorgaben zurückgenommen und den nationalen Regulierungsbehörden dafür sehr weitgehende Spielräume eingeräumt hat.³⁰ Die Kommission steht auf dem Stand-

-
- dass durch die Veröffentlichung von Leitlinien für den regulatorischen Umgang der BNetzA mit neuen Märkten Innovationen im TK-Sektor gefördert werden könnten, als wenig realitätsnah zu bewerten.“
- 25 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 14/2007 vom 18.07.2007, S. 3169 (3188 ff.).
- 26 Diesen positiven Effekt hebt auch *Jürgen Kühling*, MMR 2006, S. 263 (272), hervor.
- 27 Monopolkommission, Sondergutachten 50. Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Tz. 153.
- 28 Empfehlung der Kommission 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, vom 11.02.2003, 2003/311/EG, ABl. EG L 114/45.
- 29 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 33 ff.; 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), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 7 ff.; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 51 ff.; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.4.2002, S. 21 ff.; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG L 201 vom 31.7.2002, S. 37 sowie Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG L 249 vom 17.9.2002, S. 21 ff.
- 30 Vgl. Richtlinie für einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), Richtlinie 2002/21/EG vom 7.3.2002; ABl. EG Nr. L 108 vom 24.4.2002, S. 309 ff. Siehe dazu *Jörn Lüdemann/Stefan Bechtold*, Europäisches Telekommunikationsrecht zwischen Dezentralisierung und Kohärenzsicherung, S. 170 f.

punkt, dass diese Entscheidungsspielräume unmittelbare Kompetenzen der Regulierungsbehörden darstellen, die einer Strukturierung durch den nationalen Gesetzgeber grundsätzlich nicht zugänglich und im konkreten Fall auch inhaltlich unzulässig verkürzt worden seien.

Das in Art. 15 und Art. 16 der Rahmenrichtlinie vorgesehene Verfahren setzt einer gesetzlichen Regelung durch die Mitgliedstaaten in der Tat Grenzen. So herrscht weitestgehend Konsens darüber, dass regulatorische Verpflichtungen grundsätzlich nicht gesetzesunmittelbar gelten dürfen, sondern vielmehr im Einzelfall durch die Regulierungsbehörde festgelegt werden müssen. Auch gesetzliche Ausnahmen von der Regulierung für einzelne Märkte sind mit dem administrativen Ansatz der Rahmenrichtlinie nicht vereinbar. So wäre es fraglos gemeinschaftsrechtswidrig gewesen, wenn der deutsche Gesetzgeber dem Wunsch der Deutschen Telekom AG nachgekommen wäre und eine explizite Freistellung des VDSL-Netzes von der Regulierung angeordnet hätte.³¹ Der administrative Ansatz der Rahmenrichtlinie schließt allerdings nicht jede legislative Vorsteuerung der behördlichen Spielräume aus.³² Sie ist vielmehr dann zulässig, wenn der nationale Gesetzgeber der Behörde weiterhin einen beachtlichen Entscheidungskorridor belässt und seine Regelung zugleich im Einklang mit den Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts steht.³³ Das ist hier der Fall.

§ 9a TKG belässt der Bundesnetzagentur mit seinen groben rechtlichen Vorgaben nicht nur hinreichend weite Entscheidungsspielräume.³⁴ Die Vorstrukturierungen sind auch gemeinschaftsrechtlichkonform. So deckt sich die Vorgabe, wonach die Bundesnetzagentur neue Märkte nur dann regulieren darf, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes langfristig behindert wird, insbesondere mit den Vorschriften der Zugangsrichtlinie, sowie im übrigen auch mit der Auffassung der Kommission, wie sie sie etwa in Ziffer 32 ihrer Marktanalyse-Leitlinien publiziert hat. Und auch die zweite Vorstrukturierung, wonach die Bundesnetzagentur insbesondere das Ziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen und Innovationen zu berücksichtigen hat, verletzt keine Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts. § 9a TKG folgt auch insoweit vielmehr der Zielsetzung des Richtlinienpaketes, wie sie nicht zuletzt in der Märkte-Empfehlung³⁵ zum Ausdruck kommt. So heißt es in der dortigen Begründung: „Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und

31 Vgl. nur *Jürgen Kühling*, K&R 2006, S. 263 (271).

32 Nach *Matthias Herdegen*, MMR 2006, 580 ff., ist die legislative Vorstrukturierung durch den deutschen Gesetzgeber von Verfassungs wegen erforderlich, weil das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip verlangen, dass der nationale Gesetzgeber vor allem die grundrechtsrelevanten Regelungen einer Regulierungsfreistellung selbst festschreibt. Aus europarechtlicher Perspektive auch *Christian Koenig/Sascha Loetz/Marion Senger*, K&R 2006, S. 258 (261).

33 Vgl. *Christian Koenig/Sascha Loetz/Marion Senger*, MMR 2006, S. 365 (366 ff.); *Christian Koenig/Sascha Loetz/Andreas Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes; *Christian Koenig/Andreas Neumann/Marin Senger*, K&R 2006, S. 258 ff.; *Jürgen Kühling*, K&R 2006, S. 263 (271); anderer Ansicht *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund für die Telekommunikation, S. 565 (575 ff.) sowie *Andreas Neumann*, Richtlinienkonformität der vom Deutschen Bundestag verabschiedeten Vorschriften zur Regulierung neuer Märkte.

34 Dazu soeben sub II 2.

35 Empfehlung der Kommission 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, vom 11.02.2003, 2003/311/EG, ABl. EG L 114/45.

Unterstützung der Innovation sind erklärte Ziele der Regulierungsbehörden.³⁶ Man kann sich an dieser Stelle allenfalls fragen, ob der deutsche Gesetzgeber mit § 9a TKG eine Gewichtung von Innovationen und Infrastrukturinvestitionen vorgenommen hat, die im europäischen Telekommunikationsrecht so nicht angelegt ist.³⁷ Angesichts der Offenheit des Abwägungsvorgangs wird man aber auch darin keinen Gemeinschaftsrechtsverstoß erblicken können.

Schließlich ist auch verfahrensrechtlich gegen die deutsche Sonderregelung nichts zu erinnern. Insbesondere setzt die Norm das richtlinienrechtlich vorgesehene Konsolidierungsverfahren nicht, wie die Kommission geltend macht,³⁸ unzulässig außer Kraft.³⁹ Ein neuer Markt, der nicht unter die Märkte-Empfehlung der Kommission fällt, wird ohnehin nur dann dem Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse unterzogen, wenn die Bundesnetzagentur dies selbst initiiert. Bei solchen Märkten können Beteiligungsrechte der Kommission von vornherein nicht verletzt sein.⁴⁰ Die Bundesnetzagentur hat in ihren Auslegungsgrundsätzen mittlerweile im übrigen klargestellt, dass sie die Prüfung der Neuheit und Regulierungsbedürftigkeit von Märkten nach § 9a TKG im Rahmen des Marktregulierungsverfahrens nach §§ 10, 11 TKG durchführen wird.⁴¹ Damit unterliegen diese Entscheidungen jedenfalls faktisch sowohl der nationalen Konsultation als auch dem Konsolidierungsverfahren mit der Kommission und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden.

4. Ein politökonomisches Lehrstück

Dass die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen § 9a TKG nunmehr ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof angestrengt hat,⁴² ist insoweit konsequent, als in dieser Angelegenheit einmal mehr die grundsätzliche Frage im Raum steht, wie weit die Ermessensstrukturierung durch den nationalen Gesetzgeber im Telekommunikationsrecht eigentlich gehen darf.⁴³ Zudem wird man davon ausgehen dürfen, dass die Kommission sich tatsächlich um eine Re-Monopolisierung der Telekommunikationsmärkte sorgt und nicht zuletzt angesichts der Entstehungsgeschichte des als „Lex Telekom“⁴⁴ gebrandmarkten

36 Begründung, S. 15, vgl. nunmehr auch Erwägungsgrund 7 der neuen Märkte-Empfehlung der Kommission vom 17.12.2007, ABl. EG 2007 L 344/65.

37 In diese Richtung Monopolkommission, Sondergutachten 50. Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Tz. 169.

38 Vgl. Kommission, IP/08/237 vom 26.02.2007.

39 *Jürgen Kühling*, K&R 2006, S. 263 (271).

40 So zu Recht auch Monopolkommission, Sondergutachten 50. Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, Tz. 167.

41 Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahn, Auslegungsgrundsätze der Bundesnetzagentur zu § 9a TKG, ABl. BNetzA 14/2007 vom 18.07.2007, S. 3169.

42 Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland, Az. C-424/97, eingereicht am 13.9.2007; vgl. dazu die Mitteilung ABl. C 283 vom 24.11.2007, S. 19; IP/07/889 vom 27.6.2007 (Kommission klagt gegen Deutschland wegen „Regulierungsferien“).

43 Vgl. bereits das entsprechende Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2004/2221.

44 Vgl. FAZ vom 29.11.2006, S. 11; Handelsblatt vom 12.12.2006, S. 8. Die Kommission verweist darauf, dass § 9a TKG in Reaktion auf die Entscheidung der Bundesnetzagentur vom September 2006 ergangen sei, in der es um die marktbeherrschende Stellung der DTAG auf dem Großkunden-Breitbandmarkt in Deutschland ging. Denn die von der BNetzA vorgeschlagene und von der Kommission gebilligte Abhilfemaßnahme gab

§ 9a TKG eine Gefahr für den Wettbewerb auf den Breitbandmärkten witterte, die ihr seit jeher ganz besonders am Herzen liegen.⁴⁵

Das alles vermag die ungewöhnlich harsche wie medienöffentlich vorgetragene Kritik an der deutschen Rechtsnorm aber nur zum Teil zu erklären. Daneben hat es die Kommission offensichtlich auch verärgert, dass der deutsche Gesetzgeber sich aus ihrer Perspektive als der bessere Normsetzer geriert hat. So hat die für die Informationsgesellschaft und Medien verantwortliche Kommissarin die umstrittene Vorschrift in einer Rede vor Branchenvertretern mit den Worten bedacht: „Lassen Sie mich als kleine Luxemburgerin meinem großen Nachbarn deutlich sagen, was vor diesem Hintergrund vom Paragraphen 9a zu halten ist: Hier will die Bundesregierung schlauer sein als es der EU-Gesetzgeber war.“⁴⁶

Dass die Kommission ihre Kritik am deutschen Sonderweg in Politik und Medien so vehement und lautstark vorgetragen hat, ist nicht zuletzt aber auch ein politökonomisches Lehrstück für die Eigeninteressen von Administrationen.⁴⁷ Die Kommission verfolgt im Kommunikationssektor gegenwärtig die Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen gegenüber den Mitgliedstaaten. Der vermeintliche Sündenfall des deutschen Gesetzgebers dürfte vor diesem Hintergrund ein willkommener Anlass für die Kommission gewesen sein, ein politisch sichtbares Zeichen dafür zu setzen, dass die Telekommunikationsregulierung in Brüssel deutlich besser aufgehoben ist als in den Nationalstaaten. Ob diese Einschätzung tatsächlich zutrifft, soll uns im Folgenden näher beschäftigen.

III. Die vertikale Allokation der administrativen Regulierungskompetenzen

1. Fragestellung

Zu den institutionellen Grundfragen des europäischen Telekommunikationsrechts gehört seit jeher die Frage nach einer sachgerechten Verteilung der Vollzugskompetenzen zwischen der Union und den Mitgliedstaaten. Liegt mehr Segen in einer weitgehend dezentralen Allokation der Regulierungszuständigkeiten oder bedarf es einer stärkeren Zentralisierung der exekutiven Kompetenzen auf europäischer Ebene?⁴⁸ Schon für die Revision des Rechtsrahmens von 1998 war es

der DTAG auf, ihre Breitbandnetze einschließlich der Netze, die die VDSL-Technik nutzen, für Wettbewerber zu öffnen. Vgl. IP/07/237 vom 26.2.2007.

45 Siehe nur die Mitteilung IP/07/237 vom 26.2.2007 zum Vertragsverletzungsverfahren: „In Deutschland kontrolliert die Deutsche Telekom 9 400 000 von insgesamt 12 900 000 Netzzugängen. Die Breitbanddurchdringung in Deutschland (16,3 %) ist jedoch deutlich geringer als in den diesbezüglich am weitesten fortgeschrittenen EU-Mitgliedstaaten – z. B. in Dänemark und in den Niederlanden –, wo sie etwa bei 30 % liegt.“

46 *Viviane Reding*, „Ferien von der Ordnungspolitik?“ Warum Europa offene Telekommunikationsmärkte und unabhängige Schiedsrichter braucht. Rede auf dem Parlamentarischen Abend des Verbands der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten (VATM) am 8.11.2006, Speech/06/669, S. 6.

47 Zur politökonomischen Theorie der Bürokratie vgl. nur *Bruno S. Frey/Gebhard Kirchgässner*, Demokratische Wirtschaftspolitik, S. 165 (173 ff.).

48 Zu früheren Diskussionen vgl. *Thomas Kiessling*, Optimale Marktstrukturregulierung, S. 217 f. m.w.N.; *Wernhard Möschel*, Zwischen Konflikt und Kooperation, S. 53 (62 ff.); *Michael Paulweber*, Regul-

der Kommission rechtlich aufgegeben worden, den Bedarf nach einer zentralen europäischen Regulierungsbehörde zu evaluieren.⁴⁹ Seinerzeit kam die Kommission dabei aus verschiedenen Erwägungen zu einem negativen Urteil.⁵⁰ Erstens hielt sie die mit der Einrichtung einer europäischen Regulierungsinstanz verbundenen Verwaltungskosten angesichts der zu erwartenden Vorteile für unverhältnismäßig hoch. Zum zweiten sah sie die Gefahr einer inadäquaten Duplizierung der Zuständigkeiten mit der Folge steigender Regulierungsintensität. Und schließlich hielt sie drittens die Schaffung einer Zentralinstanz unter der Ägide des Subsidiaritätsprinzips auch für rechtlich kaum begründbar.

Auch im gegenwärtigen europäischen Review-Prozess steht die Frage nach einer angemessenen Allokation der Regulierungskompetenzen, neben anderen zentralen Aspekten,⁵¹ wieder auf der rechtspolitischen Agenda. Diesmal sind aus Brüssel allerdings ganz andere Töne zu vernehmen. Nunmehr drängt die Kommission ihrerseits nachdrücklich auf eine stärkere Zentralisierung der Regulierungskompetenzen. Sie plädiert für die Schaffung einer eigenen europäischen Regulierungsbehörde, weil es nur so möglich sei, für alle europaweit operierenden Telekommunikationsunternehmen ein „levelled playing field“ zu etablieren und binnenmarktschädliche Alleingänge der Nationalstaaten zu verhindern.⁵² Der Kommission schwebt dabei ein institutionelles Design vor, das sich an der europäischen Zentralbank orientiert. Die nationalen Regulierungsbehörden bleiben als eigenständige Instanzen erhalten; die zentrale europäische Regulierungsinstanz wird aber durch ein Geflecht von Leitlinien und verbindlichen Einzelanweisungen sicherstellen, dass die Vorgaben des europäischen Telekommunikationsrechts im Binnenmarkt einheitlich vollzogen werden. Mittlerweile hat die Kommission ihre Vorstellungen konkretisiert und dem Europäischen Parlament und Rat einen Vorschlag für eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Behörde für die Märkte der elektronischen Kommunikation (EECMA – European Electronic Communications Market Authority) unterbreitet.⁵³

Zu den Vorschlägen der Kommission gehört insbesondere auch eine Ausweitung des Vetorechts aus Art. 7 IV der Rahmenrichtlinie.⁵⁴ Das Vetorecht soll neben der Marktabgrenzung und Mark-

ierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, S. 245 ff.; *Mark Thachter*, *The Causes and Consequences of Regulations by Networks: Telecommunications in Europe*, S. 119 (121).

49 Art. 22 der Richtlinie 97/33/EG vom 30. Juni 1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP), ABl. L 199 vom 26.7.1997; Art. 8 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP), ABl. L 192 vom 24.7.1990, S. 1, zuletzt geändert durch die Richtlinie 97/51/EG, ABl. L 295 vom 29.10.1997, S. 23.

50 Mitteilung der Kommission der EG an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: „Entwicklung neuer Rahmenbedingungen für elektronische Kommunikationsinfrastrukturen und zugehörige Dienste – Kommunikationsbericht 1999“, – KOM (1999) 539 endg. 10.11.1999, BR-Drs. 222/00.

51 Für einen Überblick *Bernd Holznagel/Anne Hombergs*, MMR 2006, S. 285 ff.

52 Vgl. *Viviane Reding*, *The Review 2006 of EU Telecom rules: Strengthening Competition and Completing the Internal Market*, Annual Meeting of BITKOM, Brüssel, 27. 6. 2007, S. 7.

53 KOM (2007) 699 vom 13.11.2007; 2007/0249 (COD).

54 Commission Staff Working Document Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European economic and Social Committee, and the Committee of the Regions on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services, COM (2006), 334 final, Proposed Changes, SEC (2006) 816, Brüssel 28.6.2006.

tanalyse auch auf den letzten Schritt der Marktregulierung erstreckt werden, also auf die Abhilfemaßnahmen bzw. die auferlegten Verpflichtungen im Einzelfall (wie etwa die Anordnung des Netzzugangs durch die nationalen Regulierungsbehörden). Eine solche Ausweitung der Kompetenzen sei erforderlich, weil das bisherige Auswahlermessen der nationalen Regulierungsbehörden die Kohärenz der Regulierung und damit im Ergebnis die Herausbildung paneuropäischer Märkte gefährde. Nur eine europaweite Harmonisierung der Regulierungsmaßnahmen könne nationale Alleingänge und eine Renationalisierung der Telekommunikationsmärkte verhindern.

Nun kann man der Kommission schwerlich vorhalten, sie fordere heute ein, was sie vor zehn Jahren selbst abgelehnt habe. Dieser historische Einwand griffe schon deshalb zu kurz, weil es angesichts der Wettbewerbsentwicklung auf den Telekommunikationsmärkten natürlich nicht ausgeschlossen ist, dass die Frage nach einer sachgerechten Kompetenzverteilung heute anders zu beurteilen ist als seinerzeit. Will man die Zentralisierungsvorschläge der Kommission auf den wissenschaftlichen Prüfstand stellen, muss man die Reformvorschläge der Kommission mit dem heutigen *status quo* vergleichen.⁵⁵ Und dabei sind nicht nur die Entwicklungen der Telekommunikationsmärkte in den Blick zu nehmen. Auch die Regulierungszuständigkeiten haben sich durch die grundlegende Reform des europäischen Telekommunikationsrechts im Jahr 2002 bereits erheblich verschoben. So haben auf der einen Seite zwar die nationalen Regulierungsbehörden gegenüber dem europäischen Gesetzgeber an Bedeutung gewonnen, weil das Richtlinienrecht ihnen zum Teil sehr weitgehende Spielräume eingeräumt hat.⁵⁶ Davon war bereits die Rede.⁵⁷ Im Verhältnis zur Kommission ist es auf der anderen Seite aber gleichzeitig zu einer deutlichen Zentralisierung der administrativen Regulierungskompetenzen gekommen, die man als eine Art *Zentralisierung durch Verfahren* bezeichnen kann. Auch wenn es die Lektüre des Richtlinienrechts allein nicht hinreichend deutlich macht: *de facto* übt die Kommission bereits heute durch ihre Märkte-Empfehlungen und Leitlinien sowie durch ihr Beanstandungs- und Vetorecht (mit seinen Vorwirkungen⁵⁸) weitgehend die Verfahrensherrschaft im europäischen Regulierungsverbund für die Telekommunikation aus,⁵⁹ nicht zuletzt, weil das Konsolidierungsverfahren für beinahe sämtliche Telekommunikationsmärkte Anwendung findet.⁶⁰ Weil die

55 Im Folgenden soll es dabei allein um die vertikale Kompetenzallokation im Telekommunikationsrecht gehen, nicht hingegen um die allgemeinen Wettbewerbsregeln der Artikel 81 ff. EG.

56 Auch diese Verlagerung von der zentralen europäischen Normsetzung auf die dezentrale nationale Rechtsanwendung kann man als eine Form von Dezentralisierung beschreiben, vgl. *Jörn Lüdemann/Stefan Bechtold*, Europäisches Telekommunikationsrecht zwischen Dezentralisierung und Kohärenzsicherung, S. 167 (170 f.).

57 Oben II 3.

58 So kann bereits die bloße Androhung eines Vetos Wirkungen bei den nationalen Regulierungsbehörden zeigen.

59 Zum europäischen Regulierungsverbund für die Telekommunikation *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund für die Telekommunikation; *Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers*, DVBl 2005, S. 525 ff.; *Jörn Lüdemann/Stefan Bechtold*, Europäisches Telekommunikationsrecht zwischen Dezentralisierung und Kohärenzsicherung; *Anne Hombergs*, Europäisches Verwaltungskooperationsrecht auf dem Sektor der elektronischen Kommunikation. Vgl. auch *Gabriele Britz*, EuR 2006, S. 46 ff.

60 *Pio Baake/Justus Haucap/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/Christian Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, S. 138. Das ist namentlich eine Folge der Rechtsprechung des EuGH, der das Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten sehr extensiv auslegt, vgl. auch *Justus Hau-*

Kommission mit anderen Worten schon heute wie die Spinne im Netz der europäischen Regulierungsbehörden sitzt, geht es also nicht um die abstrakte Frage, ob es sinnvoll ist, bestimmte Regulierungskompetenzen in der Telekommunikation zu zentralisieren, sondern vielmehr darum, ob wir in Zukunft eine *noch stärkere* Zentralisierung von Entscheidungen auf der Gemeinschaftsebene brauchen.

2. Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip als normative Prüfsteine

Diese Frage ist nicht nur eine rechtspolitische Frage. Das Subsidiaritätsprinzip fordert eine entsprechende Prüfung nach richtiger Ansicht auch rechtlich ein.⁶¹ Das in Art. 2 Abs. 2 EU und Art. 5 EG verankerte Subsidiaritätsprinzip verlangt, dass die Europäische Gemeinschaft in den Bereichen, die nicht in ihre ausschließliche Zuständigkeit fallen,⁶² nur tätig werden soll, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“. Auch wenn die normative Steuerungskraft des Subsidiaritätsprinzips bislang vor allem aufgrund der restriktiven Judikatur des EuGH eher gering ist,⁶³ begründet es doch zumindest eine besondere Begründungs- und Rechtfertigungslast für die Inanspruchnahme von Regelungsgewalt der Gemeinschaft im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten. Ebenfalls der kompetentiellen Schonung dient schließlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 3 EG,⁶⁴ indem es verlangt, dass ein Eingriff in die Kompetenzen der Mitgliedstaaten zur Zielerreichung nicht nur geeignet, sondern auch erforderlich und angemessen ist.

3. Institutionenvergleich

Soll der notwendige Institutionenvergleich zwischen den Reformvorschlägen der Kommission und der gegenwärtigen Allokation der Regulierungskompetenzen nicht im luftleeren Raum schweben, bedarf es eines geeigneten theoretischen Bezugsrahmens. Auch wenn die rechtsnorma-

cap/Jürgen Kühling, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 55 (2006), S. 324 (329) und *Christian Koenig/Sascha Loetz/Andreas Neumann*, Telekommunikationsrecht, S. 122.

61 Die Charakterisierungen des Subsidiaritätsprinzips variieren zwischen einer rechtlich verbindlichen Abwägungsregel auf der einen und einer lediglich politischen Absichtserklärung auf der anderen Seite. Vielfach wird dabei eine mittlere Position vertreten, wonach das Subsidiaritätsprinzip zwar prinzipiell justiziabel sei, die Politik aber zugleich über eine weite Einschätzungsprärogative verfüge. Vgl. dazu statt vieler *Christian Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union.

62 Das ist hier der Fall. Denn anders als die auf Art. 86 Abs. 3 EG gestützten Liberalisierungsmaßnahmen findet die Harmonisierung der Telekommunikationsregulierung ihre Grundlage in Art. 95 EG. Mit Ausnahme der Wettbewerbsrichtlinie (sie ist als Kommissionsrichtlinie auf Art. 86 Abs. 3 EG gestützt), stützt sich der neue Rechtsrahmen für die Telekommunikation zu Recht auf Art. 95 EG. Die Rechtsangleichungskompetenz aus Art. 95 EG gehört aber nach richtiger Ansicht nicht zu den ausschließlichen Kompetenzen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EG, vgl. nur *Rudolf Streinz*, in: ders. (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 5 EGV, Rdnr. 19 m.w.N.

63 Vgl. aus jüngerer Zeit etwa die Analyse von *Silke Albin*, NVwZ 2006, S. 629 ff. Zur Justiziabilität und möglichen Maßstäben allgemein *Christian Callies*, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, S. 297 ff.; *Christoph Ritzer/Marc Rutloff*, EuR 2006, S. 166 ff.; siehe auch *Ulrich Böttger*, Ansätze für eine ökonomische Analyse des Subsidiaritätsprinzips des EG Art. 5 Abs. 2.

64 *Martin Leschke/Markus Möstl*, Die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, S. 77 ff. (84).

tiven Vorgaben darin nicht eins zu eins aufgehen, bietet sich an dieser Stelle vor allem ein Rekurs auf die moderne Institutionenökonomik, namentlich die Föderalismusforschung, und auf einschlägige Untersuchungen zum Regulierungswettbewerb an.⁶⁵ Im Folgenden werden zunächst Argumente gegen (a) und für eine weitergehende Zentralisierung (b) der Regulierung diskutiert. Die Diskussion wird erweisen, dass es an tragfähigen Argumenten für die Zentralisierungsvorschläge der Kommission weitestgehend fehlt. Die notwendige Kohärenz der Telekommunikationsregulierung lässt sich auch durch ein Kooperation und Koordination der europäischen Regulierungsbehörden hinreichend gewährleisten (c).

a) *Wider eine stärkere Zentralisierung*

aa) *Kontrolle der Verwaltung, Bürokratiewachstum*

Fragt man nach Argumenten, die gegen eine weitergehende Zentralisierung der Regulierung sprechen, ist zuerst die Einschränkung demokratischer Kontrolle zu nennen. Je weiter Entscheidungen zentralisiert werden, desto schwerer fällt grundsätzlich die Kontrolle der Behörde durch Bürger und Parlament.⁶⁶ Die Bürokratietheorie lehrt, dass dieser Umstand angesichts der Tendenz von Verwaltungen, ihren Einfluss und ihr Budget zu maximieren,⁶⁷ nicht zuletzt mit der Gefahr eines ineffizienten Wachstums der bürokratischen Strukturen einhergeht.⁶⁸ Und das ist gerade im Telekommunikationsrecht nicht nur ein Problem für den Steuerzahler. Bürokratiewachstum kann auch negative Auswirkungen auf die Volkswirtschaft insgesamt haben. Denn im Regulierungsrecht gilt die Binsenweisheit „Viel hilft viel“ nicht; im Gegenteil kann eine Überregulierung die marktwirtschaftlichen Ergebnisse verzerren, Ineffizienzen verursachen und die Anreize der Unternehmen zu Innovation und Investition verringern. Regulierung kann mit anderen Worten also nicht nur teuer und unnützlich sein, sondern geradezu kontraproduktiv. Das gilt besonders auch mit Blick auf die Regulierungsdauer. Das Telekommunikationsrecht ist als Übergangsrecht konzipiert. Sobald ein nachhaltiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten sichergestellt ist, soll die sektorspezifische Regulierung zurückgenommen und in das allgemeine Wettbewerbsrecht überführt werden.⁶⁹ Dieser transitorische Charakter des Tele-

65 Siehe aus dem reichen Schrifttum etwa *Charles B. Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie; *Robert P. Inman/Daniel R. Rubinfeld*, *Journal of Economic Perspectives* 11 (1997), S. 43 ff.; *Albert Breton*, *Competitive Governments*; *Wallace E. Oates*, *Journal of Economic Literature* 37 (1999), S. 1120 ff.; *Oliver Budzinski*, *Modernisierung der europäischen Wettbewerbsordnung*, S. 132 (142). Daneben sind insbesondere politikwissenschaftliche Arbeiten zu Multi-level Governance zu nennen; vgl. nur die Beiträge in *Ian Bache/Matthew Flinders* (Hrsg.), *Multi-level Governance*; sowie *Arthur Benz*, *Multi-level Governance – Governance in Mehrebenensystemen*, S. 125 (142 f.).

66 Im Verhältnis der EG und den Mitgliedstaaten kommt hinzu, dass die Kommission auch nach der Stärkung des Europäischen Parlaments bekanntlich weit weniger intensiv parlamentarisch kontrolliert ist als die Regierungen der Mitgliedstaaten.

67 Auf dieses Argument hat auch das Bundesverfassungsgericht im jüngsten Rundfunkgebührenurteil abgestellt: BVerfG 11.9.2007 – 1 BvR 2270/05, 1 BvR 809/06, 1 BvR 830/06, R. 138.

68 Zur ökonomischen Theorie der Bürokratie, insbesondere zur Budgetmaximierungs-Hypothese vgl. nur *Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Ewers*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, S. 405 f.

69 Vgl. nur *Günter Knieps*, *Kyklos* 50 (1997), S. 325 ff.; *ders.*, *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (ORDO)* 48 (1997), S. 253 (264 f.).

kommunikationsrechts verträgt sich nicht mit einer durch Kontrollprobleme induzierten Ausweitung der Bürokratie.⁷⁰

bb) Heterogenität der Infrastrukturen

Einen noch gewichtigeren Grund gegen eine weitere Zentralisierung stellen die nationalen Besonderheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten dar. Unterschiedlich sind dabei nicht nur die Politikpräferenzen der Bürger,⁷¹ die im Telekommunikationssektor etwa Einfluss auf den Umfang des Universaldienstes oder auf medienrelevante Aspekte der Telekommunikationsregulierung haben können. Vor allem variieren in den Mitgliedstaaten auch Zustand und Architektur der Telekommunikationsnetze, wobei die Varianz durch den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten noch einmal erheblich zugenommen hat. Eine dezentrale Regulierung wird dieser nationalen und regionalen Heterogenität grundsätzlich deutlich besser gerecht als eine zentralisierte Verwaltung,⁷² weil sie die Regulierungsinstrumente flexibler und passgenauer auf die infrastrukturellen Gegebenheiten vor Ort ausrichten kann. Eine Lösung, die für Deutschland passend sein mag, muss nicht unbedingt auch für Spanien oder Großbritannien gut und richtig sein. So können beispielsweise in Ländern mit gut ausgebauten Telekommunikationsnetzen Instrumente wie Call-by-Call, Pre-Selection oder Zugangsverpflichtungen zur entbündelten Teilnehmeranschlusssleitung wettbewerbsfördernd sein, während es in einem anderen Land mit schlechterer Festnetzinfrastruktur hingegen geboten sein kann, zunächst von diesen Regulierungsmaßnahmen abzusehen, um nicht die Anreize für den weiteren Netzausbau zu gefährden.⁷³

cc) Evolution der Regulierung

Ein letztes Argument für eine weitgehend dezentrale Regulierung spielt gerade im Kontext dynamischer Telekommunikationsmärkte eine tragende Rolle: die Lern- und Evolutionsfähigkeit des Regulierungssystems. Die Kommission hat immer wieder betont, dass sie in der Varianz der mitgliedstaatlichen Regulierungspraktiken ein gravierendes Problem sieht und plädiert deshalb für „grenzüberschreitend konsistente Rules of the Game“.⁷⁴ Diese Haltung kann man nicht nur als eine Anmaßung von Wissen im Sinne *Hayeks* kritisieren.⁷⁵ Denn woher weiß die Kommission, welche Regulierungsstrategie die richtige ist? Und warum weiß sie es besser als die nationalen Regulierungsbehörden? Gerade im Telekommunikationsrecht ist das Vertrauen auf eine

70 Zentralisierung kann daneben auch zu einem Problem der Personalgewinnung werden. Werden die nationalen Regulierungsbehörden zu bloßen Erfüllungsgehilfen der Kommission degradiert, verlieren sie in den Augen qualifizierten Personals an Attraktivität und werden es so auf Dauer schwerer haben, geeignete Bewerber zu rekurrieren.

71 Zur grundsätzlichen Bedeutung heterogener Politikpräferenzen für die Kompetenzallokation *Oliver Budzinski*, Modernisierung der europäischen Wettbewerbsordnung, S. 144.

72 *Bernd Holznagel/Pascal Schumacher*, DVBl. 2007, S. 409 (412).

73 Eine stärkere Anpassung an regionale Spezifika steht gegenwärtig auch im amerikanischen Telekommunikationsrecht zur Debatte, wo es um die sachgerechte Kompetenzverteilung zwischen der Federal Communications Commission (FCC) und den State Public Utilities Commissions (PUCs) geht. Für eine dezentralisierte „circumstantial regulation“ *Robert Atkinson*, How Much and What Kind of Regulation Will be Needed in the Networked World of Tomorrow?

74 *Viviane Reding*, Speech/06/669, S. 8.

75 *Friedrich A. von Hayek*, Die Anmaßung von Wissen.

einzigste zentrale Entscheidung auch eine ausgesprochen riskante Strategie. Denn ein solchermaßen monolithisches System verzichtet bewusst auf Lernvorteile. Wird eine einheitliche Regulierung vorgeschrieben, lässt sich *ex post* nicht mehr feststellen, ob eine andere Regulierungsphilosophie oder ein anderes Instrument nicht doch die bessere Option gewesen wäre. Demgegenüber können in einem System dezentraler Regulierung wie in einem Laboratorium ganz verschiedene Experimente mit vergleichbaren Regelungsgegenständen parallel stattfinden und dabei alternative Regulierungsstrategien und Instrumente im Praxistest erprobt werden.⁷⁶ Das ist angesichts der hohen Unsicherheit über die Marktentwicklung und die Wirksamkeit von Regulierungsinstrumenten gerade in einem Rechtsgebiet wie dem Telekommunikationsrecht von zentraler Bedeutung. Nur so bleibt das System hinreichend lern- und evolutionsfähig.⁷⁷ Unterschiede in den Regulierungspolitiken sind im Telekommunikationssektor aus dieser Perspektive also grundsätzlich weniger ein Problem als vielmehr ein großes Potential.

b) Für eine stärkere Zentralisierung

aa) Geringere Kosten

Zu den Argumenten, die demgegenüber grundsätzlich für eine Zentralisierung von Verwaltungskompetenzen sprechen könnten, gehört die Einsparung von Transaktionskosten. Wenn statt einer Vielzahl von Behörden eine zentrale Instanz die Verwaltung in den Händen hält, kann dies mit einer Verringerung der Bürokratiekosten einhergehen. Fraglich ist aber nicht nur, ob dieses Argument im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips überhaupt in Anschlag gebracht werden kann, weil der Kriterienkatalog für eine Berücksichtigung der Verwaltungskosten im Grunde keinen Raum lässt.⁷⁸ Die Argumentation verfängt bei der Telekommunikationsregulierung auch schon rein tatsächlich nicht. Zwar würden bei einer zentralisierten Regulierung insoweit Transaktionskosten gespart, als die von der Regulierung betroffenen Unternehmen sich nicht mehr mit divergierenden institutionellen Rahmenbedingungen, also Gesetzgebung und Verwaltungspraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten, vertraut machen müssten.⁷⁹ Dafür steigen auf der anderen Seite aber die Kosten der staatlichen Bürokratie. Da die regulierungsbedürftigen Telekommunikationsmärkte – wie wir noch sehen werden – weitgehend nationale Märkte darstellen, verringert eine zentralisierte Regulierung die Anzahl der notwendigen Marktanalysen und Regulierungsverfügungen und damit auch die Verwaltungskosten nicht. Im Gegenteil führt eine zentralisierte europäische Regulierung eher zu einer Duplizierung des Aufwandes und damit zu höheren Informationskosten, als wenn die Entscheidungen weitgehend dezentral vor Ort getroffen werden.

76 Vgl. *Christoph Engel*, JZ 2005, S. 581 (590). Was freilich voraussetzt, dass die Experimente trotz nationaler Verschiedenheiten vergleichbar sind.

77 Zum Konzept der Evolutionsfähigkeit der Regulierung vgl. etwa den evolutionsökonomischen Ansatz bei *Oliver Budzinski*, *Governance of Global Competition; ders.*, *New York University Journal of Law and Politics* 36 (2004), S. 1 ff.

78 Wonach die Gemeinschaft nur tätig werden soll, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedstaaten *nicht ausreichend erreicht* werden können und daher wegen ihres *Umfangs* oder ihrer *Wirkung* besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können.“

79 Allgemein zu diesem Argument *Michael Fritsch/Thomas Wein/Hans-Jürgen Evers*, *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, S. 427.

bb) Externe Effekte

Die Kommission verweist zur Begründung ihrer Vorschläge insbesondere auf die Europäisierung des Telekommunikationssektors. Und in der Tat finden sich auf den Telekommunikationsmärkten seit der Liberalisierung deutliche Anzeichen für eine Stärkung des Binnenmarktes: So baut HanseNet als Tochtergesellschaft der Telekom Italia ein eigenes VDSL-Netz in Hamburg auf; die spanische Telefónica fusioniert mit dem britischen Mobilfunkbetreiber O2; T-Mobile engagiert sich auf dem österreichischen und polnischen Mobilfunkmarkt.

Das alles rechtfertigt allein aber noch keine Zentralisierung der europäischen Telekommunikationsregulierung. Aus regulierungstheoretischer Perspektive besteht ein solcher Bedarf vielmehr nur dann, wenn es zu transnationalen externen Effekten der Regulierung kommt. Von ihnen spricht man, wenn sich die Entscheidungen eines Landes nicht nur auf dem eigenen Hoheitsgebiet, sondern auch in anderen Ländern auswirken.⁸⁰ Ein besonders plastisches Beispiel ist die Klimaschutzpolitik eines Landes.⁸¹ Aber auch im Wettbewerbsrecht nimmt die Bedeutung transnationaler externer Effekte angesichts der fortschreitenden Integration des europäischen Binnenmarktes und der Globalisierung des Handels zu.⁸² So kann etwa die Fusion zweier Unternehmen durch die damit verbundene Reduktion der Wettbewerbsintensität Konsumenten wie Wettbewerber auch in anderen Ländern berühren. Für das Recht besteht die wesentliche Herausforderung darin, dass solche Auswirkungen in die Entscheidung des regulierenden Staates nicht einfließen müssen, ja im Gegenteil nicht selten Anreize bestehen, sie bewusst zu ignorieren. Die Zentralisierung der Regulierung kann hier eine probate institutionelle Strategie sein, um in- und ausländische Marktteilnehmer gleichermaßen zu berücksichtigen.⁸³ Die entscheidende Frage ist in unserem Kontext also, ob sich auf den Telekommunikationsmärkten in Europa signifikante externe Effekte der Regulierung identifizieren lassen.⁸⁴

Weitgehend plausibel ist dies allein im Fall des internationalen Mobilfunk-Roamings.⁸⁵ Beim internationalen Roaming nutzt ein Mobilfunkteilnehmer mit der SIM-Karte seines heimischen Anbieters ein ausländisches Mobilfunknetz, also etwa, wenn ein deutscher Urlauber sein Handy in Spanien benutzt.⁸⁶ Weil die Festsetzung der Roaminggebühren in Spanien unmittelbare Auswirkungen auf die Telefonkosten des deutschen Urlaubers hat, sind die externen Effekte hier

80 Statt vieler *Keith Head/John Ries*, *Canadian Journal of Economics* 30 (1997), S. 1104 ff.; *Bruno Kaiser/Hans-Jürgen Vosgerau*, *Global Harmonisation of National Competition Policies*, S. 35 ff.; *Justus Haucap/Florian Müller/Christian Wey*, *Conferences on New Political Economy* 23 (2005), S. 307 ff.; *Oliver Budzinski*, *Modernisierung der europäischen Wettbewerbsordnung*, S. 143.

81 Zumindest, wenn man davon ausgeht, dass entsprechende Anstrengungen überhaupt einen Einfluss auf das Klima haben.

82 Vgl. nur *Damien Neven/Lars-Hendrik Röller*, *European Economic Review* 44 (2000), S. 845 ff.; *Oliver Budzinski*, *New York University Journal of Law and Politics* 36 (2004), S. 1 ff.

83 Siehe auch *Oliver Budzinski*, *Modernisierung der europäischen Wettbewerbsordnung*, S. 148.

84 Die Beschränkung auf signifikante externe Effekte ist notwendig, weil aufgrund unvermeidlicher marginaler Effekte ansonsten stets ein Argument für eine stärkere Zentralisierung vorläge. Der Begriff wird hier auch enger verstanden als die „Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten“ im Sinne des EG-Wettbewerbsrechts.

85 Vgl. *Pio Baake/Justus Haucap/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/Christian Wey*, *Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten*, S. 83; *Bernd Holznagel/Pascal Schumacher*, *DVBl.* 2007, S. 409 (413).

86 Allgemein zur Regulierung des Auslandsroaming-Marktes *Ulrike E. Berger-Kögler*, *MMR* 2007, S. 294 ff.

mit Händen zu greifen. Sind die Gebühren (zu) hoch, profitieren davon die spanischen Mobilfunkanbieter,⁸⁷ während der deutsche Telefonkunde die hohen Gebühren entweder zahlen oder während der Ferien auf sein Handy verzichten muss. Weil es auf der Ebene der Nationalstaaten aus Sicht der Kommission zu keiner tragfähigen Lösung gekommen ist,⁸⁸ wurde 2007 schließlich die EG-Verordnung zur Preisregulierung beim internationalen Roaming erlassen,⁸⁹ über deren Einzelheiten man freilich trefflich streiten kann.⁹⁰

Bei den Terminierungsleistungen für Gespräche von einem inländischen Fest- oder Mobilfunknetz in ein ausländisches Telefonnetz verfängt das Argument externer Effekte hingegen nicht mehr. Zwar fallen für die Zustellung vom Ort der Netzzusammenschaltung bis zum Teilnehmeranschluss des Angerufenen Terminierungsgebühren an, weshalb auch bei diesen Entgelten theoretisch die Möglichkeit besteht, dass durch überhöhte Preise die Kosten für Auslandstelefonate steigen. In der Praxis ist dies aber kaum möglich. So unterliegen die Terminierungsleistungen nicht nur der Regulierung durch das International Settlement Rates-System der *International Telecommunications Union* (ITU).⁹¹ Die beschriebene Gefahr besteht vor allem auch nur in einem Umfeld asymmetrischer Liberalisierung.⁹² Das ist der Fall, wenn ein Land seine Telekommunikationsmärkte liberalisiert hat, während in einem anderen Land weiterhin ein Monopol besteht. In einer solchen Situation kann das Monopolunternehmen hohe Terminierungsgebühren fordern, während dies auf dem liberalisierten Markt angesichts des Wettbewerbs um die Terminierungsleistungen und einer Regulierung der entsprechenden Gebühren grundsätzlich nicht gleichermaßen möglich ist. Eine solche asymmetrische Liberalisierung spielt im Verhältnis der Entwicklungsländer zu den Industriestaaten durchaus eine Rolle. In der Europäischen Union stellt sich die Situation hingegen deutlich anders dar. Hier haben sich die Mitgliedstaaten nicht nur sämtlich zur Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte verpflichtet. Selbst in den jünger-

87 Von hohen Roamingpreisen profitieren die heimischen Mobilfunkanbieter und häufig durch eine Quersubventionierung von Handys auch die Mobilfunkkunden dieses Landes.

88 Die Regulierungsbehörden hatten den nationalen Großkundenmarkt für Auslandsroaming in öffentlichen Mobilfunknetzen (Markt 17 der Märkte-Empfehlung) zu analysieren. Dabei haben etwa Österreich, Italien, Tschechien, Slowenien, Finnland, Italien und Dänemark jeweils keine marktbeherrschende Stellung festgestellt, vgl. die entsprechenden Marktanalysen unter <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/info/eectf/library>.

89 Roaming-Verordnung (EG) Nr. 717/2007 vom 27.6.2007, ABl. EU 2007 L 171, 32; vgl. auch Pressemitteilung IP/07/870 vom 25.6.2007. Die von der Kommission vorgeschlagene Verordnung zur Reduzierung der Preise für die grenzüberschreitende Gesprächsweiterleitung im Mobilfunk ist am 30. Juni 2007 in allen Mitgliedstaaten mit unmittelbarer Wirkung in Kraft getreten. Durch sie werden u. a. Preisobergrenzen festgelegt, und zwar sowohl für die Vorleistungsebene zwischen Mobilfunkbetreibern (nunmehr maximal 30 Cent pro Minute) als auch für die Endkundenebene (maximal 49 Cent pro Minute für abgehende bzw. 24 Cent pro Minute für eingehende Gespräche). Diese Höchstpreise werden jeweils ein Jahr bzw. zwei Jahre nach Inkrafttreten, also im Sommer 2008 und 2009 weiter abgesenkt.

90 So kann man – neben der kompetenzrechtlichen Frage (vgl. dazu etwa das Gutachten des Freiburger Centrums für Europäische Politik „Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen“ 2006, www.cep.eu/121.html) – insbesondere fragen, warum die Verordnung neben dem Vorleistungs- auch den Endkundenmarkt reguliert und warum sämtliche Unternehmen unabhängig von ihrer Marktmacht der Regulierung unterfallen.

91 Zur ITU vgl. *Jörn Lüdemann*, Internationales Kommunikationsrecht, Rdnr. 14 ff.

92 Vgl. *Douglas A. Galbi*, *Information Economics and Policy* 10 (1998), S. 515 ff.; *Justus Haucap/Jürgen Kühling*, *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 55 (2006), S. 324 (334).

sten Beitrittsländern der Europäischen Union ist die Marktliberalisierung mittlerweile auch tatsächlich deutlich vorangeschritten.⁹³

Auch auf den anderen Telekommunikationsmärkten spielen signifikante externe Effekte keine nennenswerte Rolle. Das gilt namentlich für diejenigen Telekommunikationsdienstleistungen, die nach europäischem Telekommunikationsrecht der sektorspezifischen Regulierung unterliegen. Bei ihnen handelt es sich ganz überwiegend nicht um international handelbare Güter, weil sie im Unterschied zu Produkten und anderen Dienstleistungen naturgemäß nicht importiert werden können, sondern ganz überwiegend lokal erbracht werden müssen.⁹⁴ Anders formuliert: Bei Telekommunikationsdienstleistungen ist der Ort der Leistungserbringung grundsätzlich auch das Land des Konsums. Das gilt für die regulierten Vorleistungsmärkte wie Interconnection oder entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung ebenso wie für den Großteil der über die Netze erbrachten Dienste.⁹⁵ Weil das so ist, spielen auf diesen Märkten auch transnationale externe Effekte aufgrund strategischer Handels-⁹⁶ oder Wettbewerbspolitik⁹⁷ grundsätzlich keine vergleichbare Rolle wie in anderen Wirtschaftszweigen.

Industriepolitische Erwägungen kommen allein unter einem Gesichtspunkt ernsthafter in Betracht: der Förderung der ehemaligen Monopolisten. Dabei geht es hier weniger um die Idee nationaler Champions, wie sie in politischen Debatten nicht selten gefordert werden. Diese Gefahr ist in der Telekommunikation nicht größer als etwa auf den Finanzmärkten mit der Forderung nach einer „starken deutschen Bank“⁹⁸ und rechtfertigt allein noch keinen besonderen Zentralisierungsbedarf.⁹⁹ Die Gefahr droht eher von einer anderen Flanke, die ihren Grund in den Besonderheiten der Telekommunikationswirtschaft hat.¹⁰⁰ Hält ein Mitgliedstaat an dem mittlerweile privatisierten Staatsbetrieb noch heute Unternehmensanteile – wie dies etwa die Bundesrepublik Deutschland tut, die direkt oder über die KfW noch immer knapp 32 % der Aktien an der DTAG besitzt – lassen sich die fiskalischen Versuchungen nicht von der Hand weisen, den Wert des Unternehmens durch gezielte Regulierungsmaßnahmen oder eine partielle Freistellung von Regulierung zu beeinflussen. Diese spezifischen Gefahren sind in der juristischen wie ökonomischen Literatur zu Recht immer wieder betont worden¹⁰¹ und sind bekanntlich ein we-

93 Europäische Kommission, Europäische Vorschriften zur elektronischen Kommunikation und Märkte 2005 – 11. Implementierungsbericht; KOM (2006).

94 So zu Recht auch *Pio Baake/Justus Haucap/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/Christian Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, S. 93 et passim.

95 Selbst bei Voice over IP ist eine lokale Terminierung erforderlich.

96 Zur strategischen Handelspolitik vgl. *Elhanan Helpman/Paul Krugman*, Trade Policy and Market Structure.

97 Vgl. nur *Damien Neven/Lars-Hendrik Röller*, European Economic Review 44 (2000), S. 845 ff.

98 Zu diesem Argument kritisch *Hendrik Hakenes/Isabel Schnabel*, Kredit und Kapital 39 (2006), S. 163 ff. Zur parallelen Forderung im Eisenbahnsektor *Michael Fehling*, Das Recht der Eisenbahnregulierung, S. 118 (128).

99 In diese Richtung ausdrücklich auch *Justus Haucap/Jürgen Kühling*, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 55 (2006), S. 324 (341), sowie *Bernd Holznagel/Pascal Schumacher*, DVBl. 2007, S. 409 (413).

100 In diese Richtung *Viviane Reding*, F.A.Z. vom 29.3.2007, Nr. 75, S. 13.

101 Zu Art und Ausmaß der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde als einer der verfassungsrechtlichen wie staatstheoretischen und verfassungskulturellen Grundsatzfragen des Regulierungsrechts etwa *Marion Döhler*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 59 ff.; *Jürgen Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 275 ff.; *Johannes Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? S. 73 ff.; *ders.*, Die Regulierungsbehörde im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und parlamentarischer Verantwortung, S. 521 ff.; *ders.*, Zur Möglichkeit und Notwendigkeit übergreifender Grundsätze der Netz-

sentlicher Grund für die gesetzliche Forderung nach einer (relativen) Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden von der Politik, wie sie sowohl das europäische als auch das internationale Telekommunikationsrecht¹⁰² vorschreiben. Sieht man näher hin, dann ist aber auch diese Gefahr im Ergebnis kein durchschlagendes Argument für eine noch weitergehende Zentralisierung der Regulierungskompetenzen. Denn insoweit greift bereits ein ganzes Set von Sicherungsmaßnahmen, die das europäische Recht an ganz unterschiedlichen Stellen installiert hat. Neben der erwähnten Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden von der Regierung ist hier zunächst die Einbindung der Behörden in den europäischen Regulierungsverbund für die Telekommunikation zu nennen. Er bietet insoweit eine zusätzliche Absicherung, als die Regulierungsbehörden auf diese Weise aus ihren nationalen Zusammenhängen herausgelöst und in einen transnationalen Kontext eingebunden werden.¹⁰³ Daneben wird die Gefahr auch durch den Stand der Wettbewerbsentwicklung relativiert, weil es in allen Mitgliedstaaten mittlerweile eine große Anzahl von Konkurrenzunternehmen gibt, die gut organisiert sind und ein allzu parteiisches Eintreten der Regierung für den Incumbent damit politisch riskant machen. Nicht zuletzt stehen außerhalb des sektorspezifischen Telekommunikationsrechts die Möglichkeiten des europäischen Beihilfenrechts und das Vertragsverletzungsverfahren zur Verfügung.

c) *Kooperation und Koordination*

Wie die vorangegangenen Überlegungen gezeigt haben, lassen sich jenseits des internationalen Roamings keine wirklich belastbaren Argumente finden, die eine weitergehende Zentralisierung der Regulierungskompetenzen rechtfertigen könnten. Mag dies auf den Märkten der leitungsgebundenen Energie gegebenenfalls anders zu beurteilen sein:¹⁰⁴ in der Telekommunikation können die Zentralisierungsvorschläge der Kommission vor dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip jedenfalls keinen Bestand haben. Um eine sachgerechte Koordination der Telekommunikationsregulierung in Europa zu ermöglichen, reicht es hier auch in Zukunft aus, auf eine wirksame Kooperation der europäischen Regulierungsbehörden zu setzen.

Bereits heute existieren mit der 2004 von der Kommission ins Leben gerufenen *European Regulators Group* (ERG)¹⁰⁵ und der *Independent Regulators Group* (IRG) zwei institutionalisierte Foren der Zusammenarbeit. Erweist sich in den nächsten Jahren, dass die dynamische Entwick-

regulierung, S. 155 (169). Klaus Oertel, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, S. 154 ff. und 200 ff.; Jens-Peter Schneider, ZHR 2000, S. 513 (535 ff.); Hans-Heinrich Trute, Demokratische Legitimation der Verwaltung, Rdnr. 68; ders., Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (183 ff.).

102 Vgl. Jörn Lüdemann, Internationales Kommunikationsrecht, Rdnr. 41 ff. (46).

103 Vgl. Jörn Lüdemann/Stefan Bechtold, Europäisches Telekommunikationsrecht zwischen Dezentralisierung und Kohärenzsicherung, S. 167 ff.

104 Zu dem entsprechenden Vorschlag der Kommission vgl. auch Jens-Peter Schneider, Stand und Perspektiven der Energiemarktregulierung, S. 100 (115). Zu den Einzelheiten der Kompetenzallokation bei der Regulierung des grenzüberschreitenden Stromhandels Guido Hermeier, RdE 2007, S. 249 ff. und Stefanie Neveling, IR 2007, S. 173 ff.

105 Siehe Beschluss der Kommission 2002/627/EG vom 29.7.2002 zur Errichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG L 200 vom 30.7.2002, S. 38; geändert durch Beschluss der Kommission 2004/641/EG vom 14.9.2004, ABl. EG L 293 vom 16.9.2004, S. 30.

lung der Telekommunikationsmärkte und das Entstehen neuer paneuropäischer Märkte eine noch kohärentere Regulierung erfordern, lassen sich vor allem die Strukturen der ERG institutionell weiter ausbauen und verfeinern und so die Koordination der Regulierungsbehörden im europäischen Regulierungsverbund für die Telekommunikation optimieren. Insgesamt stellt der Regulierungsverbund eine durchaus elegante institutionelle Lösung dar, um die Vorteile dezentraler Regulierung zu wahren und gleichzeitig ein kooperatives Vorgehen von Kommission und nationalen Regulierungsbehörden zu ermöglichen.

IV. Ausblick

Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte in Europa kann auf beachtliche Erfolge verweisen.¹⁰⁶ Neben einer Vervielfältigung und Verbesserung des Angebots hat der zunehmende Wettbewerb seine segnenden Wirkungen vor allem bei den Preisen entfaltet. So fielen etwa in Deutschland die Kosten für Ferngespräche im inländischen Festnetz gegenüber 1995 um 61 %. Auslandsgespräche im Festnetz wurden sogar um 68 % preiswerter. Besonders augenscheinlich ist der Preisverfall bei Gesprächen in die USA. Kostete eine Gesprächsminute 1997 bei der Deutschen Telekom zur Hauptzeit an Werktagen noch umgerechnet 73,63 Cent, fallen dafür heute lediglich Kosten von durchschnittlich 0,87 Cent an. Auch die Marktanteile der neuen Wettbewerber am Gesamtmarkt steigen weiter an. 2007 erwirtschafteten sie zusammen bereits rund 33 Milliarden Euro und damit 3 Milliarden mehr als die DTAG.

Gleichwohl ist mit einer Frühverrentung des Telekommunikationsrechts noch nicht zu rechnen. Auch in den nächsten Jahren werden die Wettbewerber vielmehr auf Vorleistungen der ehemaligen Monopolisten angewiesen und Regulierung deshalb notwendig bleiben. Das gilt insbesondere für den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung. Hier basiert das Angebot alternativer Teilnehmeranschlüsse durch die Wettbewerber noch immer zum größten Teil auf Zugang zu den Leitungen der Deutschen Telekom.¹⁰⁷ Im Unterschied zur Eisenbahn- und Energiemarktregulierung stehen im Telekommunikationssektor die Chancen angesichts der wettbewerblichen und technischen Dynamik allerdings gut, die sektorspezifische Regulierung in den nächsten Jahren immer weiter zurückzunehmen und die Marktregulierung schließlich ganz in die Obhut des allgemeinen Wettbewerbsrechts zu entlassen.¹⁰⁸ Bis dahin gilt es, die Dynamik der Märkte durch eine kluge Ausgestaltung des Telekommunikationsrechts weiter zu befördern.¹⁰⁹ Dazu gehören nicht nur Maßnahmen wie die Straffung und Beschleunigung des schwerfälligen Marktregulierungsverfahrens, wie sie im gegenwärtigen Review-Prozess zur Recht auf der Agenda ste-

106 Zu Entwicklung und Stand des Wettbewerbs in Deutschland *Monopolkommission*, Sondergutachten 50, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung, 2008, S. 17-38; *Bundesnetzagentur*, Jahresbericht 2007, S. 64-89.

107 Siehe *Iris Henseler-Unger*, Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, S. 37 (45).

108 Vgl. auch *Iris Henseler-Unger*, Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, S. 37 (41). Das gilt freilich nur für den engeren Bereich der Marktregulierung. Aufgaben wie der Daten- und Verbraucherschutz werden hingegen ebenso wie vor allem die Verwaltung von Nummern und Frequenzen weiterhin einer besonderen Regulierung unterliegen.

109 Vgl. die Vorschläge bei *Pio Baake/Justus Haucap/Jürgen Kühling/Sascha Loetz/ Christian Wey*, Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten, S. 109 ff.

hen.¹¹⁰ Es muss auch alles unterbleiben, was der Marktdynamik und dem transitorischen Charakter des Telekommunikationsrechts materiellrechtlich und institutionell entgegensteht. Das gilt für eine überzogene Regulierung neuer Märkte ebenso wie für ein unbegründetes Ausufernd der europäischen Zentralbürokratie.

110 Dazu etwa *Bernd Holznagel/Anne Hombergs*, MMR 2006, S. 285 ff.; *Christian Koenig/Sascha Neumann*, CR 2005, S. 487 (488 ff.).

Literatur

- Albin, Silke*: Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – Anspruch und Rechtswirklichkeit, in: NVwZ 2006, S. 629 ff.
- Atkinson, Robert*: How Much and What Kind of Regulation Will be Needed in the Networked World of Tomorrow?, in: Arnold Picot (Hrsg.), *The Future of Telecommunications Industries*, München 2006, S. 169 ff.
- Bache, Ian/Flinders, Matthew (Hrsg.)*: *Multi-level Governance*, Oxford 2004
- Baake, Pio/Haucap, Justus/Wey, Christian*: EU-Verfahren gegen die Novelle des Telekommunikationsgesetzes gefährdet Liberalisierung, in: DIW-Wochenbericht Nr. 12/2007, S. 185 ff.
- Baake, Pio/Haucap, Justus/Kühling, Jürgen/Loetz, Sascha/Wey, Christian*: Effiziente Regulierung in dynamischen Märkten. Ökonomische Studie mit integriertem Rechtsgutachten (Law and Economics of International Telecommunications; Bd. 57), Baden-Baden 2007
- Berger-Kögler, Ulrike E.*: Regulierung des Auslandsroaming-Marktes, in: MMR 2007, S. 294 ff.
- Benz, Arthur*: Multi-level Governance – Governance in Mehrebenensystemen, in: ders. (Hrsg.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, Wiesbaden 2004, S. 125 ff.
- Blankart, Charles B.*: *Öffentliche Finanzen in der Demokratie*, 6. Aufl., München 2006
- Böttger, Ulrich*: Ansätze für eine ökonomische Analyse des Subsidiaritätsprinzips des EG Art. 5 Abs. 2 (Schriften zur wirtschaftswissenschaftlichen Analyse des Rechts; Bd. 50), Berlin 2004
- Breton, Albert*: *Competitive Governments. An Economic Theory of Politics and Public Finance*, Cambridge 1996
- Britz, Gabriele*: Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, in: EuR 2006, S. 46 ff.
- Budzinski, Oliver*: Toward an International Governance of Transborder Mergers? Competition Networks and Institutions between Centralism and Decentralism, in: *New York University Journal of Law and Politics* 36 (2004), S. 1 ff.
- : Modernisierung der europäischen Wettbewerbsordnung: Werden die nationalen Wettbewerbspolitiken verdrängt?, in: Klaus Heine/Wolfgang Kerber (Hrsg.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa* (Schriften zu Ordnungsfragen der Wirtschaft; Bd. 83), Stuttgart 2007, S. 131 ff.

- : Governance of Global Competition. Competence Allocation in International Competition Policy, Cheltenham 2008
- Callies, Christian*: Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden 1999
- Dahlke, Peter/Neumann, Andreas*: Innovationen und Investitionen durch Regulierung, in: CR 2006, S. 377
- : Regulatorischer Jugendwahn? – die Behandlung „neuer Märkte“ im TK-Recht, in: MMR 6/2006, XXII
- Dahlke, Peter/Theis, Nikolaus*: „Neue Märkte“ in der Rechtsanwendung. Tatbestandsmerkmale und Europarechtskonformität des neuen § 9a TKG, in: CR 2007, S. 227 ff.
- Dame, Aurelie/Guettler, Jan H./Leeson, Ken/Schlutz, Morton/Jensen, Torben B.*: Regulatory Implications of the Introduction of Next Generation Networks and Other New Developments in Electronic Communications, Brüssel 2003
- Dietlein, Johannes/Brandenberg, Alexandra*: Regulierung „Neuer Märkte“ im Telekommunikationsrecht am Beispiel von VDSL (Teil 1), in: IR 2006, S. 208 ff.
- Döhler, Marion*: Das Modell der unabhängigen Regulierungsbehörde im Kontext des deutschen Regierungs- und Verwaltungssystems, in: Die Verwaltung 34 (2001), S. 59 ff.
- Eisenbast, Wolfgang*: Ökonomische Konzepte zur Regulierung „neuer Märkte“ in der Telekommunikation, in: MMR 2006, S. 575 ff.
- Engel, Christoph*: Rationale Rechtspolitik und ihre Grenzen, in: JZ 2005, S. 581
- : Paketvermittelte Telefonie (Law and Economics of International Telecommunications; Bd. 55), Baden-Baden 2006
- Fehling, Michael*: Das Recht der Eisenbahnregulierung, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften, Tübingen 2008, S. 118 f.
- Frey, Bruno S./Kirchgässner, Gebhard*: Demokratische Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., München 2002
- Fritsch, Michael/Wein, Thomas/Ewers, Hans-Jürgen*: Wirtschaftspolitik und Marktversagen, 7. Aufl., München 2007
- Galbi, Douglas A.*: Cross-Border Rent Shifting in International Telecommunications, in: Information Economics and Policy 10 (1998), S. 515 ff.

- Hakenes, Hendrik/Schnabel, Isabel*: Braucht Deutschland eine „private starke deutsche Bank“? Über die Notwendigkeit nationaler Champions im Bankwesen, in: *Kredit und Kapital* 39 (2006), S. 163 ff.
- Haucap, Justus/Kühling, Jürgen*: Eine effiziente vertikale Verteilung der Exekutivkompetenzen bei der Regulierung von Telekommunikationsmärkten in Europa, in: *Zeitschrift für Wirtschaftspolitik* 55 (2006), S. 324 ff.
- Haucap, Justus/Müller, Florian/Wey, Christian*: How to Reduce Conflicts over International Antitrust?, in: *Conferences on New Political Economy* 23 (2005), S. 307 ff.
- Hayek, Friedrich A. von*: *Die Anmaßung von Wissen*, Tübingen 1996
- Head, Keith/Ries, John*: International Mergers and Welfare Under Decentralized Competition Policy, in: *Canadian Journal of Economics* 30 (1997), S. 1104 ff.
- Helpman, Elhanan/Krugman, Paul*: *Trade Policy and Market Structure*, Cambridge 1989
- Henseler-Unger, Iris*: Die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), *Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?*, Tübingen 2008, S. 37 ff.
- Herdegen, Matthias*: Freistellung neuer Telekommunikationsmärkte von Regulierungseingriffen – Die gesetzliche Steuerung im Lichte des Verfassungs- und Europarechts, in: *MMR* 2006, S. 580 ff.
- Hermeier, Guido*: Die Zuständigkeitsverteilung bei der Regulierung des grenzüberschreitenden Stromhandels – Mehr Binnenmarkt durch mehr Zentralisierung?, in: *RdE* 2007, S. 249 ff.
- Höffler, Felix*: Cost and Benefits from Infrastructure Competition. Estimating Welfare Effects from Broadband Access Competition, in: *Telecommunications Policy* 31 (2007), S. 401 ff.
- Holznagel, Bernd*: Innovationsanreize durch Regulierungsfreistellung – Vom Umgang mit neuen Diensten und Märkten im Medien- und TK-Recht, in: *MMR* 2006, S. 661 ff.
- Holznagel, Bernd/Hombergs, Anne*: Das SMP-Regulierungsverfahren in der Review 2006 – Nachbesserungs- und Reformbedarf, in: *MMR* 2006, S. 285 ff.
- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal*: Europäischer Regulierer für den Telekommunikations- und Energiewirtschaftssektor?, in: *DVBl.* 2007, S. 409 ff.
- Hombergs, Anne*: *Europäisches Verwaltungskooperationsrecht auf dem Sektor der elektronischen Kommunikation (Recht und Ökonomik der Netzregulierung; Bd. 2)*, Berlin 2006
- Inman, Robert P./Rubinfeld, Daniel R.*: Rethinking Federalism, in: *Journal of Economic Perspectives* 11 (1997), S. 43 ff.

- Kaiser, Bruno/Vosgerau, Hans-Jürgen*: Global Harmonisation of National Competition Policies, in: Hans-Jürgen Vosgerau (Hrsg.), *Institutional Arrangements for Global Economic Integration*, Houndmills 2000, S. 35 ff.
- Kiessling, Thomas*: Optimale Marktstrukturregulierung in der Telekommunikation – Lehren aus den USA und anderen Ländern für die EU, Baden-Baden 1998
- Kirchner, Christian*: VDSL-Netz: zeitlich befristete „Regulierungsfreistellung“, in: *Wirtschaftsdienst* 2006, S. 724 ff.
- Knieps, Günter*: Phasing out Sector-Specific Regulation in Competitive Telecommunications, in: *Kyklos* 50 (1997), S. 325 ff.
- : Ansätze für eine 'schlanke' Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation in Deutschland, in: *ORDO* 48 (1997), S. 253 ff.
- Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas*: *Telekommunikationsrecht*, Heidelberg 2004
- Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Senger, Marion*: Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Telekommunikationsrecht, in: *K&R* 2006, S. 258 ff.
- Koenig, Christian/Loetz, Sascha/Neumann, Andreas*: Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes. Eine Untersuchung zu den Umsetzungsspielräumen des EG-Richtlinienpaketes auf dem Gebiet der Telekommunikation und ihrer verfassungsrechtlichen Begrenzung sowie zur Optimierung des Verwaltungs- und Rechtsbehelfsverfahrens, Münster 2003
- Koenig, Christian/Neumann, Andreas/Senger, Marion*: Gesetzliche Ausgestaltung des regulierungsbehördlichen Ermessens im Telekommunikationsrecht, in: *MMR* 2006, S. 365 ff.
- Kühling, Jürgen*: Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Typologie – Wirtschaftsverwaltungsrecht – Wirtschaftsverfassungsrecht (Energie- und Infrastrukturrecht; Bd. 4), München 2004
- : § 9a TKG-E – Innovationsschutz durch Regulierungsverzicht oder Steigerung der Regulierungskomplexität, in: *K&R* 2006, S. 263 ff.
- Ladeur, Karl-Heinz/Möllers, Christoph*: Der europäische Regulierungsverbund für die Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, in: *DVBf* 2005, S. 525 ff.
- Leschke, Martin/Möstl, Markus*: Die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit: Wirksame Kompetenzschränken der Europäischen Union?, in: Klaus Heine/Wolfgang Kerber (Hrsg.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa* (Schriften zur Ordnungsfragen der Wirtschaft; Bd. 83), Stuttgart 2007, S. 77 ff.

- Lüdemann, Jörn*: Internationales Kommunikationsrecht (Telekommunikations- und Postrecht), in: Christian Tietje (Hrsg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009, § 10 (im Erscheinen)
- Lüdemann, Jörn/Bechtold, Stefan*: Europäisches Telekommunikationsrecht zwischen Dezentralisierung und Kohärenzsicherung, in: Michael Stolleis/Wolfgang Streeck (Hrsg.), Aktuelle Fragen zu politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie; Bd. 17), Baden-Baden 2007, S. 167 ff.
- Masing, Johannes*: Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, München 2006
- : Die Regulierungsbehörde im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und parlamentarischer Verantwortung, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat. Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 521 ff.
- : Zur Möglichkeit und Notwendigkeit übergreifender Grundsätze der Netzregulierung, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Tübingen 2008, S. 155 ff.
- Möschel, Wernhard*: Zwischen Konflikt und Kooperation: Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation, in: FIW (Hrsg.), Multimedia: Kommunikation ohne Grenzen – grenzenloser Wettbewerb?, Referate des XXXI. FIW-Symposiums, Köln u. a. 1998
- Monopolkommission*: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 Telekommunikationsgesetz, Baden-Baden 2006
- : Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007. Wendepunkt der Regulierung. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 121 Abs. 2 TKG, Baden-Baden 2008
- Neumann, Andreas*: Richtlinienkonformität der vom Deutschen Bundestag verabschiedeten Vorschriften zur Regulierung neuer Märkte (IRNIK-Diskussionspapier Nr. 1), Bonn 2006
- Neveling, Stefanie*: Europäisierung der Energieaufsicht? Vorschläge von Kommission und EREG zur Neuordnung (1. Teil), in: IR 2007, S. 173 ff.
- Neven, Damien/Röller, Lars-Hendrik*: The Allocation of Jurisdictions in International Antitrust, in: European Economic Review 44 (2000), S. 845 ff.
- Oates, Wallace E.*: An Essay on Fiscal Federalism, in: Journal of Economic Literature 37 (1999), S. 1120 ff.
- Oertel, Klaus*: Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG. Zur organisationsrechtlichen Verselbständigung staatlicher Verwaltungen am Beispiel der Privatis-

ierung in der Telekommunikation (Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 818), Berlin 2000

Paulweber, Michael: Regulierungszuständigkeiten in der Telekommunikation. Sektorspezifische Wettbewerbsaufsicht nach dem TKG durch die Regulierungsbehörde im Verhältnis zu den allgemeinen kartellrechtlichen Kompetenzen des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission (Law and Economics of International Telecommunications; Bd. 40), Baden-Baden 1999

Pohler, Matthias/Beckert, Bernd/Schefczyk, Michael: Technologische und ökonomische Langfristperspektiven der Telekommunikation, Stuttgart 2007

Ritzer, Christoph/Ruttloff, Marc: Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven, in: EuR 2006, S. 116 ff.

Rosin, Nicole: Kompetenzabgrenzung und Kompetenzausübung in der Europäischen Union. Eine Analyse aus juristischer und ökonomischer Sicht, Frankfurt a. M. 2003

Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.): Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt a. M. 2006

Schneider, Jens-Peter: Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhängige Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht, in: ZHR 2000, S. 513 ff.

—: Stand und Perspektiven der Energiemarktregulierung, in: Jörn Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahn – Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, Tübingen 2008, S. 100 ff.

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/EGV. Kommentar, München 2003

Thachter, Mark: The Causes and Consequences of Regulations by Networks: Telecommunications in Europe, in: Claus Dieter Ehlermann/Isabel Atanasiu (Hrsg.), European Competition Law Annual 2002, 2004, S. 119 ff.

Trute, Hans-Heinrich: Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, in: Carl Eugen Eberle/Martin Ibler/Dieter Lorenz (Hrsg.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart. Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 169 ff.

—: Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, in: Lerke Osterloh/Karsten Schmidt/Hermann Weber (Hrsg.), Staat, Wirtschaft, Finanzverfassung. Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 565 ff.

—: Demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2006, § 6

Vogelsang, Ingo: Die regulatorische Behandlung neuer Märkte im Bereich der Telekommunikation, Gutachten, Boston 2006