

**Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR)
bei der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen**

**Fortentwicklung des Regulierungsverbunds –
Für ein sinnvolles Zusammenspiel der nationalen Regulierungsbehörden, ihrer
europäischen Koordinationsgremien und der Europäischen Kommission**

(28. Februar 2013)

Die Bundesnetzagentur erhält bei der Erfüllung ihrer Aufgaben fortlaufend wissenschaftliche Unterstützung durch den Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen (WAR). Der WAR berät die Bundesnetzagentur in voller Unabhängigkeit in allen Fragen der Regulierung. Im Folgenden nimmt der WAR zur Zusammenarbeit der Bundesnetzagentur mit den anderen nationalen Regulierungsbehörden, ihren Koordinationsgremien auf der europäischen Ebene und der Europäischen Kommission Stellung.

A. Hintergrund

Die Regulierung der Netzwirtschaften erfolgt in einem Zusammenspiel der nationalen Regulierungsbehörden, der Koordinationsgremien der Regulierungsbehörden auf europäischer Ebene und der Europäischen Kommission. Dabei sind die europäischen Vorgaben der Zusammenarbeit höchst unterschiedlich normiert. Auf deren Basis haben sich unterschiedlich ausgestaltete Koordinationsmechanismen etabliert. In Einzelfällen kann es zu divergierenden Sichtweisen über die als zweckadäquat angesehene Regulierung und in der Folge zu Konflikten kommen, wie jüngst im Fall der Fixierung der Mobilfunkterminierungsentgelte zwischen der Bundesnetzagentur, einigen weiteren nationalen Regulierungsbehörden und der Europäischen Kommission. Der WAR nimmt Stellung zur bisherigen Zusammenarbeit und kommt zu dem Ergebnis, dass die Koordinationsstruktur im Telekommunikationssektor eine zu hohe Komplexität und Bürokratie sowie – bezogen auf die Eigenarten des Sektors – zu starke Zentralisierungstendenzen aufweist, während das Bild im Energiesektor deutlich positiver ist. In der Eisenbahn- und der Postwirtschaft muss die Koordinationsstruktur gestärkt werden, um deutlichere Impulse für die Entwicklung des grenzüberschreitenden Wettbewerbs zu setzen. Insgesamt wird ein konsistentes Konzept auf europäischer Ebene für eine sinnvolle Ausgestaltung der Verbundverwaltung vermisst. Wie dieses aussehen könnte, wird hier in den Grundzügen dargestellt.

B. Situation und Defizite der Regulierungsverbände

I. Problemstellung

Die Analyse der gegenwärtigen Situation der sogenannten Verbundverwaltung, also des Zusammenwirkens der nationalen Regulierungsbehörden (NRB), ihren europäischen Koordinationsgremien und der Europäischen Kommission bei der Setzung von Rahmenbedingungen für den Wettbewerb in den verschiedenen Netzwirtschaften offenbart eine erhebliche Heterogenität. Dabei sind die als erste vollständig liberalisierten und umfassend europarechtlich überformten Rechtsrahmen der Telekommunikations- und Energiewirtschaft auch in institutioneller Hinsicht erheblich detaillierter ausgestaltet als die Post- und Eisenbahnordnung.

Angesichts der zunehmenden Institutionalisierung entsprechender Verbundstrukturen wurden in jüngerer Zeit gegenüber einer Übertragung von Kompetenzen auf die supranationalen Institutionen Bedenken geäußert. Das war im Energiesektor insbesondere anlässlich der im Wege einer Verordnung eingerichteten Agentur für die Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden (ACER) der Fall. Nach teilweise vertretener Ansicht verbiete das Meroni-Urteil des EuGH (vom 13. Juni 1958, Rs. 9/56, Slg. 1958, S. 11) die Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf Instanzen außerhalb der Europäischen Kommission. Gegen die Einrichtung einer entsprechenden Agentur im Verordnungswege ist aber – in formeller Hinsicht – grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn die Rechte des Parlaments (etwa durch Berichtspflichten oder Rechte bei der Besetzung der Agentur) und ein effektiver Rechtsschutz durch die europäische Gerichtsbarkeit gewahrt werden.

Was die Verflechtung des Steuerungsverbands im Mehrebenensystem anbelangt, ist im Übrigen zu unterscheiden zwischen der supranationalen Steuerung der einzelfallbezogenen Entscheidungstätigkeit einerseits und einer abstrakt-generellen Beeinflussung durch Arbeitsdokumente, Stellungnahmen zu Empfehlungen etc. andererseits.

Dabei geht es im Folgenden um *Fragen der wettbewerbsbezogenen Regulierung*, also die Ausgestaltung des sektorspezifischen Kartellrechts. Damit sind sonstige Regelungsaspekte wie Verbraucherschutz, Sicherheitsfragen oder Datenschutz nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen, auch wenn diese mittelbare wettbewerbsrelevante Auswirkungen haben können. Aufgrund dieser Ausrichtung ist in institutioneller Hinsicht auch ein Vergleich mit dem Kartellrecht interessant. Hier verfügt die Kommission über eine auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkte primärrechtlich verankerte Kompetenz in den Art. 101 ff. AEUV. Die konkrete Entscheidungstätigkeit wird abgestimmt zwischen der

Kommission und den nationalen Kartellbehörden im Netzwerk der mitgliedstaatlichen Wettbewerbsbehörden. Dabei erfolgt im Ergebnis eine klare Kompetenzzuordnung, d.h. entweder ist die Kommission oder die nationale Behörde zuständig. Es gibt keine Entscheidungskoordination oder Beaufsichtigung nationaler Entscheidungen durch die Kommission wie im telekommunikationsrechtlichen Rahmen. Die jeweils zuständige Behörde muss ihre Entscheidung sodann auch gerichtlich verteidigen.

II. Kernelemente eines Konzepts der angemessenen Kompetenzverteilung im Regulierungsverbund

1. Grundlagen und Kriterien für die Kompetenzverteilung

Die sektorspezifische Regulierung weist damit verglichen sicherlich die Besonderheit auf, dass nicht nur punktuelle Interventionen erforderlich sind, sondern umfassendere Maßnahmen ergriffen werden müssen, um einen Wettbewerb erst zu schaffen. Insoweit ist das sektorspezifische Regulierungsrecht durch eine viel höhere Komplexität gekennzeichnet. In der Telekommunikations- und noch stärker in der Energieordnung ist diese Komplexität angesichts der europarechtlichen Überformung, aber auch durch die oftmals zusätzliche Anforderungen verlangende deutsche Ausgestaltung bedenklich weit vorangeschritten. Insofern kann die institutionelle Perspektive nicht losgelöst von der materiell-rechtlichen betrachtet werden. Ein Teil der Lösung liegt daher in einer Vereinfachung der materiell-rechtlichen Regelungsrahmen. In diesem Papier möchte der WAR jedoch die institutionelle Komponente betrachten, die zumindest in der Telekommunikationsordnung die materiell-rechtliche Komplexität deutlich steigert.

Dabei ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass die Entfaltung des Wettbewerbs in der jeweiligen Netzwirtschaft ganz maßgeblich europäischen Impulsen und insbesondere solchen der Kommission zu verdanken ist und in der Post- und v.a. Eisenbahnordnung weiterer europäischer Impulse bedarf. Dabei war es auch wichtig, dass das europäische Recht nicht nur materiell-rechtliche Liberalisierungs- und in der Folge Harmonisierungsvorgaben enthält, sondern darüber hinaus die Einrichtung unabhängiger und mit effektiven Kompetenzen ausgestatteter nationaler Regulierungsbehörden (NRB) forciert hat. Ebenso sinnvoll ist die Stärkung der NRB gerade in der Phase ihrer Etablierung.

Die künftige Austarierung des Regulierungsverbunds muss in der inzwischen erreichten reiferen Phase der Liberalisierung und Regulierung stärker an den in der Theorie des Föderalismus entwickelten ökonomischen Gründen ausgerichtet werden, die für und gegen eine Verlagerung von Kompetenzen auf die zentrale Ebene bestehen. Diese werden auch rechtlich im

Rahmen der Zweckmäßigkeitprüfung des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV relevant. Danach muss ein Ziel auf nationaler Ebene nicht hinreichend erreichbar sein und gleichzeitig auf europäischer Ebene besser verwirklicht werden können, wenn eine Aufgabe von der nationalen auf die europäische Ebene verlagert werden soll. Die Diskussion auf europäischer Ebene muss stärker an einem diesbezüglichen Konzept orientiert sein und die Verbundverwaltung darf nicht von der Zufälligkeit der Durchsetzbarkeit eigener Machtansprüche im politischen Kompetenzgerangel gesteuert werden. Die von der Kommission am 19. Dezember 2012 veröffentlichte „Roadmap on the follow-up to the Common Approach on EU decentralised agencies“ ist prinzipiell zu begrüßen, betrachtet aber im Wesentlichen nur die Verbesserung der Organisation von Agenturen (Gründungsakt, Governance etc.). Die vorgelagerte Frage des „Ob“ der Einrichtung einer Agentur wird zwar in § 2 der Roadmap angesprochen, aber offensichtlich nicht als unmittelbar zu bearbeitender Gesichtspunkt angesehen. Diese Diskussion sollte jedoch wesentliches Element der Roadmap sein.

Eine derartige Wirkungsanalyse bedarf einer entsprechenden Kriterienfixierung für die Kompetenzaufteilung. So sprechen für eine regulierungsrechtlich durchgesetzte Kompetenzverlagerung auf die europäische Ebene insbesondere:

1. die Sicherung des Abbaus von Investitions-, Mobilitäts- und Handelsbarrieren, welche die Vollendung eines übergreifenden europäischen Binnenmarktes merklich behindern,
2. direkte und indirekte externe Effekte, die grenzüberschreitend ausgelöst werden (wenn etwa die besondere Form der Regulierung in einem Mitgliedsland die Wettbewerbs- oder Wohlfahrtsposition von Anbietern oder Konsumenten in anderen Mitgliedsländern beeinträchtigt),
3. Größenvorteile bzw. die Vermeidung von Transaktionskosten auf Seiten der Verwaltung und bei den Regulierungsadressaten und
4. Selbstbindungsprobleme auf der nationalen Ebene, die insbesondere in der Phase der Etablierung der Regulierung und unabhängiger Regulierungsbehörden auftreten.

Mit Blick auf die Größenvorteile als drittem Punkt ist einzuräumen, dass diese in einem kleineren Mitgliedstaat mit einer personell schwächer ausgestatteten Regulierungsbehörde eine größere Rolle spielen als in deutlich größeren Mitgliedstaaten.

Gegen eine Kompetenzverlagerung auf die europäische Ebene sprechen hingegen:

1. insbesondere bei großer Unsicherheit über Regelungswirkungen die Begrenzung von Fehlerwirkungen auch durch das Lernen und Vergleichen im Wettbewerb der Regulierungssysteme,

2. die Verstärkung von Prinzipal-Agent-Problemen, da eine wirksame Kontrolle der Regulierung fernab der örtlichen Situation auf der europäischen Ebene wesentlich schwieriger als auf der nationalen Ebene fällt,
3. divergierende nationale und regionale Gegebenheiten bei nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand veränderbaren Infrastrukturen,
4. Vorteile der Informationsbeschaffung auf der nationalen Ebene sowie
5. regional unterschiedliche, soziokulturell geprägte Präferenzen der Endnutzer.

Gegenüber der spezifischen Lösung einer Verbundverwaltung ist der Punkt der Prinzipal-Agent-Probleme auch verfassungsrechtlich unterfüttert, da die Gefahr einer Verantwortungsdiffusion entsteht, die mit Blick auf eine sowohl vom Demokratie- als auch vom Rechtsstaatsprinzip vorgegebene effektive demokratische und gerichtliche Kontrolle der Verwaltungstätigkeit besonders bedenklich ist. Hinzu tritt eine zu Unsicherheiten und Verzögerungen von Regulierungsverfahren führende Zunahme der Regulierungskomplexität durch aufwändige Verbundverfahren zwischen der mitgliedstaatlichen und der supranationalen Ebene.

2. Konsequenzen für die Netzwirtschaften im vergleichenden Überblick

Gemessen an diesen Bewertungskriterien ergeben sich durchaus divergierende Konsequenzen für die Notwendigkeit einer Zentralisierung bzw. Verbundsteuerung im Rahmen der wettbewerbsbezogenen Regulierung. Im Telekommunikationssektor ist diese Notwendigkeit angesichts des Umstandes, dass Telekommunikationsdienste primär auf nationalen Netzen beruhen und Leistungen nicht in einem Land produziert werden, um sie in einem anderen Land zu vermarkten, deutlich geringer als in der Energiewirtschaft mit ihren international handelbaren Gütern oder der Eisenbahnwirtschaft mit Blick auf den grenzüberschreitenden Zugverkehr. Das trifft trotz der Präsenz vieler supranational agierender Telekommunikationsunternehmen und zunehmend grenzüberschreitender Datenverkehre zu, weil deren Basis gleichwohl unter spezifisch nationalen Rahmenbedingungen geschaffen werden. Der Befund gilt im Übrigen erst recht, wenn man beachtet, dass der Wettbewerb in der Eisenbahn- und der Postwirtschaft noch nicht so gut etabliert ist wie in der Telekommunikation (TK) und daher Selbstbindungseffekte üblicherweise größer sind, so dass eine Stärkung der nationalen Ebene durch flankierende Aktivitäten der europäischen Ebene sinnvoll ist.

III. Problematische Zentralisierungstendenzen im Telekommunikationssektor

1. Stand der institutionellen Entwicklung und Defizite der Verbundverwaltung

Vor diesem Hintergrund ist es überraschend, dass der europäische Rechtsrahmen gerade für den TK-Sektor die umfangreichsten supranationalen Verbundstrukturen aufweist, die sich in mehreren Etappen seit 1997 etabliert haben. Ausgangspunkt war die informelle Kooperation im Rahmen der Independent Regulators Group (IRG). Die IRG dient weiterhin als Forum für eine informelle Koordination zwischen den NRB. Die Herausbildung eines unterstützenden Sekretariats wurde durch die im Mai 2008 erfolgte Überführung in eine juristische Person (einen Verein nach belgischem Recht) gestärkt. Neben die IRG stellte die Kommission 2002 im Wege eines Beschlusses die European Regulators Group for Electronic Communications (ERG) als offizielle Beratungsgruppe der Europäischen Kommission. In der ERG war auch die Kommission vertreten.

Um die Schlagkraft der ERG zu erhöhen, wurde im Zuge des jüngsten TK-Reviews die Kooperation der NRB auf europäischer Ebene in Form des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) bzw. des Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) geschaffen. Die Aufgaben von BEREC gehen über eine lediglich beratende Funktion deutlich hinaus. Da die Stellungnahmen von BEREC in zentralen Fragen der Marktregulierung von der Europäischen Kommission weitestgehend berücksichtigt werden müssen und sie zudem sämtliche Entscheidungen der NRB kritisch prüft, spielt BEREC als Mittler zwischen der nationalen und supranationalen Ebene eine wichtige Rolle.

Dieser Verbund wurde im letzten TK-Review insbesondere mit Blick auf Einzelfallentscheidungen weiter zugunsten der Europäischen Kommission ausgebaut. So tritt neben das bereits etablierte Berücksichtigungsverfahren in allen binnenmarktrelevanten Fragen gemäß Art. 7 Abs. 3 und 7 der Rahmenrichtlinie 2002/21/EG (RRL) und das wirkungsvolle Vetoverfahren nach Art. 7 Abs. 4 bis 6 RRL für Fragen der Marktdefinition und Marktanalyse nunmehr ein Verfahren zur einheitlichen Anwendung von Abhilfemaßnahmen nach Art. 7a RRL. Während im Fall des Berücksichtigungsverfahrens eine NRB den Stellungnahmen anderer NRB, von BEREC und der Europäischen Kommission nur weitestgehend Rechnung tragen muss, kann die Kommission im Vetoverfahren eine beabsichtigte Regulierungsentscheidung blockieren und „umdrehen“. Das neue Verfahren nach Art. 7a RRL nimmt insofern eine Zwischenstellung ein. Es belässt der NRB die Letztentscheidungsbefugnis, sieht jedoch zwingend ein Verfahren vor, in dem sich die NRB mit etwaigen abweichenden Bewertungen anderer NRB und der Kommission auseinandersetzen muss und diese weitest-

gehend zu berücksichtigen hat. Wichtig ist insoweit jedoch, dass zugleich die Rolle von BEREC gestärkt wurde, da auch dessen Stellungnahmen weitestgehend zu beachten sind. Die Verwaltungspraxis zeigt, dass die Abstimmungsprozesse sehr aufwändig sind. Zwar ist die Förderung eines lernenden Wettbewerbs zwischen den Regulierungsbehörden durch jene Verbundverwaltung nicht von der Hand zu weisen. Dies steht jedoch nicht in angemessenem Verhältnis zum Aufwand. Eine Option wäre deshalb, Entscheidungskompetenzen vollständig auf die europäische Ebene zu verlagern. Das würde dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission im letzten TK-Review entsprechen, nämlich eine umfassend zuständige, zentrale europäische Regulierungsbehörde einzuführen. Diese – für kleinere Mitgliedstaaten womöglich vorteilhafte – Option ist aber aus den oben genannten Gründen (Verschärfung der Prinzipal-Agent-Probleme, kein Lernen im Wettbewerb der Regulierungssysteme etc.) abzulehnen. Davon unberührt bleibt die Option, in eng begrenzten Einzelbereichen Kompetenzen auf der zentralen Ebene im Rahmen eines „Trennmodells“ anzusiedeln.

2. Notwendige Weiterentwicklung des EU-Telekommunikations-Rechtsrahmens

In jedem Fall ist jedoch eine Zurückführung der gegenwärtigen Vollzugsverflechtung angezeigt. Das gilt insbesondere mit Blick auf das Veto-Recht. Hier erfolgt eine Nivellierung der Regulierungspraxis, die ohne ausreichendes Koordinationsbedürfnis einen notwendigen „Restwettbewerb“ um die „richtige Regulierung“ unnötig unterbindet. Insgesamt sind die Interventionsbefugnisse nicht genügend auf binnenmarktrelevante Problemkonstellationen ausgerichtet. Das wird schlaglichtartig deutlich, wenn man sich etwa den letzten von der Märktempfehlung noch erfassten Endkundenmarkt Nummer 1 des Zugangs von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten anschaut. Hier auftretende Störungen können angesichts der lokal produzierten Anschlüsse auf Endkundenebene allenfalls sehr mittelbar binnenmarktrelevante Auswirkungen erzeugen. Gleichwohl verfügt die Kommission über ein Veto-Recht, was die Marktdefinition und Marktanalyse angeht. Negativ fällt aber vor allem auf, dass es zu einer Verantwortungsdiffusion kommt, wenn eine NRB am Ende eine europarechtlich überformte Entscheidung vor Gericht zu vertreten hat, von deren Richtigkeit sie selbst nicht überzeugt ist und die sie lediglich aufgrund von supra- und/oder transnationalen Interventionen getroffen hat.

Ein Großteil der notwendigen Änderungen ist nur *de lege ferenda* nach einer neuerlichen Überprüfung des EU-TK-Rechts möglich. Diese muss eine klare Verteilung von Zuständigkeiten entweder auf die europäische *oder* auf die nationale Ebene enthalten. Für eine Verlagerung auf die europäische Ebene müssen enge und auf Binnenmarktprobleme von

hoher Bedeutung abstellende Kriterien – ähnlich der Fusionskontrolle im Kartellrecht – aufgestellt werden. Der Bereich des International Roaming als erster Kandidat, der wegen seiner erheblichen grenzüberschreitenden externen Effekte eine zentrale exekutive Entscheidungsstruktur rechtfertigen kann, ist jedoch schon fernab eines administrativen Regulierungsverfahrens durch unabhängige Regulierungsbehörden mittels einer gesetzlichen Kappung der Vorleistungs- und Endkundenentgelte geregelt worden. Als ein zweiter Kandidat weisen Teile der Frequenzregulierung einschließlich der Festsetzung der Versteigerungsbedingungen als wichtiger Markteintrittsschranke angesichts der bestehenden grenzüberschreitenden externen Effekte ebenfalls einen starken Koordinationsbedarf auf. Bei der Fortentwicklung des institutionellen Regulierungsrahmens ist hier allerdings auch die Rolle anderer etablierter und relevanter Organisationen zu beachten wie die Arbeiten der Conférence Européenne des Administrations des Postes et des Télécommunications (CEPT), der Dachorganisation zur Zusammenarbeit von mittlerweile 48 Regulierungsbehörden europäischer Staaten, und dort im Electronic Communications Committee (ECC). Über die beim ECC etablierte Working Group Frequency Management (WG FM) und das European Communications Office (ECO) als Büro des ECC gibt es bereits einen dem Grunde nach sinnvoll ausgestalteten institutionellen Rahmen, innerhalb dessen über entsprechende Entscheidungen, Empfehlungen und Berichte für die notwendige Harmonisierung und Koordination gesorgt wird, auch wenn diese stärker technischer Natur sind. Insoweit ist eine Abstimmung mit etwaigen Aktivitäten der Kommission erforderlich.

Jedenfalls wird im Ergebnis eine Zurückführung supranationaler Zuständigkeiten im TK-Bereich erforderlich sein. Dieses Zurückführen der supranationalen Zuständigkeit betrifft dabei vor allem die konkreten Regulierungsentscheidungen. Zu begrüßen ist dagegen durchaus die Stärkung von BEREC beim Erlass abstrakter Harmonisierungsmaßnahmen. Hier muss nach Art. 3 Abs. 3 BEREC-Verordnung (VO) die EU-Kommission die BEREC-Stellungnahmen weitestgehend berücksichtigen. Bei der Next-Generation-Access-Empfehlung hat sich gezeigt, wie wichtig diese umgekehrte Berücksichtigungspflicht ist.

3. Handlungsempfehlungen für die Bundesnetzagentur im geltenden Rechtsrahmen

Schon unter dem geltenden Recht ist der Bundesnetzagentur zu empfehlen, außerhalb des Veto-Verfahrens weiterhin für die Zulassung konzeptioneller oder inhaltlicher Abweichungen zwischen den nationalen Regulierungsbehörden einzutreten, wenn diese keine bedeutsamen Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben. Die verbliebenen Spielräume der NRB müssen in der Steuerungspraxis demnach gewahrt und „verteidigt“ werden. Ziel muss die Stärkung des

wechselseitigen Lernens zur Verbesserung der Qualität der Regulierungsentscheidungen sein und nicht eine uniforme Nutzung der Regulierungsinstrumente oder gar ein Regulierungsergebnis, das sich in „einheitlichen Preisen“ ausdrückt.

Die Bundesnetzagentur sollte sich im Übrigen wie bisher aktiv sowie mit ausreichender qualitativer und quantitativer Kapazität in die supranationalen Abstimmungen im Rahmen von BEREC einbringen.

IV. Gelungene Austarierung der Verbundverwaltung im Energiesektor

Die Herausbildung einer supranationalen Vollzugsverflechtung ist im Energiesektor ähnlich dynamisch verlaufen wie im TK-Sektor. So wurde im März 2000 der Council of European Energy Regulators (CEER) als informelle Plattform zum Meinungsaustausch zwischen den NRB geschaffen, der im Juni 2003 wie die IRG in die Rechtsform eines Vereins nach belgischem Recht überführt wurde. Vergleichbar der ERG richtete die Kommission im Wege eines Beschlusses im November 2003 parallel die European Regulators Group for Electricity and Gas (ERGEG) ein, bei der die EU-Kommission Mitglied ist und deren Sekretariat sie stellt.

Ein vergleichender Blick auf die Energieordnung lässt die Dysfunktionalitäten in der Verbundsteuerung der Telekommunikation deutlich werden. So ist im Energiesektor schon von der legislativen Ausgangslage her eine strengere Fixierung auf grenzüberschreitende Sachverhalte gegeben. Institutionell wurde dabei in der parallel zur TK-Ordnung erfolgenden Überarbeitung des Energierechtsrahmens gleichermaßen auf europäischer Ebene ein Verbund der nationalen Regulierungsbehörden geschaffen und zwar in Form von ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators). ERGEG ist in ACER aufgegangen. Neben Koordinationsfunktionen verfügt ACER jedoch im Unterschied zu BEREC über Entscheidungskompetenzen, auch wenn diese teilweise wiederum einem Genehmigungsvorbehalt der Kommission unterliegen. Das gilt insbesondere nach Art. 9 Abs. 1 ACER-VO i. V. m. Art. 17 Abs. 5 der Stromhandelsverordnung Nr. 714/2009 und Art. 36 Abs. 4 der Erdgasrichtlinie 2009/73/EG für die Gewährung von „Regulierungsferien“ bzw. Ausnahmen von den Regulierungsvorgaben, sofern sich bei neuen grenzüberschreitenden Verbindungsleitungen die betroffenen Regulierungsbehörden nicht auf eine Entscheidung einigen können. Derselbe Mechanismus greift nach Art. 8 Abs. 1 ACER-VO auch bei Regulierungsfragen im Fall von Bestandsinfrastrukturen, und zwar unter derselben Voraussetzung einer fehlenden Einigung der betroffenen Regulierungsbehörden auf eine gemeinsame Entscheidung bei grenzüberschreitenden Infrastrukturen. Abweichend zur Entscheidung über „Regulierungsferien“ be-

steht hier jedoch kein Genehmigungserfordernis seitens der Europäischen Kommission. Demnach ist für Einzelfallentscheidungen ein subsidiaritätsorientierter Entscheidungsmechanismus etabliert worden, der in der Steuerungspraxis wesentlich besser als eine unscharfe Kompetenzverteilung auf mehrere Ebenen funktioniert, da er auch auf einer klaren Verantwortungszuordnung beruht.

Vor dem Hintergrund der Ausführungen zum TK-Recht ist eine Ausdehnung dieser Kompetenzen von ACER auf Konstellationen ohne hinreichenden grenzüberschreitenden Bezug nicht gerechtfertigt. So sollte insbesondere die allgemein gehaltene Bestimmung des Art. 7 Abs. 4 ACER-VO nicht so angewandt werden, dass sie das Tor öffnet für aufwändige Abstimmungsprozesse bei Fällen ohne grenzüberschreitende Relevanz, die durch den Antrag einer NRB (oder der Kommission) initiiert werden und zu einer Stellungnahme von ACER führen. Die Bundesnetzagentur sollte derartige Initiativen grundsätzlich nicht ergreifen und sich auch gegen entsprechende Aktivitäten anderer NRB oder der Kommission wenden. Gegebenenfalls ist eine legislative Klarstellung erforderlich.

Unabhängig davon zeigt sich in der Anwendung des institutionellen Designs zur Erstellung von Netzkodizes, dass der hier aufgesetzte Mechanismus äußerst komplex ist und zu erheblichen Verzögerungen führt. Deshalb sollte dieses Verfahren (genauso wie das institutionelle Design im TK-Bereich) im Zuge einer künftigen Überarbeitung der europäischen Gesetzgebungspakete verbessert werden.

V. Unterentwickelte Verbundstrukturen in der Eisenbahnordnung

Die im Eisenbahnsektor errichtete Europäische Eisenbahnagentur (ERA) befasst sich lediglich mit Fragen der Überwachung der Sicherheit und Interoperabilität. Hier liegen auch die stärksten Harmonisierungsbedürfnisse, um einen grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehrsmarkt zu ermöglichen. Zum Zweck der verstärkten Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden wurde im Regulierungsbereich dagegen im Juni 2011 die Independent Regulators' Group – Rail (IRG-Rail) gegründet. Sie bietet ein Gremium für den Erfahrungsaustausch und die Entwicklung gemeinsamer Praktiken. Voraussetzung für die Mitwirkung ist eine hinreichende Unabhängigkeit der NRB. Daneben bildete sich mit der „Working Group Rail Regulatory Bodies“ eine Arbeitsgruppe heraus, in deren Rahmen sich Vertreter der europäischen Eisenbahnregulierungsbehörden und der EU-Kommission vierteljährlich treffen, um sich über grenzüberschreitende Themen der Eisenbahnregulierung auszutauschen.

Ein Ausbau der Zusammenarbeit zwischen den Regulierungsbehörden ist erst mit den am 15. Dezember 2012 in Kraft getretenen Neuregelungen des Ersten Eisenbahnpakets erfolgt.

Angesichts der grenzüberschreitenden Probleme im Eisenbahnverkehr ist der hier eingeleitete Ausbau der Zusammenarbeit der NRB dringend zu empfehlen. So sind die NRB nach Art. 57 der Richtlinie 2012/34/EU zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums insbesondere bei der Behandlung grenzüberschreitender Beschwerdefälle zur Kooperation verpflichtet. Zu diesem Zweck sind sie „Mitglied in einem regelmäßig tagenden Netzwerk“ der Zusammenarbeit. Die Kommission ist Mitglied dieses Netzwerkes und ihr werden koordinierende Aufgaben zugewiesen. Die erste Tagung dieses Netzwerkes, das die bisherige informelle Kommissionsarbeitsgruppe ersetzen soll, wurde auf den 13./14. März 2013 festgesetzt. Es wird sich zeigen müssen, inwiefern diese vergleichsweise moderaten Kooperationspflichten eine effektive Zusammenarbeit ermöglichen. Die Aktivitäten der IRG-Rail-Gruppe sollten dadurch nicht ersetzt werden. Für den Güterverkehr entlang internationaler Korridore wurden über die Güterverkehrs-Verordnung 913/2010 ebenfalls Kooperationspflichten der NRB begründet, die eine bessere grenzüberschreitende Abwicklung von Zugangsfragen ermöglichen sollen. Dieser Schritt ist zu begrüßen.

Der Bundesnetzagentur ist zu empfehlen, sich weiter in die Aufbauarbeit supranationaler Verbundstrukturen aktiv einzubringen, wie sie es bereits im Rahmen der IRG-Rail sehr nachdrücklich getan hat. Wichtiges Element der Zusammenarbeit ist dabei, dass es sich bei den übrigen NRB um unabhängige Behörden handelt. Im Übrigen sollte die Unabhängigkeit gleichermaßen gegenüber der Kommission gesichert sein, so dass aus diesem Grund die Arbeit der IRG-Rail fortgesetzt werden sollte.

VI. Unterentwickelte Verbundstrukturen im Postbereich

In der Postordnung fehlt es an ausdifferenzierten Verbundstrukturen. So hat die Kommission angesichts der vergleichsweise späten Liberalisierung, die nach der Richtlinie 2008/6/EG vollständig in allen Mitgliedstaaten zum 1. Januar 2013 erfolgt, erst durch Beschluss vom 10. August 2010 die European Regulators Group for Postal Services (ERGP) eingesetzt. Diese hat vergleichbar der ERG eine ausschließlich beratende Funktion und soll die Arbeit der NRB lediglich kooperierend unterstützen. Bislang beschränkt sich ihre Tätigkeit auf die Verabschiedung abstrakt-genereller Dokumente, die Richtschnur für die NRB in deren konkreter Steuerungstätigkeit sein sollen. Dazu hat die ERGP 2012 ein Arbeitsprogramm verabschiedet und fünf Arbeitsgruppen eingerichtet, die sich mit Kernfragen der Regulierung (z.B. Gemeinkostenzuschlüsselung und Kostenkalkulation von Universaldienstleistungen), aber auch mit anderen Themen wie grenzüberschreitenden Produkten befassen. Die NRB sahen sich ressourcenseitig nicht im Stande, vergleichbar der IRG im TK-Sektor und des CEER im

Energie-Bereich ein unabhängiges Gremium aus Vertretern der NRB zu errichten. Aus diesem Grund ist auf die allgemeinen primärrechtlichen Kompetenzen der Kommission im Beihilfenrecht und im Wettbewerbsrecht hinzuweisen, um binnenmarktrelevanten Wettbewerbsverfälschungen im Postsektor zu begegnen. Dieser Aufgabe dient auch ein sinnvoller Austausch zwischen den national tätigen Behörden über das Netzwerk der Kartellbehörden. Solange es bei diesen allzu schwach ausgestalteten sektorspezifischen Verbundstrukturen bleibt, ist der Bundesnetzagentur zu empfehlen, aktiv die Arbeit der ERGP zu unterstützen, um so gemeinsam mit der EU-Kommission die anderen NRB auf ihrem schwierigen Weg der Förderung von Wettbewerb in diesem noch stark von staatlichen Unternehmen und vormaligen Monopolisten dominierten Sektor zu stützen.

C. Abschließende Bewertung und Handlungsempfehlungen

I. Telekommunikation

1. Die Verbundverwaltung im TK-Bereich ist zu aufwändig in Relation zu den geringen Vorteilen (etwa in Form von geringen Skalen- oder Lerneffekten).
2. Das gilt insbesondere für das Veto-Recht der EU-Kommission. Hier kommt es zudem zu einer besonders problematischen Verantwortungsdiffusion, da die Kommission ihre Entscheidungen nicht vor nationalen Gerichten verteidigen muss und eine Angreifbarkeit vor dem EuGH sehr schwierig ist.
3. Die Lösung dieses Problems liegt nicht in der Schaffung einer europäischen Regulierungsbehörde. Stattdessen ist ein Trennmodell wie in der Energieordnung vorzuziehen, das begrenzte Kompetenzen auf die zentrale Ebene verlagert, dort dann jedoch auch eine unmittelbare europäische Entscheidungskompetenz (entweder seitens der Kommission oder von BEREC) vorsieht. Unabhängig davon ist die Verbundverwaltung im Rahmen der nächsten Überprüfung und Überarbeitung des TK-Regulierungsrahmens auf europäischer Ebene deutlich zurückzufahren und auf bedeutsame Binnenmarktprobleme zu fokussieren.
4. Eine „Totalharmonisierung“ im Regulierungsverbund oder gar das undifferenzierte Ziel einheitlicher Regulierungsergebnisse sind nicht sachlich begründbar und müssen daher auch im geltenden Recht vermieden werden. Die auch aufgrund der Zunahme an abstrakt-genereller Vorsteuerung erfolgende Einengung der Entscheidungsspielräume der NRB kann nur solange hingenommen werden, wie eine sachlich begründete abweichende Entscheidung auf nationaler Ebene möglich ist und akzeptiert wird. Die Bundesnetzagentur sollte daher (außer-

halb der Veto-Verfahren) in Einzelfällen an abweichenden Auffassungen festhalten, sofern dafür überzeugende Gründe vorhanden sind.

5. Die stärkere Beteiligung von BEREC in der Verbundverwaltung mit dem Ziel einer wechselseitigen Befruchtung der NRB im Sinne eines lernenden Wettbewerbs ist dagegen grundsätzlich zu begrüßen, wobei die Steigerung der Verfahrenskomplexität und die damit einhergehenden Verzögerungen kritisch zu beobachten und mittelfristig durch klare Ablaufvereinfachungen abzulösen sind.

II. Energie

6. Die Verbundverwaltung ist im Energiesektor besser austariert als im TK-Bereich. Das gilt gerade auch vor dem Hintergrund, dass hier angesichts grenzüberschreitender Energietransporte und entsprechender Infrastrukturen ein höheres Kooperationsbedürfnis besteht. Zudem vermeiden echte und subsidiaritätsorientierte Zuständigkeiten von ACER nach Art. 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 ACER-VO problematische Verantwortungsdiffusionen.

7. Eine Ausdehnung der Kompetenzen von ACER etwa im Rahmen einer entsprechenden Interpretation des Art. 7 Abs. 4 ACER-VO auf Fälle ohne grenzüberschreitenden Bezug und ohne sonstigen offensichtlichen Binnenmarktbezug ist nicht sinnvoll. Die Bundesnetzagentur sollte sich gegen die Etablierung einer entsprechenden Praxis wenden. Gegebenenfalls ist auch eine legislative Klarstellung erforderlich.

III. Eisenbahn und Post

8. Die Verbundstrukturen im Eisenbahn- und Postbereich sind bisher eher zu schwach ausgestaltet. Der Bundesnetzagentur ist zu empfehlen, sich wie bislang aktiv am Ausbau der EU-weiten Koordinationsgremien sowohl im Eisenbahnbereich mit Blick auf die IRG-Rail und das neue „European Network of Rail Regulatory Bodies“ als auch im Postbereich im Rahmen der ERGP zu beteiligen.

IV. Sektorenübergreifend

9. Hauptziel der supranationalen NRB-Gremien und Regulierungsverfahren auf EU-Ebene ist es, jenseits der Etablierung eines „Informationsverbunds“ durch eine konsistente/harmonisierte Anwendung des Regulierungsrahmens Binnenmarkthemmnisse abzubauen, was zugleich mit einer Stärkung der nationalen Regulierung (größere Professionalität) und Stärkung ihrer Unabhängigkeit einhergeht, die aber auch mit einer Einengung nationaler Entscheidungsspielräume verbunden ist. Harmonisierung darf nicht zum Selbstzweck werden. Sie ist auf

Bereiche relevanter grenzüberschreitender bzw. binnenmarktrelevanter Sachverhalte zu beschränken. Nur so kann auch eine überbordende und unnötige Bürokratisierung vermieden werden. Das erfordert im TK-Bereich ein Zurückführen der Verbundverwaltung, während im Eisenbahn- und Postbereich ein Ausbau der Verbundstrukturen für die Weiterentwicklung des Binnenmarkts notwendig ist. Dabei ist eine Stärkung der supranationalen NRB-Gremien und eine begrenzte Ausstattung mit subsidiaritätsorientierten Entscheidungskompetenzen wie im ACER-Modell der beste Weg.

10. Die Zuständigkeiten sollten klar zurechenbar bleiben. Eine Verantwortungsdiffusion ist zu vermeiden. Darauf sollte die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Beteiligung an entsprechenden Koordinationsgremien in allen Netzwirtschaften hinwirken.

11. Die Bundesnetzagentur sollte sich in allen europäischen Gremien aktiv und konstruktiv einbringen, um so eine dem Gewicht des deutschen Marktes und der in Deutschland gewonnenen Erfahrungen angemessene Beteiligung sicherzustellen, ohne sich im Kollegium der NRB zu isolieren. Es ist zu bedenken, dass die Stimmenverteilung (jede NRB hat eine Stimme) nicht dem ökonomischen Gewicht der nationalen Märkte entspricht.

12. Die Entwicklung allgemeiner Kriterien für eine angemessene Kompetenzverteilung ist auf europäischer Ebene unter Beteiligung der Kommission dringend erforderlich. Die Diskussion darüber sollte sektorenübergreifend erfolgen, da es für alle Sektoren gültige Kompetenzverteilungsgrundsätze gibt, deren Anwendung zu unterschiedlichen Konsequenzen für die institutionelle Ausgestaltung in den einzelnen Netzwirtschaften führen. Die Entstehung sogenannter Intelligenter Netze wird die sektorübergreifende Betrachtung noch dringlicher machen, weil damit die Telekommunikation noch stärker mit den Energie-, Eisenbahn- und Logistiknetzen verzahnt wird.

Arnold Picot (Vorsitzender), Wolfgang Ballwieser, Torsten J. Gerpott, Ludwig Gramlich, Bernd Holznapel, Herbert Kubicek, Jürgen Kühling, Albert Moser, Karl-Heinz Neumann, Franz Jürgen Säcker, Wolfgang Ströbele, Peter Vary