
Liberalisierung im Telekommunikationsrecht: Regionalisierung von Märkten – Deregulierung am Beispiel des Breitbandzugangs –

Mareike Fröhlich*

Inhalt	
A. Einleitung	335
B. Marktabgrenzung am Beispiel des Bitstromzugangs	338
I. Grundsätze der Marktregulierung	338
1. Marktdefinition	339
a) Festlegung des Marktes	339
b) Drei-Kriterien-Test	341
2. Marktanalyse	341
II. Markt Nr. 5: Breitbandzugang für Großkunden – Bitstromzugang	342
1. Definition: Bitstrom	343
2. Abgrenzung zu anderen Produkten	345
3. Bisheriger Regulierungsrahmen	346
a) Marktanalyse und Regulierungsverfügung	346
b) Anhörung: Regional differenzierte Regulierung	348
c) Entwurf einer Marktdefinition und -analyse sowie einer Regulierungsverfügung	349
III. Regional differenzierte Regulierung	350
1. Vergleich mit anderen europäischen Staaten	350
a) Vereinigtes Königreich	350
b) Portugal	352

* Ass. iur. Mareike Fröhlich LL.M. ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Werner Meng, Direktor des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes. Die Autorin dankt Dr. Ralf Schneider für die wertvollen Anregungen bei der Erstellung dieses Beitrags und der gleichnamigen Masterarbeit.

c) Österreich	353
d) Übertragbarkeit auf den deutschen Markt	354
2. Argumente für eine Regionalisierung der Regulierung	356
a) Wettbewerb	356
b) Infrastrukturausbau	357
c) Parallele zu deregulierten Märkten	358
(1) Festnetzregulierung	358
(2) Allgemeines Kartell- und Wettbewerbsrecht	359
d) Zwischenergebnis	360
3. Argumente gegen eine Regionalisierung der Regulierung	360
a) Definition und Darstellbarkeit von regionalen Märkten	361
b) Infrastruktur	362
(1) Infrastrukturwettbewerb	362
(2) Infrastrukturausbau – „Weiße Flecken“	363
(3) Breitbandinitiative und NGN-Migration	365
c) Preisgestaltung	367
(1) Nationaler Preis	367
(2) Tarifeinheit im Raum	367
(3) Preis-Kosten-Scheren	368
(4) Konsistenzgebot	369
d) Zwischenergebnis	369
4. Fazit	370
C. Ausblick	374

A. Einleitung

Seit Mitte der 80er Jahre beschäftigt sich die Europäische Union mit dem europäischen Telekommunikationsmarkt und versucht diesen zu harmonisieren und zu liberalisieren. Dies wurde durch den Binnenmarkt aufgrund der monopolartigen Strukturen in den Mitgliedstaaten und deren einzelstaatlich stark differierenden Regelungen notwendig. 2002 wurde ein Richtlinienpaket¹ zur Harmonisierung verabschiedet, welches sowohl eine Vereinfachung des Rechtsrahmens als auch einen Wendepunkt von der „ex-ante“- hin zur „ex-post“-Regulierung darstellte. Seitdem versucht die EU die Deregulierung voranzutreiben, ohne dass sie die Sicherstellung einer flächendeckenden Infrastruktur, insbesondere in Hinsicht auf die Versorgung mit Breitbandangeboten, aus dem Auge verliert. Nur durch den Einsatz der Breitbandtechnik kann sichergestellt werden, dass die EU international wettbewerbsfähig bleibt, um in der globalisierten technisierten Welt zu bestehen. Breitbandnetze ermöglichen durch ihre Technik eine weltweite und schnelle Kommunikation, die für ein erfolgreiches Agieren in der nationalen und insbesondere internationalen Wirtschaftswelt notwendig ist. Insgesamt gesehen ist der durchschnittliche Grad der Versorgung mit Breitbandnetzen auf 24,8 % innerhalb der EU angestiegen.² Insbesondere die skandinavischen Länder und die Niederlande sind dabei Vorreiter in der Bereitstellung von Breitbandangeboten.³ Auch Deutschland konnte in den letzten zwei Jahren den Versorgungsgrad kontinuierlich steigern, so dass nunmehr eine Versorgung von 30,4 % gewährleistet werden kann.⁴ Jedoch bleibt die Versorgung von ländlichen Regionen im Gegensatz zu städtischen Ballungszentren weiterhin problematisch und ist nunmehr Schwerpunkt der Bemühungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten.⁵ Deshalb muss die Investition in die Infrastruktur für Breitbandangebote zentrales Anliegen der Union und der Mitgliedstaaten sein.⁶ Dies unterstrich die EU 2009 mit der Reform des Rechtsrahmens für die Telekommunikation, welche insbesondere den Wettbewerb und die Verbraucherrechte stärken soll.⁷

¹ Rahmen-RL 2002/21/EG; Genehmigungs-RL 2002/20/EG; Zugangs- und Zusammenschaltungs-RL 2002/19/EG; Universaldienst- und Nutzer-RL 2002/22/EG; alle ABl. Nr. L 108 v. 24.4.2002, S. 7 ff.; Datenschutz-RL 2002/58/EG, ABl. Nr. L 201 v. 31.7.2002, S. 1.

² Stand August 2010; vgl. Bericht über den Stand des Europäischen Binnenmarktes der Elektronischen Kommunikation 2009 (15. Bericht), SEK (2010) 630; Communications Committee, Broadband Access in the EU: situation at 1 July 2009, COCOM09-29 FINAL.

³ EU-Presseerklärung IP/09/1731 v. 18.11.2009; OECD, Broadband Portal, Statistik 2009.

⁴ Vgl. Fn. 2.

⁵ VO (EG) Nr. 473/2009 (ELER), ABl. Nr. L 144 v. 9.6.2009, S. 3; IDATE, Broadband Coverage in Europe, Final Report – 2007 Survey.

⁶ OECD, The role of communication infrastructure investment in economic recovery, 2009, S. 4 ff.

⁷ RL 2009/136/EG zur Änderung der Universaldienst- und Nutzer-RL 2002/22/EG und der Datenschutz-RL 2002/58/EG; RL 2009/140/EG zur Änderung der Rahmen-RL 2002/21/EG,

Das deutsche Telekommunikationsnetz unterliegt seit der Aufhebung der Monopolstellung der Deutschen Telekom AG (DTAG) am 1. Januar 1998 der Regulierung sowohl durch die Europäische Kommission gemäß Art. 101 bis 106 AEUV als vor allem auch durch die Bundesnetzagentur (BNetzA). Der Zweck dieser Regulierung liegt gemäß § 1 TKG in der Schaffung eines wirksamen Wettbewerbs, der Förderung eines funktionsfähigen Infrastrukturnetzes und der Sicherung sowie Verbesserung der Dienstleistungen durch eine technologieneutrale Regulierung. Diese Regulierung ist aber nur notwendig, wenn kein ausreichender Wettbewerb ermöglicht wird und/oder hohe Marktzutrittsschranken existieren.

Eine Regulierung war bisher in vielen Fällen erforderlich, da die DTAG als ehemaliger Monopolist und etablierter Netzbetreiber (*Incumbent*) immer noch zahlreiche Netz- und Dienstleistungsmärkte beherrscht. Dies zeigt sich auch dadurch, dass die Wettbewerber zwar 2009 einen Anteil von 54 % (32,6 Mrd. Euro) am Gesamtumsatzerlös im Telekommunikationssektor hatten, aber die DTAG immer noch 46 % (28,0 Mrd. Euro) für sich allein beanspruchen konnte.⁸ Ein solches Ergebnis ist darauf zurückzuführen, dass die DTAG einen großen Teil der notwendigen Infrastruktur als Eigentümerin unterhält. Jedoch sind in der letzten Zeit einige grundlegende Veränderungen eingetreten. Die Festnetztelekommunikation bei Auslands- und Inlandsferngesprächen ist nur noch zu knapp über 50 % in der Hand der DTAG,⁹ so dass aufgrund der Marktverhältnisse sogar von einer Regulierung abgesehen wird.¹⁰ Unlängst hat die BNetzA verfügt, dass bestimmte Verbindungsleistungen in den Bereichen „Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz“ und „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“ (Markt Nr. 2 und 3) nicht mehr regulierungsbedürftig sind¹¹ sowie der „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten“ (Markt Nr. 1) nicht mehr unter die „ex-ante“-Regulierung fällt.¹² Dies

der Zugangs- und Zusammenschaltungs-RL 2002/19/EG und der Genehmigungs-RL 2002/20/EG, ABl. Nr. L 337 v. 18.12.2009, S. 11 ff.

⁸ BNetzA, Jahresbericht 2009, S. 72.

⁹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2008/2009, S. 68.

¹⁰ BNetzA, Notifizierungsentwurf v. 21.11.2005, Öffentliche Auslandsgespräche an festen Standorten; BNetzA, Notifizierungsentwurf v. 27.4.2007, Verbindungen aus dem Festnetz in inländische Mobilfunknetze und Verbindungen aus dem Festnetz in ausländische Mobilfunknetze; BNetzA, Regulierungsverfügung wegen Widerrufs von Verpflichtungen nach dem 2. Teil des TKG auf den Märkten für Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten und Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten, Beschluss v. 22.4.2009, BK2a 09/001-R.

¹¹ BNetzA, Regulierungsverfügung wegen Beibehaltung, der Auferlegung und des Widerrufs von Verpflichtungen auf den Märkten „Verbindungsaufbau im öffentlichen Telefonnetz“ und „Anrufzustellung in einzelnen öffentlichen Telefonnetzen an festen Standorten“, Beschluss v. 22.4.2009, BK3d-08/023.

¹² BNetzA, Regulierungsverfügung wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 1 „Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen

lässt sich unter anderem auf den Aufbau eigener Netze durch die alternativen Anbieter zurückführen.

Tiefgreifende Unterschiede, welche zu einer Regulierungsfreiheit führen könnten, bahnen sich ebenso auf dem Breitbandmarkt an. So verfügen Wettbewerber, wie Entbündler und Kabelnetzbetreiber, in Hamburg, Köln, München und Berlin über ein eigenes leistungsfähiges Netz. Gerade die neuen Technologien ermöglichen es den Wettbewerbern der DTAG, sich effektiv und kostendeckend auf dem Telekommunikationsmarkt zu bewegen. Dies trifft insbesondere auf die zunehmende Anzahl der DSL-Anschlüsse zu. Hier stellt sich die Entwicklung derart dar, dass der Anteil der DTAG an diesen Anschlüssen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern gleich hoch ist.¹³ Darüber hinaus entwickelt sich die Bitstromtechnik, welche es den Wettbewerbern ermöglicht, ohne eigenes Netz maßgeschneiderte eigene Produkte über das Netz der DTAG oder anderer Wettbewerber anzubieten, rasant weiter und wird folglich von den Wettbewerbern zunehmend genutzt. Des Weiteren kann festgestellt werden, dass auf dem Endkundenmarkt – breitbandiger Internetzugang – bereits reger Wettbewerb besteht, so dass es fraglich ist, ob die korrespondierenden Vorleistungsmärkte, wie etwa der Bitstromzugang, noch einer nationalen Regulierung bedürfen.

Aus diesen Gründen besteht seitens der BNetzA die Überlegung, die Regulierung im Bereich der Bitstromtechnik zu reduzieren: „Wo Märkte und der Wettbewerb nachhaltig funktionieren, müssen wir nicht eingreifen. Aber eine solche regionale Differenzierung birgt neben Chancen auch Risiken“.¹⁴ Als weiterer Anstoß für diese Diskussion diente die Deregulierung im Vereinigten Königreich, Österreich und Portugal. Nach einer 2008/2009 durchgeführten Anhörung zum Thema regional differenzierte Regulierung im Markt Nr. 5 „Breitbandzugang für Großkunden – Bitstrom“ veröffentlichte die BNetzA den Entwurf einer Marktdefinition und -analyse¹⁵ sowie eine Regulierungsverfügung,¹⁶ die aufgrund der Marktverhältnisse keine regionalen Märkte vorsieht. Fraglich ist, ob diese Entscheidung die in der Anhörung aufgeworfenen Punkte ausreichend berücksichtigt. Die Ablehnung der Regulierungsfreiheit kann Auswirkungen auf den Breitbandmarkt nach sich ziehen, denn eine Regionalisierung könnte Investitionsanreize in städtischen Gebieten

Standorten“, Beschluss v. 25.1.2010, BK2c-09-002/R.

¹³ BNetzA, Jahresbericht 2009, S. 82: 2009 waren 22,4 Mio. DSL-Anschlüsse in Betrieb. Hiervon entfallen 10,9 Mio. auf Wettbewerber, wobei 1,4 Mio. als T-DSL-Resale und 0,8 Mio. durch Bitstrom realisiert wurden.

¹⁴ FAZ v. 26.8.2008, S. 12.

¹⁵ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5 der neuen Märkte-Empfehlung der EU-Kommission, Breitbandzugang für Großkunden, BK1-09/007.

¹⁶ BNetzA, Konsultationsentwurf einer Regulierungsverfügung in dem Verwaltungsverfahren wegen der Beibehaltung, der Änderung und der Auferlegung von Verpflichtungen auf den Märkten für „Breitbandzugang für Großkunden“ (Markt Nr. 5 der Empfehlung 2007/879/EG) betreffend die DTAG, BK3b-09-069.

schaffen, wohingegen die gleichzeitige Beibehaltung der Vorleistungsregulierung in ländlichen Regionen den Wettbewerb stärken könnte.

B. Marktabgrenzung am Beispiel des Bitstromzugangs

Der deutsche Telekommunikationssektor wird durch das Telekommunikationsgesetz (TKG) geregelt. Die nationale Ermächtigungsgrundlage für eine solche Regulierung findet sich in Art. 87f Abs. 1 GG, wobei der Bund die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis aufgrund von Art. 73 Nr. 7 GG inne hat. Das TKG sieht eine „ex-ante“-Regulierung vor, welche durch das Gesetz für Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nicht gewährleistet werden kann und ferner nicht den Besonderheiten der monopolistischen Strukturen des Telekommunikationssektors gerecht wird. Das GWB stellt grundsätzlich nur auf eine „ex-post“-Kontrolle ab, welche in dem Fall greift, dass die BNetzA von einer Regulierung absieht. Hintergrund für das regulierende Eingreifen des Staats ist zum einen die Liberalisierung des Marktes und zum anderen die Monopol- bzw. marktbeherrschende Stellung der DTAG in vielen Bereichen der Telekommunikation. Die Wettbewerber sind auf den Zugang zur Infrastruktur der DTAG als Rechtsnachfolgerin der Deutschen Bundespost angewiesen, da bis jetzt nur diese ein deutschlandweites leistungsstarkes Netz besitzt, um eine flächendeckende Versorgung bzw. Erreichbarkeit zu garantieren. Dies führt dazu, dass die DTAG als *Incumbent* in den meisten Bereichen immer noch verpflichtet ist, Wettbewerbern den Zugang zu ihrem Netz zu gewähren. Jedoch wird immer heftiger darüber diskutiert, ob diese Nutzung der Infrastruktur immer noch einer Regulierung bedürfe.

I. Grundsätze der Marktregulierung

Grundsätzlich beschränkt sich die Regulierung des Telekommunikationsmarktes auf die Marktteilnehmer mit beträchtlicher Marktmacht. Das TKG verfolgt in seinen Regelungen zur Marktregulierung (§§ 9 bis 41 TKG) einen asymmetrischen Regulierungsansatz.¹⁷ So werden nur solche Bereiche nach dem TKG unter eine Missbrauchskontrolle gestellt, in denen kein ausreichender Wettbewerb existiert. Unternehmen mit beherrschender Marktstellung werden sodann Verpflichtungen auferlegt. Trotz der Existenz solcher Marktpositionen verzichtet das TKG allerdings auf eine umfassende und permanente Regulierung, um insgesamt die Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes voranzutreiben. Die BNetzA als Regulierungsbehörde muss deshalb in regelmäßigen Abständen eine Untersuchung bezüglich der Marktbeherrschung in den verschiedenen Bereichen des Telekommunikationsmarktes vornehmen. Hierbei wird im Verfahren der Marktregulierung zunächst

¹⁷ Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, S. 39.

der Markt definiert und danach analysiert, ob dort ausreichender Wettbewerb besteht. Fehlt ein solcher, erlässt die BNetzA eine Regulierungsverfügung, welche den Umfang der Regulierung, insbesondere die dem marktbeherrschenden Unternehmen auferlegten Verpflichtungen, festlegt.

1. Marktdefinition

Voraussetzung für eine erfolgreiche Marktanalyse ist nach § 10 TKG die Abgrenzung der Märkte. Hierzu muss der Markt sowohl sachlich als auch räumlich festgelegt und anhand des „Drei-Kriterien“-Tests dessen Regulierungsbedürftigkeit bestimmt werden.

a) Festlegung des Marktes

Die BNetzA legt nach § 10 Abs. 1 TKG die sachlich und räumlich relevanten Märkte fest. Unter ersterem wird eine Produktpalette von Waren und Leistungen, die substituierbar sind, verstanden. Dahingegen ist der räumlich relevante Markt das Gebiet, auf welchem die Produkte nachgefragt oder angeboten werden. Bei der Festlegung des Marktes nach § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG hat die BNetzA nur einen eingeschränkten Beurteilungsspielraum. Grundsätzlich muss gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 TKG die Empfehlung der Europäischen Kommission,¹⁸ welche bereits Märkte definiert hat, weitestgehend berücksichtigt werden. Diese Aufzählung der Märkte ist für die BNetzA bindend, aber nicht abschließend,¹⁹ so dass auch weitere Märkte, auf denen strukturelle Hindernisse gegeben sind, als regulierungsbedürftig eingeschätzt werden können. Darüber hinaus wird der sachlich relevante Markt mit Hilfe des Bedarfsmarktkonzepts anhand der Produktaustauschbarkeit auf der Nachfragerseite und der Angebotsflexibilität auf der Anbieterseite ermittelt. Hierbei wird gefragt, ob der Nachfrager im Falle einer Preiserhöhung bereit wäre, auf ein anderes substituierbares Produkt zurückzugreifen bzw. die Anbieter grundsätzlich bereit wären, ihre Angebote umzustellen – hypothetischer Monopolistentest (SSNIP-Test).²⁰ Dennoch sollen bei der Marktabgrenzung nicht nur die ökonomischen Grenzen berücksichtigt werden, sondern auch Raum für Wertentscheidungen bezüglich der Durchsetzung der Regulierungsziele bleiben.²¹

¹⁸ Empfehlung der Kommission v. 17.12.2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2007/879/EG), ABl. Nr. L 344 v. 18.12.2007, S. 65.

¹⁹ *Schütz*, Kommunikationsrecht, Regulierung von Telekommunikation und elektronischen Medien, 2005, S. 140.

²⁰ *Holzner/Enaux/Nienhaus*, (Fn. 17), S. 41 f.; *Wissmann*, Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2006, S. 96.

²¹ *Ibid.*, S. 94; *Krigger*, Marktabgrenzung im Telekommunikationssektor und die Definition von beträchtlicher Marktmacht (SMP), K&R 2003, Beilage 1, S. 11.

Die Empfehlung nennt unter Nr. 5²² als sachlichen Markt den Breitbandzugang für Großkunden, der den nichtphysischen oder virtuellen Netzzugang einschließlich des „Bitstromzugangs“ an festen Standorten umfasst. Der Markt Nr. 5 ist dem Markt Nr. 4 (Vorleistungsmarkt für den physischen Zugang zu Netzinfrastrukturen einschließlich des gemeinsamen oder vollständig entbündelten Zugangs an festen Standorten) nachgelagert, weil der Breitbandzugang auf der Vorleistungsebene über den physischen Zugang in Verbindung mit weiteren Elementen bereitgestellt werden kann.²³

Unter dem räumlich relevanten Markt versteht man nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH das „Gebiet, in dem die Unternehmen bei den relevanten Produkten oder Diensten an Angebot und Nachfrage beteiligt sind und die Wettbewerbsbedingungen einander gleichen oder hinreichend homogen sind und von Nachbargebieten unterschieden werden können, in denen erheblich andere Wettbewerbsbedingungen bestehen.“²⁴ Hier wird einerseits ebenso wie bei der sachlichen Marktabgrenzung auf die Angebots- und Nachfragesubstituierbarkeit abgestellt, andererseits sollen die Präferenzen der Nachfrager und deren (geographisch) unterschiedliche Kaufgewohnheiten untersucht werden.²⁵ Ein Indiz für regionale Wettbewerbsbedingungen könnten regional differenzierte Preise und Angebote sein.²⁶ Ein homogener Markt liegt demnach auch immer dann vor, wenn zwischen den Standorten Handel ohne Arbitrageverlust möglich ist.²⁷ Bislang wurde der Markt national abgegrenzt, was sich zumeist aus der ehemaligen Monopolstellung der DTAG ergab.²⁸ Jedoch ist laut den Marktanalyse-Leitlinien der Europäischen Kommission auch eine lokale, regionale oder länderübergreifende Marktabgrenzung anhand der beiden Kriterien – von einem Netz erfasste Gebiete oder der bestehenden Rechts- und anderen Verwaltungsinstrumente – möglich.²⁹

²² Vormals Nr. 12; Empfehlung der Kommission v. 11.2.2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors (2003/311/EG), ABl. Nr. L 114 v. 8.5.2003, S. 45.

²³ Empfehlung der Kommission v. 17.12.2007, (Fn. 18).

²⁴ Siehe u.a. EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, Rdnr. 44; EuGH, Rs. 322/81, *Michelin*, Slg. 1983, 3461, Rdnr. 26; ähnlich auch Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5.

²⁵ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. Nr. C 165 v. 11.7.2002, S. 6, Rdnr. 56 f.

²⁶ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5, (Fn. 15), S. 185.

²⁷ *Krüger*, (Fn. 21), S. 11.

²⁸ *Säcker/Brodtkorb*, Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 444; *Arndt/Fetzner/Scherer*, TKG-Kommentar, 2008, S. 329.

²⁹ Leitlinien der Kommission, (Fn. 25), Rdnr. 59 f.

Auch der Markt Nr. 5 wurde bislang immer mit der Begründung national abgegrenzt, dass die Nachfrager von Bitstrom eine flächendeckende Erschließung der Endkunden mit Breitbandangeboten nur durch eine nationale Abdeckung bei den Bitstromzugängen sicherstellen können.

b) Drei-Kriterien-Test

Durch den Drei-Kriterien-Test wird die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes festgestellt.³⁰ Die für die Definition einschlägigen Kriterien ergeben sich aus § 10 Abs. 2 TKG und müssen kumulativ vorliegen. Der Markt muss:

- durch beträchtliche und anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sein;
- längerfristig nicht zu wirksamem Wettbewerb tendieren und
- allein die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts darf nicht ausreichen, um dem betreffenden Marktversagen entgegenzuwirken.

Hier ist insbesondere darauf zu achten, dass nicht nur strukturell kein Wettbewerb besteht, sondern auch für eine Regulierung das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht. Erst dadurch ergibt sich die Anwendung der Vorabregulierung des sektorspezifischen Telekommunikationsrechts.³¹

2. Marktanalyse

Gemäß § 11 TKG ist die BNetzA außerdem verpflichtet eine Marktanalyse vorzunehmen. Hierbei überprüft sie, ob auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb besteht. Dieser liegt nach § 11 Abs. 1 Satz 2 TKG nicht vor, wenn ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht (*significant market power*) verfügen. Hierzu müssen sie nach § 11 Abs. 1 Satz 3 TKG „entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung einnehmen, d.h. eine wirtschaftlich starke Stellung, die es [ihnen] gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten.“³² Dies führt zu einem Wettbewerbstest (SMP³³-Test), bei dem die BNetzA verpflichtet ist die Leitlinien der Kommission³⁴ zu beachten. Dazu wird auf die Definition

³⁰ Dies ergibt sich aus Erwägungsgründen 5-16 der Empfehlung der Kommission v. 17.12.2007, (Fn. 18), sowie Erwägungsgrund 27 und Art. 15 Abs. 1 Rahmen-RL 2002/21/EG.

³¹ Möschel, Der 3-Kriterien-Test in der Telekommunikation, MMR 2007, S. 345 f.

³² Dies entspricht auch Art. 14 Abs. 2 Rahmen-RL 2002/21/EG und beruht auf EuGH, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, 207, 286.

³³ *Significant market power*.

³⁴ Leitlinien der Kommission, (Fn. 25), Rdnr. 72 ff.

der marktbeherrschenden Stellung im europäischen Wettbewerbsrecht, wie sie durch die europäische Rechtsprechung geprägt wurde, zurückgegriffen,³⁵ so dass diese bei der Bestimmung der beträchtlichen Marktmacht einbezogen wird. Darüber hinaus sind aber noch weitere Indizien bezüglich des Marktanteils zu berücksichtigen, zum Beispiel etwa der Zeitraum, über welchen das Unternehmen den Marktanteil hält³⁶ bzw. ob dieser schwankt. Auch müssen Kriterien wie Marktzutrittsschranken, Kontrollmöglichkeiten und die Finanzkraft eines Unternehmens herangezogen werden. Zudem nennen die Leitlinien der Kommission zahlreiche zusätzliche Merkmale, die in die Bewertung einfließen müssen – die Gesamtgröße des Unternehmens, technologische Vorteile oder Überlegenheit.³⁷ Weitere Instrumente können auch das Konzept der Interdependenz der Märkte nach § 11 Abs. 1 Satz 5 TKG, welches bemisst, inwiefern ein Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung auf einem Markt diese auf einen anderen Markt übertragen kann, oder die Identifizierung von länderübergreifenden Märkten durch die Kommission gemäß § 11 Abs. 2 TKG sein.

II. Markt Nr. 5: Breitbandzugang für Großkunden – Bitstromzugang

Der Markt Nr. 5 der Märkteempfehlung der Kommission, welcher den Breitbandzugang für Großkunden umfasst, wird als Vorleistungsmarkt verstanden. Der breitbandige Zugang ermöglicht aufgrund seiner hohen Datenübertragungsrate (mind. 128 kbit/s bis zu 100 Mbit/s sowohl im *upload* als auch im *download*³⁸) einen schnellen Zugang zum Internet, welcher zum Beispiel für *Voice over IP* (VoIP) genutzt werden kann.³⁹ Breitbandzugang kann auf verschiedenen Technologien basieren. So ist zurzeit noch das Telefonnetz (DSL)⁴⁰ dominierend, aber auch ein Zugang mit Hilfe des Kabelfernsehnetzes wird verstärkt angeboten.⁴¹ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, Zugang über das Stromnetz, über Funkfrequenzen oder per Satellit zu gewähren.

³⁵ Erwägungsgrund 25 Rahmen-RL 2002/21/EG; st. Rspr. seit EuGH, Rs. 85/76, *Hoffmann-La Roche*, Slg. 1979, 461.

³⁶ EuGH, Rs. C-62/86, *AKZO*, Slg. 1991, I-3359, Rdnr. 60.

³⁷ Leitlinien der Kommission, (Fn. 25).

³⁸ Die durchschnittliche Übertragungsrate in Deutschland liegt bei 1-2 Mbit/s. Auf europäischer Ebene wurden Übertragungsraten unter 2 Mbit/s als unzureichende Breitbandversorgung eingestuft. Vereinzelt sind in Deutschland auch wesentlich höhere Übertragungsraten möglich, wie z.B. in Hamburg mit 300 Mbit/s von Martens Antennen- und Kabelanlagen GmbH. Zudem zeigten Tests, dass sogar Übertragungsraten von 1 Gbit/s über Glasfaser ermöglicht werden könnten.

³⁹ EU-Presseerklärung IP/08/1831 v. 18.11.2009: In der EU sind bei drei von vier Breitbandanschlüssen Übertragungsraten von 2 Mbit/s Standard.

⁴⁰ *Digital Subscriber Line* – digitale Teilnehmeranschlussleitung.

⁴¹ Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2007 (13th Report), SEC (2008) 356, Annex 1, Germany, S. 109 ff.; IDATE, (Fn. 5), S. 85 ff.

Aufgrund der Dominanz der DSL-Technik bei breitbandigen Internetzugängen in den Mitgliedstaaten wird momentan Bitstrom als zukunftsfähige Realisierungsmöglichkeit für einen leistungsfähigen Breitbandzugang angesehen, da dieser unabhängig von einer eigenen Netzinfrastruktur ermöglicht werden kann. Dies schlägt sich auch in der Märkteempfehlung der Kommission nieder, welche unter Markt Nr. 5 insbesondere die Bitstromtechnik erfasst. Bitstrom ermöglicht als Medium den Markteinstieg von Wettbewerbern, die nunmehr einen Breitbandzugang über einen DSL-Anschluss der DTAG gewährleisten können. Jedoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass unter dem Markt Nr. 5 auch andere Infrastrukturen berücksichtigt werden können, soweit sie dem Bitstromzugang gleichwertige Leistungen garantieren und einen gewissen Marktanteil einnehmen.

1. Definition: Bitstrom

Bitstromzugang wird auch als *Bitstream Access* oder entbundelter Breitbandzugang bezeichnet und ist bisher nicht gesetzlich definiert. Es gibt jedoch in Nuancen differierende Beschreibungen, welche auf die unterschiedlichen Situationen in den Mitgliedstaaten zurückzuführen sind.⁴² Demnach ist hierunter grundsätzlich ein Zugangsdienst zu verstehen, der eine Übertragungsleistung, den Bitstrom, anbietet.⁴³ Für die Europäische Kommission bedeutet Bitstrom-Zugang, dass „der etablierte Betreiber [z.B. DTAG in Deutschland] eine Hochgeschwindigkeitsverbindung zum Kunden herstellt [...] und diese Verbindung dann Dritten [alternativen Anbietern] zur Verfügung stellt, damit sie Hochgeschwindigkeitsdienste [dem Endkunden] anbieten können“.⁴⁴ Die BNetzA und die European Regulators Group bevorzugen leicht abweichende Definitionen,⁴⁵ die jedoch rein technischer Natur und für die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit der regionalen Marktabgrenzung des Bitstrommarktes nicht entscheidend sind, denn alle Definitionen ermöglichen dem Wettbewerber, Anschluss und Breitbanddienst aus einer Hand anzubieten und diese Kundenbeziehung zu kontrollieren bzw. zu individualisieren, indem er das Produkt konfiguriert oder qualitativ anpasst.⁴⁶

In technischer Hinsicht versteht die European Regulators Group unter Bitstromzugang ein Vorleistungsprodukt, welches aus einer DSL-Zugangsverbindung als

⁴² Scott, *Bitstream Access in the New EU Regulatory Framework*, MMR 2003, Beilage Heft 10, S. 8.

⁴³ Heun/Eckhardt, *Handbuch Telekommunikationsrecht*, 2. Aufl. 2007, S. 893.

⁴⁴ Entbundelter Zugang zum Teilnehmeranschluss: Wettbewerbsorientierte Bereitstellung einer vollständigen Palette von elektronischen Telekommunikationsdiensten, einschließlich multimedialer Breitband- und schneller Internet-Dienste, ABl. Nr. C 272 v. 23.9.2000, S. 56.

⁴⁵ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 12 der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission, Breitbandzugang für Großkunden, v. 12.1.2006; European Regulators Group, *Bitstream Access*, Gemeinsamer Standpunkt v. 2.4.2004, ERG (03) 33rev1, S. 3.

⁴⁶ Holzner/Enaux/Nienhaus, (Fn. 17), S. 97.

Anschlussteil und einem „Backhaul“-Dienst (Konzentratornetz und *ATM*⁴⁷- oder *IP*⁴⁸-*Backbone*) als Zuführungsteil zusammengesetzt ist.⁴⁹ Aufgrund des höheren Qualitätsstandards des ATM-Bitstroms (Möglichkeit der Priorisierung des Datenflusses) wird dieser in Europa stärker nachgefragt, um hochwertige Dienste (z.B. *video on demand*) zur Verfügung zu stellen.⁵⁰

Zur Realisierung des ersten Teiles im Rahmen der „letzten Meile“ wird überwiegend auf die DSL-Technologie zurückgegriffen. Darüber hinaus könnte aber der Anschlussteil des Bitstromzugangs auch mit Hilfe alternativer Technologien, wie WiMAX,⁵¹ *vll*,⁵² *Powerline*⁵³ oder auch Breitbandkabel,⁵⁴ ermöglicht werden.⁵⁵ Diese Technologien, die im Endeffekt die „letzte Meile“ überbrücken, werden jedoch nur in sehr geringem Ausmaß genutzt, so dass sich dieser Beitrag auf die xDSL-Technologie konzentriert, da diese in Europa als Standardzugang zählt. Hierbei wird nicht zwischen den verschiedenen Varianten der DSL – VDSL, ADSL, ADSL2 und ADSL2+ – unterschieden, da diese Techniken grundsätzlich substituierbar sind.⁵⁶

Die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) als „letzte Meile“ wird dem Wettbewerber nicht physisch überlassen, sondern nur ein virtueller Zugang gewährt, der es ihm aber ermöglicht über die TAL zu verfügen.

Die oben dargestellte Bitstromtechnik ermöglicht alternativen Anbietern trotz fehlender eigener Infrastruktur am Wettbewerb teilzunehmen und erzielte Gewinne

⁴⁷ *Asynchronous Transfer Mode* – Übertragungstechnologie, welche Priorisierungen zulässt und so eine gewisse Qualität garantieren kann; siehe auch *Holznapel/Homberts*, Bitstromzugang im Lichte des Referentenentwurfs des TKG, MMR 2003, Beilage Heft 10, S. 10.

⁴⁸ *Internet Protocol* – Übertragungstechnologie, welche das Signal aufgrund von Protokollen, die den Datenverkehr in Paketen bündeln, gleichberechtigt überträgt; siehe auch *Holznapel/Homberts*, (Fn. 47), S. 10.

⁴⁹ European Regulators Group, Bitstream Access, (Fn. 45), S. 3.

⁵⁰ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 12, (Fn. 45), S. 26 ff.

⁵¹ Drahtlose Technik für die Hochgeschwindigkeitsübertragung im Zugangsnetz.

⁵² *Wireless Local Loop* – drahtloser Teilnehmeranschluss an eine Teilnehmervermittlungsstelle.

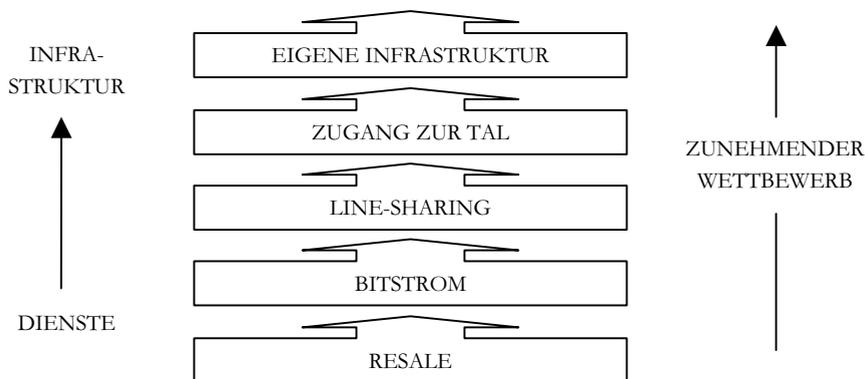
⁵³ *Powerline Communications* – ermöglicht Internetzugang über das Stromnetz.

⁵⁴ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 12, (Fn. 45), S. 26.

⁵⁵ Darüber hinaus muss aufgrund des technologieneutralen Ansatzes auf den dem Bitstromzugang vergleichbaren „Hybrid Fiber Coaxial Netz“-Breitbandzugang (Glasfasernetz, welches optische Signale sendet – in Deutschland sind bisher 0,4 % der Haushalte erschlossen) hingewiesen werden, welcher immer mehr an Bedeutung gewinnt und auch in den IP-Bitstrom-Zugangsmarkt einbezogen wird. Das HFC-Netz wird oftmals zur Rundfunk- und Fernsehübertragung genutzt, kann aber auch mit Hilfe des Internet-Protokolls Datenverkehr in höhere Netzebenen übertragen.

⁵⁶ Public Consultation on a Draft Commission Recommendation on relevant Product and Service Markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EG (second edition), SEC (2006) 837.

allmählich in eigene Infrastruktur zu investieren, so dass sie sich vom Dienste- hin zum Infrastrukturwettbewerber entwickeln – sogenannte „Ladder of Investment“-Effekt.⁵⁷



2. Abgrenzung zu anderen Produkten

Die *Ladder of Investment* kann zudem für die Abgrenzung zu anderen Produkten, die dem Bitstromzugang ähneln bzw. gleichwertig sind, aber über andere Infrastrukturen zur Verfügung gestellt werden und daher trotz ihrer Ähnlichkeit nicht unter Bitstrom subsumiert werden können, herangezogen werden.

Zunächst ist *Resale* zu nennen, durch welches die Telekommunikationsdienste eines anderen Unternehmens weiterverkauft werden. Hier kauft der *Internet Service Provider* eine Ende-zu-Ende-Verbindung und vermarktet sie dann unverändert weiter an den Endkunden. Der Wiederverkäufer hat keinen Einfluss auf das angebotene Produkt, er vertreibt es nur, während der etablierte Betreiber es verwaltet.⁵⁸ Demnach vermarktet der *Reseller* den Telefonanschluss lediglich, ohne aber Individualisierungsmerkmale zu setzen, so dass *Resale* unterhalb des Bitstroms in der *Ladder of Investment* angesiedelt werden muss.

Auch schnelle Dienste auf der Grundlage des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss und *Line-Sharing* müssen vom Bitstrom unterschieden werden. Hier mietet der Wettbewerber die Leitung vom HVT⁵⁹ bis zum Endkunden und betreibt den DSLAM⁶⁰ selbst, so dass er eigene Technik nutzen sowie anbieten kann. Jedoch bezieht sich dies bei *Line-Sharing* ausschließlich auf den hochbitratigen

⁵⁷ Cave, The Economics of Wholesale Broadband Access, MMR 2003, Beilage Heft 10, S. 15 ff.

⁵⁸ European Regulators Group, Bitstream Access, (Fn. 45), S. 6.

⁵⁹ Hauptverteiler ist der zentrale Verteiler einer Kommunikationsverkabelung.

⁶⁰ *Digital Subscriber Line Access Multiplexer* – Bündlungsfunktion mehrerer DSL-Anschlüsse.

Bereich (138 kHz bis 1,1 MHz), der niederbitratige (bis 120 kHz) wird dem Endkunden weiterhin vom *Incumbent* oder anderen alternativen Anbietern angeboten.⁶¹ Dies ist vor allem für alternative DSL-Anbieter aus Kostengründen vorteilhaft, da diese nicht den kompletten Leitungsstrang mieten müssen.⁶² Weiterhin ist der Einsatz von eigener Technik beim Zugang zum Kabelverzweiger⁶³ notwendig. Aufgrund der geringeren Entfernung zwischen DSLAM und dem Endkunden sind höhere Bandbreiten möglich. Diese Verwendung eigener Infrastruktur steht in der *Ladder of Investment* über dem Einsatz des Bitstroms, kann aber auch mit diesem kombiniert werden.

3. Bisheriger Regulierungsrahmen

Der Markt Nr. 5 „Breitbandzugang für Großkunden – Bitstrom“ spielte lange Zeit in Deutschland keine Rolle, da keine Produkte angeboten wurden, die Bitstrom nutzten.

a) Marktanalyse und Regulierungsverfügung

Jedoch wurde dieser Markt von der Kommission aufgrund der bestehenden Zugangshindernisse als Markt mit Regulierungsbedarf angesehen, so dass er Aufnahme in ihre Märkteempfehlung gefunden hat.⁶⁴ Auf dieser Grundlage wurde gemäß §§ 9 bis 11 TKG und den Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht ein Marktdefinitions- und -analyseverfahren durch die BNetzA durchgeführt. Hierbei wurde festgestellt, dass die DTAG beträchtliche Marktmacht bezüglich des IP- als auch des ATM-Bitstromzugangs inne hat. Vorangegangen waren „ernsthafte Zweifel“ der Kommission an der Nichteinbeziehung von Bitstrom über VDSL und Glasfasernetze in die Marktanalyse.⁶⁵ Die Begründung der BNetzA, dass eine solche Infrastruktur sowie die mit ihr verbundenen Anschlüsse noch nicht existierten und unter dieser Prämisse nur Prognosen abgegeben werden konnten,⁶⁶ konnte die Kommission nicht überzeugen. Sie lehnte außerdem eine Regulierungsfreistellung dieser Netze als neuen Markt im Sinne des § 9a TKG als gemeinschaftswidrig ab, da VDSL-

⁶¹ Jay, Bedeutung von Bitstrom in europäischen Breitbandvorleistungsmärkten, 2007, S. 4.

⁶² Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2008, § 21 TKG, Rdnr. 47.

⁶³ Straßenverteiler, der die einzelnen Kabel der Endnutzer mit der nächsten Verteilerstelle (zumeist mit dem HVt) verbindet.

⁶⁴ SEC (2006) 837, (Fn. 56).

⁶⁵ Stellungnahme v. 11.11.2005, Eröffnung einer Phase II-Prüfung gemäß Art. 7 Abs. 4 RL 2002/21/EG, SG-Greffe (2005) D/206128.

⁶⁶ BNetzA, Notifizierungsentwurf v. 28./29.9.2005, Breitbandzugang für Großkunden, DE 2005 262, S. 39.

Produkte für die Zukunft konkret geplant seien und somit in den Zeitraum der Marktanalyse fallen.⁶⁷

Im Anschluss daran hat die BNetzA 2006 sowohl für den IP-basierten⁶⁸ als auch für den ATM-basierten Bitstromzugang⁶⁹ Regulierungsverfügungen erlassen. Erstere verpflichtete die DTAG anderen Unternehmen den IP-Bitstromzugang zu gewähren. Die daraus resultierenden Entgelte sind nach § 31 TKG genehmigungsbedürftig, falls nicht eine Marktdefinition und -analyse feststellt, dass die DTAG auf dem DSL-Endkundenmarkt nicht über beträchtliche Marktmacht verfügt. Die DTAG ist außerdem durch die zweite Verfügung verpflichtet worden ATM-Bitstromzugang zu gewähren. Im Gegensatz zu der IP-Bitstrom-Regulierungsverfügung unterliegen die Entgelte für diese Zugangsleistung einer „ex-post“-Regulierung nach § 38 TKG.

Gegen die IP-Bitstrom-Regulierungsverfügung erhob die DTAG vor dem Verwaltungsgericht Köln Klage. Sie trug vor, dass die Bundesnetzagentur nicht ausreichend überprüft habe, ob eine tatsächliche Möglichkeit der Qualitätsdifferenzierung durch ein Bitstromprodukt bestehe. Zudem sei die BNetzA bei der Entgeltregulierung ihrer Abwägungspflicht nicht ausreichend nachgekommen. Die Klage wurde vom VG Köln abgewiesen,⁷⁰ jedoch hatte die Revision teilweise Erfolg. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Marktdefinition und -analyse dahingehend, dass das Merkmal der Qualitätsdifferenzierung nicht weiter bestimmt werden muss, da sich dieses aus dem vorausschauenden Ansatz der Marktabgrenzung ergibt, welcher technische Weiterentwicklungen berücksichtigt. Jedoch sei die Entgeltgenehmigungspflicht nicht gerechtfertigt, da keine Abwägung stattgefunden habe, ob eine weniger eingreifende nachträgliche Entgeltkontrolle ausgereicht hätte.⁷¹

Daraufhin erließ die BNetzA am 3. Juni 2009 eine neue Regulierungsverfügung zum IP-Bitstromzugangsmarkt, welche ausdrücklich eine Genehmigungspflicht nach § 31 TKG für die Entgelte hinsichtlich der Gewährung des Zugangs vorsah. Die BNetzA nahm eine ausführliche Abwägung vor und begründete ihre Entscheidung mit der Notwendigkeit eines fairen Preises für die Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 TKG, da nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Entgelte ohne einen regulierenden Eingriff angemessen wären. Eine nachträgliche

⁶⁷ Heun/Eckhardt, (Fn. 43), S. 663, 673.

⁶⁸ BNetzA, Regulierungsverfügung wegen Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission (IP-Bitstrom-Zugang), Beschluss v. 13.9.2006, BK4a-06-039/R.

⁶⁹ BNetzA, Regulierungsverfügung wegen Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ der Märkte-Empfehlung der EU-Kommission (ATM-Bitstrom-Zugang), Beschluss v. 7.3.2007, BK4a-06-006/R.

⁷⁰ VG Köln, Az. 21 K 4139/06, Urteil v. 5.9.2007.

⁷¹ BVerwG, Az. 6 C 39/07, Urteil v. 28.1.2009.

Entgeltkontrolle wäre durch ihren milden Prüfungsmaßstab nicht ausreichend zur Zielerreichung,⁷² Gegen diese Regulierungsverfügung wurde ein Eilantrag der DTAG abgelehnt,⁷³ jedoch über die Klage bisher nicht entschieden.⁷⁴ Die DTAG trägt vor, dass die Verfügung zu einer Überregulierung führt, die weiteren Investitionen schaden könne.

b) Anhörung: Regional differenzierte Regulierung

Des Weiteren wurde aufgrund der neuen Märkteempfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 eine erneute Marktdefinition und -analyse durch die BNetzA notwendig. In diesem Zusammenhang hat diese eine Anhörung zum Thema regional differenzierte Regulierung durchgeführt.⁷⁵ Der Fragenkatalog reichte von wettbewerbsökonomischen Aspekten bis hin zu grundlegenden Regulierungsfragen. Die BNetzA fragte insbesondere nach den Auswirkungen einer Regionalisierung auf den Infrastrukturwettbewerb, den Infrastrukturausbau, die bisher nicht DSL-versorgten Gebiete, die Tarifeinheit im Raum und die Konsistenz der Vorleistungsentgelte sowie auf die Kosten für Erhebung und Verwaltung von regionalisierten Daten.

Insgesamt kann gesagt werden, dass außer der DTAG und *von Weizsäcker* alle an der Anhörung Beteiligten⁷⁶ einer Regionalisierung der Regulierung nicht von vornherein ablehnend gegenüberstehen, diese aber zum jetzigen Zeitpunkt für verfrüht halten. Insbesondere bemängeln sie, dass sich eine Deregulierung des Bitstromzugangs auf den Infrastrukturwettbewerb und die NGA-Migration negativ auswirken könnte, da unterschiedliche Kostenstrukturen entstehen würden. Darüber hinaus bestehe die Gefahr, dass die DTAG mit Dumpingangeboten den Markt verzerren würde. Sie befürchten zudem die Aufgabe des Prinzips der Tarifeinheit im Raum, so dass die Preise für die Endkunden in der Fläche ansteigen würden, da die bisherige Quersubventionierung durch die Gewinne in den Ballungsgebieten nicht mehr möglich sei. Außerdem fordern sie die Einbeziehung des Ausbaus der NGA-Infrastruktur in die Überlegungen zur regionalen Deregulierung, da dieser junge

⁷² BNetzA, Regulierungsverfügung wegen der Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt für IP-Bitstrom-Zugang mit Übergabe auf IP-Ebene (layer 3) an verschiedenen Übergabepunkten der Netzhierarchie einschließlich HFC-Breitbandzugang mit Übergabe auf IP-Ebene, Beschluss v. 3.6.2009, BK3d-09-009.

⁷³ VG Köln, Az. 21 L 857/09, Beschluss v. 9.9.2009.

⁷⁴ VG Köln, Az. 21 K 3702/09.

⁷⁵ BNetzA, Anhörung zum Thema regional differenzierte Regulierung im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5, ABl. der BNetzA Nr. 16 v. 27.8.2008, Mitteilung 446, S. 2110.

⁷⁶ Telekommunikationsdienstleister: 1 & 1 Internet AG, Arcor AG, EWE Tel, Fastweb, QSC, Telefonica, Versatel und Verbände oder sonstige Institutionen: VATM, Breko, DIHK, ECTA und EIN.

Markt bisher kaum etabliert sei. Weiterhin erwarten die Beteiligten Kosten-Kosten-Scheren und Preis-Kosten-Scheren. Darüber hinaus sehen sie das Konsistenzgebot gefährdet, da das Bitstromprodukt auf der Vorleistung TAL basiere und dieser Zusammenhang bei einer auf den Markt Nr. 5 beschränkten Deregulierung nicht berücksichtigt werde. Würde das Entgelt für die TAL nicht regionalisiert, so könnten alternative Infrastrukturanbieter nicht mehr wettbewerbsfähig agieren. Abschließend betrachtet sehen alle Anhörungsteilnehmer, außer der DTAG, die Erschließung bisher nicht DSL-versorgter Gebiete als gefährdet an, da die Investitionsneigung der alternativen Anbieter aufgrund der ungünstigen Refinanzierungsmöglichkeiten geschwächt werde.

Die DTAG sieht dies anders und verweist auf den bereits bestehenden Wettbewerb auf dem Gebiet des Breitbandzugangs und auf die im folgenden Teil dargestellte regional differenzierte Regulierung anderer europäischer Staaten. Zudem werde durch eine Deregulierung ihre Wettbewerbsfähigkeit gestärkt, so dass sie flächendeckend investieren könnte.⁷⁷

c) Entwurf einer Marktdefinition und -analyse sowie einer Regulierungsverfügung

Die Anhörung resultierte am 21. Oktober 2009 in einem Entwurf einer Regulierungsverfügung wegen Beibehaltung, Änderung und Auferlegung von Verpflichtungen auf dem Markt Nr. 5.⁷⁸ Dieser Verfügung liegt der Entwurf einer Marktdefinition und -analyse zugrunde, die den Bitstrommarkt weiterhin als nationalen Markt definiert.⁷⁹ Die BNetzA konnte zwar für den Layer-3-Bitstromzugang neben der DTAG noch drei Entbündler (Arcor, QSC und Telefónica) als Anbieter ausmachen und sogar zwei Gebiete definieren; wobei Gebiet 1 aus 771 HVt-Einzugsbereichen bestand, die mehr als 4.000 angeschlossene Haushalte vorweisen, in denen mindestens vier Anbieter tätig waren sowie die DTAG einen DSL-Marktanteil unter 50 % hatte. Dies überzeugte die BNetzA aber nicht, was sie mit den sich ständig verändernden Marktstrukturen und den damit verbundenen Schwierigkeiten Gebietsgrenzen zu ziehen, begründete. Allein die Tatsache, dass in Ballungsgebieten mehr Anbieter vorhanden seien, rechtfertige keinen Rückschluss auf unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen in diesen Gebieten.⁸⁰ Solche sind deutschlandweit nicht feststellbar, obwohl verschiedene Anbieter ihre Produkte zu differenzierten Preisen anbieten. Dies ist aber hauptsächlich auf Vorleistungs-

⁷⁷ Hierbei handelt es sich um die Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung der Beteiligten, http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1912/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Regulierung/Telekommunikation/Bitstromzugang/bitstromzugang_node.html (20.9.2010).

⁷⁸ BNetzA, Konsultationsentwurf, (Fn. 16).

⁷⁹ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5, (Fn. 15).

⁸⁰ *Ibid.*, S. 106-111.

produkte, welche unterschiedliche Preisgestaltungen ermöglichen, zurückzuführen. Die BNetzA konnte nicht erkennen, dass Anbieter eine zu anderen Gebieten unterschiedliche Strategie verfolgen, so dass weiterhin von einem nationalen Markt ausgegangen werden muss.⁸¹ Die Regulierungsverfügung bezieht sich auf diese Marktdefinition und -analyse und ordnet an, dass die bisherigen Verpflichtungen bezüglich des IP- und ATM-Bitstroms beibehalten werden bzw. dahingehend geändert werden, dass xDSL-Anschlüsse anderen Unternehmen überlassen werden müssen und der zugehörige Paketstrom übergeben werden muss. Jedoch werden die Entgelte der nachträglichen Regulierung nach § 38 TKG unterworfen.⁸²

III. Regional differenzierte Regulierung

Regional differenzierte Regulierung sollte immer dann Gegenstand der Diskussion sein, wenn sich Wettbewerbsbedingungen auf dem nationalen Markt derart verändern, dass geographisch abgrenzbare Märkte ausgemacht werden können. Eine dann mögliche regional differenzierte Regulierung kann in zwei Etappen erfolgen. Zunächst können unterschiedliche Regulierungsmaßnahmen bei einer Beibehaltung der nationalen Marktabgrenzung, sogenannte Abhilfemaßnahmen (*remedies*), wenn die regional unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen noch keine regionalen Märkte begründen, ergehen. Daneben besteht die Möglichkeit der Abgrenzung von subnationalen Märkten mit partieller Regulierung. Innerhalb der EU werden unterschiedliche Regulierungsansätze verfolgt, so dass in den Mitgliedstaaten jeweils ein eigenes Vorgehen innerhalb des europäischen Rechtsrahmens ermöglicht wird.

1. Vergleich mit anderen europäischen Staaten

In der EU haben sich bereits Ungarn, Finnland, Spanien, das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, Portugal und Österreich mit unterschiedlichem Erfolg für eine regionale Regulierung entschieden.

a) Vereinigtes Königreich

Im Vereinigten Königreich wird bereits seit 1999 Bitstrom auf dem Markt angeboten. Zunächst war nur IP-Bitstrom, aber seit 2002 auch ATM-Bitstrom als Produkt erhältlich. Der Zugang zur ungebündelten TAL (ULL) oder auch die Nutzung von Mietleitungen ist seit 2000 möglich, wurde aber erst seit Ende 2005 intensiver genutzt.⁸³ Aufgrund dieser langen Zeitspanne hat sich der Markt bereits in weiten

⁸¹ Ibid., S. 63 ff.

⁸² BNetzA, Konsultationsentwurf, (Fn. 16).

⁸³ Jay, (Fn. 61), S. 33 ff.

Teilen des Vereinigten Königreichs etabliert und es ist intensiver Wettbewerb entstanden. Zudem ist eine regionale Marktabgrenzung nahe liegend, da dort Monopolisten nicht landesweit, sondern regional begrenzt ihre Stellung ausübten und erst im Zuge der Entmonopolisierung landesweit tätig wurden.⁸⁴ Dies führte zu einer wettbewerblich vorteilhaften Marktstruktur.

Dies hat die Regulierungsbehörde OFCOM zum Anlass genommen nahezu 70 % des Marktes für Breitbandzugang für Großkunden (*wholesale broadband access*) zu deregulieren.⁸⁵ Bisher wurde basierend auf der Marktanalyse von 2003/2004 davon ausgegangen, dass zwei Märkte bestehen, nämlich ein nationaler Markt und die Region Hull. Dies wurde damit begründet, dass die British Telecommunications (BT) als *Incumbent* und ihre Konkurrenten sowohl auf nationaler Ebene ihre Preise ermittelten als auch ihre Produkte vermarkteten. Dies änderte sich 2007 mit der Einführung von regional unterschiedlichen Preisen durch die BT.⁸⁶

Daraufhin hat OFCOM in der Marktanalyse 2008 festgestellt, dass auf bestimmten Teilmärkten ausreichender Wettbewerb besteht. Zunächst hat OFCOM im Rahmen der Marktdefinition vier Märkte, die keine zusammenhängenden Gebiete darstellen, festgelegt – Hull und Markt 1 bis 3. Hierbei wurde auf die Substituierbarkeit des Produkts zwischen den Märkten abgestellt. Da dies jedoch zu sehr kleinen räumlichen Märkten geführt hätte, hat man diejenigen zusammengefasst, auf denen homogene Wettbewerbsbedingungen herrschen. Diese geographischen Untereinheiten des nationalen Marktes hätten nach verschiedenen Optionen definiert werden können: Räumlichkeiten, Postleitzahlen, Postsektoren, Vermittlungsstellen der BT, Gruppen von Vermittlungsstellen basierend auf der Netzstruktur des beherrschenden Unternehmens, Bezirken oder Ländern und Regionen. OFCOM entschied sich Bereiche aufgrund der Einteilung der Vermittlungsstellen der BT abzugrenzen, da Betreiber von entbündeltem Zugang zur TAL ihre eigene Ausstattung und Infrastruktur an diesen Punkten ansetzen.⁸⁷ Die Wettbewerbsverhältnisse wurden anhand der Zahl der Anbieter von Bitstrom in diesen Gebieten untersucht.

Die Marktanalyse stellte fest, dass in der Region Hull KCOM die marktbeherrschende Stellung inne hat, auf den Märkten 1 und 2 die BT. Eine marktbeherrschende Stellung für Markt 3 konnte nicht festgestellt werden, da sich dort zumeist mindestens vier Wettbewerber (inklusive der BT) gegenüber stehen. Aufgrund dessen wurde der KCOM für die Region Hull und der BT für die Märkte 1 und 2 eine

⁸⁴ Nöding, Das neue europäische Telekommunikationsrecht und die Konvergenz der Übertragungswege, 2004, S. 46.

⁸⁵ OFCOM-Pressmitteilung v. 21.5.2008, Deregulating the UK's wholesale broadband markets: 70 % of the Country to be liberalized.

⁸⁶ OFCOM, Review of the wholesale broadband markets 2006/07, Identification of relevant markets, assessment of market power and proposed remedies, S. 40.

⁸⁷ Ibid., S. 41 ff.

Zugangsverpflichtung auferlegt.⁸⁸ Der Markt 3 unterliegt demnach nicht mehr der „ex-ante“-Regulierung.

Abschließend lässt sich feststellen, dass sich im Vereinigten Königreich die Struktur des Breitbandmarktes bereits verändert hat. Bitstrom ist ein etabliertes Produkt und wird stark nachgefragt. Aufgrund dessen hat sich der Wettbewerb auf dem Breitbandmarkt dahingehend verändert, dass ein höherer Preisdruck herrscht. Um sich besser im Preiswettbewerb zu positionieren, wird der entbundelte Zugang zur TAL (ULL) weiter ausgebaut.⁸⁹ Dies gilt umso mehr, da die BT seit 2004 die Entgelte hierfür verringern musste und sich die Qualität des ULL verbessert hat. Zudem wurde der Zugangsnetzbetrieb und dessen Vermarktung von der BT getrennt und die *Openreach Division* gegründet, welche die Vermarktung nunmehr übernimmt. Darüber hinaus haben alle Telekommunikationsanbieter angekündigt, in den Netzausbau zu investieren.⁹⁰ Hinzu kommt, dass seit 2003 die Regulierung nicht mehr von dem Konzept der Marktbeeinflussung abhängig ist, sondern sich ausschließlich nach dem SMP-Konzept richtet. Dies förderte die Transparenz der Verpflichtungen für die Telekommunikationsanbieter und konnte so durch die gewonnene Planungssicherheit den Wettbewerb vorantreiben.⁹¹

b) Portugal

In Portugal wurde in der letzten Marktanalyse aus dem Jahr 2005 festgestellt, dass der *Incumbent* Portugal Telecom (Grupo PT) über bedeutende Marktmacht verfügt und eine entsprechende Regulierung veranlasst. Im Rahmen der zweiten Marktanalyse hat Portugal Ende 2008 der Europäischen Kommission den Vorschlag unterbreitet, Bereiche des portugiesischen Breitbandzugangsmarktes auf der Vorleistungsebene von der Regulierung auszunehmen. Dies würde nach dem Entwurf der portugiesischen Regulierungsbehörde ANACOM Gebiete mit mindestens drei Netzbetreibern und einer großen Anzahl von an das Kabelnetz angeschlossenen Haushalten betreffen, was ausschließlich auf Ballungsgebiete wie Lissabon und Porto zutrefte. ANACOM begründet seine Entscheidung mit den Veränderungen auf dem nationalen Telekommunikationsmarkt, insbesondere mit der Abspaltung der ZON Multimédia von Portugal Telecom am 7. November 2007. Darüber hinaus wurde in der zweiten Marktanalyse von Juni/Juli 2008 festgestellt, dass in bestimmten Bereichen (Bereich „C“ der Marktanalyse) keines der Unter-

⁸⁸ OFCOM, Review of the wholesale broadband markets, Final explanatory statement and notification, 2008, S. 2.

⁸⁹ Ende Juni 2005: 70.000 ULL; Ende 2006: 580.000 ULL.

⁹⁰ OFCOM, The Communications Market 2006, S. 117 ff.; OFCOM, The Communication Market: Broadband, Digital Progress Report 2006, S. 13.

⁹¹ *Rajani*, Regulierung der europäischen Telekommunikationsmärkte im Zeitalter der Liberalisierung, 2008, S. 94.

nehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt und die Regulierungsverfügungen gegenüber der Grupo PT aufgehoben werden müssen.⁹²

Es ist darauf hinzuweisen, dass sich auch in Portugal der Markt verändert hat, da mehrere Fusionen und Unternehmenskäufe getätigt wurden, so dass sich Marktverhältnisse verschoben haben. Zudem hat die Nutzung von entbündeltem Zugang zur TAL und mobilem Breitband zugenommen. Außerdem wurde das Angebot auf *triple-play* und *naked* DSL erweitert. Darüber hinaus ist die Qualität gesteigert worden.⁹³ Insbesondere muss hervorgehoben werden, dass ANACOM im Entwurf ihrer zweiten Marktanalyse den Markt Nr. 4 (TAL-Zugangsmarkt) und Markt Nr. 5 (Breitbandzugangsmarkt) gemeinsam untersucht hat.

c) Österreich

Schließlich wurde in Österreich versucht, den ehemaligen Monopolisten und *Incumbent* Telekom Austria (TA) auf der Hälfte des Breitbandvorleistungsmarktes aus der Regulierung zu entlassen. Die Regulierung sollte sich demnach nur noch auf die ländlichen Gebiete beziehen.

Die Entscheidung des österreichischen Regulierers Telekom Control Kommission (TCK) sah vor, dass in den Ballungsgebieten keine Regulierung mehr stattfinden sollte. Hierzu wurde der gesamte Markt in zwei nicht zusammenhängende Gebiete aufgeteilt. In Gebiet 1, vorwiegend Ballungsgebiete, beträgt der Marktanteil der TA nur ca. 27 %, in Gebiet 2 dagegen ca. 75 %. Gebiet 2 besteht ausschließlich aus ländlichen Gebieten. Die TCK stellte fest, dass die TA auf dem Markt für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene über beträchtliche Marktmacht verfügt. Hierbei umfasse der räumliche Markt das gesamte österreichische Bundesgebiet, so dass die TA zum Zugang verpflichtet wurde. Diese Verpflichtung gelte jedoch uneingeschränkt nur für das Gebiet 2, wohingegen im Gebiet 1, solange dort mindestens drei große Betreiber wirtschaftlich und rechtlich selbstständig sind, kein Zugang gewährt werden müsse. Die Begründung für die Einführung solcher Abhilfemaßnahmen ergebe sich aus den veränderten Wettbewerbsbedingungen und der Tatsache, dass die TA ihre Preise selbst geographisch differenziere. Darüber hinaus wurde in der Marktanalyse, die dem Bescheid zugrunde lag, festgestellt, dass der Marktanteil der TA mit zunehmender Anzahl von anderen großen Betreibern im gleichen HVt-Einzugsbereich abnimmt. Die Regulierungsausnahme für Gebiet 1 sei jedoch notwendig, da fast 63 % aller Anschlüsse in diesem Gebiet liegen.⁹⁴

⁹² ANACOM, Markets for the Supply of wholesale (physical) network infrastructure access at a fixed location and wholesale broadband access, 2008, S. 164.

⁹³ Ibid., S. 10 ff.

⁹⁴ Telekom Control Kommission, Bescheid v. 4.7.2008, M 1/07-534.

Der Verwaltungsgerichtshof in Wien erklärte am 17. Dezember 2008 den Bescheid für rechtswidrig, da die Regelung nicht bei der Marktdefinition ansetze, sondern weiterhin von einem gesamtösterreichischen Markt ausgehe. Regulierungsverpflichtungen müssen jedoch im gleichen Maße für den definierten Markt gelten. Der Verwaltungsgerichtshof stellte ausdrücklich fest, dass eine Regionalisierung möglich sei, aber nicht derart, dass für bestimmte Teile des Marktes keine Verpflichtungen gelten, insbesondere wurde eine hinreichende Begründung der Auswirkungen auf Gebiet 1 unterlassen. Hier werde die Regulierung auf die Verpflichtung zur getrennten Buchführung beschränkt, wenn mindestens noch drei andere große Betreiber auf dem gleichen Markt tätig seien, da dann die marktbeherrschende Stellung der TA nicht mehr gegeben sei. Dies steht laut dem VGH im Widerspruch mit der Feststellung, dass die TA über bedeutende Marktmacht auf dem Gesamtmarkt verfüge. Zudem sei die Formulierung der auflösenden Bedingung der Verpflichtung („große“ Betreiber) inhaltlich nicht hinreichend bestimmt. Darüber hinaus sei nicht ausreichend begründet worden, warum eine getrennte Buchführung für das Gebiet 1 ausreiche. Außerdem habe die TCK nicht hinreichend erklärt, welche Umstände vorliegen müssen, dass die Bedingung nicht mehr eintrete und ein Markt in das Gebiet 2 zurückfalle.⁹⁵

Die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH RTR, welche in Österreich für die Marktdefinition zuständig ist, hat aufgrund einer neuen Marktanalyse von einer regional differenzierten Regulierung abgesehen.

d) Übertragbarkeit auf den deutschen Markt

Außer von der Monopolkommission⁹⁶ und einer Einzelmeinung in der Literatur⁹⁷ werden die Regulierungsansätze aus anderen europäischen Ländern von Seiten der an der Anhörung Beteiligten als nicht übertragbar angesehen.⁹⁸ Jedoch ist diese pauschale Ablehnung der Übertragbarkeit⁹⁹ auf die Situation in Deutschland ohne umfassende Analyse nicht haltbar.

Grundsätzlich gibt es mehrere Entwürfe für eine Regionalisierung des Breitbandmarktes. Entweder kann bei der Marktdefinition angesetzt und der Gesamtmarkt in Teilgebiete unterteilt werden (Vereinigtes Königreich/Portugal) oder es wird versucht Abhilfemaßnahmen zu installieren, die eine Deregulierung auf Teilmärkten trotz einer Gesamtmarktdefinition zulassen. Letzteres wurde allerdings vom Verwaltungsgerichtshof in Österreich für rechtswidrig erklärt und wäre auch

⁹⁵ VGH Wien, Az. 2008/03/0116, Urteil v. 17.12.2008.

⁹⁶ Monopolkommission, Sondergutachten 56, Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten.

⁹⁷ Von Weizsäcker, Regionalisierung der Regulierung im Bitstromzugangs-Markt, ZEI Discussion Paper C189/2008.

⁹⁸ Vgl. Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung, (Fn. 77).

⁹⁹ Säcker/Brodtkorb, (Fn. 28), § 10, Rdnr. 43.

in Deutschland nicht ohne Schwierigkeiten umzusetzen. Insbesondere die Europäische Kommission sieht dies kritisch und hatte sowohl im Fall Österreichs als auch bei den beabsichtigten Abhilfemaßnahmen auf Teilmärkten in Spanien ernsthafte Zweifel geäußert.¹⁰⁰

Zudem muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass in Deutschland bisher kein Bitstromprodukt über längere Zeit angeboten wurde, da hier ausschließlich *Resale* dominiert hat, so dass es keinerlei Erfahrungswerte mit diesem Markt gibt. Das Vereinigte Königreich verfügt bereits seit 1999 über einen funktionierenden Bitstrommarkt¹⁰¹ und ist in seiner technischen Entwicklung bereits im Übergang von Bitstrom zum entbündelten Zugang zur TAL (ULL) begriffen. In Portugal und Österreich wird Bitstrom seit 2000 angeboten. Der österreichische Markt kennzeichnet sich dadurch, dass die TA sich prinzipiell ihren Wettbewerbern gegenüber diskriminierend verhalten hat und deshalb eine Regulierung notwendig wurde, welche jedoch erst 2006 erfolgte.¹⁰² Portugal reagierte schneller auf die Einführung des neuen Produkts „Bitstrom“ und dessen Regulierungsbedürftigkeit. Zudem wurde in der Marktanalyse erkannt, dass eine Deregulierung nur dann möglich ist, wenn der Vorleistungs- und der Endkundenmarkt gemeinsam betrachtet und reguliert wird.

Abschließend lässt sich sagen, dass bei einer Übertragbarkeit auf den deutschen Markt dessen Besonderheiten berücksichtigt werden müssen. Die BNetzA konnte in der Marktanalyse nur einen hypothetischen Markt bzw. nur Entwicklungen über einen sehr kurzen Zeitraum betrachten. Auf die Akzeptanz und die Nachfrage des Produkts „Bitstrom“ kann nicht durch den Vergleich mit anderen europäischen Ländern geschlossen werden, da der Telekommunikationsmarkt stark national ausgelegt ist und somit auch nationale Eigenheiten beinhaltet. Dennoch zeigen die Analysen, dass in allen Ländern dann bessere Wettbewerbsbedingungen angenommen wurden, wenn mindestens drei bis vier Anbieter vorhanden waren und der *Incumbent* einen Marktanteil unter 50 % innehatte oder sich dessen Anteil kontinuierlich verringerte. Zudem lässt die Entwicklung in anderen europäischen Ländern vermuten, dass das Angebot von Bitstrom die Entwicklung des Dienste- hin zum Infrastrukturwettbewerb unterstützen kann.

¹⁰⁰ Stellungnahme v. 26.3.2008 gemäß Art. 7 Abs. 3 der Rahmen-RL 2002/21/EG, Breitbandzugang für Großkunden in Österreich – AT/2008/0757, SG-Greffe (2008) D/201384; Comments of the 13.11.2008, Wholesale (Physical) network infrastructure access and Wholesale Broadband access in Spain, Opening of Phase II investigation regarding case ES/2008/0805, SG-Greffe (2008), D/206582.

¹⁰¹ VATM, Auswirkungen einer Regionalisierung von Regulierung auf Preisstrukturen in Stadt und Land – Das Ende der Tarifeinheit im Raum?, Argumentationspapier, 2008.

¹⁰² *Lichtenberger/Ruble*, Die Regulierung der österreichischen Telekommunikationsmärkte im neuen Rechtsrahmen, 2003, S. 175 ff.

2. Argumente für eine Regionalisierung der Regulierung

Zahlreiche Gründe können bei Betrachtung des Wettbewerbs und des Infrastrukturausbaus für eine Regionalisierung der Regulierung gefunden werden. Auch die Unterschiede in der Kontrolle durch sektorspezifische Regulierung oder das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht können nicht zwangsläufig als Argument gegen eine Regionalisierung genutzt werden.

a) Wettbewerb

Der Wettbewerb auf dem Breitbandmarkt ist bereits heute weit fortgeschritten. Verschiedene Telekommunikationsanbieter verfügen über eigene Infrastruktur. Hierunter sind die Arcor AG und Telefónica mit einer Netzabdeckung von 2/3 aller deutschen Haushalte die führenden Wettbewerber nach der DTAG.¹⁰³ Auch Versatel und Hansenet (Alice) verfügen über eigene Netze, welche zumeist auf neuester Technik, wie Glasfaser, basieren und eine wichtige Stütze im Aufbau von sogenannten *Next Generation Networks* (NGN) sind. Diese Entwicklung lässt darauf schließen, dass das Ziel der Regulierung, die Schaffung nachhaltigen TAL-basierten Wettbewerbs erreicht sein könnte. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass in Deutschland die Entbündelung der TAL bereits seit 1998 verfügbar ist¹⁰⁴ und vor dem *Line-Sharing*, *Resale* und Bitstrom eingeführt wurde. Hiermit bot Deutschland europaweit als Erstes die TAL als Vorleistungsprodukt an. Jedoch muss angemerkt werden, dass dieses Angebot von alternativen Betreibern oftmals nur in Ballungsgebieten in Anspruch genommen wird.¹⁰⁵ Zumindest zeigt dies, dass einige Unternehmen die *Ladder of Investment* in Richtung Infrastrukturwettbewerb erklommen haben. Dies umso mehr, da sich nunmehr auch die örtlichen Stadtwerke als Netzbetreiber betätigen wollen.¹⁰⁶ Es ist davon auszugehen, dass Ende 2010 die alternativen Netzbetreiber über 32 % Marktanteil bei Breitbandanschlüssen über eigene Infrastruktur und 23 % Marktanteil über *Resale/Bitstream Access* (DTAG) verfügen werden. Die DTAG hätte bei der jetzigen Entwicklung nur noch einen Marktanteil von 35 % im Gegensatz zu 45,9 % nach Endkundenbeziehung bei

¹⁰³ <http://www.vodafone.de/unternehmen/innovationen/festnetzversorgung.html> (20.9.2010); <http://www.telefonica.de/wholesale/unser-netz.html> (20.9.2010).

¹⁰⁴ Das Bundesministerium für Post und Telekommunikation verpflichtete 1996 die DTAG gestützt auf §§ 33 und 35 TKG zur Gewährung von Zugang zur TAL; hierauf basierend schloss sie ab Ende 1997 mit vielen Wettbewerbsunternehmen Zugangsvereinbarungen; später wurde sie zum Zugang durch Regulierungsverfügung verpflichtet.

¹⁰⁵ *Höckels/Rottenbiller*, Entbündelung, Betreiber Auswahl im Ortsnetz, Ein sinnvolles Potpourri an Regulierungsinstrumenten zur Förderung von Wettbewerb im Ortsnetz, WuW 2003, S. 1291.

¹⁰⁶ *Sietmann*, Glasfaser bis ins Haus, Städte und Gemeinden bauen Breitband-Anschlüsse, Ct 2009, Heft 10, S. 10.

Breitbandanschlüssen.¹⁰⁷ Diese Zahlen zeigen, dass die Bereitstellung von Bitstrom als Vorleistung nicht für einen effektiven Wettbewerb auf dem Markt für breitbandigen Internetzugang als Endkundenmarkt zwingend notwendig sein muss.

Jedoch beschränkt sich der momentane Wettbewerb ausschließlich auf Ballungsgebiete und deren Einzugsgebiete, da nur dort genügend Kundenpotential vorhanden ist, welches den Aufbau eines eigenen Netzes und dessen Kosten rechtfertigt. Es ist fraglich, ob der jetzige Stand des Infrastrukturaufbaus einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb auf dem Telekommunikationsmarkt in der Fläche sicherstellen kann, da die DTAG bisher der einzige Anbieter ist, der ein flächendeckendes Angebot gewährleisten kann. Dahingegen kann in Ballungsgebieten von einem ausreichenden Wettbewerbsniveau ausgegangen werden.

b) Infrastrukturausbau

Eine mögliche Deregulierung könnte neue Investitionsanreize schaffen und so zum Infrastrukturausbau beitragen. Die Investitionsfähigkeit würde bei einer Doppelregulierung der TAL und des Bitstromzugangs stark abnehmen. Schon heute ist die DTAG oftmals nur als *Second Supplier* tätig und musste in Ballungsgebieten einen Rückgang von Marktanteilen hinnehmen, da ihre Wettbewerber unregulierte und preislich attraktivere Angebote offerieren. Die Wettbewerbsfähigkeit der DTAG könnte bei einer Deregulierung gewahrt werden, so dass sich weitere Investitionen in den Ausbau der eigenen Infrastruktur lohnen.¹⁰⁸

Die DTAG hatte bereits im Zuge des Ausbaus des VDSL-Netzes darauf hingewiesen, dass sie bei einer weiteren Regulierung keinen Grund zu weiteren Investitionen sehe und sich dann auf diesem Gebiet nicht engagieren werde.¹⁰⁹ Deshalb sollte die Regelung des § 9a TKG es der BNetzA erlauben, neue Märkte von der Regulierung auszunehmen. Dies wurde jedoch von der Europäischen Kommission nicht geduldet, da es sich unter anderem bei VDSL nicht unbedingt um einen neuen Markt handele. Dies sah der EuGH ähnlich und erklärte § 9a TKG für gemeinschaftsrechtswidrig.¹¹⁰ Darüber hinaus hatte aber auch das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden, dass unter xDSL-Anschlüsse sowohl „asymmetrische wie symmetrische und gebündelte wie entbündelte Zugangsvarianten“ zu subsumieren sind,¹¹¹ so dass daraus geschlossen werden kann, dass auch nach deutscher

¹⁰⁷ *Winzler*, Konsistente Entgeltregulierung von Vorleistungsprodukten – vor dem Hintergrund des Ladder of Investment-Konzeptes, 2008, S. 4.

¹⁰⁸ Stellungnahme der DTAG zur Anhörung der BNetzA zum Thema regional differenzierte Regulierung im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5 (Breitbandzugang für Großkunden/Bitstromzugang).

¹⁰⁹ Vgl. u.a. Wirtschaftswoche v. 24.6.2006.

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-424/07, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, noch nicht in aml. Slg.

¹¹¹ BVerwG, Az. 6 C 39/07, Urteil v. 28.1.2009, Rdnr. 37.

Rechtsauffassung VDSL nicht als neuer Markt anzusehen ist, sondern nur eine weitere Zugangsvariante für DSL-Anschlüsse darstellt.

Gerade deswegen ist es notwendig, dass von staatlicher Seite Anreize gesetzt werden, welche sicherstellen, dass Investitionen getätigt, gewürdigt und sich auch langfristig rentieren werden. Insbesondere darf hier nicht die Position der DTAG nur aufgrund ihrer ehemaligen Monopolstellung verneint werden, sondern gerade sie muss als wettbewerbsstarkes Unternehmen in den Infrastrukturausbau einbezogen werden und dort eine zentrale Rolle spielen.

c) Parallele zu deregulierten Märkten

Auch andere netzbasierte Märkte, welche zunächst von mono- bzw. oligopolistischen Strukturen geprägt waren – wie zum Beispiel der Energiemarkt – werden aus der Regulierung entlassen. Die Einführung der Deregulierung beschränkt sich auch nicht auf den Breitbandmarkt für Großkunden, sondern ist bereits für das Festnetz verwirklicht worden.

(1) Festnetzregulierung

Die BNetzA hat am 22. April 2009 entschieden, dass der Bereich der nationalen Festnetzverbindungen auf der Endkundenebene nicht mehr reguliert wird.¹¹² Die Marktanalyse für die Märkte Nr. 3 und Nr. 5 (Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten und Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten)¹¹³ hat festgestellt, dass beide Märkte gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 TKG nicht mehr als regulierungsbedürftig angesehen werden. Der vorgenommene Drei-Kriterien-Test zeigte, dass Paketangebote (Anschluss und Leistung) immer mehr zunehmen und die Betreibervorauswahl (*Preselection* und *Call-by-Call*) an Bedeutung verliert.¹¹⁴ Dies führt aus Sicht der Wettbewerber dazu, dass Verbindungsnetzbetreiber sich gezwungen sehen, in eigene Infrastruktur zu investieren, um gleichwertige Pakete anbieten zu können.¹¹⁵ Die Kommission warnte allerdings davor, dass aufgrund der hohen Investitionskosten immer noch beträchtliche und anhaltende Marktzutrittsschranken bestehen könnten. Die BNetzA sieht das jedoch anders und begründet dies mit der Möglichkeit zur Betreibervorauswahl, welche nur mit geringen Investitionen verbunden ist, und den Marktanteilen der DTAG. Darüber hinaus stellt die BNetzA fest, dass eine Tendenz zu wirksamem

¹¹² BNetzA, Regulierungsverfügung, (Fn. 10).

¹¹³ Empfehlung der Kommission, (Fn. 22).

¹¹⁴ BNetzA, Notifizierungsentwurf v. 3.12.2008, Verbindungen in inländische Festnetze an festen Standorten und Verbindungen in inländische Mobilfunknetze an festen Standorten, S. 44 ff.

¹¹⁵ *Ibid.*, S. 45.

Wettbewerb auf diesen Märkten besteht. Sowohl die Betrachtung der Marktanteile als auch die Marktstruktur und die Preise lassen den Schluss zu, dass die DTAG nicht mehr marktbeherrschend agiert. Es ist ein ausreichender Preiswettbewerb entstanden, der den Marktanteil der DTAG hat schrumpfen lassen und es ihr somit nicht mehr möglich ist, unabhängig von Wettbewerbern auf dem Markt zu agieren.¹¹⁶

Insbesondere der Markt der Festnetzverbindungen zeigt, dass ein Markt auch regional abgegrenzt werden kann, wenn es einzelne Anbieter gibt, die nur regional tätig sind (z.B. *City Carrier*). Dies hat die BNetzA auch ausdrücklich in ihrer Marktanalyse festgestellt, sich aber dann gegen eine Regionalisierung entschieden, da keine unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen zwischen den verschiedenen Regionen bestehen. Regionale Anbieter könnten neben ihrer eigenen Infrastruktur bundesweit durch die Nutzung von *Voice over IP* oder der Betreibervorauswahl Verbindungsleistungen erbringen. Zudem bewegten sich die wenigen ausschließlich regional anbietenden Wettbewerber im gleichen Tarifniveau wie die bundesweiten Anbieter.¹¹⁷

(2) Allgemeines Kartell- und Wettbewerbsrecht

Generell ist im Bereich der sektorspezifischen Regulierung, insbesondere der „ex-ante“-Regulierung, bei einer möglichen Deregulierung die Frage zu stellen, ob das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht ausreichend ist, um einen funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten zu garantieren. Grundsätzlich bestehen große Unterschiede. Die sektorspezifische Regulierung versucht Gefahren zu beseitigen, die in der Struktur des Marktes begründet sind und sich möglicherweise verfestigen können. Ihr vorrangiges Ziel ist es Wettbewerb zu schaffen und sicherzustellen. Dahingegen geht das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht davon aus, dass bereits wirksamer Wettbewerb besteht, welcher nur nachträglich kontrolliert werden muss.¹¹⁸ Hierbei werden bei der Entgeltregulierung nicht die Kosten kontrolliert (KEL-Konzept), sondern eine Vergleichsmarktbetrachtung durchgeführt. Ein solcher Vergleich ist jedoch nur möglich, wenn ein vergleichbarer Markt vorhanden ist. Dies ist bei einer Festlegung eines nationalen Marktes schwierig. Jedoch könnten bei einer Regionalisierung der Regulierung Vergleichsmärkte entstehen, so dass eine Ablehnung der Kontrolle durch das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht nicht durchgreift. Dennoch könnte problematisch sein, dass bei einer „ex-post“-Kontrolle durch das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht keine Möglichkeit besteht, die Entgelte im Voraus zu kontrollieren, so dass bereits der Wettbewerb

¹¹⁶ Ibid., S. 46 ff.

¹¹⁷ Ibid., S. 39 f.

¹¹⁸ *Scheuerle/Mayen/Albers*, TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 2, Rdnr. 7; *Geppert/Attendorf/Schütz/Schuster*, Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 2, Rdnr. 12.

geschädigt sein könnte. Auch besteht die Gefahr, dass das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht und deren Instrumente für eine effektive Missbrauchsaufsicht zu unbeweglich und zu langsam sind. Das TKG ermöglicht ein schnelles Eingreifen bei Fehlentwicklungen auf den betroffenen Märkten, was in Bezug auf die schnellen technischen Fortschritte und das Innovationspotential der Telekommunikation dringend erforderlich ist.¹¹⁹

Trotz allem ist eine sektorspezifische Regulierung nicht unbedingt erforderlich, sondern führt zu einer „Versteinerung des gegenwärtigen Regulierungsregimes“¹²⁰ und gefährdet somit auch den Wirtschaftsstandort Deutschland und Europa. Die Monopolstellung der DTAG in sämtlichen Bereichen der Telekommunikation ist nicht mehr gegeben und ihre Vorteile als ehemaliges Staatsunternehmen sind nicht mehr existent. Der heutige Telekommunikationsmarkt zeichnet sich durch eine Vielzahl von Wettbewerbern aus, welche sowohl im Dienste- als auch im Infrastruktursektor mithalten können. Die sektorspezifische Regulierung war historisch als Übergangsinstrument gedacht, um wirksamen Wettbewerb herzustellen und sollte gemäß § 10 Abs. 2 TKG nur dann noch vorherrschen, wenn das allgemeine Kartell- und Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um einem Marktversagen entgegenzuwirken. Die hierfür notwendigen Maßnahmen müssen jedoch nicht zwingend aufgrund des TKG getroffen werden, sondern können gleich effizient durch das GWB gewährleistet werden.¹²¹

d) Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zwar interessante Argumente – insbesondere der zunehmende Wettbewerb in Ballungsgebieten – für eine Regionalisierung sprechen, diese aber bisher nicht ausreichend aus ökonomischer Sicht analysiert wurden. Es liegt dennoch die Vermutung nahe, dass eine Regionalisierung der Regulierung einen Investitionsanreiz für den Infrastrukturausbau und -wettbewerb schaffen kann und, wie Parallelmärkte zeigen, nicht zwangsläufig Gefahren in sich birgt.

3. Argumente gegen eine Regionalisierung der Regulierung

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob eine Regionalisierung von Märkten überhaupt möglich ist bzw. inwiefern dies Auswirkungen auf die Funktionalität des Telekommunikationsmarktes hat.

¹¹⁹ Ibid., Rdnr. 22.

¹²⁰ *Möschel*, Der zukünftige Ordnungsrahmen für die Telekommunikation: Allgemeines Wettbewerbsgesetz statt sektorspezifischer Regulierung!, MMR 2008, S. 503.

¹²¹ Ibid., S. 503 ff.

a) Definition und Darstellbarkeit von regionalen Märkten

Die Definition und die Darstellbarkeit von regionalen Märkten gestalten sich schwierig und erfordern umfangreiche Marktuntersuchungen,¹²² da sich der netzbasierte Telekommunikationssektor von anderen Produktmärkten unterscheidet und oftmals das jeweilige Netz als räumliche Dimension ausreichen lässt. Dennoch ist auch in netzbasierten Märkten eine räumliche Abgrenzung nicht unüblich.¹²³ Darüber hinaus kann anhand von tatsächlichen, rechtlichen oder weiteren Marktgrenzen eine räumliche Eingrenzung vorgenommen werden. Insbesondere kann die Homogenität der Märkte betrachtet oder die Preistheorie herangezogen werden.¹²⁴ Der „Hypothetische Monopolistentest“ (SSNIP-Test – *small but significant and nontransitory increase in price*), die technischen Besonderheiten, Netzzugehörigkeit und Tarifzonen eignen sich nicht als ausschließliche Kriterien für die Abgrenzung, da sie nicht ausreichend berücksichtigen, dass der Telekommunikationssektor netzbasiert arbeitet bzw. die Kriterien allein nicht zu signifikanten Unterschieden führen. Aus diesem Grund sind diese bestenfalls kumulativ anzuwenden. Jedoch können das Bedarfsmarktkonzept und die Betrachtung der Angebotsumstellungsflexibilität bereits zu eng abgegrenzten Märkten führen. Hierdurch könnte zwar die Gefahr von atomisierten Märkten drohen, aber dem kann entgegengewirkt werden, indem durch die Anwendung des Kriteriums der homogenen Wettbewerbsbedingungen Nachfragegesamtheiten gebildet werden.¹²⁵

Auch die European Regulators Group hält regionale Märkte grundsätzlich für möglich und hat für eine sinnvolle Abgrenzung Empfehlungen herausgegeben. Nach einer Vorprüfung sollte eine geeignete geographische Einheit gesucht werden. Diese kann sich entweder an politischen bzw. verwaltungstechnischen Grenzen oder an der Netzinfrastruktur des *Incumbents* orientieren.¹²⁶ Darüber hinaus sieht sie auch die Möglichkeit vor, unterschiedliche *remedies* für einen Markt zu installieren und begründet dies mit geographischen Unterschieden sowie einer unterschiedlichen Angebot-Nachfrage-Situation in diesem Markt, welche aber oftmals nicht ausreicht, um eine regionale Marktdefinition zu rechtfertigen.¹²⁷

¹²² *Mayer*, Marktabgrenzung auf den Märkten der Telekommunikation, MMR 2001, S. 499; *Welfens*, Wettbewerb, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf Telekommunikationsmärkten, 2001, S. 4; *Bunte/Welfens*, Wettbewerbsdynamik und Marktabgrenzung auf Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 136.

¹²³ So im Luftverkehrssektor EuGH, Rs. 66/86, *Abmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1989, 803, Rdnr. 40; Entscheidung der Kommission zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt, Fall IV/M.157, *Air France/Sabena*, ABl. Nr. C 272 v. 21.10.1992, S. 5.

¹²⁴ *Elspeß*, Marktabgrenzung in der Telekommunikation, Die Anforderungen an die Definition des relevanten Marktes im netzgebundenen Telekommunikationssektor, 2006, S. 34 ff.

¹²⁵ *Ibid.*, S. 129.

¹²⁶ European Regulators Group, Common Position on Geographic Aspects of Market Analysis (definition and remedies), ERG (08) 20, S. 10.

¹²⁷ European Regulators Group, Revised ERG Common Position on the approach to appropriate

Im Rahmen der Anhörung wurde von allen Beteiligten eine Abgrenzung von regionalen Märkten als machbar angenommen und die Hauptverteiler-Struktur in Deutschland als Abgrenzungskriterium vorgeschlagen. Zwar werde im Zuge der NGN-Migration in absehbarer Zeit ein Hauptverteiler-Abbau stattfinden, jedoch könnte in diesem Fall eine alternative Abgrenzungsmöglichkeit gefunden werden, so dass Einigkeit über die Möglichkeit von regionalen Märkten besteht.¹²⁸

b) Infrastruktur

Auswirkungen einer Deregulierung sind insbesondere in Bezug auf die Telekommunikationsinfrastruktur zu untersuchen, da sowohl der Infrastrukturausbau als auch der -wettbewerb in diesem Bereich elementar sind, um neue Technologien voranzutreiben.

(1) Infrastrukturwettbewerb

Eine mögliche Deregulierung sieht die DTAG als Maßnahme zur Wiederherstellung ihrer Wettbewerbsfähigkeit an, da sie dadurch mehr Möglichkeiten erhält, auf Vorstöße ihrer Konkurrenten zu reagieren. Dahingegen befürchten diese als TAL-basierte Anbieter, dass es aufgrund einer Quersubventionierung zur Absenkung der Bitstromentgelte und zu einer Differenzierung der Endkundenentgelte komme, welche ihre Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt. Sie weisen darauf hin, dass der Wettbewerb in den Ballungsgebieten und die schwache Marktposition der DTAG in diesen Gebieten auf die bisherige Regulierung zurückzuführen sei. Die Quersubventionierung ermögliche es der DTAG, die Preise der alternativen Anbieter zu unterbieten.¹²⁹

Die größte Gefahr für den Infrastrukturwettbewerb stellen die befürchteten Kosten-Kosten-Scheren dar. Hier ist das „Entgelt für eine von dem Incumbent angebotene Vorleistung für die Realisierung eines bestimmten Endkundenprodukts niedriger, als die Kosten eines effizienten Wettbewerbers des Incumbents, welcher identische Endkundenprodukte anbietet und die Erbringung dieser Produkte auf Basis seiner selbst aufgebauten und unterhaltenen Infrastruktur realisiert“.¹³⁰ Dies heißt, dass es möglich ist, dass alternative Anbieter, die über eigene Infrastruktur verfügen, höhere Kosten tragen müssen als solche, die eine Vorleistung (Bitstrom) nutzen, um das gleiche Endprodukt anzubieten. Im Endeffekt führt dies dazu, dass Anbieter mit eigener Infrastruktur vom Markt gedrängt werden und der „Ladder of Investment“-Effekt nicht mehr einsetzt. Die Entwicklung des Dienste- hin zu

remedies in the ECNS regulatory framework, ERG (06) 33, S. 115.

¹²⁸ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5, (Fn. 15), S. 193 ff.

¹²⁹ Ibid., S. 195 ff.; vgl. auch Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung, (Fn. 77).

¹³⁰ Stellungnahme der Versatel AG zur Anhörung der BNetzA zum Thema regional differenzierte Regulierung (Regionalisierung) im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5, S. 1.

Infrastrukturwettbewerb ist gefährdet bzw. bleibt gänzlich auf der Strecke. Dies widerspricht aber dem Regulierungsansatz in der Telekommunikation, der besagt, dass funktionsfähiger Wettbewerb insbesondere im Bereich der Infrastruktur hergestellt und unterstützt werden soll, da nur dieser langfristig einen stabilen Wettbewerb ermöglichen kann.¹³¹

Auch wenn an diesem Ansatz zunehmend kritisiert wird,¹³² dass er den Wettbewerb zu stark durch Regulierung induziert, so wird er doch sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene zugrunde gelegt. Ein großes Problem für den Infrastrukturwettbewerb stellen Trittbrettfahrer dar, die nicht selbst in Infrastruktur investieren, sondern warten, bis ihnen aufgrund der Regulierung Zugang zu dem von anderen aufgebauten Netz gewährt wird. Dies führt dazu, dass Investitionen in Infrastruktur kritisch gesehen werden, so dass der Wettbewerb in diesem Bereich stagniert und das System der *Ladder of Investment* nicht funktionieren kann. Aufgrund dessen wird gefordert, diesen Regulierungsansatz zu überdenken bzw. Schutzmechanismen, wie etwa Risikobeteiligungen, Regulierungsausnahmen, stabile Vorleistungspreise oder freiwillige Zugangsangebote anstatt Zugangsverpflichtungen, einzuführen.¹³³

(2) Infrastrukturausbau – „Weiße Flecken“

Eine Regionalisierung von Märkten bzw. die damit verbundene Deregulierung kann schwerwiegende Auswirkungen beim Ausbau der Infrastruktur haben und sogenannte „weiße Flecken“ verursachen. Aufgrund der unterschiedlichen Kostenstrukturen in Ballungsgebieten und ländlichen Regionen besteht die Gefahr, dass die Entwicklung beschleunigt wird, der zufolge sowohl der finanzielle als auch technische Aufwand in dünn besiedelten oder strukturschwachen Gebieten in keinem Verhältnis zu dem zu erreichenden Ertrag steht, so dass ein Engagement in diesen Gebieten wirtschaftlich als nicht sinnvoll erachtet wird. Dies könnte zur weiteren Unterversorgung und Diskriminierung von ländlichen Regionen führen. Jedoch wird neben zahlreichen Initiativen auf kommunaler und regionaler Ebene¹³⁴

¹³¹ *Arndt/Fetzner/Scherer*, (Fn. 28), § 1 TKG, Rdnr. 30; *Wengler/Beyer/Weiss*, Infrastrukturwettbewerb in der Zukunft, Ökonomie von Anschlussnetzen der nächsten Generation („Next Generation Access Networks“) und regulatorische Anforderungen, N&R 2008, S. 22.

¹³² *Elsenbast*, Ökonomische Konzepte zur Regulierung „neuer Märkte“ in der Telekommunikation, MMR 2006, S. 577; *Gans/King*, Access Holidays for Network Infrastructure Investment, Agenda 2003, S. 164 ff.

¹³³ *Kirchner*, Zu den ‚Eckpunkten über die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze und die Schaffung einer leistungsfähigen Breitbandinfrastruktur‘ der Bundesnetzagentur vom 13. Mai 2009, http://www.dstgb.de/dstgb/Schwerpunkte/Mehr%20Breitband%20f%C3%BCr%20Deutschland/kirchner_dstgb_papier_8_6_2009.pdf (20.9.2010); DTAG, Positionen, Hintergründe und Standpunkte zur Regulierung im Festnetz, 2008, S. 8.

¹³⁴ Vgl. <http://www.zukunftbreitband.de/BBA/Navigation/Projektportraits/projektuebersicht.html> (20.9.2010).

zum Infrastrukturausbau auch durch die Frequenzversteigerung im Jahr 2010 eine Verbesserung der Lage angestrebt. Die „Digitale Dividende“, der Frequenzbereich um 800 MHz, wurde durch die Digitalisierung des Rundfunks frei, so dass diese freigegebenen Frequenzbänder für die Breitbandversorgung genutzt werden können. Unternehmen, die in der Versteigerung den Zuschlag bekommen haben, sind bei der Nutzung der Frequenzen an die Bedingung gebunden, dass sie zunächst Versorgungslücken in ländlichen Bereichen schließen müssen, bevor sie in nicht-ländlichen Bereichen aktiv werden.¹³⁵

Darüber hinaus steht das oben beschriebene Szenario etwaiger Versorgungslücken nicht im Widerspruch zu der in Art. 87f GG verfassungsrechtlich verankerten Gewährleistungsverantwortung, welche eine „flächendeckende angemessene und ausreichende Dienstleistung im Bereich der Telekommunikation“ sicherstellen soll. Der Gesetzgeber hat durch seine Regulierungsmaßnahmen sicher zu stellen, dass die privaten Telekommunikationsanbieter eine solche Versorgung anbieten und so „gleichwertige bzw. einheitliche Lebensverhältnisse im Bundesgebiet“ schaffen.¹³⁶ Auch § 1 TKG formuliert dies als Zweck des TKG. Der Begriff „angemessen“ bezieht sich auf die Qualität der Leistung, wohingegen mit „ausreichend“ die Quantität bezeichnet werden soll. Dies könnte auf einen umfassenden Gewährleistungsauftrag des Bundes schließen lassen, jedoch sieht diese Regelung keine Ausbaugarantie für Infrastruktur vor, sondern soll einzig und allein den Infrastrukturwettbewerb erhalten. Eine qualitative Sicherung der Versorgung ist nicht vorgesehen.¹³⁷ Sowohl Art. 87f GG als auch § 1 TKG garantieren nur eine flächendeckende Grundversorgung,¹³⁸ welche den Zugang zu Telekommunikationsdienstleistungen ermöglichen soll, „ohne die eine Teilhabe am wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Leben nicht oder nur erheblich erschwert möglich sei“.¹³⁹ Diese soll zwar flächendeckend erfolgen, aber muss nicht zwangsläufig eine gleichzeitige Entwicklung der Infrastruktur garantieren.¹⁴⁰ Insbesondere besteht keine Pflicht zur Bereitstellung von Breitbandangeboten im Gegensatz zu schmalbandigen Telefonanschlüssen, welche als Universaldienst gemäß § 78 TKG angeboten werden müssen – Art. 87f GG begründet nur eine Universaldienstgewährleistung. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, diejenigen Dienstleistungen zu identifizieren, die flächendeckend, angemessen und ausreichend angeboten werden sollen; hierbei

¹³⁵ Frequenzbereichszuweisungsplanverordnung, NB 36, BGBl. 2009 I, 1866; BNetzA, Regulierungsverfügung der Präsidentenkammer über die Verbindung der Vergabe von Frequenzen, Entscheidung v. 12.10.2009, BK1a-09/002, S. 97 ff.

¹³⁶ *Windthorst*, in: Sachs/Battis (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 87f GG, Rdnr. 13.

¹³⁷ Vgl. *von Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner GG-Kommentar, 4. Aufl. 1999-2001, Art. 87f GG, Rdnr. 28.

¹³⁸ *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 87f GG, Rdnr. 21.

¹³⁹ Vgl. *von Mangoldt/Klein/Starck*, (Fn. 137), Art. 87f GG, Rdnr. 26.

¹⁴⁰ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 56. Aufl. 2009, Art. 87f GG, Rdnr. 79; *Windthorst*, (Fn. 136), Art. 87f GG, Rdnr. 13.

muss der Gesetzgeber technischen Fortschritt und Veränderungen im Gesellschafts- und Arbeitsleben berücksichtigen.¹⁴¹ Demnach kann die BNetzA nur regulierend auf diese Versorgung einwirken, wobei ihr ein erheblicher Entscheidungsspielraum bezüglich der Gewährleistungsintensität zusteht.¹⁴²

Des Weiteren kann auch kein direkter Zusammenhang zwischen Deregulierung und Förderung des Infrastrukturausbaus festgestellt werden. Investitionen in die Infrastruktur werden durch Wettbewerb beeinflusst und sind nicht nur von Faktoren wie der unmittelbaren Gewinnerwartung abhängig, sondern werden auch durch die wirtschaftliche Situation des Gesamtmarktes begünstigt.¹⁴³

(3) Breitbandinitiative und NGN-Migration

Dies gilt ebenso für Breitbandnetze mit hohen Übertragungsraten, welche zumeist auf Glasfasertechnik, aber auch mittels Funk, Satellit oder ähnlichem realisiert werden können. Die Notwendigkeit solcher leistungsfähigen Netze ist sowohl auf europäischer als auch auf deutscher Ebene erkannt worden und wird als Motor für Wirtschaftswachstum und Wettbewerbsfähigkeit angesehen.¹⁴⁴ Aufgrund dessen ist dieses Thema von hoher Brisanz, da im Moment in Deutschland nur etwa 376.000 Glasfaserstreckenkilometer verlegt sind.¹⁴⁵ Dies bedeutet, dass nur 0,4 % der Haushalte in Deutschland Zugang zum Glasfasernetz haben; dahingegen liegt der OECD-Durchschnitt bei 16,96 %.¹⁴⁶

Ferner wird befürchtet, dass aufgrund der *Next Generation Networks* (NGN) eine zukunftsweisende Betrachtung einer Deregulierung des Bitstrommarktes schwierig werde.¹⁴⁷ Unter der Migration von NGN wird die Weiterentwicklung moderner Telekommunikationsnetze durch den Umbau der Infrastruktur verstanden. Der Vorteil der NGN liegt darin, dass die unterschiedlichen bisherigen leitungsvermittelnden Netze in eine einheitliche paketvermittelnde Netzarchitektur, welche eine Realisierung auf verschiedenen Netzebenen ermöglicht, umgewandelt werden. Auswirkungen der Regionalisierung des Bitstrommarktes auf die NGN-Entwicklung können kaum abgeschätzt werden, da sowohl der Bitstrommarkt als auch die *Next Generation Networks* bisher nicht bzw. kaum etabliert sind.

¹⁴¹ *Wieland*, (Fn. 138), Art. 87f GG, Rdnr. 22.

¹⁴² *Lerche*, (Fn. 140), Art. 87f GG, Rdnr. 80.

¹⁴³ BNetzA, Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5, (Fn. 15), S. 186 f.

¹⁴⁴ BMWI, Breitbandstrategie der Bundesregierung, 2009, S. 6; Draft Commission Recommendation of [...] on regulated access to Next Generation Access Networks (NGA), 2008.

¹⁴⁵ BNetzA, Tätigkeitsbericht Telekommunikation 2008/2009, S. 29.

¹⁴⁶ OECD, Broadband Portal, Statistik 2009, Coverage and Geography – FTTH/B coverage (up to 2009), S. 3 f.; im Vergleich: Japan 86,5 %, Slowakei 20 % (bestes EU-Land), danach Finnland, Dänemark, Frankreich, Schweden.

¹⁴⁷ Vgl. Stellungnahmen im Rahmen der Anhörung, (Fn. 77).

Demgemäß wird versucht, ob durch Anreizregulierung und finanzielle Förderung die Entwicklung von Hochleistungsnetzen gezielt vorangetrieben werden kann.¹⁴⁸ In diesem Bereich ist zunächst an die Berücksichtigung der Investitionen und die damit verbundenen Risiken bei der Zugangs- und Entgeltregulierung nach § 21 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 TKG zu denken. Dennoch wird dies nicht zwangsläufig zu verstärkten Investitionen führen, da weiterhin das investierende Unternehmen der Regulierung unterliegt. Eine Anwendung von § 9a TKG ist unwahrscheinlich, da dieser erst mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang gebracht werden muss oder sogar gänzlich gestrichen wird.¹⁴⁹

Somit sind investierende Unternehmen wieder der strengen wettbewerbsrechtlichen Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit ausgesetzt, so dass ein stärkerer Anreiz zu Investitionen in *Next Generation Networks* bzw. Glasfaserausbau geschaffen werden muss. Eine solche Förderung könnten zum einen finanzielle Hilfen oder zum anderen die Bildung von Unternehmenskooperationen darstellen. Beides ist in seiner Anwendung aber nicht unproblematisch. Finanzielle Hilfen seitens des Staats könnten als staatliche Beihilfe nach Art. 107 AEUV qualifiziert werden.¹⁵⁰ Unternehmenskooperationen hingegen könnten gegen das Kartellrecht verstoßen. Erstere sind im Rahmen der Daseinsvorsorge möglich und aufgrund der Initiativen der EU und ihrer Mitgliedstaaten auch erwünscht.¹⁵¹ Unternehmenskooperationen werden sowohl von der Kommission¹⁵² als auch vom Bundeskartellamt¹⁵³ in Bereichen ohne Breitbandgrundversorgung als unproblematisch gesehen; dahingegen sollen Kooperationen zur Breitbandaufrüstung einer Einzelfallüberprüfung unterliegen und sind für Bereiche mit mehreren Konkurrenznetzen ausgeschlossen.

All diese Bemühungen zeigen, dass mögliche Auswirkungen auf die Telekommunikationsinfrastruktur durch eine Regionalisierung des Bitstrommarktes aufgefangen werden könnten und wohl kaum eine ernstzunehmende Gefahr darstellen, sondern eher einen positiven Impuls zur Investition für alle netzbasierten Telekommunikationsunternehmen geben könnten.

¹⁴⁸ BMWI, Breitbandstrategie der Bundesregierung, 2009, S. 15.

¹⁴⁹ EuGH, Rs. C-424/07, *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*, noch nicht in aml. Slg.

¹⁵⁰ Vgl. detaillierte Darstellung bei *Papadias*, *The Application of the State Aid Rules*, in: Koenig/Bartosch/Braun/Romes (Hrsg.), *EC Competition and Telecommunications Law*, 2. Aufl. 2009.

¹⁵¹ Ferner wurden diese für den ländlichen Bereich auch durch das Gesetz zur Umsetzung von Zukunftsinvestitionen der Kommunen und Länder (Zukunftsinvestitionsgesetz – ZuInvG) gesetzlich zugelassen.

¹⁵² Leitlinien der Kommission für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl. Nr. C 235 v. 30.9.2009, S. 7.

¹⁵³ Bundeskartellamt, Hinweise zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung von Kooperationen beim Glasfaserausbau in Deutschland v. 19.1.2010.

c) Preisgestaltung

Es wird außerdem befürchtet, dass eine Regionalisierung des Bitstrommarktes zu schweren Auswirkungen in der Preisgestaltung führen wird. Eine regionalisierte Deregulierung könnte unterschiedliche Preise in den verschiedenen Regionen nach sich ziehen.

(1) Nationaler Preis

Das Argument, dass ein nationaler Markt vorliege, da nationale Preise durch die Unternehmen verlangt werden, ist nicht nachvollziehbar. Die nationale Preissetzung für breitbandige Internetzugänge indiziert nicht zwangsläufig nationale, homogene Wettbewerbsbedingungen, sondern kann aufgrund einer Auflage des Regulierers oder aus kommerziellen Gründen erfolgen. Darüber hinaus besteht die Gefahr für den *Incumbent* von *trade-offs* bei nationalen Preisen. Bei einer Orientierung am eigentlichen Preis in ländlichen Regionen könnten die Konsumenten in den städtischen Gebieten zu Wettbewerbern mit niedrigeren Preisen wechseln; hingegen könnte er bei einer Orientierung am Preis der städtischen Regionen keine Gewinne im ländlichen Bereich erzielen. Aus diesem Grund wählt der *Incumbent* einen Kompromisspreis, der zwischen beiden Preisen liegt, aber gerade nicht auf homogene Wettbewerbsbedingungen und damit auf einen nationalen Markt schließen lässt.¹⁵⁴

(2) Tarifeinheit im Raum

Regional differenzierte Preise könnten gegen den Grundsatz der Tarifeinheit im Raum verstoßen. Dieser sieht vor, dass der Endnutzer unabhängig von seinem Standort für vergleichbare Leistungen die gleichen Preise zahlen muss. Bei einer Regionalisierung des Bitstrommarktes würde es zwangsläufig zu unterschiedlichen Preisstrukturen kommen, welche nicht unbedingt gewollt sind, da eine weitere Quersubventionierung der ländlichen Regionen verhindert werden würde, denn die erhöhten Kosten in diesen Regionen können nicht mehr durch die Gewinne in den Ballungszentren subventioniert werden.¹⁵⁵

Wie oben dargestellt, sieht das Grundgesetz zwar vor, dass „flächendeckend“ Telekommunikationsleistungen erbracht werden sollen, jedoch wurde die Tarifeinheit im Raum nie gesetzlich, außer für die Universaldienstverpflichtungen gemäß § 78 TKG, explizit verankert. Sie entstammt der Zeit, in der die Telekom (jetzt DTAG) als staatliche Behörde der strukturpolitischen Aufgabe nachkam, die ländlichen und strukturschwachen Regionen zu fördern. Eine solche Aufgabe

¹⁵⁴ *Cave/ Stumpf/ Valletti*, A review of certain markets included in the Commission's Recommendation on relevant markets subject to ex ante Regulation, 2006, S. 29.

¹⁵⁵ VATM, Argumentationspapier, (Fn. 101).

obliegt nach dem neuen TKG dem Staat bei der Regulierung und nicht den privatwirtschaftlich ausgestalteten Telekommunikationsunternehmen, so dass ein Festhalten an dem Grundsatz der Tarifeinheit im Raum gesetzlich nicht gerechtfertigt ist. Ökonomisch gesehen führt dieser sogar zu Effizienzverlusten und sollte aufgrund des Wettbewerbsdrucks aufgegeben werden.¹⁵⁶ Zudem ist es fraglich, ob bei einem gleichen Preis überhaupt ein Angebot in ländlichen Gebieten erfolgt, da nämlich in diesem Fall die Kosten der Bereitstellung höher sind als der einheitliche Preis.¹⁵⁷

(3) Preis-Kosten-Scheren

Alle Wettbewerber der DTAG sehen die Gefahr, dass die Preisgestaltung durch Preis-Kosten-Scheren (PKS) erschwert wird. Diese liegen vor, „wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Wettbewerbern eine von ihnen benötigte Vorleistung zu einem höheren Preis anbietet, als es selbst den Endverbrauchern berechnet, so [...] [dass] unter gleichen Bedingungen einem effizienten Wettbewerber kein für ihn rentables Angebot an die Endnutzer möglich ist.“¹⁵⁸ Solch ein Vorgehen ist gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG als verbotener Behinderungsmissbrauch identifiziert worden, um so der Marktmacht von vertikal integrierten Unternehmen, also solchen die sowohl Vor- als auch Endnutzerleistungen anbieten, entgegenzutreten zu können, da Wettbewerber auf deren Vorleistungen in den meisten Fällen angewiesen sind.¹⁵⁹ Berücksichtigt werden in einer PKS-Prüfung auch die Marktanteile in vor- oder nachgelagerten Märkten. PKS sind nur hinsichtlich effizienter Wettbewerber verboten; die Erfolgsaussichten neu auf den Markt eintretender Wettbewerber sind dagegen nicht geschützt.¹⁶⁰

Die Befürchtungen der Wettbewerber des Auftretens solcher Scheren bei einer Deregulierung des Bitstroms sind aufgrund der immer noch andauernden Marktmacht der DTAG bei der Bereitstellung der TAL nachvollziehbar und realistisch.¹⁶¹ Eine Vermeidung könnte zum einen durch die Separierung der Netze von deren Betrieb¹⁶² und zum anderen durch eine konsistente Entgeltregulierung erfolgen.

¹⁵⁶ *Säcker/Brodkorb*, (Fn. 28), Vor § 27, Rdnr. 75.

¹⁵⁷ *Von Weizsäcker*, (Fn. 97), S. 28 f.

¹⁵⁸ *Säcker/Brodkorb*, (Fn. 28), Vor § 27, Rdnr. 39.

¹⁵⁹ *Spindler/Schuster*, (Fn. 62), § 28, Rdnr. 37; *Arndt/Fetzer/Scherer*, (Fn. 28), § 28, Rdnr. 48 ff.

¹⁶⁰ *Ibid.*, Rdnr. 56.

¹⁶¹ Vgl. für mögliche Szenarien *Berger-Kögler*, Die künftige Regulierung des Bitstrommarkts – Ein Weg zur Regionalisierung?, MMR 2010, S. 304 ff.

¹⁶² *Klotz*, Die Preis-Kosten-Schere bei regulierten Entgelten als Verstoß gegen EG-Wettbewerbsrecht, MMR 2008, S. 651.

(4) Konsistenzgebot

Das Konsistenzgebot nach § 27 Abs. 2 Satz 1 TKG sieht vor, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind. Sie sollen „insbesondere zeitlich und inhaltlich aufeinander abgestimmt“ sein sowie mit den Zielen aus § 2 Abs. 2 TKG im Einklang stehen. Zeichen für eine konsistente Regulierung ist das Ausbleiben von Preis-Kosten-Scheren¹⁶³ und das Verbot von Quersubventionierungen.¹⁶⁴ Hiermit sollte eine systematische Verbindung der Regulierung von Zugangs- und Endnutzerpreisen stattfinden und sichergestellt werden, dass Anbieter trotz unterschiedlicher Geschäftsmodelle oder verschiedener Wertschöpfungsstufen miteinander in Konkurrenz treten können.¹⁶⁵ Ersteres Ziel hat aufgrund der Entlassung der Endnutzerleistungen aus der Regulierung an Bedeutung verloren, jedoch gewinnt die Konsistenz der Preise entlang der verschiedenen Wertschöpfungsstufen immer mehr an Relevanz. Die Abstimmung der Preise soll effektiven Anbietern aller Stufen effiziente Margen gewährleisten. Nur durch vertikale Konsistenz kann das System der *Ladder of Investment* funktionieren und so eine Entwicklung vom Dienste- hin zum Infrastrukturwettbewerb einsetzen.¹⁶⁶

Eine regional differenzierte Regulierung könnte gerade dazu führen, dass bei einer isolierten Regulierung des Bitstromprodukts in Ballungsgebieten erhebliche Schwierigkeiten und Konsistenzprobleme bei der Regulierung der TAL auftreten. Es würde nach Einschätzung der Wettbewerber zu Inkonsistenzen kommen, die nur durch eine ebenso regional differenzierte Regulierung des TAL-Entgelts,¹⁶⁷ welche die DTAG ablehnt und die auch insgesamt kritisch betrachtet wird, abgewendet werden können.¹⁶⁸

d) Zwischenergebnis

Resümierend kann gefolgert werden, dass der Infrastrukturausbau nicht zwangsläufig unter einer Deregulierung in bestimmten Regionen leiden würde. Dennoch wird bei einer Regionalisierung der Regulierung die Preispolitik und -gestaltung der Anbieter erschwert. Zudem kann nicht bestritten werden, dass eine realistische Gefahr von PKS besteht und dass das Konsistenzgebot nicht eingehalten werden kann ohne eine gleichzeitige Deregulierung des TAL-Entgeltes, welche aber

¹⁶³ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf TKG, BT-Drs. 15/2316, S. 67.

¹⁶⁴ *Scheuerle/Mayen/Albers*, (Fn. 118), § 27, Rdnr. 24.

¹⁶⁵ *Säcker/Brodtkorb*, (Fn. 28), § 27, Rdnrn. 25 und 33.

¹⁶⁶ *Ibid.*, Rdnr. 34.

¹⁶⁷ *Berger-Kögler*, (Fn. 161), S. 308.

¹⁶⁸ Stellungnahme der DTAG zur Anhörung der BNetzA zum Thema regional differenzierte Regulierung im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse des Marktes Nr. 5 (Breitbandzugang für Großkunden/Bitstromzugang), S. 4, 10.

aufgrund des nicht ausreichenden Wettbewerbs im Bereich der TAL-Versorgung unvorhersehbare Folgen nach sich ziehen würde.

4. Fazit

Der Vergleich zu anderen europäischen Staaten zeigt, dass eine Regionalisierung durchaus möglich und sinnvoll ist. Dennoch sollten die oben genannten Argumente nicht außer Acht gelassen, sondern gegeneinander abgewogen werden, da wie bereits festgestellt, die Situation in anderen Ländern nicht einfach auf den deutschen Telekommunikationsmarkt übertragbar ist. Trotz allem zeigt dies aber, dass regionale Märkte darstellbar und definierbar sind, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Diskussion mehr bedarf.¹⁶⁹

Zunächst ist festzustellen, dass das Verfahren der Marktregulierung gemäß §§ 10 und 11 TKG in zahlreichen Argumentationen nicht als Ansatzpunkt verwendet wird, sondern zuerst eine Marktanalyse und darauf basierend eine Abgrenzung des Marktes vorgenommen wird. Die Betrachtung von Marktteilnehmern und deren Marktanteilen vor Abgrenzung eines Marktes ist jedoch ungenau und steht im Widerspruch zum TKG. Zudem können Schlussfolgerungen, die ausschließlich auf Marktanteilen basieren, irreführend sein. Vielmehr sollten auch Marktzutrittsbarrieren berücksichtigt werden. Es ist natürlich nicht von der Hand zu weisen, dass Marktanteile und die Wettbewerbssituation des gesamten Telekommunikationsmarktes ein Indiz für einen funktionierenden Wettbewerb sind, dennoch wirkt im deutschen Telekommunikationsbereich die exponierte Stellung der DTAG fort. So werden auch Märkte reguliert, welche zur Zeit der DTAG als staatliches Unternehmen bzw. Behörde nicht existierten (z.B. der Mobilfunkmarkt). Darüber hinaus weist auch die Monopolkommission darauf hin, dass die dargestellten möglichen Probleme einer Deregulierung nicht im Rahmen der Marktabgrenzung, sondern im Rahmen der Marktanalyse erfolgen sollten.¹⁷⁰

Bei der Regulierung von netzbasierten Infrastrukturen sind grundsätzlich drei Hauptgesichtspunkte – Wettbewerb, Preis und Infrastruktur – zu berücksichtigen. Diese beziehen sich aufeinander, sind voneinander abhängig und können nur als komplexes Gebilde hinsichtlich der Funktionsfähigkeit eines Marktes betrachtet werden.

Konsequenterweise darf sich die Betrachtung des Wettbewerbs nicht auf den Bitstrommarkt beschränken, sondern muss die korrespondierenden Märkte, die es ermöglichen das gleiche Endprodukt anzubieten, mit einbeziehen. Aber auch eine solche Betrachtung führt, wie aufgezeigt, zwangsläufig zu dem Schluss, dass Wettbewerb nur in Ballungsgebieten existent ist. Hier zwingt sich deshalb geradezu die

¹⁶⁹ Siehe ausführliche Diskussion unter B.III.3.a).

¹⁷⁰ Monopolkommission, (Fn. 96), S. 58.

Frage auf, ob alternative Betreiber an einer Erschließung der ländlichen Gebiete überhaupt interessiert sind oder ob dies weiterhin der DTAG überlassen werden soll, da die Versorgung in ländlichen Gebieten nicht lukrativ genug ist.

In einem solchen Fall müssen zur Vermeidung von „weißen Flecken“, neben der Auflage im Rahmen der Frequenzversteigerung Versorgungslücken zu schließen, Investitionsanreize für den Infrastrukturausbau geschaffen werden. Dies könnte eine Regionalisierung des Bitstrommarktes darstellen, wobei aber die Einhaltung des Konsistenzgebots zu beachten und insbesondere die Entstehung der Kosten-Kosten-Scheren und der Preis-Kosten-Scheren zu vermeiden ist. Letztere sind wettbewerbsimmanent, können aber durch eine „ex-post“-Kontrolle, vergleichbar mit einer kartellrechtlichen Wettbewerbskontrolle, identifiziert und sanktioniert werden. In diesem Zusammenhang sollte über eine Neustrukturierung der Missbrauchsaufsicht nachgedacht werden. Die strikte Unterteilung in „ex-ante“- und „ex-post“-Kontrolle ist nicht mehr zeitgemäß, da ein zu schneller und abrupter Übergang des Regulierungsregimes in eine allgemeine Wettbewerbskontrolle erfolgt. Eine sogenannte „phase out“-Kontrolle könnte die Bedenken der Wettbewerber berücksichtigen und gleichzeitig deregulierend wirken.¹⁷¹ Nichtsdestotrotz würde aber das Konsistenzgebot bei einer Deregulierung von Ballungsgebieten schwer einzuhalten sein, ohne dass nicht zumindest eine klarstellende Erklärung seitens der BNetzA zur TAL-Bereitstellung erfolgt. Sonst besteht die Gefahr, dass die Bereitstellung von Bitstrom so günstig würde, dass sich eine Investition in TAL als höhere Wertschöpfungsstufe nicht mehr lohnen würde. Eine gleichzeitige Regionalisierung der TAL ist mangels Wettbewerb bisher nicht Teil der Diskussion.

Es ist offensichtlich, dass die Argumente bezüglich des Infrastrukturausbaus von den Schlagworten „Investitionsanreiz“ und „Grundversorgung“ geprägt sind. Die Angst der DTAG, Investitionen in den Netzausbau zu wagen und diese dann anderen Wettbewerbern ohne entsprechende Gegenleistung zur Verfügung stellen zu müssen, ist unbegründet, da § 21 Abs. 1 Nr. 3 TKG regelt, dass Anfangsinvestitionen bei der Entgeltregulierung berücksichtigt werden müssen. Dies ist bei der Schaffung von Investitionsanreizen im Hinterkopf zu behalten. Sollte eine Deregulierung aus Gründen der Grundversorgung der ländlichen Gebiete unterbleiben, so sollten solche ordnungspolitischen Erwägungen aber auch in der Marktanalyse besonders begründet werden. Darüber hinaus muss noch angemerkt werden, dass es sich bei der Sicherstellung der Grundversorgung in ländlichen Gebieten nur um eine Minimalversorgung handelt, welche keinen Ausbau der Infrastruktur unterstützt und somit auch nicht den Dienstewettbewerb in diesen Gebieten vorantreibt. Bei einer solchen Entwicklung und der Festschreibung des *status quo* sind höhere Preise trotz regulierten Bitstrommarktes für den Endkunden absehbar. Hier stellt sich dann die

¹⁷¹ So auch *Schütz*, Effektive Regulierung durch effektive Missbrauchsaufsicht der BNetzA – Plädoyer für ein 3-Säulen-Modell, Konvergenz und Innovation, MMR 2008, S. 579.

Frage, ob höhere Preise in ländlichen Gebieten nicht als Anreiz für deren Breitbandversorgung dienen können. Ein Großteil der ländlichen Bevölkerung wäre bereit, einen höheren Preis zu zahlen, wenn ihnen das Produkt überhaupt angeboten würde. Dies zeigen auch die zahlreichen Initiativen von Gemeinden zur Bereitstellung von Breitband.¹⁷² Der Vorwurf der Ungerechtigkeit gegenüber der Versorgung in Ballungszentren liegt bereits in der strukturellen Gliederung des Bundesgebiets und den dort vorherrschenden Lebensbedingungen; so ist zum Beispiel im Gegensatz dazu Wohnraum im Durchschnitt in Ballungszentren teurer als in ländlichen Gebieten.

Im Übrigen ist auf das Argument einzugehen, dass eine Regionalisierung nicht möglich sei, da sich die Gebietsgrenzen aufgrund der stetigen Expansion ständig verändern. Dies ist so nicht haltbar. Veränderungen gehören zu den Eigenheiten von marktwirtschaftlich orientierten Märkten und sind insbesondere auf technologisch innovativen Märkten an der Tagesordnung. Würde man einer solchen Argumentation folgen, so wäre eine Marktabgrenzung in vielen Fällen von vornherein nicht möglich.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass eine Deregulierung durch Regionalisierung generell möglich und wünschenswert ist, aber auf dem deutschen Markt das Konsistenzgebot beachtet werden muss, so dass eine Marktanalyse allein des Marktes Nr. 5 nicht ausreichend ist, sondern eine gleichzeitige Betrachtung des TAL-Marktes erfolgen muss. Die aktuelle Marktanalyse stellt ohnehin fest, dass Preis- und Produktdifferenzierungen nicht zu unterschiedlichen Schlüssen hinsichtlich der Zuordnung bestimmter Wettbewerbsbedingungen zu Regionen führen. Allein die Anzahl der Anbieter in bestimmten Regionen lässt nicht auf unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen schließen. Die Kommission sieht in diesem Fall die Möglichkeit Abhilfemaßnahmen (*remedies*) zu ergreifen, die dem identifizierten Wettbewerbsproblem gerecht werden und verhältnismäßig sind. „Sie sollen den lokalen/regionalen unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen entsprechen, während eine nationale Marktabgrenzung aufrechterhalten wird. Die geographische Differenzierung von Abhilfemaßnahmen kann in Situationen angemessen sein, in denen beispielsweise die Grenzen zwischen den Gebieten mit verschiedenem Wettbewerbsdruck variieren und sich im Zeitablauf mit Wahrscheinlichkeit verändern, oder dort, wo signifikante Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen beobachtet werden, jedoch die Evidenz für die Definition von geographischen Submärkten nicht ausreichend ist. Des Weiteren kann eine Differenzierung von Abhilfemaßnahmen dort angemessen sein, wo eine verfrühte Aufhebung der ex-ante-Regulierung eine schädliche Auswirkung für Verbraucher und den Wettbewerbsprozess haben kann.“¹⁷³ Der Vorschlag in einem solchen Fall *remedies* aufzuerlegen ist zwar reizvoll, jedoch verfrüht. Das Produkt „Bitstrom“ wurde erst

¹⁷² Vgl. Fn. 134.

¹⁷³ Stellungnahme der Kommission v. 26.3.2008, (Fn. 100).

vor kurzem auf dem Markt eingeführt und muss sich erst etablieren. Eine nachhaltige Entwicklung ist noch nicht erkennbar, so dass bisher auch kein Datenmaterial für einen längeren Zeitraum verfügbar ist. Darüber hinaus sind in Österreich seinerzeit die oben dargestellten Probleme aufgetreten, so dass die Auferlegung von *remedies* mit Vorsicht zu gebrauchen ist.

In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob die DTAG als *Incumbent* einen Anspruch auf Deregulierung durch regionalisierte Märkte haben könnte. Grundsätzlich ist sie als Adressat der Regulierungsverfügung, durch welche nach § 13 TKG Verpflichtungen auferlegt, geändert, beibehalten oder widerrufen werden können, klagebefugt. Hier ist aber darauf hinzuweisen, dass die Rechtsschutzmöglichkeiten hinsichtlich des Marktdefinitionsverfahrens eingeschränkt sind. Die Marktdefinition und -analyse ist als Realakt wegen § 13 Abs. 3 TKG nicht isoliert anfechtbar, sondern nur über eine Inzidentprüfung durch einen Angriff der Regulierungsverfügung kontrollierbar. Jedoch ist der gerichtliche Prüfungsumfang beschränkt, da § 10 Abs. 2 Satz 2 TKG der BNetzA einen Beurteilungsspielraum zuweist. Dies wird jedoch in der Literatur durchaus kritisch gesehen.¹⁷⁴ Es wird argumentiert, dass der Behörde keine besonderen planerischen oder gestalterischen Ermächtigungen zukommen, die einen Beurteilungsspielraum rechtfertigen. Prognosen bezüglich der Marktfeststellungen sollen sich streng an den oben dargestellten wettbewerbsrechtlichen Vorgaben orientieren.¹⁷⁵ Das Bundesverwaltungsgericht sieht dies anders und bestätigt den Beurteilungsspielraum, so dass eine Überprüfung nur dahingehend erfolgt, ob „die Behörde die gültigen Verfahrensbestimmungen eingehalten hat, von einem richtigen Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffes ausgegangen ist, den erheblichen Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat und sich bei der eigentlichen Beurteilung an allgemein gültige Wertungsmaßstäbe gehalten, insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.“¹⁷⁶ Hat die BNetzA dies bei ihren Marktfeststellungen berücksichtigt, so ist ein Anspruch der DTAG aufgrund des Beurteilungsspielraums der BNetzA schwer durchsetzbar.

Abschließend ist anzumerken, dass die Bitstromzugangsverpflichtung nur eine Übergangslösung darstellen kann, da sonst alternative Anbieter keinen Anreiz sehen, in eigene Infrastruktur zu investieren. Dies wäre nicht im Sinne des Wettbewerbs bzw. der *Ladder of Investment* – die Entwicklung des Dienste- hin zum Infrastrukturwettbewerb würde stagnieren. Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass in Deutschland die TAL als Vorleistung im Gegensatz zu anderen europäischen Staaten bereits seit mehreren Jahren bundesweit etabliert ist.

¹⁷⁴ Spindler/Schuster, (Fn. 62), § 10 TKG, Rdnr. 42; Möschel/Haug, Der Referentenentwurf zur Novellierung des TKG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, MMR 2003, S. 506; Wegmann, Europa- und verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Regierungs- und Referentenentwurf für ein neues TKG, K&R 2004, Beilage 1, S. 27.

¹⁷⁵ Spindler/Schuster, (Fn. 62), § 10 TKG, Rdnr. 42.

¹⁷⁶ BVerwG, Az. 6 C 15/07, Urteil v. 2.4.2008, NVwZ 2008, S. 1359, Rdnr. 21; BVerwG, Az. 6 C 38/07, Urteil v. 29.10.2008, NVwZ 2009, S. 653.

C. Ausblick

Alles in allem kann festgestellt werden, dass die Regionalisierung von Märkten als Deregulierungsmaßnahme nach Etablierung des Produkts und unter Einhaltung des Konsistenzgebots durchaus sinnvoll und notwendig ist. Dieser Regulierungsansatz spiegelt realistisch die Marktgegebenheiten im Telekommunikationssektor wider.

Dennoch sollte nicht außer Betracht gelassen werden, dass die Zukunft des Konzepts der Deregulierung durch Regionalisierung unbestimmt ist, obwohl es durchaus geeignet ist Märkte im Telekommunikationssektor abzugrenzen. In Bezug auf den Bitstromzugang ist eine Anwendung wohl nicht in absehbarer Zeit wahrscheinlich, da dieser auf der Nutzung der entbündelten TAL basiert. Im Zuge der NGN-Migration könnten sich Marktanteile, Marketingstrategien oder auch das Angebotspektrum von Anbietern verändern. Deshalb sollte eine Regionalisierung von Märkten zum heutigen Zeitpunkt mit Blick in die Zukunft vorsichtig eingesetzt werden, da sie die Planungssicherheit der Unternehmen in Frage stellt.

Trotz solcher Schwierigkeiten fordert der neue EU-Rechtsrahmen im Telekommunikationsbereich für die Zukunft leistungsstarke Netze und Dienste. In diesem Zusammenhang ist ein deutsches Breitbandangebot über Glasfaser mit einem Standard von 1 Mbit/s bzw. von 50 Mbit/s, welche bis Ende 2014 in 75 % der deutschen Haushalte verfügbar sein sollen, als nicht zeitgemäß einzustufen. Finnland will bereits ab 2015 mit einer Übertragungsrate von 100 Mbit/s arbeiten.¹⁷⁷ Solche telekommunikationstechnischen Voraussetzungen könnten sich langfristig auf die Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands im europäischen und internationalen Vergleich auswirken und den Wirtschaftsstandort Deutschland schwächen. Aus diesem Grund ist der Staat als Gesetzgeber und Regulierer von den Wirtschaftsteilnehmern in die Pflicht zu nehmen und sollte sich in diesem Kontext mit seinem bisher verfolgten Regulierungsansatz auseinandersetzen sowie prüfen, inwiefern Investitionsanreize im bisherigen Regulierungsrahmen überhaupt möglich sind, nachdem „Regulierungsferien“ nach § 9a TKG als europarechtswidrig eingestuft wurden. Womöglich verändern sich die Schwerpunkte der Regulierungszielsetzung, so dass sich in diesem Zusammenhang auch der regulatorische Rahmen verändern muss. Dies gilt umso mehr, da der europäische Wettbewerb von Telekommunikationsdienstleistungen zunehmen wird. Aufgrund der Fragmentierung des deutschen Breitbandmarktes, des zunehmenden Wettbewerbs und des stagnierenden Wachstums der alternativen Anbieter wird der Trend zur Marktkonsolidierung stärker werden. Der Zusammenschluss von Unternehmen macht jedoch nicht vor den deutschen Grenzen halt, sondern ist ein weltweites Spielfeld. Im Hinblick auf eine investitionsfreundliche Regulierung wird die

¹⁷⁷ In Japan und Portugal werden bereits durchschnittlich Übertragungsraten von über 100 Mbit/s angeboten. Der OECD-Durchschnitt liegt im Oktober 2009 bei 30 Mbit/s, wobei Deutschland mit 16 Mbit/s darunter liegt, vgl. OECD Broadband Portal, Statistik 2009, 5a (*Average advertised broadband download speed*).

Beurteilung solcher Unternehmen, aber auch des Gesamtmarktes immer schwieriger. Aus diesem Grund sollte über eine Anpassung des Regulierungsrahmens auf deutscher bzw. europäischer Ebene nachgedacht werden.

Ein wichtiger Schritt in diese Richtung und in eine flächendeckende Abdeckung mit Breitband könnte die Initiative der spanischen, belgischen und ungarischen Ratspräsidentschaft sein, die Breitband als Universaldienst identifiziert sehen wollen, so dass jeder innerhalb der EU ein Recht auf Breitbandversorgung hat und es auch wahrnehmen kann.¹⁷⁸ Aufgrund dessen hat die Europäische Kommission im März 2010 eine Konsultation zum künftigen Universaldienst publiziert. Sie hat um Stellungnahmen gebeten, inwiefern der jetzige Universaldienstbegriff im digitalen Zeitalter noch zeitgemäß sei, eine Anpassung zugunsten einer flächendeckenden Breitbandversorgung erfolgen sollte und wie ein rechtlicher sowie finanzieller Rahmen aussehen könnte.¹⁷⁹ Es besteht die Hoffnung, dass dadurch der Telekommunikationssektor modernisiert, gleiche Wettbewerbsbedingungen in der EU geschaffen und dies zu einer Reform des Regulierungsansatzes führen werde. Jedoch wird bezüglich einer solchen Universaldienstverpflichtung aus deutscher Sicht befürchtet, dass es dadurch zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könne, die Investitionen von alternativen Anbietern zurückgingen und die technischen Mindestvorgaben zu einer Technologiebremse führen. Deshalb sieht man die Zukunft für ein flächendeckendes leistungsfähiges Breitbandnetz in einem modernen politischen Rahmen, der Investitionen, Kooperationen und innovative Technologien fördert und unterstützt. Insbesondere sollte die Nutzung der „Digitalen Dividende“ europaweit forciert, ein gesetzlicher Rahmen für Kooperationen unter Privatunternehmen, aber auch mit dem öffentlichen Sektor, geschaffen und der Verwaltungs- und Bürokratieaufwand vermindert werden. Zudem werden staatliche Beihilfen durch Fördermittel und Strukturfonds gefordert.¹⁸⁰ Eine Entscheidung im Rahmen dieser Konsultation wird mit Spannung erwartet, da eine Universaldienstverpflichtung für den Ausbau des Breitbandnetzes und der NGN-Migration weitreichende Folgen haben könnte.

All dies zeigt, dass die Verwirklichung von hochleistungsfähigen und flächendeckenden Breitbandnetzen am besten dadurch erreicht werden kann, wenn die Ausschöpfung aller Marktpotenziale mit der Nutzung aller Infrastrukturen, aber auch mit der Bereitstellung von öffentlichen Mitteln bzw. eines rechtlichen Rahmens für Kooperationen sowie angepassten regulatorischen Ansätzen – wie der Regionalisierung – kombiniert werden. Dies hat auch die Europäische Kommission erkannt und zur Förderung der Einführung und Verbreitung schneller und

¹⁷⁸ Entwurf des Achtzehnmonatsprogramms des Rates v. 27.11.2009, 16771/09, S. 43.

¹⁷⁹ Questionnaire for the Public Consultation on Universal Service Principles in E-communications, 2010.

¹⁸⁰ Stellungnahmen der deutschen interessierten Parteien im Rahmen der Konsultation, http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecommlibrary/public_consult/universal_service_2010/comments/index_en.htm (20.9.2010).

ultraschneller Breitbandnetze im September 2010 ein Maßnahmenpaket beschlossen, welches die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet, das Verhältnis zwischen der Förderung von Investitionen und der Sicherstellung von Wettbewerb ausgewogen zu gestalten, so dass Telekommunikationsunternehmen über eine gewisse Rechtssicherheit beim Netzausbau verfügen. Darüber hinaus wird ein Programm zur effektiven Frequenzpolitik vorgeschlagen und Hinweise gegeben, inwiefern eine sinnvolle Förderung von privaten und öffentlichen Investitionen in Hoch- und Ultrageschwindigkeitsnetze möglich ist.¹⁸¹ Es bleibt abzuwarten, welchen Nutzen diese Maßnahmen hinsichtlich des Wachstums von Breitbandinfrastrukturen und des Ausbaus von *Next Generation Networks* haben werden.

Immerhin hat jedoch die für die Digitale Agenda zuständige Kommissarin *Kroes* die Notwendigkeit einer zügigen und differenzierten Initiative von Seiten der EU für deren Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum erkannt: „*Fast broadband is digital oxygen, essential for Europe's prosperity and well-being. These measures will help to ensure that Europeans get the first-class internet they expect and deserve, so that they can access the content and services they want.*“¹⁸²

181 EU-Presseerklärung IP/10/1142 v. 21.9.2010.

182 Ibid.

Die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates und ihre Durchsetzung

Eric Keßler*

Inhalt	
A. Einleitung	378
B. Ziele der Richtlinie 94/45/EG	379
C. Umsetzung der Richtlinie 94/45/EG ins deutsche Recht – das EBRG	381
I. Unterrichtsrecht, § 32 Abs. 1 EBRG	382
II. Anhörungsrecht, §§ 32 und 1 Abs. 4 EBRG	383
III. Unterrichts- und Anhörungsrecht, § 33 EBRG	383
IV. Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, § 38 EBRG	384
V. Grundsatz der Geheimhaltung und Vertraulichkeit als Grenze der Beteiligungsrechte, § 39 EBRG	385
D. Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates nach deutschem Recht	385
I. Originäre Rechtsbehelfe: Durchsetzung im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens, §§ 2a Abs. 1 Nr. 3a und 80 ff. ArbGG	386
II. Abgeleitete Rechtsbehelfe	387
1. Beseitigungsanspruch	388
a) Allgemeiner Beseitigungsanspruch	388
b) § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog	390
2. Unterlassungsanspruch	390
a) § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog	390

* Eric Keßler LL.M. ist Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Arbeitsrecht bei avocado rechtsanwälte in Frankfurt am Main.

b) Allgemeiner Unterlassungsanspruch	394
c) Unterlassungsverfügung	396
III. Zusammenfassung	398
E. Rechtsprechung	399
I. Rechtsprechung des EuGH zum Informationsanspruch vor Gründung des Europäischen Betriebsrates nach Art. 11 EBR-RL	399
II. Rechtsprechung nationaler Gerichte zu den Beteiligungsrechten des Europäischen Betriebsrates	400
1. Renault-Vilvoorde, 1997	400
2. Gaz de France/Suez, 2006	401
3. British Airways, 2006	402
4. Alcatel-Lucent, 2007	402
III. Zusammenfassung	403
F. Ergebnis und Ausblick	404

A. Einleitung

Der Europäische Betriebsrat ist in der jüngeren Vergangenheit verstärkt in das Blickfeld des interessierten Arbeitsrechtlers gerückt. Dies geschah nicht zuletzt aufgrund der Revision der Richtlinie 94/45/EG,¹ die eben dieses Instrument der Arbeitnehmerbeteiligung regelt. Auch eine Reihe von Gerichtsentscheidungen im benachbarten Ausland in den vergangenen Jahren ließ aufhorchen. Hat nicht der Europäische Betriebsrat des französischen Energiekonzerns Gaz de France (GdF) die Fusion des Konzerns mit dem Ver- und Entsorgungskonzern Suez gestoppt?

Dabei wurde der Europäische Betriebsrat in der Vergangenheit vielfach belächelt. Keine echten Mitbestimmungsrechte, bloße Informations- und Anhörungsrechte stehen ihm zu. Ein zahnloser betriebsverfassungsrechtlicher Löwe auf europäischer Ebene? Eine „Tourismusveranstaltung für Betriebsräte“?² Das Unternehmen übernimmt schließlich Reise- und Übernachtungskosten für die Konsultationsrunden mit dem Europäischen Betriebsrat, zu denen die Mitglieder des Europäischen

¹ RL 94/45/EG des Rates v. 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. Nr. L 254 v. 30.9.1994, S. 64; im Folgenden EBR-RL.

² *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2008, § 10, Rdnr. 16.

Betriebsrates aus allen Mitgliedstaaten, in denen das Unternehmen vertreten ist, anreisen.

Der vorliegende Beitrag untersucht, welche tatsächlichen Möglichkeiten dem Europäischen Betriebsrat zur Verfügung stehen, um seine Beteiligungsrechte durchzusetzen. Dies erfolgt auf Grundlage des deutschen Rechts.

In einem ersten Schritt werden die Ziele der Richtlinie 94/45/EG dargestellt (B.). Sodann erfolgt eine Darstellung der Umsetzung der Richtlinie in das deutsche Recht, anhand derer auch der Umfang der dem Europäischen Betriebsrat zur Verfügung zu stellenden Informationen durch das Unternehmen erläutert wird (C.). Auf dieser Grundlage werden in einem dritten Schritt die Durchsetzungsmöglichkeiten der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates untersucht (D.), um anschließend – in einem vierten Schritt – einen Blick auf die Rechtsprechung des EuGH und im benachbarten Ausland zu werfen, die im Zusammenhang mit den Beteiligungsrechten des Europäischen Betriebsrates ergangen ist (E.). Schließlich erfolgt eine Zusammenfassung der erarbeiteten Ergebnisse und der Verfasser wagt einen Ausblick auf die künftige Entwicklung (F.). Dabei wird noch darauf einzugehen sein, ob sich durch die kürzlich verabschiedete Revision der Richtlinie an den zuvor erarbeiteten Ergebnissen etwas ändert.

B. Ziele der Richtlinie 94/45/EG

Ziel der Richtlinie 94/45/EG ist nach ihrem Art. 1 Abs. 1 die „Stärkung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen“.³ Gleichzeitig sollte jedoch keine Beeinträchtigung der Kompetenzen der nationalen Arbeitnehmervertretungen erfolgen (Art. 12 Abs. 2 EBR-RL).

Anfang der neunziger Jahre nahm die Zahl der Unternehmenszusammenschlüsse und grenzübergreifenden Fusionen deutlich zu. In der Folge entstanden immer mehr Unternehmen und Unternehmensgruppen, die gemeinschaftsweit tätig waren. Im zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie macht der Richtlinienggeber deutlich, dass seiner Auffassung nach bis zur Regelung durch die Richtlinie die Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nach den Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten der Mitgliedstaaten häufig nicht an die länderübergreifende Struktur der Unternehmen angepasst wurden, welche die Arbeitnehmer berührende Entscheidungen treffen. Der Gemeinschaftsgesetzgeber befürchtete durch die unterschiedlichen nationalen Regelungen zu Information und Anhörung eine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer, die von Entscheidungen ein und desselben

³ Vgl. *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2007, Teil 2 D., Rdnr. 16.

Unternehmens bzw. ein und derselben Unternehmensgruppe betroffen sind. Erklärtes Ziel war daher, einen Europäischen Betriebsrat zu schaffen, um dadurch geeignete Vorkehrungen zu treffen, damit die Arbeitnehmer gemeinschaftsweit operierender Unternehmen oder Unternehmensgruppen in angemessener Weise informiert und konsultiert werden, wenn Entscheidungen, die sich auf sie auswirken, außerhalb des Mitgliedstaats getroffen werden, in dem sie beschäftigt werden.⁴

Die Richtlinie 94/45/EG schaffte eine europäische Arbeitnehmervertretung, die auf entsprechenden Antrag in allen gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen oder Unternehmensgruppen zu errichten ist. Gemeinschaftsweit operiert ein Unternehmen, das mindestens 1.000 Arbeitnehmer beschäftigt, von denen jeweils mindestens 150 in mindestens zwei Mitgliedstaaten beschäftigt sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a)). Der Antrag kann von mindestens 100 Arbeitnehmern oder ihren Vertretern aus mindestens zwei Betrieben oder Unternehmen in mindestens zwei Mitgliedstaaten gestellt werden (Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1). Auch die zentrale Leitung des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe hat ein Initiativrecht zur Errichtung einer europäischen Arbeitnehmervertretung.

Diese Lösung stellt einen Kompromiss dar, der transnationales kollektives Arbeitsrecht auf prozeduraler Basis schafft.⁵ Den unterschiedlichen Betriebsverfassungsmodellen in den Mitgliedstaaten trug man dadurch Rechnung, dass man zum sogenannten „Verhandlungsmodell“⁶ bzw. zur sogenannten „Verhandlungslösung“⁷ griff. So wird durch die Richtlinie keine verbindliche Regelungsstruktur einer europäischen Arbeitnehmervertretung festgelegt, sondern die inhaltliche Ausgestaltung der Autonomie der Verhandlungspartner überlassen. Verhandlungspartner sind die Unternehmensführung auf der einen und ein besonderes Verhandlungsgremium auf der anderen Seite (Art. 5). Die Richtlinie selbst bietet mit der Errichtung eines Europäischen Betriebsrates lediglich einen Referenzrahmen als Regelungsvorschlag.

Allerdings wird der Grundsatz der Verhandlungsautonomie durch Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie eingeschränkt, der die Errichtung eines Europäischen Betriebsrates bestimmt, wenn die Verhandlungen nach drei Jahren zu keinem Ergebnis geführt haben bzw. wenn die zentrale Leitung die Aufnahme von Verhandlungen binnen sechs Monaten nach dem ersten Antrag auf Errichtung eines Europäischen Betriebsrates oder eines Unterrichts- und Anhörungsverfahrens verweigert.⁸

⁴ Erwägungsgründe 11 und 12 EBR-RL.

⁵ *Schiek*, (Fn. 3), Teil 2 D, Rdnr. 17.

⁶ *Hinrichs*, Die Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrats – Die Umsetzung der Richtlinie 94/45/EG in das deutsche, österreichische und schwedische Arbeitsrecht, 2007, S. 37.

⁷ *Schiek*, (Fn. 3), Teil 2 D, Rdnr. 21.

⁸ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 39.

Die minimale inhaltliche Ausgestaltung legt der Richtliniengeber in den Nummern 1a, 2 und 3 des Anhangs der Richtlinie fest.⁹ Der Europäische Betriebsrat ist in allen Angelegenheiten zu beteiligen, die gemeinschaftsweit operierende Unternehmen oder Unternehmensgruppen in verschiedenen Mitgliedstaaten betreffen (Nr. 1a). Hierzu hat eine jährliche Zusammenkunft des Europäischen Betriebsrates mit der zentralen Leitung zur Unterrichtung und Anhörung über die Entwicklung der Geschäftslage zu erfolgen. Grundlage für die Gespräche ist ein von der zentralen Leitung vorzulegender Bericht (Nr. 2 Satz 1).

Dem Europäischen Betriebsrat steht darüber hinaus ein unverzügliches außerordentliches Informations- und Anhörungsrecht in den Fällen zu, in denen außergewöhnliche Umstände mit erheblichen Auswirkungen auf die Interessen der Arbeitnehmer (Verlegung, Schließung, Massenentlassungen) bestehen.

Die Konzeption des Europäischen Betriebsrates kann inzwischen durchaus als Erfolgsgeschichte bezeichnet werden. Derzeit haben europaweit etwa 36 % der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallenden Unternehmen einen Europäischen Betriebsrat gebildet. Die Gesamtzahl der Europäischen Betriebsräte beläuft sich auf ca. 820, die Zahl der durch sie repräsentierten Arbeitnehmer beträgt ca. 14,5 Millionen.¹⁰ Bedenkt man den zunächst eher schleppenden Prozess der Gründung von Europäischen Betriebsräten nach dem Inkrafttreten der Richtlinie im Jahr 1994 sind dies beachtliche Zahlen.

C. Umsetzung der Richtlinie 94/45/EG ins deutsche Recht – das EBRG

Mit dem Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG) wurde die Richtlinie 94/45/EG im Jahre 1996 in deutsches Recht umgesetzt. Nach § 2 Abs. 1 EBRG gilt das Gesetz für gemeinschaftsweit tätige Unternehmen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland und für gemeinschaftsweit tätige Unternehmensgruppen, deren herrschendes Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland liegt. Die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates sind in den §§ 31 ff. EBRG geregelt. Nach § 31 Abs. 1 EBRG ist der Europäische Betriebsrat nur in solchen Angelegenheiten der §§ 32 und 33 EBRG zuständig, wenn diese mindestens zwei Unternehmen oder zwei Betriebe in zwei Mitgliedstaaten betreffen (grenzübergreifende Angelegenheit).

⁹ Vgl. *Thüsing*, (Fn. 2), § 10, Rdnr. 16.

¹⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 2.7.2008, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=de&catId=89&newsId=374&fatherNews=yes> (20.9.2010); vgl. auch *Melot de Beaugard/Buchmann*, Die neue Richtlinie über Europäische Betriebsräte, BB 2009, S. 1417.

I. Unterrichtsrecht, § 32 Abs. 1 EBRG

Das Unterrichtsrecht des Europäischen Betriebsrates ist in § 32 Abs. 1 EBRG geregelt. Die Vorschrift stellt die Umsetzung des Art. 7 Abs. 1 in Verbindung mit Nr. 2 des Anhangs der Richtlinie dar. § 32 Abs. 1 EBRG enthält einen Katalog von Regelbeispielen von Unternehmensaktivitäten hinsichtlich der Entwicklung der Geschäftslage sowie der Perspektiven des Unternehmens, über die der Europäische Betriebsrat zu unterrichten ist.

Die Unterrichtung erfolgt durch die rechtzeitige Vorlage der erforderlichen schriftlichen Unterlagen.¹¹ Die schriftlichen Unterlagen sind wiederum jedem Mitglied des Europäischen Betriebsrates in seiner Landessprache zur Verfügung zu stellen.¹² Die Unterlagen müssen so rechtzeitig übermittelt werden, dass den Mitgliedern des Europäischen Betriebsrates eine angemessene Zeit zur Einarbeitung in die Unterlagen bleibt¹³ und eine Vorbesprechung des Europäischen Betriebsrates vor dem Zusammentreffen mit der zentralen Leitung stattfinden kann.¹⁴ Ebenso müssen sich auch Sachverständige, die der Europäische Betriebsrat hinzuziehen will, anhand des Berichts und der Unterlagen auf die Sitzung mit der zentralen Leitung vorbereiten können. Daher ist die Vorlage der Unterlagen erst in der gemeinsamen Sitzung von zentraler Leitung und Europäischem Betriebsrat keinesfalls rechtzeitig. Sie hat vielmehr bereits im Planungsstadium zu erfolgen.¹⁵

Zu den erforderlichen Unterlagen gehört zunächst der schriftliche Bericht der zentralen Leitung selbst.¹⁶ Erforderlich bedeutet, dass die Unterlagen den Gegenstand der Information so erschöpfend darstellen, dass dem Europäischen Betriebsrat eine sachgerechte Erörterung möglich ist.¹⁷ Dies ist der Fall, wenn sie diesem ein Verständnis der Diskussion über die Entwicklung der Geschäftslage und die Perspektiven des Unternehmens bzw. der Unternehmensgruppe einschließlich der in diesem Zusammenhang geplanten Maßnahmen der zentralen Leitung ermöglichen.¹⁸

¹¹ *Bachner*, in: Däubler/Kittner/Klebe (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, Wahlordnung und EBR-Gesetz, 10. Aufl. 2006, § 32 EBRG, Rdnr. 5.

¹² *Wache*, in: Erbs/Kohlhaas/Ambis (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, Bd. I, 177. EL 2009, § 32 EBRG, Rdnr. 3.

¹³ *Blanke*, Europäische Betriebsräte-Gesetz, Europäische Mitbestimmung, SE, 2. Aufl. 2006, § 32 EBRG, Rdnr. 8; *ders.*, in: Nomos-Erläuterungen zum Deutschen Bundesrecht, 2009, zu § 32 EBRG; *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 121.

¹⁴ *Wache*, (Fn. 12), § 32 EBRG, Rdnr. 3.

¹⁵ *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 32 EBRG, Rdnr. 8.

¹⁶ *Ibid.*, Rdnr. 7; *Blanke*, (Fn. 13), Nomos-Erläuterungen.

¹⁷ *Bachner*, (Fn. 11), § 32 EBRG, Rdnr. 5; *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 121; *Gaul*, Die Einrichtung Europäischer Betriebsräte, NJW 1995, S. 230.

¹⁸ *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 32 EBRG, Rdnr. 7.

Über den schriftlichen Bericht der zentralen Leitung hinaus sind daher dem Europäischen Betriebsrat je nach der Angelegenheit, über die die zentrale Leitung die Arbeitnehmervertretung zu informieren hat, weitere Unterlagen vorzulegen. Dies können beispielsweise sein der Jahresabschlussbericht, der Wirtschaftsprüfungsbericht nach § 321 HGB, Bilanzen, Gewinn- und Verlustrechnungen, Betriebsstatistiken, Marktanalysen, Pläne zur Verbesserung der Arbeitsmethoden sowie Organisations- und Rationalisierungspläne.¹⁹

Inhaltlich hat sich der Bericht der zentralen Leitung „insbesondere“ auf die im Katalog in § 32 Abs. 2 EBRG²⁰ genannten Gegenstände zu beziehen.²¹ Insofern besteht eine Parallele zum Umfang der zur Verfügung zu stellenden Informationen bei der Betriebsratsanhörung nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Der Katalog der Gegenstände der Unterrichtung des Abs. 2 entspricht einer Kombination von § 106 Abs. 3 mit § 111 Satz 2 BetrVG.²²

II. Anhörungsrecht, §§ 32 und 1 Abs. 4 EBRG

Zu dem Unterrichtsrecht hinzu tritt das Anhörungsrecht des Europäischen Betriebsrates. Die Anhörung ist in § 1 Abs. 4 EBRG legaldefiniert als Meinungsaustausch und Einrichtung eines Dialogs zwischen den Arbeitnehmervertretern und der zentralen Leitung oder einer anderen geeigneten Leitungsebene. Das Anhörungsrecht gemäß § 32 EBRG sieht die Möglichkeit der Abgabe einer Stellungnahme des Europäischen Betriebsrates zu der jeweiligen anhörungsrelevanten Maßnahme im Sinne des § 32 Abs. 2 EBRG sowie eine anschließende zwingende Beratung der Stellungnahme zwischen der zentralen Leitung und dem Europäischen Betriebsrat vor.²³ Es ist kein Mitbestimmungsrecht im betriebsverfassungsrechtlichen Sinn, sondern lediglich ein „einfaches“ Beteiligungsrecht, welches allerdings über ein bloßes Anhörungsrecht in der Terminologie des Betriebsverfassungsgesetzes hinausgeht.²⁴

III. Unterrichts- und Anhörungsrecht, § 33 EBRG

Über § 32 EBRG hinaus wird in § 33 EBRG ein zusätzliches Unterrichts- und Anhörungsrecht bezüglich außergewöhnlicher Umstände begründet, die erhebliche

¹⁹ Ibid.

²⁰ Die Tatbestände des § 32 Abs. 2 EBRG werden zutreffend und umfassend von *ibid.*, Rdnr. 18 ff., dargestellt und erläutert. Auf eine weitere Darstellung wird daher hier verzichtet.

²¹ *Ibid.*, Rdnr. 7.

²² *Bachner*, (Fn. 11), § 32 EBRG, Rdnr. 3; *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 32 EBRG, Rdnr. 15.

²³ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 121.

²⁴ *Horcher*, Internationale betriebliche Vereinbarungen, 2004, S. 15.

Auswirkungen auf die Interessen der Arbeitnehmer haben. § 33 EBRG setzt Art. 7 Abs. 2 in Verbindung mit Anhang Nr. 3 Satz 1 EBR-RL um und hat die dort aufgeführten Regelbeispiele für außergewöhnliche Umstände übernommen. Inhaltlich bestimmt sich der außergewöhnliche Charakter des jeweiligen Umstandes – ausgehend von den Regelbeispielen – danach, ob der jeweilige Umstand im Einzelfall erhebliche Auswirkungen auf die Interessen der Arbeitnehmer hat.²⁵ In zeitlicher Hinsicht darf ein Aufschub der Erörterung des Umstandes bis zur turnusmäßigen Anhörung nach § 32 EBRG nicht möglich sein.²⁶

Die Unterrichts- und Anhörungspflicht entsteht, berücksichtigt man die Vorgaben der Richtlinie,²⁷ zeitlich nach Abschluss der Planungsphase der jeweiligen Maßnahme. Es ist dafür Sorge zu tragen, dass die zentrale Leitung die im Rahmen der Wahrnehmung der Rechte aus § 33 EBRG erfolgte Stellungnahme des Europäischen Betriebsrates in ihrer Entscheidungsfindung berücksichtigen kann.²⁸ Die Planungsphase ist abgeschlossen, wenn die zentrale Leitung die Durchführung der konkreten Maßnahme beschlossen hat.²⁹

Hinsichtlich der Frage, wie und in welchem Umfang die Unterrichtung und Anhörung zu erfolgen hat, ergeben sich im Verhältnis zu § 32 EBRG keine Unterschiede. Aus diesem Grund kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

IV. Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, § 38 EBRG

§ 38 EBRG konstituiert, ähnlich wie § 2 Abs. 1 BetrVG für die nationale Arbeitnehmervertretung, die Verhaltensmaxime der vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen der zentralen Leitung und dem Europäischen Betriebsrat zum Wohl der Arbeitnehmer. Hierbei handelt es sich um eine Generalklausel, aus der sich keine unmittelbaren Verhaltenspflichten ableiten lassen. Sie kann vielmehr lediglich als Auslegungshilfe bei strittigen Rechtsfragen in der Beziehung zwischen der zentralen Leitung und dem Europäischen Betriebsrat dienen.³⁰

²⁵ *Bachner*, (Fn. 11), § 33 EBRG, Rdnr. 1.

²⁶ *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 33 EBRG, Rdnr. 3; *Oetker*, in: *Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen*, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, 8. Aufl. 2005, vor § 106 BetrVG, Rdnr. 207.

²⁷ Vgl. Erwägungsgrund 20 EBR-RL.

²⁸ *Joost*, in: *Richardi/Wlotzke* (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 3, *Kollektives Arbeitsrecht*, 2. Aufl. 2000, § 367, Rdnr. 61; *Gaul*, *Das neue Gesetz über Europäische Betriebsräte*, NJW 1996, S. 3383.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 38 EBRG, Rdnr. 4; *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 124.

V. Grundsatz der Geheimhaltung und Vertraulichkeit als Grenze der Beteiligungsrechte, § 39 EBRG

Der Grundsatz der Geheimhaltung gemäß § 39 Abs. 1 EBRG berechtigt die zentrale Leitung zur Zurückhaltung von Informationen innerhalb der Unterrichtsrechte des Europäischen Betriebsrates nach den §§ 32 und 33 EBRG. Voraussetzung für die Zurückhaltung ist, dass durch die Herausgabe der Information Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe gefährdet werden würden. Das Maß der Gefährdung wird in Anlehnung an die §§ 43 Abs. 2 Satz 3 und 106 Abs. 2 BetrVG, und damit restriktiv, bestimmt.³¹ Die zentrale Leitung kann demnach Informationen nur zurückhalten, wenn nach objektiven Maßstäben ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis von der Erteilung der Information betroffen ist, durch die Weitergabe der Information massive betriebliche oder wirtschaftliche Interessen des Unternehmens beeinträchtigt werden können und die konkrete Befürchtung besteht, dass die Informationen unter Verstoß gegen die in § 39 Abs. 2 EBRG bestimmte Verschwiegenheitspflicht – dazu sogleich – weitergegeben werden können.³² Diese restriktive Auslegung ist erforderlich, da bereits bei jeder bloßen Unterrichtung ein Betriebs- und Geschäftsgeheimnis abstrakt gefährdet ist. Um die Vorschrift nicht leerlaufen zu lassen, müssen daher weitere Umstände hinzutreten, die den Gefährdungstatbestand begründen.³³

Demgegenüber kann gemäß § 39 Abs. 2 EBRG das einzelne Mitglied des Europäischen Betriebsrates zur Geheimhaltung der im Rahmen seiner Mandatstätigkeit von der zentralen Leitung erlangten Informationen verpflichtet werden, wenn die entsprechende Information die Qualität eines Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses aufweist und die zentrale Leitung sie ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet hat.

D. Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates nach deutschem Recht

Die Richtlinie 94/45/EG selbst enthält keine ausdrücklichen Regelungen zur Sicherstellung der Durchsetzung und zu Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung der dargestellten Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates durch die

³¹ Ibid.; *Fitting/Auffarth/Engels*, BetrVG, 24. Aufl. 2008, EBRG, Rdnr. 77; *Bachner*, (Fn. 11), § 39 EBRG, Rdnr. 1.

³² *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 38 EBRG, Rdnr. 7; *Müller*, Kommentar zum Europäischen Betriebsräte-Gesetz, 1997, § 39 EBRG, Rdnr. 3; *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 124.

³³ *Oetker*, (Fn. 26), vor § 106 BetrVG, Rdnr. 231: unzuverlässige Mitglieder des Europäischen Betriebsrats; *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 125.

zentrale Leitung. Vielmehr überließ es der Richtliniengeber in Art. 11 Abs. 1 und 3 EBR-RL den Mitgliedstaaten, die Beachtung der Pflichten aus der Richtlinie durch die betroffenen Parteien und die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung der Pflichten zu gewährleisten. Auch das EBRG bietet dem Europäischen Betriebsrat zur Durchsetzung seiner Rechte kein spezielles Instrumentarium. Lediglich jene Verstöße gegen die verschiedenen Beteiligungsrechte, die als Ordnungswidrigkeiten bzw. Straftaten geahndet werden, wurden in den §§ 43 ff. EBRG geregelt. Nicht-sanktionsrechtliche Instrumente sucht man jedoch im EBRG vergebens. Der Gesetzgeber hat wohl darauf vertraut, dass die Verhandlungspartner aufgrund der ihnen gegebenen Freiheit auch für die Durchsetzung der ausgehandelten Rechte Sorge tragen würden.³⁴ Darüber hinaus bestimmt § 2a Abs. 1 Nr. 3b ArbGG, dass Angelegenheiten aus dem EBRG im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens geltend zu machen sind.

Im Folgenden sollen die Möglichkeiten der Geltendmachung der einzelnen Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates näher untersucht und beleuchtet werden.

I. Originäre Rechtsbehelfe: Durchsetzung im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens, §§ 2a Abs. 1 Nr. 3a und 80 ff. ArbGG

Sowohl der Unterrichtsanspruch als auch der Anhörungsanspruch aus § 32 Abs. 1 EBRG können im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren geltend gemacht werden. Allerdings stellt das EBRG dem Europäischen Betriebsrat, anders als § 23 Abs. 3 BetrVG dem nationalen Betriebsrat, keine Zwangsmittel bei Zuwiderhandlung, wie etwa die Verhängung eines Ordnungsgeldes, zur Verfügung. Die einstweilige Sicherung der Durchsetzung der Ansprüche kann im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 85 Abs. 2 Satz 1 ArbGG erfolgen.³⁵ Ein hierfür erforderlicher Verfügungsgrund ist allerdings nur gegeben, wenn die Ausübung des Unterrichts- und Anhörungsrechts durch die Verweigerung der zentralen Leitung gefährdet ist. Da jedoch das Anhörungs- und das Unterrichtsrecht nach § 32 Abs. 1 EBRG turnusmäßigen Charakter haben und der Europäische Betriebsrat und die zentrale Leitung einmal jährlich zusammenzutreffen haben, wird eine Gefährdung dieser turnusmäßigen Informationserteilung durch eine einmalige Verweigerung zur Zusammenkunft durch die zentrale Leitung nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein. Aus diesem Grund wird die Sicherung dieses Unterrichts- und Anhörungsrechts im Rahmen des arbeitsgerichtlichen einstweiligen Rechtsschutzes nur bei einer permanenten Weigerung der zentralen Leitung zur Zusammenkunft zu bejahen sein.

³⁴ *Heinze*, Der Europäische Betriebsrat in Österreich und Deutschland, in: Fs. Tomandl, 1998, S. 150.

³⁵ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 153; *Schmidt*, Betriebliche Arbeitnehmervertretung insbesondere im Europäischen Recht, RdA Sonderbeilage 5/2001, S. 21; *Hanau/Steinmeyer/Wank*, Handbuch zum europäischen Arbeits- und Sozialrecht, 2002, § 19, Rdnr. 98; *Müller*, (Fn. 32), § 32 EBRG, Rdnr. 7.

Im Gegensatz dazu ist aber grundsätzlich die Durchsetzung des Anspruchs auf Vorlage der für die Unterrichtung und Anhörung erforderlichen Unterlagen nach § 32 Abs. 1 EBRG im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 85 Abs. 2 Satz 1 ArbGG möglich. Wie bereits dargestellt, dient die Bereitstellung der Unterlagen der Vorbereitung des Europäischen Betriebsrates auf die Unterrichtung und Anhörung. Diese Vorbereitung ist dann gefährdet, wenn die zentrale Leitung die Vorlage der Unterlagen an den Europäischen Betriebsrat im Vorfeld der Zusammenkunft verweigert, so dass eine zeitnahe Vorbereitung nicht mehr möglich ist.

Auch der Unterrichtungs- und Anhörungsanspruch bei außergewöhnlichen Umständen aus § 33 Abs. 1 Satz 1 EBRG kann gemäß §§ 2a Abs. 1 Nr. 3b und 80 ff. ArbGG im Wege des arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens geltend gemacht werden.³⁶ Anders als beim Anspruch gemäß § 32 Abs. 1 EBRG ist die Sicherung der Durchsetzung dieses Anspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung eine sich regelmäßig bietende Durchsetzungsmöglichkeit.³⁷ Aufgrund der jedoch zeitlich beschränkten Entstehung dieser Ansprüche ist eine Gefährdung der Inanspruchnahme durch Zeitablauf, und damit ein Verfügungsgrund, regelmäßig gegeben.

Auch die durch Vereinbarung bestimmten Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates können gemäß §§ 2a Abs. 1 Nr. 3b und 80 ff. ArbGG im Beschlussverfahren vor den Arbeitsgerichten geltend gemacht werden. Die Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, wird regelmäßig von der Ausgestaltung des jeweiligen durch Vereinbarung bestimmten Rechts abhängig sein. Hierbei wird insbesondere von Bedeutung sein, ob die Geltendmachung des Rechts kurzfristig zu erfolgen hat oder anderen zeitlichen Restriktionen unterliegt. Erst dann wird man einen Verfügungsgrund annehmen können.

II. Abgeleitete Rechtsbehelfe

Die soeben dargestellten originären Rechtsbehelfe können dennoch faktisch leer laufen. Trotz der dargestellten Möglichkeiten der Geltendmachung der Ansprüche hat es die zentrale Leitung in der Hand, die beteiligungsrelevante Maßnahme faktisch dennoch durchzuführen. Dies gilt auch für den Fall, dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren der Durchsetzung der Beteiligungsrechte durch Verhängung eines Zwangsgeldes nach § 888 Abs. 1 ZPO Nachdruck verliehen wird. Diese Sanktionierung kann die zentrale Leitung nicht daran hindern, die entsprechende

³⁶ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 154; *Oetker*, (Fn. 26), vor § 106 BetrVG, Rdnr. 253; *Giesen*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), *Arbeitsrecht-Kommentar*, 2. Aufl. 2006, EBRG, Rdnr. 65; *Hanau/Steinmeyer/Wank*, (Fn. 35), § 19, Rdnr. 99.

³⁷ *Joost*, (Fn. 28), § 367, Rdnr. 73; *Müller*, (Fn. 32), § 33 EBRG, Rdnr. 5; *Blanke*, (Fn. 13), *Europäische Betriebsräte-Gesetz*, § 33 EBRG, Rdnr. 29.

Maßnahme dennoch durchzuführen. Es wird lediglich festgelegt, um welchen Preis dies geschieht.

Diese mangelnde Durchsetzbarkeit des Unterrichts- und des Anhörungsanspruchs führt zu der Überlegung, ob nicht wirksamere, abgeleitete Rechtsbehelfe existieren, die die Durchsetzung der Ansprüche der europäischen Arbeitnehmervertretung gewährleisten können. Zu denken wäre hier an einen Beseitigungs- oder einen Unterlassungsanspruch. Der Beseitigungsanspruch könnte als repressiver Anspruch dazu dienen, die Rechtswirkung der ohne eine Unterrichtung und Anhörung des Europäischen Betriebsrates durchgeführten Maßnahme zu beseitigen. Der Unterlassungsanspruch wäre präventiver Natur und würde die Unterlassung der beteiligungsbedürftigen Maßnahme gewährleisten, solange das Unterrichts- und Anhörungsverfahren noch nicht durchgeführt worden ist.

Keiner der beiden vorgenannten Rechtsbehelfe ist im EBRG oder in der Richtlinie geregelt. Fraglich ist somit, auf welcher rechtlichen Grundlage diese Ansprüche begründet werden können.

1. Beseitigungsanspruch

a) Allgemeiner Beseitigungsanspruch

Der Beseitigungsanspruch könnte zunächst aus dem allgemeinen, gesetzlich nicht geregelten Beseitigungsanspruch hergeleitet werden. Der allgemeine Beseitigungsanspruch ist auf die Beseitigung der Beeinträchtigung der Rechtsposition des Rechtsinhabers durch einen Dritten und insoweit auf die Aufhebung des Widerspruchs zwischen der tatsächlichen und der durch die Rechtsordnung bestimmten Rechtsmacht gerichtet.³⁸ Er setzt voraus, dass sich die von Rechts wegen gegeneinander abgegrenzten Rechtskreise des Rechtsinhabers und des Dritten überlagern, sodass der tatsächliche Herrschaftsbereich beider Beteiligten dem vom Recht bestimmten Umfang nicht mehr entspricht, sondern der Rechtsinhaber durch die Grenzverschiebung in der Ausübung seiner Herrschaftsmacht gehindert wird.³⁹

Die rechtliche Grundlage dieses allgemeinen Beseitigungsanspruchs ist umstritten. Im Ergebnis kann er dogmatisch aus der Lehre vom subjektiven Recht und vom Anspruch abgeleitet werden.⁴⁰ Er ergibt sich unmittelbar aus der einzelnen Rechtsposition und bedarf aufgrund seines Inhalts als Beseitigung der Beeinträchtigung der Rechtsposition durch Aufgabe der rechtlichen Herrschaft durch den Dritten als bloße Verteidigung des Rechtsinhabers keiner gesetzlichen

³⁸ Vgl. insgesamt *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 156 ff.; *Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, 1972, S. 49 f.

³⁹ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 156; *Picker*, (Fn. 38), S. 50.

⁴⁰ Vgl. *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 160.

Absicherung.⁴¹ Der allgemeine Beseitigungsanspruch kann daher als Grundform jeden Rechtsschutzes qualifiziert werden.

Allerdings ist weiter fraglich, ob der allgemeine Beseitigungsanspruch überhaupt zur Anwendung kommen kann, um die Rechte des Europäischen Betriebsrates durchzusetzen. So wird er teilweise nur auf dingliche Rechte beschränkt,⁴² was seine Anwendbarkeit auf die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates ausschließen würde. Teilweise wird seine Anwendbarkeit auf alle subjektiven Rechte erstreckt.⁴³ Im Ergebnis wird man zu Recht seine Anwendbarkeit auf alle subjektiven Rechte annehmen müssen. Hierfür spricht insbesondere seine Qualifizierung als Grundlage jeden Rechtsschutzes. Sinn und Zweck des allgemeinen Beseitigungsanspruchs ist es gerade, repressiven Rechtsschutz für die Durchsetzung von allen durch die Rechtsordnung eindeutig bestimmten Rechtspositionen zu gewähren, die keine spezialgesetzliche Regelung erfahren haben.⁴⁴

Die Möglichkeit der Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates gemäß §§ 32 f. EBRG im Wege des allgemeinen Beseitigungsanspruchs scheidet jedoch an der erforderlichen starken Rechtsposition gegenüber der zentralen Leitung.⁴⁵ In einer solchen Rechtsposition befände sich der Europäische Betriebsrat, wenn die Handlungsfreiheit der zentralen Leitung durch die Beteiligungsrechte nach den §§ 32 f. EBRG in einer solchen Intensität eingeschränkt würde, dass die zentrale Leitung die von ihr beabsichtigte Maßnahme nicht einseitig oder gegen den Willen des Europäischen Betriebsrates durchführen könnte. Dies wäre der Fall, wenn dem Europäischen Betriebsrat – wie dem nationalen – ein aktives Mitbestimmungsrecht zustehen würde, etwa durch die Normierung eines Zustimmungserfordernisses. Ein solches aktives Mitbestimmungsrecht steht dem Europäischen Betriebsrat gegenüber der zentralen Leitung jedoch nicht zu. Wie bereits ausgeführt kann die zentrale Leitung eine beabsichtigte Maßnahme auch bei Nichtbeachtung des Anhörungs- und Unterrichtsrechts des Europäischen Betriebsrates rechtswirksam durchführen. Ein Zustimmungserfordernis lässt sich aus den §§ 32 f. EBRG nicht ableiten. Zwar bezwecken die Regelungen eine Beteiligung des Europäischen Betriebsrates an der Entscheidungsfindung in dem jeweiligen Unternehmen, die Entscheidungsbefugnis über die jeweilige Maßnahme

⁴¹ Ibid.; *Thüsing*, in: Richardi (Hrsg.), *BetrVG-Kommentar*, 10. Aufl. 2006, § 23 BetrVG, Rdnr. 82; *Richardi*, Kehrtwende des BAG zum betriebsverfassungsrechtlichen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, *NZA* 1995, S. 10.

⁴² *Bengelsdorf*, Anmerkung zu BAG Urteil vom 06.12.1994 – 1 ABR 30/94, Unterlassungsanspruch des Betriebsrats bei Verletzung von Mitbestimmungsrechten, *Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen* 1996, S. 143.

⁴³ *Richardi*, (Fn. 41), S. 10.

⁴⁴ Ibid.; *Hinribs*, (Fn. 6), S. 161 f.

⁴⁵ Ibid., S. 162 f.

verbleibt jedoch uneingeschränkt bei der zentralen Leitung, und zwar unabhängig von der Haltung des Europäischen Betriebsrates.

b) § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog

Ein Beseitigungsanspruch seitens des Europäischen Betriebsrates lässt sich auch nicht in analoger Anwendung des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG begründen.⁴⁶ Zwar könnte im Unterrichts- und Anhörungserfordernis nach den §§ 32 f. EBRG eine betriebsverfassungsrechtliche Pflicht gesehen werden, bei deren grober Verletzung dem Arbeitgeber sowohl ein Tun als auch ein Dulden oder Unterlassen aufgegeben werden kann. Jedoch kann auf § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG schon bereits aufgrund seines zukunftsgerichteten Charakters nicht zurückgegriffen werden. Die Vorschrift soll ein zukünftiges gesetzeskonformes Verhalten des Arbeitgebers gewährleisten.⁴⁷ Würde man dem Europäischen Betriebsrat auf ihrer Grundlage einen Beseitigungsanspruch zugestehen, würde allein eine in der Vergangenheit unterbliebene Beteiligung des Europäischen Betriebsrates repressiv durchgesetzt. Eine künftige Sicherung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates kann § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG nicht gewährleisten. Der Normzweck der Vorschrift lässt eine entsprechende Anwendung zur Begründung eines Beseitigungsanspruchs daher nicht zu. Im Ergebnis muss festgehalten werden, dass die Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates nicht durch einen Beseitigungsanspruch gesichert werden kann.

2. Unterlassungsanspruch

a) § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog

Ein Unterlassungsanspruch könnte zunächst in analoger Anwendung des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG begründet werden. Nach dieser Vorschrift kann im nationalen Betriebsverfassungsrecht die Arbeitnehmervertretung vom Arbeitgeber bei groben Verstößen gegen seine Verpflichtungen aus dem BetrVG die Unterlassung einer Handlung beantragen. Eine für die analoge Anwendung der Vorschrift erforderliche Regelungslücke besteht, da bislang der nationale Gesetzgeber in Umsetzung der Richtlinie keine Regelung getroffen hat, um die Ausübung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates bei drohendem Zeitablauf zu schützen.

Die in § 32 EBRG geregelten Unterrichts- und Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates lassen sich funktional mit denen des nationalen Betriebsrates bzw. Wirtschaftsausschusses nach den §§ 106 und 111 BetrVG

⁴⁶ Ibid., S. 153 f.

⁴⁷ BAG, Az. 1 ABR 77/89, Urteil v. 27.11.1990, AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 41; Joost, (Fn. 28), § 310, Rdnrn. 28 und 41; Thiising, (Fn. 41), § 23 BetrVG, Rdnr. 80 ff.; Richardt, (Fn. 41), S. 9.

vergleichen.⁴⁸ Nicht grundlos wird der Europäische Betriebsrat mitunter als „Wirtschaftsausschuss auf europäischer Ebene“ begriffen.⁴⁹ So finden sich auch im Betriebsverfassungsgesetz Beteiligungsrechte hinsichtlich geplanter Investitionen (§ 106 Abs. 3 Nr. 3), Änderungen der Organisation (§ 106 Abs. 3 Nr. 9), der Einführung neuer Arbeits- und Fertigungsverfahren (§ 106 Abs. 3 Nr. 5) oder der Verlegung von Unternehmen (§ 106 Abs. 3 Nr. 6). Allerdings weichen diese vergleichbaren Beteiligungsrechte hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit bzw. hinsichtlich des entsprechenden Verfahrensgangs deutlich voneinander ab. So fehlt auf europäischer Ebene das Verfahrensinstitut der Einigungsstelle vollständig. Nach nationalem Recht ist vor Anrufung der Arbeitsgerichte, also vor Beschreiten des Weges zur gerichtlichen Geltendmachung der jeweiligen Rechte der Arbeitnehmervertretung, die Einigungsstelle anzurufen, deren Spruch nach § 109 Satz 2 BetrVG die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzt und dadurch die Anspruchsgrundlage für den Wirtschaftsausschuss begründet. Im daran anschließenden Verfahren vor dem Arbeitsgericht kann nunmehr nur noch der Vollzug des Spruchs der Einigungsstelle geltend gemacht werden,⁵⁰ der jedoch vom Arbeitsgericht inhaltlich voll überprüfbar ist.

Vor diesem Hintergrund wird zwar vertreten, dass die Gewährung eines Antragsrechts nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG dem Betriebsrat die Möglichkeit eröffnen würde, das zweistufige Verfahren im Ergebnis zu umgehen, und daher abzulehnen sei.⁵¹ Dennoch steht dem Betriebsrat nach der herrschenden Meinung ein Antragsrecht nach § 23 Abs. 3 Satz 1 zu,⁵² was mit der Funktion dieses Paragraphen begründet wird. Die Vorschrift diene der effizienten Sicherung der Einhaltung der betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten durch den Arbeitgeber und stelle damit ein Mindestmaß an gesetzmäßigem Verhalten sicher.⁵³ Jedenfalls bei einem groben Verstoß gegen die Einhaltung der Beteiligungsrechte des Betriebsrates seitens des Arbeitgebers müsse dem Betriebsrat regelmäßig die Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs ermöglicht werden.⁵⁴ Dies gilt insbesondere

⁴⁸ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 115 ff. m.w.N.; *Melot de Beauregard/Buchmann*, (Fn. 10), S. 1419.

⁴⁹ *Sandmann*, Die Euro-Betriebsrats-Richtlinie 94/45/EG – Europäischer Betriebsrat und alternative Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in transnationalen Unternehmen, 1996, S. 242 ff.

⁵⁰ *Oetker*, (Fn. 26), § 109 BetrVG, Rdnr. 28.

⁵¹ *Ibid.*, Rdnr. 104.

⁵² *Däubler*, in: *Däubler/Kittner/Klebe*, (Fn. 11), § 106 BetrVG, Rdnr. 81; *Heinze*, Die betriebsverfassungsrechtlichen Ansprüche des Betriebsrats gegenüber dem Arbeitgeber, DB Beilage 9/1983, S. 20; *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 169.

⁵³ Vgl. BAG, Urteil v. 20.8.1991, AP BetrVG 1972 § 77 Tarifvorbehalt Nr. 2; *Fitting/Auffarth/Engels*, (Fn. 31), § 23 BetrVG, Rdnr. 51; *Raab*, Der Unterlassungsanspruch des Betriebsrats – Die neue Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und ihre Folgen für die einzelnen Mitbestimmungs-tatbestände, ZfA 1997, S. 188.

⁵⁴ *Trittin*, in: *Däubler/Kittner/Klebe*, (Fn. 11), § 23 BetrVG, Rdnr. 71.

vor dem Hintergrund, dass der Arbeitgeber anderenfalls unter Inkaufnahme der Sanktionen nach den §§ 119 und 121 BetrVG jede beteiligungspflichtige Maßnahme regelmäßig ohne Beteiligung des Betriebsrates durchführen könnte.⁵⁵ Allerdings wird einschränkend dahingehend plädiert, dass das Recht zur Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs zeitlich bis zur Entscheidung der Einigungsstelle begrenzt werden soll.⁵⁶

Diese Argumente und Schlussfolgerungen hinsichtlich eines Antragsrechts des nationalen Betriebsrates nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG lassen sich im Wege der analogen Anwendung ohne Weiteres auf die Geltendmachung des Antragsrechts des Europäischen Betriebsrates übertragen. Dies gebieten bereits der gemeinschaftsrechtliche Gleichwertigkeitsgrundsatz sowie der gemeinschaftsrechtliche Grundsatz der Effektivität (*effet utile*). Der gemeinschaftsrechtliche Gleichwertigkeitsgrundsatz leitet sich aus dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsprinzip ab. Nach diesem Prinzip haben die Mitgliedstaaten zum einen im Hinblick auf den von der umzusetzenden Richtlinie verfolgten Zweck diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit am besten eignen (Effektivitätsgrundsatz).⁵⁷ Zum anderen muss das mitgliedstaatliche Verfahren gegenüber Verfahren mit gleichartigen mitgliedstaatlichen Fällen gleichwertig sein (Gleichwertigkeitsgrundsatz).⁵⁸

Der Gleichwertigkeitsgrundsatz erfordert bereits deshalb die analoge Anwendung des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zur Sicherung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates nach § 32 ff. EBRG, da seine Anwendbarkeit bereits für die funktional vergleichbaren Vorschriften der §§ 106 und 111 BetrVG bejaht worden ist. Bejaht man diese, widerspräche es dem Gleichwertigkeitsgrundsatz, gemeinschaftsrechtliche, den nationalen Vorschriften gleichwertige Grundsätze nicht mit denselben Sicherungsmöglichkeiten durchsetzen zu können.

Nach dem Grundsatz des *effet utile* sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zur Erfüllung der sich aus dem Vertrag oder aus den Handlungen der Gemeinschaftsorgane ergebenden Pflichten durchzuführen (Art. 4 Abs. 3 Satz 2 EUV). Der europäische Gerichtshof leitet aus dem Grundsatz des *effet utile* die normative Vorgabe ab, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts eine maximale Entfaltung der Nutzwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zu gewährleisten haben.⁵⁹ Von diesem Grundsatz sind alle Staatsgewalten der Mitgliedstaaten in den Vollzug

⁵⁵ Hinrichs, (Fn. 6), S. 170.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-40/04, *Yonemoto*, Slg. 2005, I-7755, Rdnr. 58.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-63/01, *Evans*, Slg. 2003, I-14447, Rdnr. 45.

⁵⁹ St. Rspr. seit EuGH, Rs. 20/59, *Italien/Hobe Behörde*, Slg. 1960, 683, 708 ff.

des Gemeinschaftsrechts eingebunden.⁶⁰ Darüber hinaus wird der Grundsatz des *effet utile* als allgemeiner Rechtsgrundsatz für das Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaftsorganen verstanden, wonach alle beteiligten Stellen zur Zusammenarbeit verpflichtet sind.⁶¹ Hieraus leiten sich die gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien der Kooperation und der Rücksichtnahme ab.⁶²

Der *effet utile* fordert die analoge Anwendung des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG auf die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates, da aufgrund dieser Regelung diesem ein Rechtsbehelf zur Verfügung gestellt wird, durch dessen präventiven Rechtsschutz eine effektive Durchsetzung der Unterrichts- und Anhörungsrechte gewährleistet wird.⁶³ Ein grober Verstoß wird aus diesem Grund bereits dann zu bejahen sein, wenn die Verletzungshandlung des Unterrichts- oder Anhörungsrechts erstmals wiederholt wird, da bereits dies die Verletzung der wichtigsten Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates bedeutet.

Gleichwohl lehnt die wohl herrschende Meinung in der Literatur es ab, die Verletzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates nach den §§ 32 f. EBRG als groben Verstoß im Sinne des § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG zu qualifizieren.⁶⁴ Die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates stellen keine echten Mitbestimmungsrechte dar und das Einräumen eines Unterlassungsanspruchs führe zu einem „Mitbestimmungsrecht auf Zeit“.⁶⁵ Vor dem Hintergrund des dargestellten Schutzzweckes der Vorschrift und der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze des *effet utile* und der Gleichwertigkeit vermag dieses Argument jedoch nicht zu überzeugen. Diese Ansicht verkennt, dass die Unterrichts- und Anhörungspflicht in materieller Hinsicht das Herzstück des EBRG darstellt.⁶⁶ Wie bereits gezeigt, besteht das rechtliche Interesse und die rechtliche Notwendigkeit, die Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates effektiv zu schützen. Das Instrument der gemeinschaftsweiten Beteiligung der Arbeitnehmervertretung liefe anderenfalls leer, da die zentrale Leitung *de facto* jede Maßnahme auch ohne Beteiligung des Europäischen Betriebsrates vornehmen könnte.

Auf Grundlage einer richtlinienkonformen Auslegung des EBRG kann der Europäische Betriebsrat im Ergebnis daher die Durchsetzung seines Anhörungs- und Unterrichtsrechts aus § 32 EBRG bei einer wiederholten Verletzung durch

⁶⁰ Vgl. etwa zuletzt EuGH, Rs. C-212/04, *Adeneler*, Slg. 2006, I-6057, Rdnrn. 117 und 122.

⁶¹ EuGH, Rs. 14/88, *Italien/Kommission*, Slg. 1989, 3677, Rdnr. 20.

⁶² *Kabl*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 10 EGV, Rdnr. 7 f.

⁶³ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 171.

⁶⁴ Vgl. *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 32 EBRG, Rdnr. 36 m.w.N.

⁶⁵ *Abrens*, Europäischer Betriebsrat: Fortgeltung und Änderung bestehender freiwilliger Vereinbarungen, AG 1997, S. 305; *Hromádka*, Rechtsfragen zum Europäischen Betriebsrat, DB 1995, S. 1130.

⁶⁶ *Blanke*, (Fn. 13), Europäische Betriebsräte-Gesetz, § 32 EBRG, Rdnr. 37.

die zentrale Leitung zumindest bis zum Abschluss des Beteiligungsverfahrens im Wege eines Antrags auf Unterlassung nach § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog absichern.⁶⁷ Das Gleiche gilt für die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates aus § 33 EBRG. Auch diese sind mit den Regelungen der §§ 106 und 111 BetrVG funktional vergleichbar.

b) Allgemeiner Unterlassungsanspruch

Denkbar ist weiter, dem Europäischen Betriebsrat ähnlich dem allgemeinen Beseitigungsanspruch einen allgemeinen Unterlassungsanspruch zuzugestehen.

Auf nationaler Ebene hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 3. Mai 1994 einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bei der Verletzung von Mitbestimmungsrechten in sozialen Angelegenheiten bejaht.⁶⁸ Das Bundesarbeitsgericht qualifizierte den Unterlassungsanspruch als Nebenleistungsanspruch aus dem zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden betriebsverfassungsrechtlichen Schuldverhältnis unter Bezugnahme auf § 2 Abs. 1 BetrVG. Aus dieser Vorschrift ließen sich zwar keine unmittelbaren Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte ableiten, sie sei jedoch bei der Auslegung der einzelnen Tatbestände des Betriebsverfassungsgesetzes zu berücksichtigen. Aus ihr könne das Gebot abgeleitet werden, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung des konkreten Mitbestimmungsrechts entgegenstehe.⁶⁹ In der Folge hat das Bundesarbeitsgericht diesen allgemeinen Unterlassungsanspruch auf die Verletzung des in § 78 BetrVG geregelten betriebsverfassungsrechtlichen Behinderungsverbots⁷⁰ sowie auf die Verletzung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien⁷¹ ausgeweitet.

In der Literatur hat diese Auffassung des Bundesarbeitsgerichtes heftigen Widerstand ausgelöst. Im Wesentlichen wird vorgebracht, dass das Bundesarbeitsgericht keine plausible Rechtsgrundlage für einen solchen Unterlassungsanspruch geliefert habe.⁷² Im Ergebnis dürfte jedoch ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrates in sozialen Angelegenheiten zu bejahen sein. Er resultiert aus dem zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnis unter der Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und

⁶⁷ So auch *ibid.*, der den Unterlassungsanspruch auch auf § 1004 i.V.m. § 823 Abs. 1 und 2 BGB stützt; a.A. *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 172 f., der den Anspruch am gemeinschaftsrechtlichen Transparenzgebot scheitern lässt.

⁶⁸ BAG, Az. 1 ABR 24/93, Urteil v. 3.5.1994, NZA 1995, S. 40.

⁶⁹ *Ibid.*, S. 42.

⁷⁰ BAG, Az. 7 ABR 14/97, Urteil v. 12.11.1997, AP BetrVG 1972 § 23 Nr. 27.

⁷¹ BAG, Az. 1 ABR 29/04, Urteil v. 26.7.2005, NZA 2005, S. 1372.

⁷² Vgl. zum Meinungsstand ausführlich *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 174 ff. m.w.N.

Glauben aus § 242 BGB sowie aus dem Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 Abs. 1 BetrVG als Nebenpflicht.⁷³ Dem Betriebsrat ist jedoch ein solcher Unterlassungsanspruch nur hinsichtlich der Sicherung jener Beteiligungsrechte zu gewähren, bei denen der Arbeitgeber auf die Zustimmung des Betriebsrates angewiesen ist, also in Fällen der zwingenden Mitbestimmung.⁷⁴

Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrates in wirtschaftlichen Angelegenheiten besteht allerdings nicht.⁷⁵ In diesem Bereich soll der Unternehmer in seiner Handlungsfreiheit durch die Gewährung eines Unterlassungsanspruchs nicht unmittelbar beschränkt werden. Der Unterlassungsanspruch des nationalen Betriebsrates bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten ist das Ergebnis einer Interessenabwägung zwischen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers und dem zwingenden Charakter des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrates. Die Interessenlage in wirtschaftlichen Angelegenheiten ist anders. Nach der gesetzgeberischen Wertung obliegt die Leitung des Betriebes ausschließlich dem Arbeitgeber.⁷⁶ Der nationale Betriebsrat kann daher zur Sicherung seiner Mitbestimmungsrechte in sozialen Angelegenheiten auf den allgemeinen Unterlassungsanspruch zurückgreifen, nicht jedoch in wirtschaftlichen Angelegenheiten.

Fraglich ist, ob das ohnehin bereits nur mit Einschränkungen im nationalen Recht geltende zuvor dargestellte Ergebnis auch auf den Europäischen Betriebsrat übertragen werden kann. Dies ist zu verneinen. Das EBRG enthält keine den §§ 111 ff. BetrVG entsprechende ausdifferenzierte Regelungsmechanik in sozialen Angelegenheiten, sodass bereits keine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Darüber hinaus sind die Beteiligungssachverhalte der §§ 32 f. EBRG und die in § 111 BetrVG genannten Sachverhalte in sozialen Angelegenheiten weitgehend deckungsgleich. Insoweit besteht daher auch kein Bedarf an einer über die Rechte des nationalen Betriebsrates hinausgehenden Absicherung auf Seiten des Europäischen Betriebsrates, da bereits die Arbeitnehmervertretung auf europäischer Ebene beteiligt wird und ihr auch ein Unterlassungsanspruch zur Sicherung ihrer Mitbestimmungsrechte zur Verfügung steht.⁷⁷

Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch des Europäischen Betriebsrates zur Sicherung seiner Unterrichts- und Anhörungsrechte besteht daher nicht.

⁷³ Ibid., S. 180 f.

⁷⁴ Oetker, (Fn. 26), § 23 BetrVG, Rdnr. 139; Hinrichs, (Fn. 6), S. 183 f.

⁷⁵ Oetker, (Fn. 26), § 106 BetrVG, Rdnr. 104; Richardi, Der Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch in der Dogmatik des Betriebsverfassungsrechts, in: Fs. Wlotzke, 1996, S. 407; Raab, (Fn. 53), S. 205.

⁷⁶ LAG Schleswig-Holstein, Urteil v. 13.1.1992, LAGE BetrVG 1972 § 111 Nr. 11.

⁷⁷ Hinrichs, (Fn. 6), S. 189.

c) Unterlassungsverfügung

Fraglich ist, ob der Europäische Betriebsrat seinen Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog im Wege der einstweiligen Unterlassungsverfügung geltend machen kann; dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass zuvor die Sicherung der Beteiligungsrechte durch den Erlass einer einstweiligen Verfügung für möglich erachtet worden ist.

Bei der einstweiligen Unterlassungsverfügung handelt es sich um das „Gegenstück“ zur einstweiligen Verfügung. Im Gegensatz zu letzterer würde sie die zentrale Leitung nicht dazu verpflichten, die Unterrichtung und Anhörung bezüglich der beteiligungsrelevanten Maßnahme durchzuführen, sondern sie würde das Unterrichtungs- und Anhörungsrecht des Europäischen Betriebsrates durch Anordnung der Unterlassung der beteiligungsrelevanten Maßnahme sichern.

Bereits auf nationaler Ebene ist umstritten, ob der Betriebsrat die Möglichkeit hat, durch Erwirken eines Erlasses einer Unterlassungsverfügung seine mit den §§ 32 f. EBRG vergleichbaren Mitbestimmungsrechte aus § 111 BetrVG zu sichern. Teilweise wird eine solche Möglichkeit bejaht.⁷⁸ Diese Ansicht wird zum einen mit dem bestehenden allgemeinen Unterlassungsanspruch begründet⁷⁹ – der nach der hier vertretenen Auffassung nicht besteht. Zum anderen wird das Unterrichts- und Beratungsrecht selbst als Argument herangezogen,⁸⁰ das im Rahmen der Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO gesichert werden kann. Wieder andere begründen die Möglichkeit des Erwirkens einer Unterlassungsverfügung mit der richtlinienkonformen Auslegung des Art. 4 Abs. 4 lit. e) der Richtlinie 2002/14/EG.⁸¹ Ein Verfügungsgrund sei dann gegeben, wenn das Verfahren um den Interessenausgleich nicht mehr nachgeholt werden könne. Zeitlich begrenzt wird die Unterlassungsverfügung nach dieser Ansicht durch den Abschluss des Interessenausgleichsverfahrens.⁸²

Nach richtiger Ansicht wird jedoch die Möglichkeit des Erlasses einer Unterlassungsverfügung zur Sicherung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates abgelehnt.⁸³ Wie bereits ausgeführt, kann kein allgemeiner Unterlassungsanspruch

⁷⁸ LAG Thüringen, Urteil v. 26.9.2000, LAGE BetrVG 1972 § 111 Nr. 17; LAG Hamburg, Urteil v. 26.06.1997, ZIP 1997, S. 2205; *Fitting/Auffartb/Engels*, (Fn. 31), § 111 BetrVG, Rdnr. 138; *Annuß*, in: Richardi, (Fn. 41), BetrVG-Kommentar, § 111 BetrVG, Rdnr. 168; *Oetker*, (Fn. 26), § 23 BetrVG, Rdnr. 151; *Matthes*, Rechtsfragen zum Interessenausgleich, in: Fs. Wlotzke, 1996, S. 406.

⁷⁹ LAG Hamburg, Urteil v. 13.11.1981, DB 1982, S. 1522.

⁸⁰ *Fitting/Auffartb/Engels*, (Fn. 31), § 111 BetrVG, Rdnr. 138.

⁸¹ *Annuß*, (Fn. 78), § 111 BetrVG, Rdnr. 168.

⁸² LAG Hessen, Urteil v. 30.08.1984, DB 1985, S. 178, 180.

⁸³ LAG Düsseldorf, Urteil v. 19.11.1996, DB 1997, S. 1286; *Heinze*, in: Rauscher/Wax/Wenzel (Hrsg.), MüKo ZPO, Bd. 2, 3. Aufl. 2007, § 935 ZPO, Rdnr. 127; *Hess*, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock, BetrVG-Kommentar, 7. Aufl. 2006, § 111 BetrVG, Rdnr. 88 f.; *Bender*, in: Wlotzke/Preis (Hrsg.), BetrVG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 111 BetrVG, Rdnr. 38;

angenommen werden. Auf dieser Grundlage lässt sich daher auch kein Verfügungsanspruch konstruieren. Auch ist im Beratungsrecht des Betriebsrates kein Verfügungsanspruch zu sehen. Der Anspruch auf Verhandlungen über den Interessenausgleich betrifft lediglich eine Obliegenheit des Arbeitgebers, deren Verletzung abschließend die Rechtsfolgen des § 113 BetrVG auslöst. Ein Verfügungsanspruch lässt sich auch nicht direkt aus dem Unterrichts- und Beratungsrecht herleiten. Beide Rechte sind vom Betriebsrat zwar im Beschlussverfahren vor dem Arbeitsgericht durchsetzbar, aber auch hier scheidet ein Verfügungsanspruch aus. Für ihn besteht schlicht kein Bedarf. Der Richter ist im Rahmen des Beschlussverfahrens ermächtigt, die einstweilige Unterrichtung und Beratung anzuordnen. Mehr Kompetenzen stehen ihm nach der gesetzlichen Konzeption des § 113 BetrVG nicht zu.⁸⁴ Aus diesem Grund ist für die Anerkennung eines Verfügungsanspruchs kein Raum. Auf nationaler Ebene besteht daher für den Betriebsrat keine Möglichkeit, sein Recht aus § 111 BetrVG mittels der Erwirkung einer Unterlassungsverfügung zu sichern.

Fraglich ist, ob vor diesem Hintergrund unter Umständen auf europäischer Ebene dem Europäischen Betriebsrat die Sicherung seiner Beteiligungsrechte nach den §§ 32 f. EBRG im Wege der Unterlassungsverfügung möglich sein kann. Anders als für die nationale Arbeitnehmervertretung in § 113 BetrVG sind die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates nicht abschließend und differenziert im EBRG geregelt. Aus diesem Grund sind die Möglichkeiten des verfahrensrechtlichen Rechtsschutzes für den Europäischen Betriebsrat weitreichender als für sein nationales Pendant. Auch die Ausgangslage ist eine andere. Die zentrale Leitung kann, anders als im nationalen Verfahren, nach Durchführung der Unterrichtung und Anhörung die beteiligungsrelevante Maßnahme unabhängig vom Ergebnis der Beteiligung oder der Meinung der Arbeitnehmervertreter durchführen. Demgegenüber steht der Unterlassungsanspruch aus § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit ist durch die Gewährung dieses Verfügungsanspruchs nicht beeinträchtigt. Die Gewährung der Möglichkeit, eine Unterlassungsverfügung zu erwirken, hat lediglich zur Folge, dass die zentrale Leitung im einstweiligen Rechtsschutz mittelbar zur Durchführung der Unterrichtung und Anhörung verpflichtet wird. Die beteiligungsrelevante Maßnahme selbst kann dauerhaft nicht verhindert werden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch der Unterlassungsanspruch des Europäischen Betriebsrates nur bis zur ordnungsgemäß durchgeführten Beteiligung besteht. Selbstverständlich ist die Wirkung der Unterlassungsverfügung zeitlich bis zur Beendigung der Beteiligung begrenzt.

Schmädicke, Der Verfügungsgrund beim Antrag des Betriebsrats auf Unterlassung von Personalabbaumaßnahmen, NZA 2004, S. 297 f.; *Ebler*, Einstweilige Verfügung auf Unterlassung betriebsbedingter Kündigungen, BB 1994, S. 2270 ff.; *Ebrich*, Einstweilige Verfügung gegen betriebsbedingte Kündigungen, BB 1993, S. 356 ff.

⁸⁴ *Hinrichs*, (Fn. 6), S. 194 f.

Auch die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze des *effet utile* und der Transparenz bleiben gewahrt. Die Unterlassungsverfügung sichert die Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates und ist daher effektiv. Ihre rechtliche Herleitung ergibt sich aus der etablierten prozessualen Systematik und ist daher transparent.⁸⁵

Die auf nationaler Ebene vorgebrachten Bedenken gegen die Gewährung der Möglichkeit der Unterlassungsverfügung greifen auf der Ebene des Europäischen Betriebsrates daher nicht.⁸⁶ Im Ergebnis kann der Europäische Betriebsrat zusätzlich zur einstweiligen Verfügung in den Fällen des § 33 EBRG auch auf das Institut der Unterlassungsverfügung zurückgreifen, das es ihm erlaubt, von der zentralen Leitung einstweilig die Unterlassung der beteiligungsrelevanten Maßnahme zu verlangen, bis die Unterrichtung und Anhörung abgeschlossen ist.

III. Zusammenfassung

Dem Europäischen Betriebsrat steht neben den Beteiligungsrechten aus den §§ 32 und 33 EBRG ein Unterlassungsanspruch gegen die zentrale Leitung aus § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog auf Unterlassung der beteiligungsrelevanten Maßnahme bis zur ordnungsgemäßen Durchführung der Beteiligung zu.

Der Europäische Betriebsrat kann seine Rechte auch abseits des Hauptsachebeschlussverfahrens vor dem Arbeitsgericht auf der Ebene des einstweiligen Rechtsschutzes durch den Antrag auf Anordnung der Unterrichtung und Anhörung im Rahmen der Befriedigungsverfügung oder im Wege eines Antrags auf Gewährung der Unterlassungsverfügung absichern.

Diese Gewährleistung des einstweiligen Rechtsschutzes führt zu einer effektiven Absicherung der Beteiligungsrechte. Durch die gerichtliche Anordnung der Unterrichtung und der Anhörung im Rahmen der Befriedigungsverfügung wird die rechtzeitige Beteiligung des Europäischen Betriebsrates gewährleistet. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Durchsetzung des allgemeinen Unterrichtungs- und Anhörungsrechts nach § 32 EBRG nur ausnahmsweise im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemacht werden kann. Im Regelfall wird eine Eilbedürftigkeit in diesen Fällen nicht vorliegen. Demgegenüber ist die Eilbedürftigkeit im Regelfall hinsichtlich der Vorlage der für die Unterrichtung notwendigen Unterlagen sowie für die einstweilige Sicherung des besonderen Unterrichtungs- und Anhörungsrechts nach § 33 EBRG gegeben. Die Interessen der zentralen Leitung bleiben hierbei gewahrt, da deren unternehmerische Entscheidung im Kern nicht angetastet wird.

⁸⁵ Ibid., S. 197, der widersprüchlicher Weise die Möglichkeit des Erwirkens einer Unterlassungsverfügung annimmt, obwohl er einen Unterlassungsanspruch des Europäischen Betriebsrates ablehnt.

⁸⁶ Ibid., S. 196 f.

Eine Sanktionierung der Verletzung der Beteiligungsrechte durch Inanspruchnahme eines Beseitigungsanspruchs ist nicht möglich. Nach deutschem Recht kommt lediglich eine monetäre Sanktionierung in Frage. Das Gesetz über Europäische Betriebsräte ahndet eine Verletzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates als Ordnungswidrigkeit und sieht eine Geldbuße von bis zu 15.000 Euro vor (§ 45 EBRG).

E. Rechtsprechung

Die deutsche arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hatte sich – soweit ersichtlich – mit der Frage der gerichtlichen Durchsetzbarkeit der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates bislang nicht zu befassen.

Lediglich der Informationsanspruch der Arbeitnehmervertreter vor Gründung des Europäischen Betriebsrates gemäß Art. 11 EBR-RL war bislang Gegenstand deutscher Rechtsprechung. So hatte sich schließlich auch der Europäische Gerichtshof mit Vorlagen deutscher Gerichte in den Fällen der Unternehmen *Bofrost*,⁸⁷ *Kühne und Nagel*⁸⁸ sowie *ADS Anker*⁸⁹ zu befassen und hat klargestellt, ob und wann ein Informationsanspruch der Arbeitnehmervertreter gegen die zentrale Leitung bzw. deren Vertretung besteht.

Allerdings sind Entscheidungen – insbesondere französischer Gerichte – im Zusammenhang mit den Beteiligungsrechten des Europäischen Betriebsrates ergangen, die in der Folge beleuchtet werden.

I. Rechtsprechung des EuGH zum Informationsanspruch vor Gründung des Europäischen Betriebsrates nach Art. 11 EBR-RL

Der EuGH hat in der Rechtssache *Bofrost* klargestellt, dass sich der Auskunftsanspruch gegenüber der zentralen Leitung aus Art. 11 EBR-RL ergibt.⁹⁰ Die zentrale Leitung habe den Arbeitnehmervertretern Zugang zu jenen Informationen zu gewähren, die zur Errichtung eines Europäischen Betriebsrates benötigt werden. Dem liege der Grundgedanke der praktischen Wirksamkeit zugrunde, der flankiert werde durch den Anspruch auf Verhandlungsaufnahme nach Art. 5 Abs. 1 EBR-RL. Der Anspruch umfasst demnach auch einen Anspruch auf „Übermittlung“ der erforderlichen Informationen. Dies resultiert bereits aus

⁸⁷ EuGH, Rs. C-62/99, *Bofrost*, Slg. 2001, I-2579.

⁸⁸ EuGH, Rs. C-440/00, *Kühne und Nagel*, Slg. 2004, I-787.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-349/01, *ADS Anker*, Slg. 2004, I-6803.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-62/99, *Bofrost*, Slg. 2001, I-2579; vgl. *Thüsing*, (Fn. 2), § 10, Rdnr. 17.

dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 EBR-RL, der von „vorlegen“ spricht. Ein Anspruch der Arbeitnehmervertreter besteht demnach unter drei Voraussetzungen: 1) Es muss sich um unerlässliche Informationen zur Errichtung der grenzübergreifenden Arbeitnehmerunterrichtung handeln; 2) die Überlassung der Unterlagen muss hierfür erforderlich sein; und 3) die Unternehmensleitung muss über die Unterlagen verfügen oder sie zumindest beschaffen können.

In der Rechtssache *Kühne und Nagel*, bestätigt in der Entscheidung *ADS Anker*, stellte der EuGH klar, dass den Arbeitnehmern auch Auskunft zu erteilen ist, wenn die zentrale Leitung einer gemeinschaftsweit tätigen Unternehmensgruppe nicht in einem Mitgliedstaat liegt.⁹¹ Die Auskunft bezieht sich auf die durchschnittliche Gesamtzahl der Arbeitnehmer und ihre Verteilung auf die Mitgliedstaaten, die Unternehmen und Betriebe sowie auf die Struktur des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe. Wenn die zentrale Leitung die Auskunft nicht erteilt, besteht der Anspruch gegen die fiktive zentrale Leitung (also der Betrieb, in dem in der EU die meisten Arbeitnehmer beschäftigt sind). Die fiktive zentrale Leitung hat einen Anspruch darauf, alle notwendigen Auskünfte zu erhalten, um sie an die Arbeitnehmer weiterzugeben.

II. Rechtsprechung nationaler Gerichte zu den Beteiligungsrechten des Europäischen Betriebsrates

1. Renault-Vilvoorde, 1997

Über die Informations- und Konsultationsrechte des Europäischen Betriebsrates entschied ein Gericht erstmals im Jahr 1997. Bei der Schließung des belgischen Renault-Werkes Vilvoorde bei Brüssel hatte die zentrale Leitung des französischen Autoherstellers den Europäischen Betriebsrat nicht konsultiert. Das Berufungsgericht von Versailles, in dessen örtlichem Zuständigkeitsbereich der Autohersteller seinen Sitz hatte, untersagte der Gesellschaft Renault im Wege der einstweiligen Verfügung die Schließung des Werkes, bis sie ihren Informations- und Konsultationspflichten gegenüber dem Europäischen Betriebsrat nachgekommen sei.⁹² Das Gericht begründete seine Entscheidung mit „dem allgemein gültigen und logischen Erfordernis [...] wonach Rechtsvorschriften ihre nützliche Wirkung entfalten müssen.“ Im Falle einer derart wichtigen und unwiderruflichen Entscheidung, wie die einer Werkschließung, müsse mit Hilfe einer vorherigen Information und Konsultation des Europäischen Betriebsrates Raum für Kritik und Gegenvorschläge der Arbeitnehmervertreter gegeben werden, damit die endgültige

⁹¹ EuGH, Rs. C-440/00, *Kühne und Nagel*, Slg. 2004, I-787; EuGH, Rs. C-349/01, *ADS Anker*, Slg. 2004, I-6803; vgl. *Thüsing*, (Fn. 2), § 10, Rdnr. 18.

⁹² Cour d'Appel de Versailles, Re. 2780/97, Urteil-Nr. 308 v. 7.5.1997, dt. Übersetzung in *ArbuR* 1997, S. 299 ff.; vgl. auch *Lorenz/Zumfelde*, *Der Europäische Betriebsrat und die Schließung des Renault-Werkes in Vilvoorde/Belgien*, *RdA* 1998, S. 168 ff.

Entscheidung flexibel und akzeptabel ausfalle. Ein Unterlassen von Information und Konsultation vor der Schließungsentscheidung laufe diesen Zielen entgegen und stelle eine offensichtliche Rechtsverletzung dar. Das Gericht bejahte einen Unterlassungsanspruch des Europäischen Betriebsrates bis zur korrekt durchgeführten Beteiligung. Die Anhörungs- und Konsultationsrechte des Europäischen Betriebsrates wurden vom Berufungsgericht Versailles daher im Wege der Unterlassungsverfügung gesichert.

2. Gaz de France/Suez, 2006

Am 21. November 2006 erreichte der Europäische Betriebsrat des staatlich kontrollierten französischen Energiekonzerns Gaz de France (GdF) eine vielbeachtete Eilentscheidung des *Tribunal de Grande Instance* in Paris, mit der dem Konzern untersagt wurde, einen Beschluss des GdF-Verwaltungsrates über eine Fusion mit dem Ver- und Entsorgungskonzern Suez herbeizuführen, bevor der Europäische Betriebsrat ordnungsgemäß informiert und konsultiert worden sei.⁹³ Die Entscheidung ist inzwischen höchstrichterlich von der *Cour de Cassation*, dem obersten französischen Kassationsgericht, bestätigt worden.⁹⁴

Das Gericht räumte dem Europäischen Betriebsrat einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der beteiligungsrelevanten Maßnahme ein. Die Richter sahen es als erwiesen an, dass die Unterrichtung und Anhörung des Europäischen Betriebsrates nicht in der vorgeschriebenen Form stattgefunden habe. Insbesondere seien den Arbeitnehmervertretern keine ausreichend detaillierten und fundierten Daten vorgelegt worden, aus denen die Konsequenzen hinsichtlich der Arbeitsplätze hervorgingen. Darüber hinaus räumte das Gericht dem Europäischen Betriebsrat das Recht ein, bei der Beurteilung des Fusionsvorhabens aufgrund der Komplexität der Sachlage zwei Beratungsgesellschaften zu Rate zu ziehen. Frühestens zehn Tage nach Vorlage dieser Gutachten dürfe eine Sondersitzung des Europäischen Betriebsrates einberufen werden, um eine Stellungnahme zu beschließen. Hierdurch wurden beide Konzerne im Ergebnis gezwungen, den ursprünglichen Zeitrahmen für die Fusion aufzugeben mit der Folge, dass die der Fusion zugrunde liegenden betriebswirtschaftlichen Berechnungen erneut vorzunehmen waren. Die Entscheidung hatte also erhebliche wirtschaftliche und finanzielle Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen.

⁹³ TGI Paris, No. RG 06/59279, Urteil v. 21.11.2006; vgl. *Blanke/Rose*, Die zeitliche Koordinierung der Informations- und Konsultationsansprüche Europäischer Betriebsräte und nationaler Interessenvertretungen bei grenzübergreifenden Umstrukturierungsmaßnahmen, RdA 2008, S. 72 f.

⁹⁴ Cour de Cassation, No. P 07-10.597, Arrêt No. 77 FS-P+B+R, Urteil v. 16.1.2008.

3. British Airways, 2006

Die britische Fluggesellschaft British Airways beschloss im Jahr 2006, ihren Passagierservice in Wien dem deutschen Flughafenbetreiber Fraport zu übertragen, ohne den Europäischen Betriebsrat zu beteiligen. Das Unternehmen argumentierte dahingehend, dass es sich nicht um einen transnationalen Sachverhalt handeln würde, da lediglich der Passagierservice in Wien von der Maßnahme betroffen sei. Allerdings waren bereits in Zürich, Genf, Prag, Lyon und Paris ähnliche Maßnahmen durchgeführt worden.

Das Arbeitsgericht Brüssel (*Arbeidsrechtbank van Brussel*) urteilte im Eilverfahren, dass das Unternehmen unverzüglich das korrekte und vollständige Unterrichts- und Anhörungsverfahren des Europäischen Betriebsrates einzuleiten habe.⁹⁵ Weiter stellte das Gericht fest, dass jeder Beschluss bezüglich der angekündigten Ausgliederung des Betriebsteils Passagierservice in Wien ausgesetzt werde, solange das Unterrichts- und Anhörungsverfahren nicht abgeschlossen sei. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass eine Neustrukturierung in einem Land einen transnationalen Charakter haben könne, auch wenn die Entscheidung in einem anderen Mitgliedstaat getroffen wurde, wie im zu entscheidenden Fall. Das Arbeitsgericht Brüssel sprach daher dem Europäischen Betriebsrat im Rahmen der einstweiligen Verfügung zum einen den Anspruch auf Durchführung des Unterrichts- und Anhörungsverfahrens und zum anderen einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich der beteiligungsrelevanten Maßnahme bis zum Abschluss der Unterrichtung und Konsultation zu.

4. Alcatel-Lucent, 2007

Im Dezember 2006 fusionierten der französische Konzern Alcatel und das amerikanische Unternehmen Lucent Technologies. Im Zuge der Fusion standen mehr als 10.000 Arbeitsplätze zur Disposition. Der Europäische Betriebsrat wurde hierüber nur unzureichend informiert und ging hiergegen klageweise vor.

Das *Tribunal de Grande Instance* in Paris verurteilte die zentrale Leitung des Unternehmens Alcatel-Lucent, den Europäischen Betriebsrat mit weitgehenden Informationen zu versorgen.⁹⁶ Es präziserte den Umfang der dem Europäischen Betriebsrat zu erteilenden Information. Der Arbeitgeber musste demnach über folgende Punkte schriftlich Rechenschaft ablegen:⁹⁷

⁹⁵ Arbeitsrechtbank van Brussel, Nr. Kortgeding 73/06, Urteil v. 6.12.2006, dt. Übersetzung unter <http://www.euro-br.eu/arbeitsrecht/gerichtsurteile.html> (20.9.2010).

⁹⁶ TGI Paris, No. RG 07/52509, Urteil v. 27.4.2007.

⁹⁷ Vgl. *Altmeyer*, Europäische Betriebsräte – Die aktuellen Gerichtsurteile, AiB 2007, S. 504.

- einen präzisen und bezifferten Bericht über die Gründe für die Stilllegung, Verlagerung und Zusammenlegung von Geschäftsaktivitäten;
- eine präzise und bezifferte Darlegung der Berechnungsmethode und der Elemente, die zur Kalkulation des angeblichen Personalüberhangs genutzt wurden;
- die Anzahl der geplanten Stellenstreichungen, und zwar für jede Sparte und für jedes Land, getrennt nach Arbeitnehmerkategorien und
- eine genaue und bezifferte Begründung für diese Verteilung sowie den vorgesehenen Zeitplan für den geplanten Stellenabbau.

Das Gericht stellte damit klar, in welchem Umfang der Arbeitgeber verpflichtet ist, während einer Reorganisation gegenüber dem Europäischen Betriebsrat Informationen offen zu legen. Diese müssen „komplett und präzise genug sein, um der europäischen Arbeitnehmervertretung die Beschäftigungsentwicklung auf europäischem Niveau zu erklären und um einen Meinungs austausch und Dialog mit dem Management angesichts voller Kenntnis der Fakten zu ermöglichen.“⁹⁸ Ähnlich wie im Fall *Gaz de France* legte das Gericht einen Mindestzeitraum zwischen Informationserteilung und dem Zeitpunkt der Sondersitzung des Europäischen Betriebsrates fest, der nicht unterschritten werden dürfe. Wo jedoch in der Entscheidung *Gaz de France* noch 10 Tage für ausreichend befunden wurden, urteilte das Gericht im Fall *Alcatel-Lucent*, dass die Sondersitzung des Europäischen Betriebsrates nicht früher als 15 Tage nach Offenlegung aller erforderlichen Informationen einberufen werden kann.

III. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung zeigt, dass eine Durchsetzung der Rechte des Europäischen Betriebsrates im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes durchaus möglich ist. Dies gilt insbesondere auch für eine Unterlassungsverfügung. Die französische und belgische Rechtsprechung haben dem jeweiligen Unternehmen mehrfach untersagt, die jeweilige beteiligungsrelevante Maßnahme durchzuführen, bis das Unterrichts- und Anhörungsverfahren des Europäischen Betriebsrates abgeschlossen ist. Zur Bewertung der vorgelegten Informationen darf sich der Europäische Betriebsrat zudem sogar externer Beratungsunterstützung bedienen.

Die Beispiele aus der französischen und belgischen Rechtsprechung zeigen des Weiteren, dass die Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates kein „stumpfes Schwert“⁹⁹ sind und im benachbarten Ausland bereits erfolgreich gerichtlich durchgesetzt worden sind. Dies führt dazu, dass durch die Arbeitnehmerseite zumindest

⁹⁸ Ibid., S. 505.

⁹⁹ *Schiek*, (Fn. 3), Teil 2 D, Rdnr. 23.

Verzögerungen von Entscheidungen zu Lasten der Unternehmen erwirkt werden können, was für diese je nach Einzelfall durchaus weitreichende finanzielle Konsequenzen haben kann. Es bleibt abzuwarten, ob die deutschen Gerichte, sobald sie sich mit den Rechten des Europäischen Betriebsrates nach den §§ 32 f. EBRG auseinandersetzen haben, den Beispielen aus dem benachbarten Ausland folgen werden.

F. Ergebnis und Ausblick

Dem Europäischen Betriebsrat stehen – in der Theorie – verschiedene rechtliche Instrumente zur Durchsetzung seiner Beteiligungsrechte zur Verfügung. So hat er die Möglichkeit, abseits des Hauptsachebeschlussverfahrens vor dem Arbeitsgericht die Durchsetzung seiner Beteiligungsrechte auf der Ebene des einstweiligen Rechtsschutzes durch den Antrag auf Anordnung der Unterrichtung und Anhörung im Rahmen der Befriedigungsverfügung abzusichern.

Der Europäische Betriebsrat hat gegen die zentrale Leitung aus § 23 Abs. 3 Satz 1 BetrVG analog zudem einen Anspruch auf Unterlassung der beteiligungsrelevanten Maßnahme bis zur ordnungsgemäßen Durchführung des Beteiligungsverfahrens. Eine Sicherung der Durchsetzung dieser Beteiligungsrechte kann der Europäische Betriebsrat im Wege einer Unterlassungsverfügung erreichen, mit der darauf abgezielt werden kann, die Durchführung der beteiligungsrelevanten Maßnahme bis zur ordnungsgemäßen Beteiligung zu stoppen.

Eine Sanktionierung der Verletzung der Beteiligungsrechte durch Inanspruchnahme eines Beseitigungsanspruchs im Hauptsacheverfahren ist nicht möglich, jedoch auch nicht nötig. Nach deutschem Recht kommt lediglich eine monetäre Sanktionierung in Frage. Das Gesetz über Europäische Betriebsräte ahndet eine Verletzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates als Ordnungswidrigkeit und sieht eine Geldbuße von bis zu 15.000 Euro vor.

In der Praxis findet die gerichtliche Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates in Deutschland jedoch so gut wie nicht statt. Bislang hatte sich kein deutsches Gericht mit entsprechenden Fragestellungen auseinandersetzen. Die Rechtsprechung im Ausland ist allerdings weniger zurückhaltend. In Frankreich und Belgien haben verschiedene Gerichte die Durchsetzung der Beteiligungsrechte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gebilligt. Angesichts des auch nach dem deutschen Recht zur Verfügung stehenden prozessualen Instrumentariums ist es bloß eine Frage der Zeit, bis auch in Deutschland eine erste entsprechende gerichtliche Entscheidung ergehen wird.

Am 16. Dezember 2008 hat das Europäische Parlament den Entwurf einer Richtlinie zur Revision bzw. Neufassung der Richtlinie 94/45/EG über Europäische Betriebsräte gebilligt, welche am 23. April 2009 vom Rat angenommen wurde. Ziel dieser neuen Richtlinie 2009/38/EG¹⁰⁰ ist es, das Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung des Europäischen Betriebsrates zu verbessern.¹⁰¹ Einzelne Rechte der Mitglieder des Europäischen Betriebsrates werden durch die Revision ausgeweitet bzw. explizit aufgenommen, so etwa das Auskunftsrecht, der Anspruch auf Schulung und Weiterbildung oder auch der Ausbau des Sachverständigenwesens im Zuge der Gründung eines Europäischen Betriebsrates. Hinsichtlich der Durchsetzung der Beteiligungsrechte des Europäischen Betriebsrates bleibt es bei der zuvor dargestellten – nach deutschem Recht bestehenden – Rechtslage. In diesem Zusammenhang hat die Revision der Richtlinie keinerlei Auswirkungen. Zwar hat sich der Richtliniengeber die Erleichterung der Rechtsdurchsetzung auf die Fahnen geschrieben,¹⁰² eine Umsetzung dieses Ziels erfolgte jedoch nicht.

Eine Befassung mit der Materie zeigt insgesamt, dass sich das Mitbestimmungsrecht auf europäischer Ebene nach anfänglich verhaltenem Beginn nunmehr in einer Umbruchphase befindet. Der Einfluss der Gewerkschaften im Bereich der Mitbestimmung in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen nimmt zu. Die Rechte der Arbeitnehmervertreter wurden in der Vergangenheit – nicht zuletzt durch die Revision der Richtlinie über Europäische Betriebsräte – einseitig erweitert. Die Gerichte im benachbarten Ausland haben mehrfach Unternehmensentscheidungen „auf Eis gelegt“, bis das Konsultationsverfahren korrekt durchgeführt worden ist. Dies wird über kurz oder lang auch in Deutschland geschehen, wenn sich die Arbeitnehmervertretungen – durch die Erfolge ihrer ausländischen Pendanten ermuntert – ihrer prozessualen Möglichkeiten besinnen. Es ist absehbar, dass das Konsultationsverfahren, auch wenn es sich nach wie vor auf die Konsultation beschränkt und dem Europäischen Betriebsrat keine Mitbestimmung einräumt, zukünftig mehr Raum und Zeit in der Vorbereitungs- und Umsetzungsphase einer unternehmerischen Entscheidung finden müssen wird. Der Aufwand auf Unternehmensseite – in zeitlicher wie auch finanzieller Hinsicht – wird notwendigerweise steigen. Vor diesem Hintergrund erscheint es geradezu

¹⁰⁰ RL 2009/38/EG v. 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen (Neufassung), ABl. Nr. L 122 v. 16.5.2009, S. 28.

¹⁰¹ Zu inhaltlichen Einzelheiten vgl. die lesenswerten Zusammenfassungen *Melot de Bearegard/Buchmann*, (Fn. 10), S. 1417; *Thüsing/Forst*, Europäische Betriebsräte-Richtlinie: Neuerungen und Umsetzungserfordernisse, NZA 2009, S. 208.

¹⁰² Vgl. *Melot de Bearegard/Buchmann*, (Fn. 10), S. 1417.

paradox, dass Art. 1 Abs. 2 Satz 2 der neuen Richtlinie 2009/38/EG postuliert, dass durch diese eine effiziente Beschlussfassung des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe ermöglicht werden soll.

Mit der Unterlassungsverfügung steht dem Europäischen Betriebsrat jedenfalls ein wirksames Mittel zur Verfügung, der Unternehmensleitung zumindest einige Steine in den Weg zu legen, wie der Fall *Gaz de France/Suez* gezeigt hat. Denn dort wurde die Fusion beider Unternehmen durch den Europäischen Betriebsrat vorerst gestoppt. Um die aus solchen Entscheidungen resultierenden wirtschaftlichen Folgen zu vermeiden, tun gemeinschaftsweit operierende Unternehmen gut daran, sich im Vorfeld eines solchen Projekts über eine etwaige Pflicht zur Beteiligung des Europäischen Betriebsrates zu informieren und entsprechend beraten zu lassen.

Die weitere Entwicklung bleibt jedenfalls spannend. Zahnlos ist dieser betriebsverfassungsrechtliche Löwe jedenfalls nicht, allenfalls unterschätzt.