

Mehr Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt: Richtlinienkonforme Umsetzung des Artikel 52 EECC

I. Hintergrund

Der Europäische Kodex für die elektronische Kommunikation („EECC“) verpflichtet den nationalen Gesetzgeber in Artikel 52 zur Wettbewerbsförderung in Frequenzvergabeverfahren. Eine exakt am Wortlaut der europarechtlichen Vorgaben orientierte Umsetzung von Artikel 52 EECC in § 102 TKMoG bietet die Chance, wieder mehr **Wettbewerb** und **bessere Verbraucherkonditionen** im Telekommunikationsmarkt zu etablieren.

II. Voraussetzung für mehr Wettbewerb: Artikel 52 EECC richtlinienkonform umsetzen

Artikel 52 EECC verpflichtet die Mitgliedsstaaten, die Regulierungsbehörden zu befähigen, Zugangsverpflichtungen auch ohne Feststellung besonderer Marktmacht in Frequenzvergabeverfahren auferlegen zu können.

Artikel 52 Abs. 2 EECC definiert die Voraussetzung für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung klar:

*„Bei ihrer Entscheidung stützen sich die nationalen Regulierungsbehörden [...] unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, der Frage, ob solche Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, und der voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau. **Dabei berücksichtigen sie den in Artikel 67 Absatz 2 [EECC] beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen.**“*

III. Umsetzungshistorie in nationales Recht

a. Abweichende Umsetzung im ersten Referentenentwurf von BMWi & BMVI (Stand 14.05.2020)

Artikel 52 wurde im Referentenentwurf (Stand 14.05.2020) in § 101 Absatz 2 TKMoG abweichend umgesetzt:

*„Bei ihrer Entscheidung stützen sich die nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden [...]. **Dabei berücksichtigen sie den in § 9 [TKMoG] beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen.**“*

Der Verweis auf gesamt § 9 – und nicht allein auf § 9 Abs. 3 TKMoG – ist nicht richtlinienkonform, **da § 9 Abs. 1 zunächst ein Marktanalyseverfahren nach dem Drei-Kriterien-Test fordert**, um eine Zugangsverpflichtung auferlegen zu können.

§ 9 Abs. 1 TKMoG: *„Bei den nach § 8 festgelegten Märkten prüft die Bundesnetzagentur im Rahmen der Marktanalyse, ob diese nach Abs. 2 (Drei-Kriterien-Test) für eine Regulierung nach diesem Abschnitt in Betracht kommen. Soweit dies der Fall ist, prüft sie, ob die Auferlegung von Verpflichtungen aufgrund der Feststellung, dass ein oder mehrere Unternehmen auf diesem Markt über beträchtliche Marktmacht nach Abs. 4 verfügen, gerechtfertigt sein kann.“*

Durch den Verweis auf gesamt § 9 TKMoG entstand eine zusätzliche und in der europäischen Richtlinie explizit nicht beabsichtigte formelle und prozessuale Voraussetzung für die Beurteilung von Wettbewerbsverhältnissen. Durch diese Version des Referentenentwurfs wurde erneut keine klare Rechtslage geschaffen.

b. EECC-konforme Umsetzung im zweiten Referentenentwurf von BMWi & BMVI (Stand 07.08.2020)

Artikel 52 Abs. 2 EECC wird im zweiten Referentenentwurf in § 101 Abs. 2 TKMoG richtlinienkonform umgesetzt:

*„Bei ihren Entscheidungen stützt sich die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen [...]. **Dabei berücksichtigen sie den in § 9 Absatz 3 [TKMoG] beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen.**“*

c. EECC-konforme Umsetzung im Diskussionsentwurf von BMWi & BMVI (Stand 02.11.2020)

Artikel 52 Abs. 2 EECC wird im aktuellen Diskussionsentwurf (Stand 02.11.2020) in § 102 Abs. 2 TKMoG wieder richtlinienkonform umgesetzt und die Kompetenzen der BNetzA weiter spezifiziert (Unterstreichung):

*„Bei ihren Entscheidungen stützt sich die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen [...]. **Bei der Beurteilung berücksichtigt die Bundesnetzagentur den in § 9 Absatz 3 [TKMoG] beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen. Sie kann hierzu allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.**“*

Im aktuellen Diskussionsentwurf erfolgt wieder der Verweis lediglich auf § 9 Abs. 3 TKMoG und ermöglicht damit, **im Sinne des europäischen Gesetzgebers, Zugangsverpflichtungen auch ohne Feststellung besonderer Marktmacht im Rahmen von Frequenzvergabeverfahren aufzuerlegen.**

§ 9 Abs. 3 TKMoG gibt im Wesentlichen den Inhalt des Artikel 67 Absatz 2 EECC wieder (Addendum).

IV. Handreichung: Warum eine richtlinienkonforme Umsetzung von Artikel 52 EECC?

Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EU-Vertrag ist eine Richtlinie hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und im Rahmen der Richtlinienumsetzung sind alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten. Im vorliegenden Fall wollte der europäische Gesetzgeber gerade zur Stärkung des Wettbewerbs eine Möglichkeit für nationale Regulierungsbehörden schaffen, auch ohne Feststellung besonderer Marktmacht Zugangsverpflichtungen in Frequenzvergabeverfahren aufzuerlegen. Dies würde der deutsche Gesetzgeber mit einer nicht richtlinienkonformen Umsetzung des Art. 52 Abs. 2 EECC in § 102 TKMoG kontakrieren.

V. Schlussfolgerung

Die freenet AG fordert die richtlinienkonforme und unmissverständliche Umsetzung des Artikels 52 EECC in nationales Recht. Nur durch einen exakten Verweis allein auf § 9 Absatz 3 TKMoG ist die Förderung von Wettbewerb und die Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen, die im EECC dezidiert angelegt ist, auch im TKMoG umzusetzen.

Die Durchführung eines Marktanalyseverfahrens nach dem Drei-Kriterien-Test, welcher entsprechend der Formulierung des ursprünglichen TKMoG-Referentenentwurfs mit Stand 14.05.2020 nach § 9 Abs. 1 durchzuführen wäre, ist im EECC an dieser Stelle eindeutig nicht vorgesehen und würde nicht beabsichtigte formelle und prozessuale Voraussetzungen für die Beurteilung von Wettbewerbsverhältnissen beinhalten. Nur durch die richtlinienkonforme Umsetzung von Artikel 52 EECC - wie sie im aktuellen Diskussionsentwurf (Referentenentwurf, Stand 02.11.2020) vorgesehen ist - ist klar zu regeln, unter welchen Voraussetzungen die BNetzA in zukünftigen Frequenzvergabeverfahren Zugangsverpflichtungen auferlegen kann.

Addendum - Richtlinienkonforme Umsetzung

Art. 52 Absatz 2, Unterabsatz 2 EECC	§ 102 Absatz 2 TKMoG Diskussionsentwurf (Referentenentwurf, Stand 02.11.2020)
<p>Bei ihrer Entscheidung stützen sich die nationalen Regulierungsbehörden und anderen zuständigen Behörden unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, der Frage, ob solche Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, und der voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau. Dabei berücksichtigen sie den in Artikel 67 Absatz 2 beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen.</p>	<p>Bei ihren Entscheidungen stützt sich die Bundesnetzagentur unter Berücksichtigung der Marktbedingungen und der verfügbaren Vergleichsgrößen auf eine objektive, vorausschauende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse, der Frage, ob solche Maßnahmen zur Erhaltung oder Erreichung eines wirksamen Wettbewerbs erforderlich sind, und der voraussichtlichen Auswirkungen solcher Maßnahmen auf bestehende oder künftige Investitionen der Marktteilnehmer insbesondere in den Netzausbau. Bei der Beurteilung berücksichtigt die Bundesnetzagentur den in § 9 Absatz 3 beschriebenen Ansatz zur Durchführung von Marktanalysen. Sie kann hierzu allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.</p>
Art. 67 Absatz 2 EECC	§ 9 Absatz 3 TKMoG RefE (Stand 02.11.2020)
<p>Bei der Durchführung der nach Absatz 1 vorgeschriebenen Analyse berücksichtigt die nationale Regulierungsbehörde in der Vorausschau Entwicklungen, die ohne eine auf diesen Artikel gestützte Regulierung in dem betreffenden Markt zu erwarten wären, und berücksichtigt dabei alle der folgenden Elemente:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert, beeinflussen; b) alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quellen solcher Wettbewerbszwänge von elektronischen Kommunikationsnetzen, elektronischen Kommunikationsdiensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind; c) andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt wurden und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, einschließlich der nach den Artikeln 44, 60 und 61 auferlegten Verpflichtungen; d) eine auf den vorliegenden Artikel gestützte Regulierung anderer relevanter Märkte. 	<p>Bei der Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes nach Absatz 2 berücksichtigt die Bundesnetzagentur die Entwicklungen, die ohne eine Regulierung des betrachteten Marktes nach den Vorschriften dieses Abschnitts zu erwarten wären; sie berücksichtigt insbesondere:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Marktentwicklungen, die die Wahrscheinlichkeit, dass der relevante Markt zu einem wirksamen Wettbewerb tendiert, beeinflussen, 2. alle relevanten Wettbewerbszwänge auf Vorleistungs- und Endkundenebene, unabhängig davon, ob davon ausgegangen wird, dass die Quelle solcher Wettbewerbszwänge von Telekommunikationsnetzen und -diensten oder anderen Arten von Diensten oder Anwendungen ausgehen, die aus Endnutzersicht vergleichbar sind, und unabhängig davon, ob solche Wettbewerbszwänge Teil des relevanten Marktes sind, 3. andere Arten der Regulierung oder von Maßnahmen, die auferlegt sind und sich auf den relevanten Markt oder zugehörige Endkundenmärkte im betreffenden Zeitraum auswirken, sowie 4. eine auf eine Marktanalyse gestützte Regulierung anderer relevanter Märkte.