

## Materialien

für die öffentliche Anhörung von Sachverständigen am 9. Februar 2004 in Berlin zum

### Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - BT-Drs 15/2316 15/2329, 15/2345 -

Zusammenstellung der schriftlichen Stellungnahmen

A. Mitteilung .....	2
B. Themenkatalog und Liste der eingeladenen Teilnehmer .....	3
C. Schriftliche Stellungnahmen .....	4
Bundesbeauftragter für den Datenschutz .....	4
Verbraucherzentrale Bundesverband .....	6
Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di .....	12
Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) .....	20
Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdienstern e.V. (VATM) .....	47
Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. (breko) .....	86
ARCOR AG & Co. KG .....	134
o2 (Germany) GmbH & Co. KG .....	140
Deutscher Gehörlosenbund .....	148
Deutsche Telekom AG .....	150
Initiative europäischer Netzbetreiber .....	167
Vodafone D2 .....	177
e plus .....	181
EWE TEL .....	184
debitel .....	188
Tele 2 Telecommunications Services .....	196
AOL Deutschland .....	205
Herr Dr. Karl-Heinz Neumann (Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste WIK) .....	211
Herr Prof. Dr. Alexander Dix, Landesbeauftragter für den Datenschutz und für	217
das Recht auf Akteneinsicht .....	217
Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Spiros Simitis (Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt a.M.) .....	221
Regulierungsbehörde Telekommunikation und Post .....	226
Talkline ID .....	236
Herr Prof. Dr. Dr. h.c. Arnold Picot (Universität München) .....	238
Herr Prof. Dr. Iur. Dr. Rer. Pol. LL.M. (Harvard) Christian Kirchner (Humboldt-Universität Berlin) .....	243

**Deutscher Bundestag**

**15. Wahlperiode**

Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit  
(9. Ausschuss)

**6. Februar 2004**

Sekretariat des Ausschusses: ☎ 32487

Sitzungssaal: ☎ 35791

Fax: 56440

## Mitteilung

### Tagesordnung

**49. Sitzung des  
Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit  
am Montag, dem 09. Februar 2004, 11.00 – 17.00 Uhr  
11011 Berlin, Plenarbereich Reichstagsgebäude (PRTG),  
Sitzungssaal der SPD-Fraktion 3 S 001**

Vorsitz: Abg. Dr. Rainer Wend

#### **Einziger Punkt der Tagesordnung**

*Öffentliche Anhörung von Sachverständigen*

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung  
**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG)**  
(BT-Drucksache 15/2316)

Hierzu BT-Drucksachen: 15/2329, 15/2345

***Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit** (federführend)  
Innenausschuss  
Rechtsausschuss  
Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und  
Landwirtschaft  
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union  
Ausschuss für Kultur und Medien*

b) Antrag der Abgeordneten Dr. Martina Krogmann,  
Dagmar Wöhrle, Karl-Josef Laumann, weiterer  
Abgeordneter und der Fraktion der CDU/CSU

**Mehr Wettbewerb, Wachstum und Innovation in  
der Telekommunikation schaffen**

(BT-Drucksache 15/2329)

Hierzu BT-Drucksachen: 15/2316, 15/2345

***Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit** (federführend)  
Innenausschuss  
Rechtsausschuss  
Finanzausschuss  
Haushaltsausschuss  
Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und  
Landwirtschaft  
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union  
Ausschuss für Kultur und Medien*

c) Unterrichtung durch die Bundesregierung  
Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG)  
-15/2316-

**Gegenäußerung der Bundesregierung zu der  
Stellungnahme des Bundesrates**

(BT-Drucksache 15/2345)

Hierzu BT-Drucksachen: 15/2316, 15/2329

***Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit** (federführend)  
Innenausschuss  
Rechtsausschuss  
Ausschuss für Verbraucherschutz, Ernährung und  
Landwirtschaft  
Ausschuss für die Angelegenheiten der Europäischen Union  
Ausschuss für Kultur und Medien*

**Dr. Rainer Wend**

Vorsitzender

## Themenkatalog

1. Markt- und Entgeltregulierung
2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde
3. Kundenschutz
4. Datenschutz und Sicherheit
5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

## Eingeladene Sachverständige

- Regulierungsbehörde Telekommunikation und Post
- Monopolkommission
- EU-Kommission <sup>1</sup>
- Bundesbeauftragter für den Datenschutz <sup>2</sup>
- Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.
- Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di
- Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (BITKOM)
- Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdienstern e. V. (VATM)
- Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e. V. (breko)
- ARCOR AG & Co. KG
- O<sub>2</sub> (Germany) GmbH & Co. KG
- Gehörlosenbund Deutschland
- Deutsche Telekom AG
- Prof. Dr. Dr. Christian Kirchner (Humboldt Universität zu Berlin)
- Prof. Dr. Dr. h. c. Arnold Picot (Universität München)
- Prof. Dr. Dr. h. c. Spiros Simitis (Universität Frankfurt/Main)
- Dr. Karl-Heinz Neumann (Wissenschaftliches Institut f. Kommunikationsdienste, WIK)

---

<sup>1</sup> Nur zu den Themenblöcken 1 und 2

<sup>2</sup> Nur zu den Themenblöcken 3 bis 5

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)963**

4. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz

Grundsätzlich würde ich es vorziehen, nicht nur die Telekommunikations-Datenschutzverordnung in das TKG zu integrieren, sondern ein eigenständiges Telekommunikations-Datenschutzgesetz zu schaffen. Damit wäre es leichter, in Zukunft die Datenschutzregelungen aus dem Bereich Telekommunikation mit denjenigen aus dem Bereich Tele- und Mediendienste zusammenzuführen, wie es schon durch die europäische Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (2002/58/EG) vorgegeben ist.

Zu den für den Datenschutz wichtigen Vorschriften im Einzelnen:

**Zu § 91 TKG-neu (Informationspflichten)**

Die besonderen Informationspflichten der Unternehmen ihren Teilnehmern und Nutzern gegenüber wurden in § 91 TKG-neu aufgenommen. Bislang sieht der Entwurf nicht mehr das Kopplungsverbot des § 3 Abs. 2 TDSV bzw. § 89 Abs. 10 S. 1 TKG vor, wonach die Erbringung von Telekommunikationsdiensten nicht von der Angabe personenbezogener Daten abhängig gemacht werden darf, die für die Dienstleistungserbringung nicht erforderlich sind. Es muss sichergestellt werden, dass jeder Bürger Zugang zu Telekommunikationsdiensten hat, ohne dass er unnötige Daten offenbaren müsste.

**Zu § 95 Abs. 3 TKG-neu (Entgeltermittlung und Entgeltabrechnung)**

In § 95 Abs. 3 Satz 3 TKG-neu ist jetzt als Grundsatz eine vollständige Speicherung der für die Berechnung des Entgelts erforderlichen Verkehrsdaten nach Versendung der Rechnung vorgesehen. Dies steht im Gegensatz zur geltenden Regelung in der TDSV, die von einer grundsätzlich um drei Stellen verkürzten Speicherung ausgeht. Die jetzt vorgesehene Regelung lehne ich ab. Hier wird ohne weitere Begründung eine Verpflichtung zur vollständigen Speicherung eingeführt, ohne dass der Kunde es wünscht oder die Unternehmen dies für Abrechnungszwecke benötigen. In Abs. 3 S. 3 sollte es besser heißen „Die **erforderlichen** Verkehrsdaten...“.

Bei der Regelung des § 95 Abs. 3 Satz 3 TKG-neu ist der Vorstoß des Bundesrates nach Einführung einer Vorratsdatenspeicherung für Verkehrsdaten zu berücksichtigen. Hierzu sei kurz angemerkt, dass es bereits im Jahr 1996 seitens des Bundesrates entsprechende Bestrebungen gab. In ihrer Gegenäußerung hatte die damalige Regierung Mindestspeicherfristen für Verbindungsdaten mit der Begründung abgelehnt, diese seien mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit, der Erforderlichkeit und der Zweckbindung nicht vereinbar. Die Verarbeitung der Daten sollte grundsätzlich auf den vertraglich erforderlichen Zweck beschränkt bleiben. Die Gegenäußerung der Bundesregierung, die ich immer noch für aktuell halte, kann in BT-Drs. 13/4438 ab Seite 39 nachgelesen werden.

**Zu § 108 TKG-neu (Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen)**

Ich begrüße es, dass die Verpflichtung der Unternehmen, eine Statistik über die durchgeführten Überwachungsmaßnahmen zu erstellen, in § 108 Abs. 8 TKG-neu wieder aufgenommen wurde. Nach mir vorliegenden Informationen besteht die Absicht, bei der Überarbeitung der Regelungen in der Strafprozessordnung zur Überwachung der Telekommunikation auch eine Rechtsgrundlage für die Erstellung einer Statistik zu schaffen. Zumindest bis zu diesem Zeitpunkt ist die Beibehaltung der Unternehmensstatistik nach TKG wichtig.

**Zu § 109 TKG-neu (Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden)**

Die Formulierung des § 109 TKG-neu schafft die Verpflichtung zur Aufnahme bestimmter Bestandsdaten von Prepaid Kunden. Dies steht im Gegensatz zu der von den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder immer wieder erhobenen Forderung, anonyme Nutzungsmöglichkeiten im Bereich der Telekommunikation vorzusehen. Diese Verpflichtung steht auch im Gegensatz zu § 3a BDSG, der eine Regelung zur Nutzung anonymer und pseudonymer Möglichkeiten enthält. Fraglich ist zudem, ob § 109 TKG-neu mit der EG-Datenschutzrichtlinie für die elektronische

Kommunikation 02/58 vom 12. Juli 2002 vereinbar ist. Auch dort wird das Angebot von anonymen bzw. pseudonymen Diensten in der Telekommunikation gefordert. Im Bereich der Festnetztelefonie kennt man die öffentlichen Telefonstellen als Möglichkeit einer anonymisierten Nutzung von Telekommunikationsdiensten. Dies sollte auch für den Bereich des Mobilfunks möglich sein.

**Zu § 110 TKG-neu (automatisiertes Abrufverfahren)**

Die sog. Jokerabfrage (Abruf mit unvollständigen Daten), für die jetzt in § 110 TKG-neu eine Rechtsgrundlage geschaffen wurde, ist datenschutzrechtlich

bedenklich, weil immer auch Daten Unbeteiligter mitbetroffen sind. Die Abfragemöglichkeit unter Verwendung von Platzhaltern muss deshalb auf das unbedingt Erforderliche beschränkt werden. Durch die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung, die die näheren Einzelheiten regeln soll (§ 110 Absatz 3), wird die Möglichkeit eingeräumt, den zulässigen Umfang zu begrenzen. Wichtig wäre z.B. eine Beschränkung des Einsatzes eines Jokerzeichens nur für eine Stelle im Rahmen der Abfrage.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)943**

2. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) – Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 –**

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. (vzbv)

**Forderungen zur Verbesserung des Verbraucherschutzes im Zusammenhang mit der Großen TKG-Novelle****I. Einleitung und allgemeine Bewertung des Gesetzesentwurfs:**

Die von der Bundesregierung initiierte Gesamtnovellierung des Telekommunikationsgesetzes ergibt sich aus der Umsetzungsnotwendigkeit mehrerer europäischer Richtlinien zur Weiterentwicklung der europäischen Telekommunikationsmärkte, die vom EU – Ministerrat Anfang 2002 in einem Paket verabschiedet wurden.

Bei der Liberalisierung vormals monopolistisch strukturierter Märkte stellt sich durch die Einführung wettbewerblicher Strukturen allein noch kein Verbraucherschutz auf hohem Niveau ein. Vielmehr bedarf es dazu begleitender gesetzlicher Vorgaben. Die o. g. EU – Richtlinien geben dem deutschen Gesetzgeber Grundbedingungen für die Schaffung eines angemessenen Verbraucherschutzniveaus vor. Diese betreffen im wesentlichen die Qualitätssicherung, die Markt- und Preistransparenz, die Kundeninformation, die Bedingungen für den diskriminierungsfreien Zugang zu den Netzen und den Schutz vor wirtschaftlichen Nachteilen für die Telekommunikationsnutzer. Diese vor allem in der Universaldienstrichtlinie enthaltenen Vorgaben müssen sich im deutschen Gesetz wiederfinden.

Der Regierungsentwurf enthält zwar einige gegenüber dem geltenden Gesetz verbesserte Regelungen, die sich mittel- oder unmittelbar auch auf den Verbraucherschutz auswirken. Hierzu gehören eine verbesserte Missbrauchsaufsicht, erweiterte Kompetenzen der Präsidentenkammer der Regulierungsbehörde, die Einführung eines Konsistenzgebotes im Rahmen der Entgeltregulierung, wirksame Sanktionsmechanismen bei Fehlverhalten von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und eine Ausweitung der Regulierung auf sog. „telefonnahe Dienste“.

Jedoch verbleiben aus Sicht des vzbv im Regierungsentwurf noch immer deutliche Lücken im Bereich der verbraucherschutzrechtlichen Bestimmungen, die beseitigt werden müssen. So unter anderem bei der Entgeltregulierung, bei der die bisherigen Regelungen für eine ex-ante Regulierung im Endkundenmarkt zugunsten einer vorrangigen Missbrauchsaufsicht stark beschnitten werden sollen, oder bei den Informationspflichten der Anbieter gegenüber den Kunden.

Auch auf das von den Verbrauchern seit Jahren geforderte und hinsichtlich der Transparenz des Rechnungslegungsverfahrens notwendige einheitliche Inkassoregime und zentrale Mahnverfahren aus einer Hand im Bereich des Call-by-Call und der telefonnahen Dienste geht der Gesetzesentwurf nicht ein.

Schließlich sind die im jetzigen „Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190/ 0900er-Mehrwertdiensternummern“ vom August 2003 (sog. Mehrwertdienstegesetz) enthaltenen Schutzmaßnahmen nicht in das neue TKG integriert worden. Sie sollen nach den Vorstellungen der Bundesregierung vielmehr in eine der künftigen Verordnungen (TKV oder gar TKNV) verschoben zu werden. Dies hält der vzbv jedoch aus grundsätzlichen Erwägungen nicht für geboten. Abgesehen davon, dass mit dem jetzigen Vorgehen auch die Forderung des vzbv nach einer deutlichen Ausweitung des Anwendungsbereichs der gesetzlichen Maßnahmen auf andere, von Missbrauch erfahrungsgemäß ebenfalls betroffene Nummerngruppen (z.B. 0118x oder 0137x) unbeantwortet bleibt.

Im Folgenden werden unter II.) die Forderungen des vzbv im Einzelnen und unter III.) die entsprechenden Begründungen dargestellt.

**II. Forderungen des vzbv**

1. die Pflicht zur kostenlosen **Entgeltinformation** vor dem Verbindungsaufbau, insbesondere im call-by-call-, Mobilfunk und Mehrwertdienstebereich-Bereich

2. eindeutige Vorgaben für die Regulierungsbehörde zur Möglichkeit einer Vorab-Genehmigung (**ex-ante Regulierung**) von **Endkundenentgelten in den Teilmärkten**, in denen trotz Zugangsverpflichtungen und/oder Betreiber vorauswahl kein funktionsfähiger Wettbewerb zustande kommt.
3. Beibehaltung des sog. **Mehrwertdienstegesetzes im TKG** bei gleichzeitiger Ausweitung des Geltungsbereiches auf andere Rufnummern-gassen, in denen es in der Vergangenheit ebenfalls Missbrauchsfälle gegeben hat.
4. eine gesetzliche Regelung über ein **zentrales und einheitliches Fakturierungs-, Mahn- und Inkassoverfahren**
5. keine Verschlechterung des **Datenschutzes** gegenüber dem heutigen status quo, insbesondere keine Vorratsdatenspeicherung
6. klare und verbindliche gesetzliche Vorgaben für die RegTP durch Reduzierung der **Ermessensspielräume**
7. **Verbandsklagebefugnis** auch für Verbraucherverbände
8. eine effektive **Mehrerlösabschöpfungsmöglichkeit**
9. eine Entgeltregulierung bei **Portierungskosten** für Netzbetreiber und Anbieter
10. die Pflicht zur kostenlosen Information der Nutzer über die Netzzugehörigkeit **portierter Mobilfunkrufnummern**.

### III. Zu den Forderungen Im Einzelnen – Begründungen

**Der vzbv fordert** verbindliche gesetzliche Regelungen mit einer klar fixierten Tarifinformati-onspflicht der Anbieter nach einheitlichen Maß-stäben im Call-by-Call- und Mobilfunkbereich, bei der Weitervermittlung von Telefongespräch-en (zum Beispiel durch Auskunftsdienste) sowie bei allen Mehrwertdiensterrufnummern, so-wie diese nicht bereits vom Mehrwertdienstegesetz bzw. „0190er-/0900er-Gesetz“ erfasst sind. Hierzu zählen u.a. die Auskunftsrufnummern (118xy), T-Vote-Nummer (0137) und Shared Cost-Dienste (0180). Nur dann hat der Tele-kommunikationskunde eine echte Chance, sich in dem Tarifschungel einer Vielzahl existierender Tarife zurecht zu finden und sowohl das Preis-Leistungsverhältnis eines Angebots als auch die unterschiedlichen Angebote untereinander vergleichen zu können. Dass sich die kostenlose Entgeltinformation vor Verbindungsaufbau technisch realisieren lässt, zeigt die gängige Praxis einzelner Call-by-Call Anbieter.

Einer jeden Vertragsbeziehung ist immanent, dass der Vertragspartner, in diesem Fall der End-kunde, vor Vertragsabschluss über die wesentli-chen Vertragsbestandteile, also auch über die Höhe eines Entgeltes bei entgeltpflichtigen Ver-trägen, informiert wird. Dies muss - unter Ber-ücksichtigung von Sinn und Zweck der Preis-an-gabenverordnung - auch für die Nutzung von

Telekommunikationsdienstleistungen gelten. Schwierig ist es in den Fällen, in denen die Lei-stungen per Telefon, Internet u.s.w. in einem Mal erbracht werden, eine vorherige Kundenbezie-hung nicht bestand und die Inanspruchnahme des Dienstes (z.B.: Auskunftsdienste, Call-by-Call, T-Vote) über die Telefonrechnung abgerechnet wird. Der Kunde kann sich in der Regel nicht ohne größeren Aufwand vorab über die genaue Tarifstruktur informieren.

Überdies kann die fehlende Verpflichtung der Anbieter zur Entgeltinformation auf dem Tele-kommunikationsmarkt zu Wettbewerbshemmnis-sen führen. Denn Verbraucher, die mangels all-gemein und ohne unnötig hohem Aufwand zu-gänglicher Informationsquellen (z. B.: kosten- und zeitintensive Internetabfrage nach dem gün-stigsten Call-by-Call-Anbieter) über die Höhe der maßgeblichen Verbindungsentgelte nicht oder unzureichend informiert sind, werden mit Sicherheit weniger innovative oder preislich be-sonders attraktive Angebote in Anspruch nehmen als informierte Verbraucher. Langfristig gesehen besteht hier die Gefahr, dass Kunden auf Ange-bote alternativer Anbieter oder Wettbewerber nicht zurückgreifen und sich damit funktionie-render Wettbewerb in diesem Bereich nicht ent-wickeln kann.

§ 38 Abs. 1 enthält keine verbindliche Regelung über die Pflicht zur kostenlosen Entgeltinfor-mation für die von Endnutzern geführten Call-by-Call Telefonate vor dem Verbindungsaufbau. Hier gilt es nachzubessern. Darüber hinaus muss das Gesetz deutlicher zum Ausdruck bringen, dass eine nachhaltige Verbesserung der Transpa-renz der Angebote und Entgelte gegenüber dem Endkunden nur dann erreicht werden kann, wenn die Anbieter diesem Informationsanspruch auch nachkommen.

Dasselbe gilt auch für den Mobilfunkbereich: Als Auswirkung der mangelnden Angebots- und Preistransparenz im Mobilfunkbereich zeigt sich, dass nur sehr wenige Mobilfunkkunden von der seit 1. November 2002 bestehenden Möglich-keit der Rufnummernportabilität (Mitnahme der Mo-bilfunkrufnummer in jedes andere beliebige Mo-bilfunknetz) Gebrauch machen. Viele Mobil-funkkunden werden also durch intransparente Tarifstrukturen abgeschreckt, auf neue Angebote einzugehen.

#### Zu 2: ex-ante-Regulierung:

Im Gegensatz zum derzeit geltenden Gesetz tritt, nicht zuletzt bedingt durch entsprechende Vor-gaben aus dem EU-Recht, die bisherige Vorab-Genehmigung von Entgelten für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachtelefoniedienst durch die Regulierungsbehörde in den Hinter-grund.

Stattdessen soll im neuen Gesetz durch geeignete Maßnahmen der Wettbewerb im sogenannten Vorleistungsmarkt (also dort, wo die Deutsche Telekom z.B. die Zusammenschaltung mit ihren Telekommunikationsnetzen ermöglicht oder be-stimmte Produkte für die Weitervermarktung

durch Wettbewerber anbietet) geschaffen und dadurch der Wettbewerb im Endkundenmarkt gefördert werden. Zur Verhinderung von Missbrauch durch ein marktbeherrschendes Unternehmen soll die Missbrauchsaufsicht gestärkt werden und erforderlichenfalls eine nachträgliche Entgeltregulierung zum Zuge kommen.

Nur noch in solchen Fällen, in denen unter bestimmten Prämissen angenommen werden kann, dass die Verpflichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens im Vorleistungsbereich nicht ausreichen, um im Endkundenmarkt funktionierenden Wettbewerb auszulösen, soll die Regulierungsbehörde Entgelte einer Vorab-Genehmigung unterwerfen können.

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen bergen für den Verbraucherschutz erhebliche Gefahren.

Zum einen ist die noch im Referentenwurf enthaltene Regelung entfallen, die auch Dritten ein Antragsrecht auf Überprüfung von Entgelten marktbeherrschender Unternehmen einräumte. Zum anderen wird der Spielraum der Regulierungsbehörde für eine Vorab-Genehmigung dadurch erheblich eingeschränkt, dass diese im Gegensatz zu der flexibleren Regelung im Referentenentwurf sämtliche Argumente für die Erwägungen zur Entscheidung für eine Endkundenentgeltregulierung gerichtsfest darlegen muss. Darüber hinaus soll für eine diesbezügliche Entscheidung der Regulierungsbehörde **nicht die aktuelle** Marktlage entscheidend sein, sondern **vielmehr die Prognose**, dass es in „absehbarer Zeit nicht zur Entstehung eines funktionsfähigen Wettbewerbs“ kommen wird (vgl. Regierungsentwurf TKG, § 37, Abs. 1 Satz 2). Damit erhält jedoch die Regulierungsbehörde keine wirksame Handhabe für eine durchsetzbare Vorab-Genehmigungsentscheidung. Außerdem sind die diesbezüglichen Regelungen im Gesetzentwurf unserer Auffassung nach nicht mit den Vorgaben der europäischen Universalienrichtlinie vereinbar. Diese gibt zum Beispiel im Fall eines trotz Zugangsverpflichtungen und Betreiber vorauswahl nicht zustande kommenden Wettbewerbs eindeutig vor, dass die Regulierungsbehörde zwingend Verpflichtungen auferlegen muss.

#### Daher fordert der vzbv:

für § 36 Abs. 2 folgende Ergänzung in Satz 1:

“**Auf Antrag oder** wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die sie Annahme rechtfertigen, das Entgelte für ... nicht den Maßstäben des § 26 genügen ,...

und in § 37, Abs. 2 einen Ersatz von Satz 1 durch folgende Formulierung:

“Die Regulierungsbehörde soll die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, **auf denen kein funktionierender Wettbewerb herrscht oder zustande kommt.**“

Dort, wo sich ohne rechtzeitige Gegenmaßnahmen Re-Monopolisierungstendenzen zeigen oder monopolartige Strukturen bereits bestehen (z.B.

im Breitbandkabelmarkt), ist eine ausschließlich nachträgliche Entgeltregulierung als Instrument zur Förderung eines funktionsfähigen, allein vom Markt getriebenen Wettbewerbs im Interesse der Verbraucher unzureichend.

#### Zu 3: Integration des sog. Mehrwertdienstegesetzes in das neue Gesetz

Wegen der besonderen Bedeutung und des verbraucherpolitischen Stellenwertes des Mehrwertdienstegesetzes (derzeit §§ 43 a-c, § 96 Abs. 1 Nr. 9a-9f, Abs. 2 S. 1, § 97 Abs. 6 und 7 TKG) **fordert der vzbv** die Beibehaltung im Gesetz bzw. die Integration des Mehrwertdienstegesetzes in das neue TKG.

Für den Fall, das dessen Vorschriften wider Erwarten doch nicht ins TKG übernommen werden sollten, müssten sie in die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) überführt werden. Die von der Bundesregierung geplante Übernahme in die neue Telekommunikations-Nummerierungsverordnung (TKNV) wird abgelehnt. Letzteres wäre vom Schutzgedanken des Mehrwertdienstegesetzes, die Verbraucherrechte verbessern und zu stärken, her nicht nur unlogisch. Es hätte auch zur Folge, dass erforderliche Änderungen oder Anpassungen der Mehrwertdienstevorschriften auf der Grundlage des § 64 Abs. 4 TKG-E vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit allein vorgenommen werden könnten, während sie bei einer Übernahme in die entsprechende ergänzte TKV gem. § 43 TKG-E nur mit Zustimmung des Bundesrates erfolgen könnten und damit auch ein ausgewogener Interessenausgleich stattfinden könnte.

Zugleich bedarf es dringend einer vom vzbv seit längerem geforderten Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes insoweit, als die Anwendung des Mehrwertdienstegesetzes sich auch auf andere Rufnummerngassen, in denen in der Vergangenheit ebenfalls Missbrauchsfälle verzeichnet wurden, erstrecken muss. Hierzu gehören u.a. die Auskunftsrufnummern (118xy), T-Vote-Nummer (0137x) und die Shared Cost-Dienste-Rufnummern (0180x). Denn die Erfahrungen in der Verbraucherberatung, beim Verbraucherservice der RegTP und beim FST e.V. haben gezeigt, dass maßgebliche Missbräuche auch in anderen Nummerngassen vorkommen (so zum Beispiel bei den 0118xx oder den 0136/0137-Rufnummern). Auch besteht die latente Gefahr, dass Diensteanbieter bei einer Sperre im Bereich der 0190er- oder 0900er- Nummern auf andere nicht gesetzlich erfasste Nummerngassen ausweichen werden.

An dieser Stelle sei auch darauf hingewiesen, dass eine eindeutige und verbindliche Legaldefinition des Begriffs „Mehrwertdiensternummern“ dringend erforderlich erscheint. Zu diesen Rufnummern zählen nach unserer Auffassung alle Nummern, bei denen über den Aufbau einer Telekommunikationsverbindung hinaus ein Dienst besonderer Art angeboten wird. Insofern gehören hierzu u.a. auch Auskunftsrufnummern, T-Vote-Call- und vergleichbare Rufnummern.

Infolge dessen bedarf auch die Legaldefinition des § 13a TKV zum Begriff der Mehrwertdiensterrufnummer einer Klarstellung dahingehend, dass dieser nicht nur auf die Nummerngassen 0190er/0900er beschränkt wird, sondern vielmehr alle Rufnummern umfasst, bei denen über die reguläre Telekommunikationsverbindung hinaus ein *zusätzlicher* Dienst angeboten wird. Eine solche Klarstellung ist schon deshalb dringend erforderlich, weil der Begriff „Mehrwertdienste“ in den geltenden gesetzlichen Vorschriften bisher ausschließlich im Zusammenhang mit 0190er/0900er-Rufnummern verwandt wird (vgl. § 43c TKG, bzw. 65 TKG-E).

#### **Zu 4: Fakturierungs- und Inkassoverfahren, § 19 Abs. 2 Nr. 7:**

**Der vzbv fordert** seit langem zu Gunsten eines fairen und chancengleichen Wettbewerbs klare gesetzliche Vorgaben für ein zentrales Fakturierungs-, Mahn- und Inkassoregime für Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über eine beträchtliche Marktmacht verfügen. Für einen Ermessensspielraum seitens der Regulierungsbehörde darf kein Raum bleiben. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG **kann** die Regulierungsbehörde die Betreiber, die über eine beträchtliche Marktmacht verfügen, u.a. zur einheitlichen Rechnungsstellung verpflichten. Der Regulierungsbehörde wird damit ein zu großer Handlungsspielraum eröffnet. Dieser Handlungsspielraum muss entfallen. Die Rechnungsstellung und die erste Entgegennahme bzw. der Ersteinzug von Zahlungen müssen zwingend einheitlich erfolgen und in einer Hand sein. Wie die Ergebnisse der Umfragen von Wettbewerbern zeigen, wird dieses nachweislich von der überwiegenden Mehrzahl der Verbraucher erwartet.

Dies ist aber auch eine unabdingbare Voraussetzung für die Entwicklung eines funktionierenden Wettbewerbs, da eine solchermaßen erweiterte Regelung den Wettbewerbern der Deutschen Telekom AG und deren Tochterunternehmen eine langfristige und stabile Marktchance einräumt, bestimmten Geschäftsmodellen auf der Wettbewerberseite eine wirtschaftliche Realisierungsmöglichkeit bietet und schließlich vor dem Risiko von Zahlungsausfällen einzelner Call-by-Call Dienstleister schützt. Bei einem Forderungsausfall seitens des Kunden bliebe ansonsten bei einer Trennung zwischen der Rechnungsstellung und einer späteren Mahnung durch den Diensteanbieter selbst zu befürchten, dass der Kunde die Mahnung durch ein Unternehmen, zu dem er aus seiner Sicht niemals zuvor in einer Geschäftsbeziehung stand, weder nachvollziehen kann noch für gerechtfertigt hält.

Ein zentrales Fakturierungs-, Mahn- und Inkassoregime muss jedoch seine Grenzen dort haben, wo ein Kunde *ausdrücklich* einen Einwand gegen einen Teilbetrag auf seiner Telefonrechnung geltend macht. Vor der Anmahnung und Einziehung dieses Betrages durch den Rechnungssteller müsste in einem solchen Fall zunächst der Diensteanbieter seine Forderung gegenüber dem Kunden substantiieren und ggf. den Rechnungsbetrag

bei diesem selber geltend machen. Für den Fall, dass das Rechnung stellende Unternehmen (in der Regel der Teilnehmernetzbetreiber) die Fremdforderung eines Diensteanbieters bei einem vorliegenden Widerspruch nicht weiter anmahnt oder einzieht, hat ein deutlicher Hinweis auf der Folgerechnung bzw. auf der Mahnung zum Beitreiben der eigenen Forderung zu erfolgen.

#### **Zu 5: Keine Verschlechterung des Datenschutzes**

##### **Bereitstellen von Teilnehmerdaten, § 45 Abs. 2**

Angesichts des Grundsatzes der Datenvermeidung und Datensparsamkeit ist es nicht nachvollziehbar, weshalb laut TKG zu den Teilnehmerdaten neben dem Namen und der Anschrift zusätzliche Angaben wie Beruf, Branche, Art des Anschlusses und Mitbenutzer gehören sollen. Hierbei handelt es sich um Daten, die nicht dem Zweck der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen im Sinne des § 45 Abs. 1 TKG-E und Art. 25 EU-Universaldienstrichtlinie dienen.

##### **Datenlöschung, § 93 Abs. 3**

Gemäß § 93 Abs. 3 sind die Bestandsdaten bei Beendigung des Vertragsverhältnisses mit Ablauf des auf das Ende der Vertragsbeziehung folgenden Kalenderjahres zu löschen. Das kann zur Folge haben, dass diese Daten im ungünstigsten Fall noch fast zwei Jahre nach Beendigung des Vertragsverhältnisses gespeichert bleiben dürfen. **Der vzbv fordert** daher unter Verweis auf den obigen Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit die *unverzögliche* Löschung dieser Daten bei Vertragsende, da sie für die Vertragsabwicklung und –durchführung bei Beendigung des Vertrages nicht mehr erforderlich sind.

##### **(Vorrats-)Datenspeicherung, § 95 Abs. 3**

Nach § 95 Abs. 3 TKG sind die Unternehmen berechtigt, die ungekürzten Verkehrsdaten bis zu sechs Monate nach Versendung der Rechnung zu speichern. Dies steht im Gegensatz zum Referentenentwurf und zum derzeit noch geltenden § 7 Abs. 3 TDSV, wonach eine Datenspeicherung lediglich für gekürzte Zielrufnummern zulässig ist. Der in der amtlichen Begründung vorgetragene Vorteil für den Teilnehmer/ Kunden ist nicht ersichtlich, da die Unternehmen bei streitigen Einwendungen seitens des Kunden ohnehin verpflichtet sind, die Daten bis zur Klärung der Angelegenheit zu speichern. Insofern ist das Wahlrecht des Teilnehmers (vollständige oder gekürzte Zielrufnummernspeicherung oder Datenlöschung bei Rechnungsversand) völlig ausreichend. Zumindest ist jedoch der Teilnehmer *drucktechnisch deutlich gestalteter und allgemein verständlicher Form auf eventuelle Beweismachteile* bei sofortiger Löschung der Daten hinzuweisen; ggf. muss die Bestätigung dieser Unterrichtung durch eine separate Unterschrift des Kunden dokumentiert werden. Dieses ist um so wichtiger angesichts der Tatsache, dass die im Zusammenhang mit dem 0190er/0900er-Gesetz vorgeschriebene Speicherung der Mehrwertdiensterrufnum-

mern in ungekürzter Form voraussichtlich mit der Neuregelung in § 95 TKG-E entfallen wird, diesen Rufnummern aber ein erhebliches Schadenspotential anhaftet. Insofern ist § 95 Abs. 4, Satz 2 entsprechend zu ergänzen.

Gleichzeitig **fordert der vzbv** die Streichung der geplanten Regelung des § 95 Abs. 3, die Verkehrsdaten ungekürzt für einen Zeitraum bis zu 6 Monate speichern zu dürfen. Lediglich die im Rahmen des 0190er/0900er-Gesetzgebungsverfahrens geschaffene verbraucherschützende Regelung im Sinne des § 7 Abs. 3 Satz 4 TDSV über die Speicherung einer ungekürzten 0190er/0900er-Mehrwertdiensterrufnummer müsste weiter bestehen.

#### **Kosten der technischen Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen, § 105 Abs. 1 Nr. 1**

Es ist für uns nicht nachvollziehbar, warum die Kosten der technischen Einrichtungen zu Überwachungsmaßnahmen auf den Betreiber und damit letztlich auf den Endnutzer abgewälzt werden sollen. Es handelt sich hier um eine hoheitliche Aufgabe, die daher auch vom Staat finanziert werden muss.

#### **Datenspeicherung, § 109 Abs. 1**

Vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22.10.2003 (Az.: 6 C 23.02) bedarf es dringend einer Klarstellung dahingehend, dass die im Sinne des § 109 Abs. 1 vorgesehene Datenspeicherung nicht für Prepaid-Mobilfunkleistungen gilt.

#### **Auskunftsersuchen der Sicherheitsbehörden, § 110 Abs. 1, Abs. 2**

Nach § 110 Abs. 2 werden Auskünfte aus den Kundendateien erteilt, soweit diese für die Auskunftsberechtigten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind. Die Vorschrift lässt jedoch völlig offen, in welchen Fällen die Daten übermittelt werden. **Der vzbv fordert** eine Eingrenzung dieses Zwecks dahingehend, dass nur in gesetzlich klar definierten Fällen die Datenübermittlung zulässig sein darf. Nur so wird eine weitere Aushöhlung des Datenschutzes verhindert und das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Kunden - unter Abwägung der Interessen der Auskunftsberechtigten - gewahrt.

#### **Zu 6: Reduzierung der Ermessensspielräume für die RegTP**

Auffällig an wesentlichen Regelungen des TKG ist nach wie vor die Vielzahl der die Regulierungsbehörde unverbindlich betreffenden Bestimmungen. Vor allem ist es für uns nicht hinnehmbar, dass die Regulierungsbehörde nicht einmal in solchen Fällen gesetzlich zum Handeln verpflichtet werden soll, in denen sie eindeutige Kenntnis von Verstößen gegen gesetzliche oder regulatorische Auflagen oder von missbräuchlichem Verhalten einzelner Unternehmen, ggf. auch im Wiederholungsfälle, hat (siehe u.a.: §§ 40 Abs. 4, § 65 Abs. 1 Satz 3 und 4, § 124 Abs. 2 und Abs. 3). Ein solcher Freiraum für Entscheidungen der Regulierungsbehörde wird letztlich zu

einer erheblichen Rechtsunsicherheit nicht für die Wettbewerber, sondern auch für die von etwaigen Missbrauchsfällen betroffenen Verbraucher führen. Darüber hinaus sehen wir die Gefahr streitiger Auseinandersetzungen, insbesondere in den Fällen, in denen der Regulierungsbehörde durch unbestimmte Rechtsbegriffe ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt wird. Nachteilig könnte sich auch der hierdurch bedingte erhöhte Begründungsaufwand erweisen, den die Regulierungsbehörde bei Beurteilungs- und Ermessensspielräumen betreiben muss. Da deren Entscheidungen stets einer (verwaltungs-) gerichtlichen Überprüfung Stand halten müssen, ist zu befürchten, dass sich die Regulierungsbehörde infolge dessen bei ihren künftigen Entscheidungen eher zurückhaltend verhalten wird.

#### **Im Einzelnen:**

**§ 40 Abs. 4 Satz 1** (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung): Überhaupt nicht nachvollziehbar ist, dass der Regulierungsbehörde bei einer missbräuchlichen Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung durch ein Unternehmen ein Handlungsspielraum hinsichtlich ihres Einschreitens eingeräumt wird. Im Falle des Missbrauchs *muss* die Regulierungsbehörde tätig werden. Lediglich auf der Rechtsfolgende Seite kann ihr hinsichtlich der zu ergreifenden Maßnahmen ein Ermessen zugestanden werden. Darüber hinaus muss die Regulierungsbehörde gesetzlich verpflichtet werden, bei Antrag auf Überprüfung eines Missbrauchs tätig zu werden.

**§ 65 Absatz 1** (Befugnisse der Regulierungsbehörde): Die Regulierungsbehörde muss auch in solchen Fällen gesetzlich verpflichtet werden, eine Sperre gem. § 65 Abs. 1 Satz 3 anzuordnen, wenn sie gesicherte Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer (Mehrwertdienste)Rufnummer hat, die nicht innerhalb der 0190er- und 0900er- Rufnummerngruppen liegt (nähere Begründung: siehe auch Punkt 3.).

Bei einer Nichterfüllung von gesetzlichen oder behördlich auferlegten Verpflichtungen bzw. bei gesicherter Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer 0190er-, 0900er- oder einer anderen Mehrwertdiensterrufnummer gem. § 65 Abs. 1 Satz 3 TKG muss sich das Ermessen der Regulierungsbehörde auf Null reduzieren. Die Regulierungsbehörde muss in solchen Fällen gesetzlich zum Handeln verpflichtet werden. Je nach Schwere des Verstoßes kann der Regulierungsbehörde ein Auswahlermessen hinsichtlich der auszusprechenden Sanktion eingeräumt werden.

Das in **§ 65 Abs. 1 Satz 1** gewährte Entschließungs- und Auswahlermessen zur Sicherstellung der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften und der Zuteilungsbedingungen ist grundsätzlich akzeptabel. Jedoch ist die Begrifflichkeit der „geeigneten Maßnahme“ unklar und bedarf einer näheren Definition bzw. katalogartigen Aufzählung.

Nach **§ 124 Abs. 3** kann im Falle einer schweren oder wiederholten Pflichtverletzung die Regulierungsbehörde einem Unternehmen die Tätigkeit als Betreiber von Telekommunikationsnetzen

oder Anbieter von Telekommunikationsdiensten untersagen. Die Eröffnung eines Ermessensspielraumes scheint in solchen schweren Verstößfällen ebenfalls nicht angemessen. Die Regulierungsbehörde muss auch hier zum Einschreiten verpflichtet sein.

**Zu 7: Verbandsklagebefugnis auch für Verbraucherverbände, § 42 Satz 3**

Überhaupt nicht nachvollziehbar ist, dass neben den Endnutzern lediglich Wettbewerber und Wirtschaftsverbände aktivlegitimiert sein sollen und Verbraucherverbände an dieser Stelle keine Berücksichtigung finden.

Zwar können gemäß § 42 Satz 3 auch Endnutzer Schadens- und Unterlassungsansprüche geltend machen. Die gängige Praxis zeigt jedoch, dass in den wenigsten Fällen Verbraucher wegen u.U. geringer Schäden oder wegen eines nicht unerheblichen Prozessrisikos Individualverfahren anstreben. Insofern **fordert der vzbv** dringend eine Erweiterung der in § 42 Satz 3 aufgeführten Aktivlegitimation auf Verbraucherorganisationen, die die Interessen der Verbraucher vertreten.

**Zu 8: Mehrerlösabschöpfung, § 41,**

**§ 41 Abs. 1 (Mehrerlösabschöpfung – Grundsatz):** Der vzbv begrüßt die an dieser Stelle vorgesehene Mehrerlösabschöpfung. Allerdings geht uns der Anwendungsbereich nicht weit genug. Eine Mehrerlösabschöpfung sollte auch dann erfolgen, wenn ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen Regelungen dieses Gesetzes oder der aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder gegen sonstige Anordnungen der Regulierungsbehörde verstößt.

Während noch im Referentenentwurf der Regulierungsbehörde kein Ermessensspielraum bestand, liegt es gemäß **§ 41 Abs. 1** des Regierungsentwurfs im Ermessen der Behörde, im Falle einer Zuwiderhandlung die Abführung des Mehrerlöses anzuordnen. Dieser Ermessensspielraum ist nicht nachvollziehbar. **Der vzbv fordert** daher die Verpflichtung der Regulierungsbehörde, in derartigen Fällen die Abschöpfung des Unrechtsgewinns anzuordnen, um damit auch den präventiven Charakter dieser Vorschrift deutlich zu machen.

**§ 41 Abs. 2 (Mehrerlösabschöpfung-Ausnahmetatbestand):** Wir sehen aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe „unbillige Härte“ und

„geringer Mehrerlös“ die Gefahr der Aushöhlung des Grundsatzes der Mehrerlösabschöpfung.

Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, in welchen Fällen die Mehrerlösabschöpfung, d.h. die Abschöpfung eines Unrechtsgewinns, eine „unbillige Härte“ darstellen soll. Es entsteht der Eindruck, als ob sich Unrechtsverhalten finanziell rechnen können soll. Die Härteklausele könnte zum Beispiel von Insolvenz bedrohte Unternehmen dahin gehend motivieren, auf illegalem Wege schwarze Zahlen zu schreiben. § 42 Abs. 2 muss daher dringend gestrichen werden.

**Zu 9: Entgeltregulierung für Portierungskosten, § 44 Abs. 3**

Wie die Praxis der vergangenen Monate gezeigt hat, haben einzelne (Mobilfunk)Unternehmen für die Mitnahme der Rufnummern zum Teil stark überhöhte Entgelte verlangt (z.B. 116 €). Daher ist es u. E. richtig, das diesbezügliche Entgelt auf die Kosten, die einmalig beim Wechsel entstehen, zu beschränken und eine entsprechende Regulierung vorzusehen. Allerdings muss diese Beschränkung nicht nur für die Netzbetreiber, sondern für alle Diensteanbieter gelten. Insofern bedarf es einer Ergänzung der Gesetzes in diesem Sinne.

**Zu 10: kostenlose Information über die Netzzugehörigkeit portierter Rufnummern**

**§ 44 Abs. 3 (Rufnummernübertragbarkeit):** **Der vzbv fordert** ähnlich wie beim Call-by-Call auch hier gesetzliche Vorgaben zur Sicherstellung einer für den Nutzer kostenlosen Information über die Netzzugehörigkeit portierter Mobilfunkrufnummern, da es sich hierbei um Informationspflichten handelt, die dem jeweiligen Netzbetreiber obliegt. Diese Pflicht müsste sowohl für Anrufe aus dem Mobilfunk-, als auch aus dem Festnetz gelten.

Bekanntlich besteht grundsätzlich eine hohe Intransparenz bei den Verbindungsentgelten im Mobilfunksektor; durch die am 1. November 2002 eingeführte Rufnummernportierung im Mobilfunkbereich wird diese noch verstärkt. Die gewünschten Informationen sind derzeit nur innerhalb der jeweiligen Mobilfunknetze umständlich per SMS oder unter einer Auskunftsrufnummer zu erhalten. Wenn die gewünschte Information aus dem Festnetz abgerufen werden soll, ist bei der Deutschen Telekom AG sogar eine kostenpflichtige Service-Rufnummer anzuwählen.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)967**

5. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft ver.di

**Stellungnahme zum Referentenentwurf TKG-E 203, Stand 30.04.2003****Überblick:**

1. Ausgangssituation
2. Notwendige Ziele für die Novellierung des TKG
3. Fokussierung des Infrastrukturwettbewerbs
4. EU-Richtlinien vs. TKG-Ausgestaltung
5. Unklare Begriffsdefinitionen
6. Ermessens- und Beurteilungsspielräume der RegTP
7. Regulierungsplan
8. Organisation der RegTP
9. Internetregulierung
10. Mobilfunkregulierung
11. Datenschutz / TK-Sicherheit
12. Frequenzordnung
13. Nummernverwaltung
14. Verbraucherschutz
15. Universaldienstleistung
16. Kostenbeteiligung der Auftraggeber bei Überwachungsaktivitäten

**1. Ausgangssituation**

Deutschland ist in der Liberalisierung seines TK-Marktes weit vorangekommen. Allerdings ist fraglich, ob die gewonnen Wettbewerbsstrukturen nachhaltig sind. Im Hinblick auf die Marktberreinigung im Kreis der sog. New-Economy ist die Antwort auf diese Frage für die TK-Branche noch offen.

Durch die Einführung von "call by call" in der Ferntelefonie und durch die gleichzeitig eröffneten Möglichkeiten für die Endkunden Anbieter frei zu wählen, entstand ab 1998 ein zwar agiler aber auch aggressiver

Dienstwettbewerb zu Lasten des ehemaligen Staatsunternehmens DT AG. Nach dem 2000/2001 erreichten Höhepunkt verschwanden sehr schnell viele der kleineren und größeren Wettbewerber vom Markt. In der Summe kann man behaupten, dass wenn überhaupt, nur wenige der seit der Liberalisierung entstandenen Arbeitsplätze erhalten blieben.

Die aktuell eingeführte "Liberalisierung" auf dem Markt der Ortstelefonie lockt nun auch in diesem Segment die ersten Call-by-Call-Anbieter aus den Startlöchern. Und sofort greift auch hier wieder ein (gewünschter) Kampf um Marktanteile. Allerdings läuft dieser Kampf nicht auch über qualitative Kriterien, sondern alleine über den Preis. Das könnte fatale Folgen gerade für die lokalen Anbieter der Unternehmen haben, die in den letzten Jahren erhebliche Investitionen in den Auf- und Ausbau eigener Infrastrukturen getätigt haben. Diese Investitionen laufen Gefahr durch sinkende Margen den „return on invest“ nicht zu erreichen. Außerdem werden Anreize für zukünftige Investitionen in Infrastrukturen damit erstickt.

Die Erfahrung der Marktöffnung in der Fern- und Auslandstelefonie hat gezeigt, dass viele der Diensteanbieter lediglich "die schnelle Mark" verdienen. Durch den Zugang zu schnell erlösbaren Arbitragegewinnen zwischen dem Ankauf von Telekom-Leitungskapazitäten und der Veräußerung an die Endkunden wurden nur sehr geringe Marktaustrittsbarrieren geschaffen. Die geringen Anfangsinvestitionen der Diensteanbieter und die vergleichsweise niedrigen Betriebskosten wurden anfänglich schnell durch die erzielten Margen kompensiert. Beschleunigt wurde der Bestand an "flüchtigen" Anbietern noch durch einen freigiebigen Kapitalmarkt. Heute steht fest, dass diese euphorische Situation nur wenige Nutznießer hinterlassen hat. Es steht fest, dass viele Arbeitsplätze bei den etablierten Anbietern dem Preiskrieg zum Opfer gefallen sind. Innovation und nachhaltige Neuinvestitionen sind seit dem Strohfeuerwettbewerb fast auf dem Nullpunkt angelangt. Dieses Ergebnis ist weder volkswirtschaftlich noch politisch gewünscht.

Nachhaltige und qualitativ hochwertigere Arbeitsplätze sind hauptsächlich in Unternehmen zu finden, die wesentlich in den Auf- und Ausbau einer Infrastruktur investiert haben. Doch auch hier zeigt die Bilanz der Arbeitsplätze einen negativen Trend: Durch einen aggressiven Preis- und Verdrängungswettbewerb vor allem in der Sprach- und Datenkommunikation, sanken die Margen aller Anbieter erheblich. Dies stellte die Businesspläne der investierenden Unternehmen in Frage und führte in der Branche zu einem enormen Kostendruck, dem viele Anbieter – forciert durch den Druck aus dem Kapitalmarkt – mit Einschnitten in die Personalbestände entgegen zu wirken versuchten.

Einer der größten Arbeitgeber Deutschlands, die Deutsche Telekom AG, baute in dem fraglichen Zeitraum seit der Einführung des TKG, national ca. 100.000 Stellen ab! Die Arbeitsplätze von weiteren bis zu 50.000 Kolleginnen und Kollegen stehen bis Ende 2004 zur Disposition, die nur durch ausgeklügelte und innovative Beschäftigungsmodelle (Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit (VQE) bzw. Personal Service Agenturen (PSA)) im Konzern aufgefangen werden könnten, und damit nicht sozialisiert werden müssten. Die Möglichkeiten wie VQE/PSA etc. stehen, bedingt durch die Konzeption des Modells, nur großen Unternehmen zur Verfügung. Regionale Netzbetreiber und andere kleine und mittelständische Mitbewerber, die durch die Margenverluste in finanzielle Not geraten, sind gezwungen, ihre freigesetzten Arbeitskräfte auf den Markt und damit größtenteils in die Arbeitslosigkeit zu entlassen.

Nach den Angaben aus dem Jahresbericht 2002 der RegTP ist die Zahl der Beschäftigten bei den Wettbewerbern der Branche von 63.500 Arbeitnehmern im Jahr 2001 auf 51.500 Arbeitnehmern im Jahr 2002 gesunken! Das entspricht einem Verlust von immerhin knapp 19 % der Arbeitsplätze innerhalb eines Jahres. Damit sind die seinerzeit erstellten Arbeitsmarktstudien, die von einem Arbeitsmarktpotential von bis zu 2 Mio. Arbeitsplätzen ausgegangen sind, ins Gegenteil verkehrt.

Es wäre falsch, diese dramatische Entwicklung ausschließlich der konjunkturellen Situation zuzuschreiben. Es sind offenbar auch strukturelle Probleme, die einen effizienten und nachhaltigen Wettbewerb von handelnden und potenziellen Akteuren erschweren.

Darüber hinaus sollte man auch die von der TK-Branche abhängige Zulieferindustrie, wie bspw. Siemens nicht übersehen, die durch die oben beschriebene Entwicklung erhebliche Absatzrückgänge in diesem Marktsegment hinnehmen musste. Dies führte u.a. Ende 2003 im Werk München zu massiven Personalabbaumaßnahmen.

Ver.di sieht die Notwendigkeit, einen effizienten und funktionsfähigen Wettbewerb mit der Fokussierung eines leistungsfähigen Marktes mit hoher Infrastrukturdichte im neuen TKG zu priorisieren, weil damit eine breite Basis für den Dienstewettbewerb erst geschaffen wird. Die Erfahrung, dass in Unternehmen, die im relevanten Umfang in ihre Netzinfrastruktur investiert haben, i.d.R. stabilere und umfangreicher Arbeitsplätze generiert und auf Nachhaltigkeit ausgerichtete Wettbewerbsstrategien verfolgt werden, unterstreicht diese Notwendigkeit.

## 2. Notwendige Ziele für die Novellierung des TKG

In der heutigen volkswirtschaftlichen Situation unseres Landes gilt mehr denn je: Wir brauchen keine Wettbewerber am Markt, die das schnelle Geld machen wollen und dann ebenso schnell wieder verschwinden. Noch weniger brauchen wir Anbieter, die sich lediglich des einfachen Marktzutritts bedienen und über dubiose bis hin zu kriminellen Machenschaften ahnungslose Verbraucher über sog. Mehrwertdienste übervorteilen. Diese Anbieter agieren oft vom Ausland aus, schaffen keine Arbeitsplätze, schaden seriösen Unternehmen am Markt und machen Verbraucher zu Opfern.

Wir brauchen Unternehmen, die sich dauerhaft einem nachhaltigen Wettbewerb stellen. Wir brauchen Unternehmen, die stabile Unternehmensorganisationen anstreben und soziale Verantwortung übernehmen. Dies fängt damit an, dass verantwortungsbewusste Unternehmen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht als "disponible Masse" engagieren, sondern durch dauerhafte Beschäftigung und Ausbildung wertvolle Arbeitsplätze schaffen.

Solchen Ansätzen muss mit entsprechenden Rahmenseetzungen durch das TKG der Weg geebnet werden.

Unternehmen treten bevorzugt in einen *transparenten* und *lukrativen* Markt ein, wenn Aussichten bestehen *erfolgreich* agieren zu können. Unter diesen Voraussetzungen investieren auch die bereits agierenden Player in ihre Anlagenvermögen, um Profitabilität und Effizienz, Marktanteile und Persistenz zu erhöhen.

Das TKG soll gleichzeitig den Markt für eintrittswillige Wettbewerber der Branche öffnen und attraktivieren. Es muss aber auch Hürden und Kontrollmöglichkeiten beschreiben, die unseriösen und "flüchtigen" Diensteanbietern den Zugang verleidet. Die "Spielregeln" des Marktes u.a. als gesetzliche Vorgaben wie das zu novellierende TKG können für Transparenz und Fairness sorgen. Investitionen werden erst getätigt, wenn das eingesetzte Kapital durch die Erträge kompensiert wird und das unternehmerische Risiko durch Prämien und die Geldgeber durch Renditen entlohnt werden. Die Entgelte bei der Zurverfügungstellung der notwendigen Infrastruktur für Diensteanbieter müssen so gestaltbar sein, dass sie die getätigten Investitionen schützen und weitere Investitionen und Innovationen (durch Forschung und Entwicklung) anreizen.

Erfolgreich agierende und auf Nachhaltigkeit gerichtete, stabile Unternehmen bringen für alle Beteiligten ein Positivsummenspiel: Die Arbeitsplätze und entsprechende Einkommen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden sicherer, die Gesellschaft erhält Transferleistungen in Form von Steuern und Abgaben, die Kapitalgeber verdienen ihre Renditen und die Verbraucher profitieren von effizienten Marktpreisen.

Durch die umsichtige Weiterentwicklung des TKG besteht die Chance, die Wettbewerbs- und Leistungsfähigkeit der Akteure auf dem deutschen, europäischen und globalen TK-Markt zum Wohle aller zu steigern.

Ver.di fordert für den neuen Gestaltungsrahmen des TK-Marktes im Sinne der hier formulierten Ziele Ergänzungen und Anpassungen im vorgelegten Refe-

rentenentwurf (RefE) in folgenden mit den Überschriften benannten Themenfelder:

### 3. Fokussierung des Infrastrukturwettbewerbs

Aus den oben getätigten Ausführungen ist zu entnehmen, dass es für ver.di aus beschäftigungs-, sozial- und wirtschaftspolitischer Sicht sinnvoll ist, die getätigten Investitionen in den Aufbau von Infrastrukturen und damit tendenziell stabilere und qualifiziertere Arbeitsplätze zu fördern. Darüber hinaus müssen volkswirtschaftlich sinnvolle, also effiziente Infrastrukturinvestitionen angereizt werden. Anreize entstehen durch Chancen für Unternehmen und Kapitalgeber, auf den relevanten Märkten erfolgreich agieren zu können.

Im § 2 Abs. 2 Nr. 3 des RefE wird die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen als Regulierungsziel genannt. Eine erfolgreiche Realisierung dieses Regulierungsziel kann auf Basis des vorgelegten RefE noch nicht prognostiziert werden.

Infrastrukturinvestitionen sind dann effizient, wenn durch jede weitere Schaffung einer Infrastruktureinheit die Zielerreichung (nämlich eine optimale Wettbewerbsstruktur) verbessert würde. In leitungsgebundenen Branchen ist die Schaffung von Redundanzen ggf. ineffizient. In solchen Fällen ist der Zugang der Wettbewerber zu den bestehenden Netzkapazitäten - gerade auch im Zugang zum Kunden - zu gewährleisten. Der Zugang muss zwischen den Wettbewerbern so gestaltbar sein, das möglichst "Win-Win"-Situationen entstehen: Dem Netzinhaber entstehen Einnahmen durch die Zugangsentgelte und helfen ihm die Unterhaltung, Wartung und Ersatzinvestitionen zu kompensieren. Dem Wettbewerber entfallen die sonst notwendigen immensen Investitionen durch den Aufbau redundanter Netzeinheiten.

Das TKG muss also gewährleisten, dass volkswirtschaftlich sinnvolle Investitionen zu Gunsten einer effizienten Wettbewerbsstruktur angereizt werden. Außerdem muss es Handlungsoptionen schaffen, ineffiziente Investitionen durch die gemeinsame Nutzung von bestehenden Anschlüssen und Netze - im Rahmen des eigentumsrechtlich zulässigen - zu vermeiden. Der Zugang zu den Kunden muss für alle Player am Markt in einem transparenten (vorhersehbaren) und rechtssicheren Verfahren unter fairen Bedingungen möglich sein. Der RefE hat im Gegensatz dazu z.B. in den Ausführungen des § 16 in erster Linie Handlungsspielräume für die RegTP implementiert, die auf beiden Seiten (Netzinhaber und Wettbewerber) für Unsicherheit sorgt.

Im RefE sollte die Bedeutung der oft angesprochenen Investitionen definiert und klargestellt werden. Es muss hervorgehoben werden, dass mit den "Investitionen" vorrangig Investitionen in Netzinfrastrukturen und Anschlusstechnologien intendiert werden, da nur diese Infrastrukturinvestitionen einen nachhaltigen und stabilen Wettbewerb gewährleisten. Ohne die Zurverfügungstellung ausreichender Infrastrukturen, ist die Schaffung eines agilen Dienstwettbewerbs erst gar nicht möglich.

Zu einem nachhaltigen und agilen Wettbewerb gehört wünschenswerter Weise auch die Schaffung von Innovationen und neuen Technologien. Neue Technolo-

gien werden durch Investitionen in Forschung und Entwicklung (F&E) generiert. Das Launching neuer Technologien oder neuer Produkte muss durch entsprechende First-Mover-Renditen belohnt werden. Die Ausführungen im § 16 Abs. 2 und 3 verpflichten allerdings u. U. den First-Mover zur Überlassung innovativer Dienste und Technologien. Eine Unterscheidung zwischen der technologischen Werthaltigkeit der Produkte wird im RefE nicht getroffen. So wird es für Unternehmen unattraktiv Innovationen und Neuentwicklungen zu generieren, weil eine breite Marktplatzierung der neuen Produkte nicht mehr die Renditen einbringen wird, die notwendig wären, die Investitionen in F&E zu kompensieren. Da diese Produkte von allen Wettbewerbern übernommen werden können und eine Produktführerschaft so nicht mehr zustande kommt, entfallen die Anreize für die Investitionen in F&E.

Im § 16 fehlen harte gesetzliche, von der RegTP nicht zu negierende Kriterien zum Schutz von Infrastrukturinvestitionen. Das Gegenteil ist der Fall: Durch die Regelungen im § 16 des RefE, die marktbeherrschende Unternehmen auch zur Überlassung von Diensten, Produkten und Leistungen an reine Reseller verpflichten, können sich diese die "Rosinen" aus dem Produktportfolio picken.

Da dieser Aspekt ausschließlich "marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze" (§ 16) trifft, werden hier die Anbieter von Diensten gegenüber Infrastrukturbetreiber bevorteilt.

Hier fordert ver.di eine entsprechende Differenzierung der zu überlassenden Produkte, Dienste und Technologien, vor allem in den Ausführungen des § 16 des RefE. Darüber hinaus sind die in den Richtlinien enthaltenen Vorgaben im TKG umzusetzen, dass neue Märkte zunächst nicht der strengen sektorspezifischen Regulierung unterliegen sollen.

### 4. EU-Richtlinien vs. TKG-Ausgestaltung

Die EU-Richtlinien wurden erlassen, um für die nationalen Gesetzgeber Europas wichtige Orientierungspunkte für eine einheitliche Regulierungspraxis an den TK-Märkten zu setzen. Die EU-Vorgaben sind verbindlich und müssen innerhalb einer vorgeschriebenen Frist in nationales Recht umgesetzt sein. Wichtigstes Ziel der EU ist die Schaffung eines EU-weiten konsistenten und vereinheitlichten TK-Marktes. Ver.di begrüßt diese Zielstellung, da es im Rahmen einer fortschreitenden Globalisierung nicht akzeptabel erscheint, dass die großen Player der benachbarten Märkte unter großzügigen Rahmenvorgaben der jeweiligen Regierungen auf dem deutschen Markt unter vorteilhaften Bedingungen ihres Stammlandes agieren können.

Auf Basis der allgemein anerkannten Intention, die Wettbewerbsbedingungen der Europäischen Union auf dem TK-Markt zu harmonisieren, erscheint es sinnvoll, sich bei den Ausführungen zu einem novellierten, den EU-Richtlinien folgenden Gesetzestextes, an die Vorgaben zu halten. Der vorgelegte Referentenentwurf jedoch schießt in einigen Bereichen über die Ziele der EU-Vorgaben hinaus oder ist bei zentralen Regelungen, nicht konform mit den entsprechenden Richtlinien.

Um ein faires Wettbewerbsumfeld für den europäischen Markt zu schaffen, ist eine richtlinienkonforme Auslegung des novellierten TKG's unerlässlich.

So werden z. B. im Referentenentwurf an mehreren Stellen keine oder nur eingeschränkte Möglichkeiten für die Nutzung von Rechtsmittelbehelfen durch die von einer Entscheidung betroffenen Wettbewerber eröffnet. Dies trifft z. B. bei Entscheidungen der RegTP in Zusammenhang mit Marktanalyse-Ergebnissen, Entgeltgenehmigungen für Endkunden oder allgemeine Entgeltentscheidungen zu. Artikel 4 der EU-Rahmenrichtlinie schreibt jedoch vor, dass Sorge dafür getragen werden soll, *„dass die Mitgliedsstaaten auf nationaler Ebene wirksame Verfahren eröffnen, nach denen jeder Nutzer oder Anbieter elektronischer Kommunikationsnetze und/oder -dienste, der von einer Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde betroffen ist, bei einer von den beteiligten Parteien unabhängigen Beschwerdestelle Rechtsbehelf gegen diese Entscheidung einlegen kann. Diese Stelle, die auch ein Gericht sein kann, muss, über den angemessenen Sachverstand verfügen [...]“*. Somit öffnet sich hier eine Kluft zwischen den EU-Vorgaben in den einschlägigen Richtlinien (hier: Rahmenrichtlinie) und den Ausführungen im Referentenentwurf, die es zu schließen gilt.

Auch bei der Beschreibung der Zugangsverpflichtungen im § 16 des Referentenentwurfs gehen die Autoren weit über die Empfehlungen der Kommission hinaus. Die EU-Richtlinien sind in der allgemein gültigen Interpretation allerdings als Rahmen zu verstehen, innerhalb derer sich die regulatorischen Eingriffe in den Markt begrenzen sollen. Eine Überschreiten dieses Rahmens könnte den nationalen Wettbewerber, im Vergleich zu den ausländischen Konkurrenten, höhere Belastungen aufbürden. Dies ist nicht im Sinne einer Harmonisierung des EU-Marktes.

Ver.di fordert in diesem Zusammenhang die richtlinienkonforme Umsetzung der EU-Vorgaben im Gesetzentwurf zu realisieren.

### 5. Unklare Begriffsdefinitionen

Bei der Definition des Begriffes *„funktionsfähiger Wettbewerb“* (§ 3, Nr.9) weicht der RefE von den EU-Vorgaben für eine entsprechende Auslegung zur Abgrenzung der relevanten Märkte ab. Wegen der immensen Bedeutung dieses Begriffes für die künftigen Entscheidungen über die Anwendbarkeit von regulatorischen Maßnahmen, ist größter Wert auf eine EU-einheitliche Auslegung dieses Begriffes in Konformität zu den EU-Richtlinien, (Rahmenrichtlinie) anzustreben.

Darüber hinaus erscheint die Abgrenzung zwischen den Begriffen *„funktionsfähiger Wettbewerb“* und *„wirksamer Wettbewerb“* nicht deutlich. Beide Begriffe setzen auf den Tatbestand von Marktmacht auf und nehmen im Zusammenhang mit den §§ 8 und 9 RefE eine zentrale Bedeutung für die Anwendbarkeit regulatorischer Maßnahmen dar. Durch die Verwendung dieser unsauber getrennten Begriffe wird Verunsicherung und Interpretationsraum geschaffen.

Die ebenfalls in § 3 unter Nr. 22 getroffene Definition des für die Auslegung des Gesetzentwurfs zentralen Begriffes *„Telekommunikationsdienste“* ist unzurei-

chend. Die Reichweite des Begriffes ist nicht beschränkt und könnte theoretisch die Regulierung im Sinne des TKG auf Dienste ausdehnen, für die eine Regulierung nach den EU-Intentionen nicht vorgesehen ist. Für eine Klarstellung, dass *„Telekommunikationsdienste“*, im Sinne der EU-Vorgaben (Rahmenrichtlinie), nur der Signalübertragungsvorgang, nicht aber Inhaltsangebote erfassen dürfen, sollte die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 22 TKG entsprechend präzisiert werden.

In der öffentlichen und parlamentarischen Diskussion sind in den letzten Monaten Themen rund um die sog. *„Mehrwertdienste“* behandelt worden. Erstaunlich ist daher, dass dieser Begriff nicht im Rahmen des § 3 aufgenommen wurde. Durch die fehlende Definition wird es im RefE nicht deutlich, ob die sog. *„Mehrwertdienste“* in den Anwendungsbereich des TKG's fallen.

Im § 36 Abs. 2,2 wird ausgeführt, dass die Verpflichtungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl für den Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden, solange nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht. Auch hier muss nach Einschätzung von ver.di genauer definiert werden, was unter einem *„nachhaltigen Wettbewerb“* zu verstehen ist.

### 6. Ermessens- und Beurteilungsspielräume der RegTP

In nahezu allen Bereichen des vorliegenden Referentenentwurfs werden der nationalen Regulierungsbehörde (RegTP) erhebliche Ermessens- und Beurteilungsspielräume eingeräumt. Diese werden durch eine ganze Reihe von *„Kann-Vorgaben“* bei der Abwägung der anzuwendenden Regulierungsmaßnahmen oder bei den anzuwendenden Sanktionen explizit vorgegeben. Ermessens- und Beurteilungsspielräume provozieren die aktiven Marktteilnehmer, die regulierungspolitischen Entscheidungen oder Maßnahmen durch Lobbyarbeit zu beeinflussen. Die Theorie der politischen Ökonomie zeigt aber, dass Lobbyarbeit in der Regel ineffizient ist, da diese in erster Linie auf kurzfristig zu erzielende wirtschaftliche Erfolge ausgerichtet ist. Es erscheint logisch, dass wenn auf der einen Seite im Gesetzesentwurf explizit der effiziente Wettbewerb intendiert wird, und auf der anderen Seite durch die eingeräumten Ermessensspielräume für die RegTP Entscheidungssphären entstehen, Versuche der Einflussnahme durch die Unternehmen angereizt werden. In Entscheidungssphären, in den sich die RegTP auf ihre Spielräume berufen wird, wird von den betroffenen Marktteilnehmern jeweils die Objektivität der Entscheidungen in Frage gestellt werden.

Die Gespräche mit Verbands- und Unternehmensvertretern und diversen Sachverständigen zeigen über alle Fraktionen hinweg, dass die im RefE vorgesehenen Beurteilungs- und Ermessensspielräume allenthalben kritisch beurteilt werden.

Durch die im Referentenentwurf eröffneten Ermessens- und Beurteilungsspielräume werden politisch-administrative bzw. juristische Instanzenzüge vorprogrammiert. Die Ermessensspielräume für die RegTP können die notwendige Flexibilität bringen, die der marktdynamischen Entwicklung Rechnung tragen.

Aber es muss von vorne herein klargestellt werden, unter welchen Prämissen die Entscheidungsspielräume der RegTP ausgefüllt werden. Solche Prämissen sind in dem bisherigen Entwurf nicht erkennbar.

Ver.di fordert deshalb, dass dringend Modifikationen im RefE eingearbeitet werden, die Ermessensspielräume klarer definieren und die Entscheidungsstabilität verbessern. Die Ausweitung von Vermutungstatbeständen zu Sachverhalten, die Regulierung rechtfertigen, müssen beseitigt werden. Damit würde die Planungssicherheit für die Wettbewerber deutlich erhöht. Ein konkreter Vorschlag für Erreichung dieser Verbesserungen, ist die richtlinienkonforme Implementierung eines „Regulierungsplanes“, der nachfolgend beschrieben wird.

## 7. Regulierungsplan

In Anlehnung an die Ausführungen unter 6.) kann festgestellt werden, dass das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) eine strategische Ausrichtung der RegTP im Zusammenhang mit der Novellierung nicht vorgenommen hat. Eine entsprechende konkrete, konsistente und ganzheitliche Richtungsvorgabe würde wichtige Effekte für die Entwicklung der Branche erzeugen. Wichtig für die Generierung von Investitionen und die Forcierung eines effizienten Wettbewerbs ist die Planungs- und Rechtssicherheit für die Wettbewerber. Deshalb ist die Zielsetzung der Regulierungspolitik, die maßgeblich die Entwicklung der TK-Branche beeinflussen wird, unerlässlich für die Planungssicherheit und die Realisierung von Businesspläne der Wettbewerber. Eine transparente und an Zielvorgaben orientierte strategische Ausrichtung der RegTP kann durch einen nachfolgend beschriebenen Regulierungsplan einen wichtigen Bezugsrahmen für künftige Entscheidungen konstruieren.

Der Regulierungsplan soll in einem öffentlichen und transparenten Verfahren erarbeitet werden. Ziel ist die Darstellung eines „Fahrplans“ und die damit verbundene mittelfristige Bindung der RegTP an konkrete Zielstellungen. Dieser Regulierungsplan wäre sowohl für die agierenden und potenziellen Marktteilnehmer, als auch für die Arbeit der Regulierungsbehörde eine maßgebliche Orientierung. Der Regulierungsplan wird helfen Regulierungsziele zu konkretisieren und abzustimmen und damit eine ganzheitliche Regulierungspolitik ermöglichen sowie einen verbindlichen Bezugsrahmen für einzelne Regulierungsentscheidungen der Regulierungsbehörde herstellen. Regulierungsentscheidungen würden transparenter, demokratischer und akzeptabler.

An der Aufstellung des Regulierungsplanes sind gesellschaftliche Gruppen (z. B. Verbände, Gewerkschaften, Verbraucher) zu beteiligen. Die Implementierung des Regulierungsplanes sollte unter Einbindung der Beschlusskammern (§§ 127 ff) und des Beirates der RegTP erfolgen. Der Regulierungsplan sollte eine Geltungsdauer von nicht länger als zwei Jahren haben und fortlaufend überprüft und ggf. fortgeschrieben werden.

## 8. Organisation der RegTP

Für eine sinnvolle Umsetzung der TKG-Vorgaben ist die Einhaltung folgender Prämissen bei der Organisa-

tion der RegTP zu beachten. Eine effiziente, zeitnahe Regulierung ist nur möglich, wenn

- die Unabhängigkeit im Sinne der Richtlinienvorgaben weitestgehend realisiert werden und die erforderlichen Regulierungsentscheidungen durch diese Organisationsform unterstützt werden.
- die Einflussnahme der Öffentlichkeit (Wettbewerber, Verbraucher, Verbände und Interessenvertretungen) durch eine Präsidentenkammer in Zusammenarbeit mit einem Beirat in Vorbereitung von zu treffenden Entscheidungen durch eine transparente und öffentliche Diskussion ermöglicht wird
- die Unabhängigkeit der Regulierungspolitik dadurch gesichert wird, dass der Staat keine Eingriffsmöglichkeit in die direkten Entscheidungen der Regulierungsbehörde (nachdem zuvor beschriebenen Öffentlichkeitsverfahren vollzogen wurde) erhält.
- als einziges Instrumentarium der arbeitsmarkt- und wirtschaftspolitischen Eingriffsmöglichkeit des Staates und der Politik der Regulierungsplan verbleibt.

Die über die verschiedenen Bereiche des Gesetzentwurfs formulierten Zuweisungen von Aufgaben lässt häufig die erforderliche Transparenz vermissen. Außerdem eröffnen sich enorme Ermessensspielräume für Entscheidungen oder Anweisungen, so dass in der Folge zahlreiche Rechtsstreitigkeiten anstehen werden. Für die Regulierungsbehörde und für die Wettbewerber ist es erstrebenswert, klare, rechtssichere Handlungs- und Sanktionsrahmen für die RegTP zu definieren, die der Branche höhere Planungssicherheit und der Behörde weniger Rechtsstreitigkeiten beschere würden.

Hinzu kommen an derartigen Stellen noch unklare Zuständigkeiten in der Organisation. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass in einigen Sachverhalten, die in den verschiedenen Abschnitten dieses Gesetzes nicht exakt beschrieben sind, die Entscheidungsbefugnis der RegTP dem direkten Weisungsrecht des Ministeriums unterworfen werden. Das betrifft z.B. Fragen der Frequenzuteilung (§ 47), des Wegerechtes (§§ 61ff), des Auskunftersuchens (§§ 103ff). Damit wird die Unabhängigkeit der Behörde im Sinne der EU-Vorgaben aus der Rahmenrichtlinie oder der Frequenzrichtlinie wesentlich eingeschränkt und die Transparenz der Arbeit verschlechtert werden.

Die in den genannten Passagen des RefE beschriebenen Verfahren, bei denen das BMWA Eingriffsmöglichkeiten zugeschrieben werden, führen mit großer Wahrscheinlichkeit zu einem erhöhten Verwaltungsaufwand, da die Zuständigkeiten des Ministeriums in der Folge einen erhöhten Personalaufwand erfordern. Die vermehrten Zuständigkeiten des BMWA werden zum Teil mit einem Abbau der Bürokratie begründet. Das entspricht nicht einmal im Ansatz dem Grundgedanken des „Modernen Staates“. Hierbei wird vielmehr davon ausgegangen, dass jeder Organisationsteil einer Verwaltung - hier des Geschäftsbereiches des BMWA und die ihm zugeordneten Behörden - mit klaren Aufgabenabgrenzungen und Zielstellungen bedacht wird. Diese Organisationsteile sind für dann auch eigenverantwortlich in der Ausführung und die damit verbundenen Ergebnissen. Es ist dann lediglich

eine Erfolgskontrolle für die übergeordnete Behörde einzuräumen.

Bedenklich ist ebenfalls die Begründung zu § 112 des RefE, in der die Reg TP als eine zweigeteilte Behörde beschrieben / charakterisiert wird. Diese Argumentation ist fadenscheinig und legt den Verdacht nahe, dass dadurch die Beschneidung der Kompetenzen der RegTP in einigen Bereichen, wie z. B. dem Frequenzgeschehen, kaschiert und die Akzeptanz in Brüssel erhöht werden soll.

In der Praxis ist mit den erweiterten Eingriffsmöglichkeiten für das BMWA von komplexeren Prozessen bei der Koordination und Verzahnung zwischen RegTP und dem zuständigen Referat des Ministeriums auszugehen. Im Sinne einer "Modernen Verwaltung" sollten die entsprechenden Zuständigkeiten von den zentralen Referaten bei der RegTP geführt werden, die auch die erforderlichen Sachkenntnisse für Beschlusskammerentscheidungen bereit zu stellen haben, und nicht in Regulierung und Verwaltung getrennt werden können.

Grundsätzlich kritisiert ver.di die Tatsache, dass durch die im RefE anvisierte Organisationsform auf Basis der erweiterten Befugnisse des BMWA, die demokratisch-parlamentarische Beteiligung geschwächt wird. In diesem Zusammenhang fordert ver.di die ursprüngliche Spannweite der Beteiligungsrechte des Regulierungs-Beirates wieder herzustellen.

Ver.di lehnt die weitreichenden Eingriffs- und Entscheidungsmöglichkeiten des BMWA's, die im Rahmen organisationspolitischer Veränderungen intendiert werden ab, und empfiehlt die Zurücknahme der entsprechenden Ausführungen.

## 9. Internetregulierung

Es ist zu begrüßen, dass gegenwärtig das Instrument der Regulierung noch keine Anwendung für die Dienstleistungen im Internet-Bereich, also speziell bei den Internet Service Provider (ISP's), erfährt. Allerdings ist das Interpretationsspektrum für in § 3 Nr. 22 getroffene Definition von *Telekommunikationsdiensten* so breit, dass hier die Gefahr besteht, auf Grundlage einer technologieneutralen Regulierungsposition aus, ISP's in den regulatorischen Rahmen einzubeziehen. Dies gilt um so mehr, als dass in diesem Fall alle ISP'ler als Diensteanbieter im TKG "Berücksichtigung" fänden. Dies hätte in einer beträchtlichen Spannweite Konsequenzen für die Umsetzung des TKG's (z.B. Zugangsregulierung, Entgeltregulierung u. a.).

Im Gesetz soll eine saubere Abgrenzung in der Definition der Telekommunikationsdienste getroffen werden. Eine willkürliche Auslegung der jetzigen Definition ist sowohl zu Gunsten oder zu Ungunsten der ISP'ler möglich. Das bringt Verunsicherung bei den potenziell Betroffenen und das ist unerwünscht (vgl. hier Punkt 4).

Ein Aufgabengebiet für die RegTP sieht ver.di in der Notwendigkeit, die Kennungsvergabe für ISP'ler und deren Adressräume zentral zu verwalten (entspricht letztlich der Nummern- oder Rufzeichenvergabe in den traditionellen Diensten).

## 10. Mobilfunkregulierung

Von regulierungspolitischen Vorgaben für den Mobilfunk ist abzusehen, da hier bereits ein wettbewerbsfähiger Markt entstanden ist. Auch können die Ausführungen im § 145 Abs. 4 begrüßt werden, da hier Planungs- und Rechtssicherheit für die UMTS-Lizenzinhaber gewährleistet werden.

## 11. Datenschutz / TK - Sicherheit

Für die Einhaltung bestimmter Anforderungen, wie zum Beispiel die Erbringung von technischen Schutzmaßnahmen, darf die alleinige Erklärung eines Unternehmens, dass es die Forderungen erfüllt (§ 104 Abs. 3 RefE), zukünftig nicht ausreichend sein.

Die gesetzlichen Anforderungen an Qualität und Sicherheit müssen überwacht und durchgesetzt werden. Es soll nicht sein, dass großen Anbietern Qualitätsansprüche und Datenschutzaufgaben aufgezogen werden, während sich kleinere Unternehmen mangels Kontrolle den Vorgaben entziehen können. Einbrüche, wie beispielsweise das Entstehen von Kommunikationslücken bei der vorjährigen Hochwasserkatastrophe, wären dann nicht mehr in dem erlebten Ausmaß möglich.

Es sollten darüber hinaus für die RegTP die Möglichkeit geschaffen werden, die Einhaltung und Forderungen an Fernmeldesicherheit, Datenschutz sowie Vorkehrungen zum Schutze vor Einwirkungen von Katastrophen nicht nur zu formulieren, sondern die Einhaltung der Anforderungen mit Verfügbarkeit von Sanktionsmitteln zu überprüfen. Denkbar wäre hier auch ein „Gütesiegel“. An den Sicherheitsmaßnahmen für das Ausstellen eines „Gütesiegels“ sind die Marktteilnehmer und weitere Betroffene (Bundesbeauftragten für den Datenschutz, Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik etc.) verpflichtend sowie weitere "Interessierte" (Verbraucher, Interessenverbände, etc.) zu beteiligen.

## 12. Frequenzordnung

Der Vorrat an Frequenzen für funktechnische Anwendungen ist grundsätzlich begrenzt. Frequenzen sind damit, soweit es um ihre Nutzung für funktechnische Anwendungen geht, eine knappe Ressource. Die mit der Funkanwendungen verbundenen Freiraumausbildung elektromagnetischer Wellen erfordert darüber hinaus ein hohes Maß an Koordinierung, um wechselseitige Störungen von Funksignalen auszuschließen. Die hiermit verbundenen staatlichen Aufgaben der technischen Regulierung werden von der RegTP wahrgenommen.

Die Frequenzordnung selbst ist ein wesentlicher Bestandteil aller Dienstangebote. Sie hat weiterhin eine hohe Bedeutung für die Entwicklung/Entstehung eigener (funktechnischer) Märkte, aber auch für die umfangreiche Nutzung außerhalb der bisherigen Bereiche von Telekommunikation (z. B. Steuerungen, Überwachungen, Hobbies, etc.).

Die Frequenzordnung als Funkfrequenzpolitik muss für alle Anwendungen bedarfsgerecht, diskriminierungsfrei, transparent und optimiert Frequenzen bereitstellen.

Die Funkfrequenzpolitik in der bisherigen Dreizügigkeit

- Frequenzbereichszuweisungsplan
- Frequenznutzungsplan
- Frequenzzuteilung

wird unterstützt. Allerdings sollten alle Möglichkeiten zu Umsetzung der Richtlinienforderung nach Unabhängigkeit der Regulierung (hier ist die Frequenznutzung ein untrennbarer Bestandteil der Telekommunikationsmärkte) genutzt werden. Es gelten auch hier die Forderungen zur Verhinderung des Eingriffs des Staates in die Frequenzpolitik.

Demnach sollte auch Frequenzpolitik ein Bestandteil des *Regulierungsplanes* werden. Dabei sind insbesondere die Nutzungsmöglichkeiten für innovative Anwendungen zu erschließen und neben wettbewerbsrechtlichen - in Verknüpfung mit der ökonomisch Regulierung - auch kulturelle, wissenschaftliche und soziale Aspekte zu berücksichtigen. Besonderer Bedeutung kommen auch sicherheitsrelevanten und gesundheitlichen Gesichtspunkten zu.

Dennoch muss das Verfahren zum Aufstellen des Frequenznutzungsplans zu Gunsten der Förderung und Erhaltung von Infrastrukturen sowie im Interesse der Verbraucher vereinfacht werden, damit insbesondere innovative und produktive Anwendungen/Dienste umgehend und störungsfrei genutzt werden können.

Die Bedingungen, unter denen eine Einzelzuteilung erteilt werden muss (§ 47), sind sehr allgemein aufgeführt. Hier sollte präziser das politische/wirtschaftliche Ziel genannt werden. Grundsätzlich ist der deutsche Standard der störungsfreien Frequenznutzung entgegen dem anderer europäischer Staaten sehr hoch, so dass jede Nutzung nur über eine Einzelzuteilung im Sinne der Regulierungsziele gerechtfertigt erscheint. Die allgemeine Formulierung des Gesetzes wird wahrscheinlich Anlass zu neuen Rechtsstreitigkeiten liefern.

Darüber hinaus ist nicht in jedem Fall die RegTP deutlich für die Zuteilung einer Frequenz als verantwortliche Behörde benannt (§ 46). Diese eindeutige Zuweisung zu Gunsten der RegTP soll unbedingt nachgeholt werden.

Die Möglichkeiten der Frequenzüberwachung – ein ständiger Streitfaktor zwischen dem Bundesrechnungshof und der RegTP hinsichtlich des erforderlichen Umfangs einer Kontrolle von Frequenznutzungen – sollte deutlicher formuliert werden. Auf der vorgelegten Grundlage des § 56 ist der Kompetenzstreit im Sinne § 112 bereits vorprogrammiert.

### 13. Nummernverwaltung

Die Nummernverwaltung muss vergleichbaren gesetzlichen Vorgaben unterworfen werden wie die Frequenzpolitik. Die Nummernvergabe entwickelt sich zunehmend zu einem Instrument der Marktgestaltung. Deshalb sollten zumindest Ermächtigungen für entsprechende Verordnungen aufgenommen werden.

### 14. Verbraucherschutz

Die folgenden, im Zusammenhang mit Mehrwertdiensten getätigten Ausführungen, sind vorbehaltlich einer positiven Definition des Begriffes „Mehrwertdienste“

und die damit verbundene Ausdehnung des TKG-Anwendungsbereichs (vgl. die Ausführungen unter Punkt 5).

Wettbewerb ist zwangsläufig mit den Interessen der Verbraucher verbunden. Aus diesem Grund muss insbesondere der Verbraucherschutz präzisiert sowie die Transparenz verbessert werden. Hier sind geeignete (Kontroll-)Instrumente zu schaffen, da dem Verbraucherschutz ein herausragender Stellenwert zukommt. Als Schwerpunkt „Verbraucherschutz in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft“ in der Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 16.10.02 ist unter anderem auch die Schaffung einer verbraucherfreundlichen Gestaltung des Telekommunikationsrechts vereinbart worden.

So ist beispielsweise der durchschnittliche Kunde grundsätzlich nicht in der Lage bestimmte Parameter eines Angebots richtig einzuschätzen bzw. sich die entsprechenden Angaben einzuholen. Anbieter sind nicht verpflichtet, ihr Angebot so zu beschreiben, dass eine Vergleichbarkeit verschiedener Anbieter möglich ist. Das ermutigt unseriöse Anbieter (wie z.B. bei der Fax-Werbung, 0190/0900-er Nummern, etc.) zum Missbrauch von Dienstangeboten. Durch einen gesetzlich fundierten Rahmen muss der Schutz des Verbrauchers weitgehender als bisher (dazu zählen auch erforderliche Eingriffs- und Sanktionsmöglichkeiten) ermöglicht werden.

Es fehlen noch die präzisierten Formulierungen oder Ermächtigungen, die über die heutigen Kundenschutzverordnungen hinausgehen. Die TKV hat in der Vergangenheit nicht ausgereicht, um die schutzwürdigen Verbraucherinteressen im oben beschriebenen Sinne zu realisieren

Es fehlt nach unserer Einschätzung des Entwurfes auch weiterhin die Implementierung einer Grundlage zur Einführung eines transparentes Systems wiederholter Beobachtungen, Messungen und Bewertungen der Entwicklungen hinsichtlich der Qualitätsparameter, Leistungen, Funktionalität und Preis. Ziel ist unter anderem die Überprüfung des Umfangs des Unversaldienstes sowie die Sicherstellung besonderer Maßnahmen für behinderte Nutzer.

In Erweiterung zu den Ausführungen an die unter Punkt 2, 1. Absatz gemachten Ausführungen fordert ver.di in Übereinstimmung mit dem DGB, eine deutliche Qualitätssicherung bei Mehrwertdiensten. In Ergänzung des Entwurfs zum Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er/900er Mehrwertdiensternummern sollte das TKG spezifizieren, dass jeder Anbieter, der eine 0190- oder eine andere Mehrwertdienste-Nummer zur Nutzung überlassen bekommen hat, dazu verpflichtet wird, eine ladungsfähige Anschrift bei der RegTP zu hinterlegen. Diese Datenbank soll für die Öffentlichkeit einsehbar sein.

Darüber hinaus ist im geänderten § 43a des o.g. Mehrwertdiensternummerngesetz nur davon die Rede, dass die RegTP innerhalb von zehn Tagen Auskunft darüber erteilen soll, wer über eine angefragte "0190-Mehrwertdiensternummer Dienstleistungen anbietet". Die RegTP selbst muss die Anfrage an den entsprechenden Nummernbetreiber weiterleiten und von diesem innerhalb von fünf Werktagen eine Antwort erhalten. In der Entscheidung über eine Aus-

kunftserteilung besteht durch die verwendete „Soll-Formulierung“ für die RegTP wieder ein Ermessensspielraum, der zu Ungunsten des Verbrauchers ausgelegt werden kann. Damit ist die aus Verbrauchersicht erforderliche Transparenz nicht gewährleistet.

Positiv dagegen ist, dass alle 0190-Einwahlprogramme bei der RegTP registriert werden sollen, bevor sie vom Anbieter erstmalig eingesetzt werden. Wenn ein nicht von der RegTP registrierter Dialer in Umlauf gebracht wird, soll die Behörde bis zu 10.000 Euro Bußgeld verhängen dürfen. Positiv ist auch zu bewerten, dass der geänderte Paragraf 43c des Mehrwertdiensternummergesetzes die RegTP ermächtigen soll, *„im Fall der gesicherten Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer Mehrwertdiensternummer“* die Abschaltung eben dieser Nummer anzuordnen.

Ver.di fordert gemeinsam mit dem DGB, dass diese Regelungen gegen Missbrauch der Mehrwertdiensternummern analog auch für andere Nummernklassen zur Anwendung kommen sollen.

Eine weitere Aufgabe im Sinne des Kunden- und Verbraucherschutzes, die von der RegTP wahrzunehmen ist, ist das „Eichen“ und Zertifizieren von Hard- und Software, die von Mehrwertdiensteanbieter im Kontakt mit dem Kunden im Rahmen von Billingssystemen zum Einsatz gebracht werden.

### 15. Universaldienstleistung

Die verbreitete Einschätzung einer - bereits gegebenen bzw. möglichst rasch zu erreichenden - „Universalität des Internets“ und die Erkenntnis, dass bestimmte Bevölkerungsschichten (insbesondere Einkommensschwächere) trotz deutlicher Preisreduzierungen noch immer erhebliche Entwicklungsrückstände in Sachen Internet-Nutzung aufweisen, hat Regierungen weltweit dazu veranlasst, Programme mit der Zielformel „Internet für alle!“ aufzulegen. Auch die deutsche Bundesregierung vertritt in ihrem Aktionsprogramm *„Innovation und Arbeitsplätze in der Informationsgesellschaft des 21. Jahrhunderts“* die Auffassung, dass *„allen Bevölkerungskreisen ... der Zugang zum Internet ermöglicht (werden muss).“*<sup>3</sup>

Entgegen den Ausführungen in der Begründung zum RefE des BMWA zum § 71 Abs. 2 Nr. 1 RefE sieht ver.di hier nicht Bereitstellung eines Internetanschlusses mit einer akzeptablen Datenbandbreite gewährleistet.

Als Beitrag zur Realisierung dieser Zielsetzung sollte der **Internet-Zugang explizit als Universaldienstleistung** im Sinne des § 71 TKG bestimmt werden. Deren nähere Ausgestaltung müsste in der Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV) erfolgen; hier wären insbesondere angemessene Übertragungsgeschwindigkeiten bzw. Bandbreiten festzulegen, wie dies ja bereits heute in § 1 Nr. 1 TUDLV der Fall ist (*„... mit einer Bandbreite von 3,1 KHz ...“*). Aus heutiger Sicht erscheint eine Übertragungsgeschwindigkeit von 64 Kbps adäquat.

In diesem Zusammenhang ist auch die Finanzierung

dieses Universaldienstes zu konkretisieren. Es ist insbesondere wenig schlüssig zur Finanzierung des Universaldienstes nur diejenigen Akteure heranzuziehen, die die entsprechenden Dienstleistungen selbst bereitstellen - also nach derzeitigen Festlegungen die Anbieter von Sprachtelefondienst bzw., im Falle einer erweiterten Definition im Sinne der obigen Ausführungen, die Internet Service Provider. Da von einem hohen Verbreitungs- und Nutzungsgrad des Internets wesentlich mehr Akteure profitieren als nur die „Telcos“ bzw. „ISPs“ - u.a. Inhalteanbieter, Hard- und Softwareproduzenten, e-commerce-Unternehmen, aber auch staatliche Instanzen - sollte zusätzlich eine **Verbreiterung der Finanzierungsbasis** des Universaldienstes erwogen werden. Ver.di erwägt in diesem Zusammenhang die Einrichtung eines Finanzfonds nach französischem Vorbild vorzuschlagen.

Weiterhin ist es ein Anliegen der DGB-Gewerkschaften, konkrete Einrichtungen zur Förderung und Unterstützung von behinderten Menschen in die Universaldienstleistungen aufzunehmen! So ist es z. B. mit geringem technischen Aufwand möglich, Vermittlungseinrichtungen für hörbehinderte Menschen einzurichten. Ver.di fordert deshalb gemeinsam mit dem DGB, dass eine entsprechende Passage in den § 71 Abs. 2 eingeführt wird, wonach die Einrichtung von Vermittlungsstellen für hörbehinderte Menschen als Universaldienstleistung bestimmt werden.

### 16. Kostenbeteiligung der Auftraggeber bei Überwachungsaktivitäten

Bereits im bestehenden TKG werden durch die einschlägigen Regelungen die betroffenen Unternehmen durch die Aktivitäten der Überwachungsbehörden kostenmäßig belastet. Dies trifft um so mehr, als dass auf Grundlage des letztlich veröffentlichten Datenschutzberichtes des Landesdatenschutzbeauftragten in NRW ein permanenter Anstieg der Telefonabhörmaßnahmen zu verzeichnen ist. Es kann unterstellt werden, dass dieser Trend bundesweit ähnliche Tendenzen aufweist. Immerhin waren im Jahre 1999 bundesweit bereits 12.651 Fälle einer richterlich angeordneten Telefonüberwachung durch amtliche Strafverfolger zu verzeichnen - ein Zuwachs um 170 Prozent gegenüber 1995 und um 30 Prozent im Vergleich zum Vorjahr. Diese Tendenz dürfte sich in den letzten Jahren fortgesetzt haben.

Die Kosten für die Überwachungsmaßnahmen sind bislang ausschließlich von den betroffenen Unternehmen zu tragen. Um ein Regulativ einzuziehen, erscheint es ver.di sinnvoll, die anordnenden Behörden an den auflaufenden Kosten der jeweiligen Unternehmen zu beteiligen. Dies könnte disziplinarische Effekte zeitigen und den kritisch zu bewertenden Anstieg von Abhörmaßnahmen regulieren.

Ver.di fordert deshalb eine Ergänzung in § 105 in dem oben beschriebenen Sinne.

*Kontaktperson bei ver.di*

Christoph Heil

Ver.di Bundesvorstand Berlin

Fachbereich 9 (TK, IT und DV)

Bereich Mitbestimmung und Branchenpolitik

Potsdamer Platz 10

10785 Berlin

<sup>3</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie / Bundesministerium für Bildung und Forschung: Innovation und Arbeitsplätze in der Informationsgesellschaft des 21. Jahrhunderts. Aktionsprogramm der Bundesregierung, Bonn 1999, S. 10

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)961**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM)

Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V. (BITKOM) vertritt 1.300 Unternehmen, davon gut 700 als Direktmitglieder, mit ca. 120 Mrd. Euro Umsatz und etwa 700.000 Beschäftigten. Hierzu zählen Produzenten von Endgeräten und Infrastruktursystemen sowie Anbieter von Software, Dienstleistungen, neuen Medien und Content. Mehr als 500 Direktmitglieder gehören dem Mittelstand an. BITKOM setzt sich insbesondere für eine Verbesserung der ordnungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Deutschland, für eine Modernisierung des Bildungssystems und für die Entwicklung der Informationsgesellschaft ein

BITKOM bereitet mit dieser Stellungnahme die Anhörung des Bundestags-Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit am 09.02.2004 vor und bezieht sich dabei sowohl auf den Regierungsentwurf vom 15.10.2003 als auch auf die hierzu vom Bundesrat abgegebene Stellungnahme des Bundesrates vom 19.12.2003 sowie die zugehörige Gegenäußerung der Bundesregierung vom 14.01.2004.

Die Stellungnahme ist entsprechend den Vorgaben des Wirtschaftsausschusses gegliedert und folgt daher nicht durchgehend der Ordnung des Gesetzesentwurfs. Hieraus ergeben sich folgende Teile:

0. Allgemeines
1. Markt- und Entgeltregulierung
2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde
3. Kundenschutz
4. Datenschutz und Sicherheit
  - a) Kundendatenschutz
  - b) Öffentliche Sicherheit
5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges
  - a) Universaldienst
  - b) Frequenzvergabe
  - c) Nummerierung
  - d) Wegerechte
  - e) Übergangsregelungen

Die aus Sicht des BITKOM zentralen Einzelfragen sind zunächst im Folgenden zusammengefasst:

Die Stellungnahme konzentriert sich auf jene Anliegen, die die gesamte Branche betreffen. Bewusst werden daher kontrovers diskutierte Bereiche der Wettbewerbsregulierung nicht thematisiert. Dies ist jedoch nicht als Zustimmung der einzelnen von BITKOM repräsentierten Unternehmen zu diesen Vorschriften zu werten.

Auch jenseits der zentralen Fragen der Marktregulierung enthält der Gesetzentwurf eine Reihe von Grundentscheidungen mit erheblicher Tragweite, die wesentliche Belastungen für die Unternehmen und damit auch für die Branche insgesamt mit sich bringen. Auf einige besonders relevante Punkte, bei denen eine Korrektur besonders dringlich erscheint, sei vorab bereits hingewiesen:

- Das Fehlen einer adäquaten Erstattung der hohen **Kosten**, die mit der Inpflichtnahme privater Unternehmen durch **Auflagen zur öffentlichen Sicherheit** verbunden sind, obwohl es sich hierbei allein um Tätigkeiten im öffentlichen Interesse handelt (siehe hierzu die näheren Ausführungen im Teil 4. b));
- Die nochmalige **Ausweitung dieser Auflagen**, etwa durch Einführung erweiterter Datenerhebungs- und Speicherpflichten sowie erhöhte Anforderungen an das automatisierte Auskunftsverfahren (siehe hierzu unter 4 b) zu §§ 109 ff.);
- Die unnötige **Erstreckung** zahlreicher Pflichten, insbesondere im Bereich der öffentlichen Sicherheit, auch **auf die Betreiber nicht-öffentlicher TK-Netze bzw. die Anbieter nicht-öffentlicher TK-Dienste** (siehe hierzu unter 4. b) u.a. zu den §§ 108 und 109);
- Die im Vergleich mit anderen Wirtschaftsbereichen völlig unüblichen und übermäßig engen **Vorgaben für die Verwendung der Kundenbestandsdaten** durch TK-Unternehmen, die an die allgemein geltenden Vorschriften des Bundesda-

tenschutzgesetzes (BDSG) angepasst und mit den europarechtlich vorgegebenen Neuregelungen im novellierten UWG synchronisiert werden müssen (siehe hierzu unter 4. a) zu § 93);

- Die angesichts der Marktlage sehr kritisch zu beurteilende Einführung einer branchenspezifischen Sonderbelastung in Form des geplanten **Telekommunikationsbeitrags** (siehe hierzu unter 2. zu § 142).

Diese Stellungnahme kommentiert überdies einige der durch den Bundesrat bzw. die politische Diskussion angesprochenen Änderungsvorschläge. Aus Sicht des BITKOM sind dabei die wichtigsten Punkte:

- Die Forderung nach Einführung von **Mindestspeicherfristen für Verkehrsdaten**, wie sie der Bundesrat erhoben hat, ist nachdrücklich abzulehnen, weil es sich hierbei einerseits um eine datenschutzrechtlich höchst bedenkliche und daher unzulässige Vorratsdatenspeicherung handelt, andererseits die Umsetzung einer solchen Vorgabe für die Unternehmen Mehrbelastungen in mehrstelliger Millionenhöhe bedeuten würde (vgl. im Detail die Kommentierung eingangs des Teils zur öffentlichen Sicherheit unter 4 b))
- In der von einigen Seiten angestoßenen Diskussion, ob der **Rechtsweg** für Regulierungsentscheidungen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu den Zivilgerichten (Kartellsenat) verlagert werden soll, spricht sich BITKOM eindeutig für eine Beibehaltung des Verwaltungsrechtswegs aus. Hier ist in den letzten Jahren besondere Sachkenntnis und eine gefestigte Spruchpraxis entstanden, die man nicht ohne Grund aufgeben sollte.

Nähere Ausführungen finden sich in den Kommentierungen zu den betreffenden Vorschriften in dem jeweiligen Themenabschnitt. Soweit möglich, werden direkt konkrete Änderungsvorschläge für eine optimierte Gesetzesformulierung gemacht.

## 0. Allgemeines

### Zu § 1: Zweck des Gesetzes

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme als Punkt 1 angeregt, in § 1 die Schaffung einer leistungsfähigen TK-Infrastruktur ausdrücklich in den Zweck des Gesetzes aufzunehmen. Dies wird begrüßt, da hierdurch die besondere Bedeutung von Infrastrukturinvestitionen für die Entwicklung des Wettbewerbs – auch als Voraussetzung für darauf aufbauenden Dienstewettbewerb – hervorgehoben wird.

### Zu § 2: Regulierung und Ziele

Zur rechtssicheren Abgrenzung von TKG und IuKDG bzw. MDStV sollte klargestellt werden, dass der Anwendungsbereich des TKG sich nicht auf Teledienste erstreckt.

Daher wird vorgeschlagen, in § 2 einen neuen Absatz 5 einzufügen mit dem folgenden Inhalt:

*„(5) Dieses Gesetz gilt nicht für Teledienste im Sinne des Teledienstegesetzes, Mediendienste im Sinne des Mediendienste-Staatsvertrags und Inhalte des Rundfunks im Sinne des Rundfunkstaatsvertrags.“*

Vor diesem Hintergrund ist auch der Forderungspunkt 3 des Bundesrates zu begrüßen, der klarstellt, dass nicht nur bei Rundfunkdiensten, sondern auch bei bestimmten Tele- und Mediendiensten der besondere Schutz des Art. 5 GG bei Entscheidungen auf der Grundlage des TKG zu berücksichtigen ist. Dies dürfte infolge der zum Teil engen Verzahnung von Inhalt und Übertragung auch nicht nur bei Frequenzentscheidungen gelten. Bei der vorgeschlagenen Formulierung „Rundfunk und vergleichbaren Telemedien“ dürfte der Schutzbereich allerdings noch zu eng gezogen sein, da sich der Grundrechtsschutz nicht aus einer Vergleichbarkeit mit klassischem Rundfunk ergibt (vergleichbar in welcher Hinsicht?), sondern schon per se aus der Meinungsrelevanz bestimmter Angebote in den Telemedien, so etwa auch bei presseähnlich gestalteten Inhalten.

Grundsätzlich muss das Ziel der gesetzlichen Regelung sein, die Regelungsbereiche bestmöglich zu trennen, um einfach strukturierte, zügige sowie vorhersehbare Entscheidungsprozesse zu ermöglichen. Auch wenn natürlich die Regelungen zur Signalübertragung im TKG im Einzelfall auch inhaltsbezogene Auswirkungen haben, sollte dennoch versucht werden, Doppelzuständigkeiten und aufwändige Abstimmungsprozesse weitestmöglich zu vermeiden. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung in § 2 darf daher nicht dazu führen, dass in noch weitergehendem Umfang als bisher geplant Beteiligungs- und Abstimmungsverfahren zwischen verschiedenen staatlichen Stellen durchgeführt werden müssen und Entscheidungsprozesse so erheblich verlangsamt werden. Dies gilt auch für die an anderen Stellen vom Bundesrat geforderten zusätzlichen Abstimmungserfordernisse zwischen RegTP und Länderbehörden.

### Zu § 3: Begriffsbestimmungen

- Die Definition der „Nummern“ in § 3 Nr. 13 ist zu weit gefasst. Durch sie wird eine Zuständigkeit der RegTP auch für Nummern begründet, die in privaten Netzen oder für rein netzinterne Prüf- und Routing-Zwecke verwendet werden. Hierfür besteht keinerlei Anlass. Weiterhin muss eine Definition des Begriffs "Nummern" auch bestehende internationale Vorgaben zur Nummerierung berücksichtigen. Danach kann eine Zuständigkeit der RegTP nur für solche Nummernräume bestehen, für welche die ITU die Zuständigkeit an die nationalen Verwaltungen delegiert hat.

Die Definition in § 3 Nr.10 ist daher wie folgt zu fassen:

*„13. „Nummern“ sind Zeichenfolgen, die in öffentlichen Telekommunikationsnetzen netzübergreifend Zwecken der eindeutigen Adressierung dienen und für welche die ITU die Zuständigkeit an die nationalen Verwaltungen delegiert hat.“*

- Auch die Definition der „Rufnummer“ in § 3 Nr. 18 bedarf der Konkretisierung. BITKOM befürwortet zur klaren Abgrenzung im Rahmen der geplanten Telekommunikations-Nummerierungsverordnung (TKNV) bei Nummern eine Differenzierung nach Funktion zwischen Rufnummern und Adressen, da nur so Regelungen gestaltet werden können, die den jeweiligen Anforderungen genügen. Die bisher vorgeschlagene Definition ist hierfür nicht hinreichend präzise.

Vorgeschlagen wird stattdessen die folgende Fassung:

*„18. „Rufnummern“ sind Nummern, die von Teilnehmern im öffentlich zugänglichen Telefondienst zur Identifikation der Anschlüsse potentieller Kommunikationspartner genutzt werden.“*

- Zu § 3 Nr.23 spricht der Bundesrat mit der Thematik „telefonnahe Dienste“ berechtigt die problematische Abgrenzung an der Schnittstelle zwischen den zur Telekommunikation gehörenden Übertragungsdiensten und den zu den Telemedien zu rechnenden Inhaltsdiensten an. Hier muss – wie oben zu § 2 schon ausgeführt – darauf geachtet werden, dass der Anwendungsbereich des TKG klar von der Regulierung von Inhalten getrennt bleibt. Dem entspricht auch Erwägungsgrund 5 der europäischen Rahmenrichtlinie, wonach die Regulierung der Übertragung von der Regulierung der Inhalte zu trennen ist.
- Vor dem eben genannten Hintergrund ist auch der Vorschlag des Bundesrates für eine noch deutlichere begriffliche Abgrenzung der Telekommunikationsdienste von Tele- und Mediendiensten in § 3 Nr. 25 zu begrüßen.
- In § 3 Nr. 33 sollte schon im Sinne einer einheitlichen sprachlichen Behandlung inhaltlich gleicher Sachverhalte statt des Begriffs *Zugangsberechtigungssysteme* ebenso wie im ZKDSG einheitlich der Begriff *"Zugangskontrollsysteme"* gebraucht werden. Eine abweichende Begrifflichkeit führt sonst zu Interpretationsverwirrungen. Gleiches gilt für die Verwendung der Begriffe in § 48 des TKG-Entwurfs.

## 1. Marktregulierung

### Ordnungspolitische Grundaussage

BITKOM erachtet es als zentrale Aufgabe des Gesetzes, den im Bereich der Telekommunikation tätigen Unternehmen die dringend erforderliche Rechts- und Planungssicherheit zu geben. Dies scheint im vorliegenden Entwurf noch nicht in allen Punkten gelungen. Hierdurch wird der Anreiz für Investitionen von Unternehmen vermindert, sei es auf der wichtigen Infrastruktur- oder auch der Diensteebene. Dies trägt nicht zu einer vitalen wirtschaftlichen Entwicklung im TK-Bereich bei, obwohl dies eines der vorrangigen Ziele eines wirtschaftsrechtlichen Ordnungsrahmens sein sollte. Zu der befürchteten Unsicherheit tragen in erster Linie die vielen und weitreichenden Ermessens- und Beurteilungsspielräume bei, die der Regulie-

rungsbehörde eingeräumt werden. Die oft sehr komplexen und aufwändigen Analyseverfahren drohen nicht zu einer schlankeren Regulierung und einer Beschleunigung von Regulierungsverfahren, sondern eher zu einem Mehr an Bürokratie und damit einer höheren Belastung für alle beteiligten Unternehmen zu führen. Auch wenn anzuerkennen ist, dass die europäischen Vorgaben Gestaltungsspielräume für die Regulierungsbehörde fordern, ist aus Sicht des BITKOM doch noch einmal sehr genau zu prüfen, ob nicht weitere Einengungen dieser Spielräume durch Vorgabe eindeutiger Leitlinien möglich sind. Hierfür sollte zunächst ein deutliches Bekenntnis zu einer bestimmten Form der Marktentwicklung im Telekommunikationssektor erfolgen, auf die sich die beteiligten Unternehmen dann besser einstellen könnten. Klarere Vorgaben, wohin die sektorspezifische Regulierung im Ergebnis führen soll, würden es auch auf längere Sicht erleichtern, nach Erreichung der als Ziel angestrebten Marktsituation die Reduzierung der sektorspezifischen Regulierung und die Überführung in das allgemeine Wettbewerbsrecht einzuleiten.

Kernbestand einer sektorspezifischen Regulierung sind wesentliche Einrichtungen und Leistungen von marktbeherrschenden Unternehmen, deren Inanspruchnahme für Wettbewerber zur Leistungserstellung erforderlich ist. Grundlage für die hierbei vorzunehmende Beurteilung der Erforderlichkeit ist die Frage, ob es einem effizienten Wettbewerber möglich ist, eine wesentliche Einrichtung unter ökonomischen Kriterien effizient zu duplizieren. Ist dies nicht der Fall, kann von der Notwendigkeit der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen ausgegangen werden. Dies kann insbesondere bei Vorleistungen mit relevanten Größenvorteilen, versunkenen Kosten und Nichtumgehbarkeit der Fall sein.

Demgegenüber ist im Zeitablauf eine schrittweise, der Nachhaltigkeit des Wettbewerbs entsprechende Überführung der Endkundenentgelte des ehemaligen Monopolisten in das allgemeine Wettbewerbsrecht möglich. Im TKG-Entwurf bereits angelegt und als Regelfall vorgesehen ist der Übergang von einer ex-ante Entgeltgenehmigung zu einer ex-post Entgeltüberprüfung. Voraussetzung für den Übergang ist eine auch in der Praxis effektiv und zeitnah funktionierende Missbrauchsaufsicht sowie eine funktionierende sektorspezifische Vorproduktregulierung. Bei fehlender Marktbeherrschung unterliegen Endkundenentgelte weder einer sektorspezifischen Regulierung noch einer Überprüfung durch die Kartellbehörde. Im Rahmen dieser Entwicklung muss von Seiten des Gesetzgebers sichergestellt werden, dass die von der Regulierungsbehörde durchzuführenden Beurteilungen der jeweiligen Marktsituation nicht von den jeder Institution innewohnenden Beharrungskräften und dem Interesse am Erhalt eigener Aufgaben beeinflusst werden.

## 2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde

### Zu § 115: Veröffentlichung allgemeiner Weisungen des BMWA

§ 115 schränkt in Verbindung mit § 130 die Veröffentlichungspflicht allgemeiner Weisungen des BMWA für den Erlass oder die Unterlassung von Entschei-

dungen der RegTP auf die Fälle ein, in denen die Beschlusskammern entscheiden. Hierdurch wären künftig Weisungen hinsichtlich der Nutzung bzw. Vergabe von Frequenzen und Nummern nicht mehr Veröffentlichungspflichtig. Entgegen der Begründung zum Kabinettsentwurf ist hohe Transparenz aber gerade bei Entscheidungen im Rahmen der Frequenzplanung sowie bei der Zuteilung von Frequenzen von großer Bedeutung. Frequenzplanerische ebenso wie andere frequenzrechtliche Entscheidungen, die im komplexen regulatorischen Umfeld von vielfältigen Faktoren beeinflusst werden, bedürfen wegen erheblicher wettbewerblicher Auswirkungen der Verwaltungstransparenz in besonders hohem Maße. Sie sollten deshalb von der Veröffentlichungspflicht nach § 115 wie bisher mit umfasst sein.

Zudem erscheint die jetzt vorgenommene Eingrenzung der veröffentlichungspflichtigen Weisungen unbestimmt, dass vielfach nicht eindeutig zu entscheiden sein wird, ob eine Veröffentlichungspflicht besteht. Zur Sicherstellung von Transparenz erscheint es daher geboten, dass, wie gehabt (§ 66 Abs. 5 des bisherigen TKG), sämtliche Weisungen des BMWA an die RegTP veröffentlichungspflichtig sein werden.

Entsprechend ist in § 115 der Zusatz „... die sich unmittelbar oder mittelbar auf den Erlass oder die Unterlassung von Entscheidungen nach §130 auswirken, ...“ zu streichen.

#### Zu § 120 Abs. 2 Satz 1: Jahresbericht / Vorhabenplan

Die vom Bundesrat unter Nr. 80 seiner Stellungnahme geforderte Anhörung der Marktteilnehmer zum Vorhabenplan der Regulierungsbehörde ist geeignet, bereits frühzeitig das Wissen des Marktes in die Planungen der Regulierungsbehörde einzubringen und zugleich die Transparenz der Arbeit der Behörde zu erhöhen. Der Änderungsvorschlag wird daher von BITKOM unterstützt.

#### Zu § 121: Zusammenarbeit mit anderen Behörden

Die in § 119 Abs. 1 Satz 1 vorgesehene Entscheidung der RegTP im Rahmen der Marktabgrenzung und Marktanalyse nach den §§ 10 und 11 sowie den Entscheidungen nach § 59 Abs. 3 und § 60 Abs. 1 Nr. 4 „im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt“ ist in ihrer Wirkung unklar. Die gewählte Formulierung beschreibt nicht hinreichend eindeutig die Rolle des Kartellamts. Insbesondere bleibt offen, welche Folge eine unterschiedliche Beurteilung durch die beiden Behörden hat und mit welchem Verfahren hierauf reagiert wird. Eine ergänzende Klarstellung und Regelungen für den Fall kollidierender Beurteilungen sind daher wünschenswert.

#### Zu § 125: Auskunftsverlangen

- Die vom Bundesrat eingebrachten Änderungsvorschläge zur Begrenzung des Adressatenkreises in § 125 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 2 Satz 1 sind sachgerecht und sollten daher aufgenommen werden. Die Beschränkung der Verpflichtung auf die Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsanlagen entspricht dem tatsächlichen

Regelungsanfordernis. Durch die Übernahme der auch sonst üblichen Gesetzesterminologie wird die Systematik des Gesetzes verbessert und die Rechtssicherheit für die Unternehmen erhöht.

- Um sicherzustellen, dass die RegTP im Rahmen des Katalogs von möglichen Auskunftsforderungen nicht beliebige, für die Verpflichteten mit hohen Kosten verbundenen Anforderungen an die bereitzustellenden Datenformate und -inhalte stellen kann, sollte klargestellt werden, dass die erforderlichen Auskünfte so zu erteilen, wie sie den Verpflichteten zur Verfügung stehen.

Hierfür ist ein § 125 Abs. 1 Satz 5 einzufügen:

*„Die erforderlichen Auskünfte sind so zu erteilen, wie sie den Verpflichteten zur Verfügung stehen.“*

- Auch die gesetzliche Auskunftspflichten des §125 Abs. 2 erstrecken sich ihrem Wortlaut nach auf alle TK-Anbieter, unabhängig davon, ob sie Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringen. Eine solche Ausdehnung erscheint vor dem sonstigen Regelungshorizont des TKG nicht erforderlich. Es wird deshalb angeregt, die Auskunftspflicht im Sinne größerer Rechtsklarheit auf solche Telekommunikationsunternehmen zu beschränken, die Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbieten.

Absatz 2 S. 1 sollte daher wie folgt angepasst werden:

*„(2) Soweit ... erforderlich ist, kann die Regulierungsbehörde von Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze und Anbietern von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit*

*1. ...*

#### Zu § 135 ff.: Gerichtsverfahren / Rechtsweg

Angesichts der aktuellen Diskussion um eine mögliche Verlagerung des Rechtswegs bei Marktregulierungsverfahren auf die Zivilgerichte spricht sich BITKOM für eine Beibehaltung des aktuellen Verwaltungsrechtswegs aus. Bei den zuständigen Gerichten hat sich inzwischen Fachkompetenz gebildet sowie eine erhebliche Spruchpraxis entwickelt. Es erscheint nicht geboten, diese Entwicklung durch ein Wechsel zum jetzigen Zeitpunkt zu den Kartellgerichten abzuschneiden, bei denen nicht ersichtlich ist, wieso sie mit größerer Kompetenz oder besseren Ergebnissen die Fragen der TK-Regulierung beurteilen können sollten. Vielmehr birgt die Verlagerung auf den Zivilrechtsweg die Gefahr deutlich steigender Gerichtskosten durch eine andersartige Streitwertfestsetzung, die im Ergebnis sogar die Nutzung der Rechtsschutzmöglichkeit in Frage stellen könnte und so der Rechtsstaatlichkeit der Regulierungsverfahren insgesamt abträglich wäre.

**Zu § 140: Gebühren und Auslagen**

- § 140 Abs. 2 Satz 4 soll festlegen, dass die Gebühren für Entscheidungen über die Zuteilungen für Frequenzen und Nummern so festzusetzen sind, dass sie als Lenkungszweck die optimale Nutzung und eine den Zielen dieses Gesetzes verpflichtete effiziente Verwendung dieser Güter sicherstellen. Diese Erwägungen scheinen für Frequenzen zutreffend, nicht aber für Nummern, da dort Knappheiten eine wesentlich geringere Rolle spielen und die EU-Vorgaben nicht zu einer derartigen Ausgestaltung der Gebühren wie jetzt geplant verpflichten. Der Nummerierungsbezug sollte daher aus der Regelung gestrichen werden. Stattdessen sollte klargestellt werden, dass die Vergebühung von Nummern ausschließlich nach Maßgabe des der RegTP tatsächlich entstehenden administrativen Aufwands erfolgt.

Zumindest sollte hier aber, um zu verhindern, dass die Gebührengestaltung in erster Linie fiskalischen Erwägungen folgt, eine Vorrangregelung zugunsten anderer Instrumente zur Sicherstellung einer effizienten Rufnummernnutzung eingeführt werden, um eine unnötige finanzielle Belastung des TK-Markts zu verhindern.

Es sollte daher zumindest folgende Ergänzung in § 140 Abs. 2 Satz 4 erfolgen

*Abweichend von Satz 2 können die Gebühren für Entscheidungen über die Zuteilungen nach Absatz 1 Nr. 1 und 2 so festgesetzt werden, dass sie als Lenkungszweck die optimale Nutzung und eine den Zielen des Gesetzes verpflichtete effiziente Verwendung dieser Güter sicher stellen, wenn andere Instrumente zur Erreichung des Lenkungszwecks nicht ausreichen.*

- § 140 Abs. 4 sieht neben einer Festsetzungsverjährung von regelmäßig vier Jahren eine Zahlungsverjährung von fünf Jahren nach Festsetzung vor. Im Gegensatz zur früheren Regelung, bei der § 20 VwKostG mit einer regelmäßigen dreijährigen Verjährung herangezogen wurde, ist die Verjährung ganz erheblich verlängert. Das Konstrukt aus Festsetzungsverjährung, die ggf. mehrere Male jeweils neu beginnen kann, wenn ein Unterbrechungstatbestand vorliegt, und darauffolgender Zahlungsverjährung erscheint aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklich.

Darüber hinaus fehlen Übergangsregelungen, die ausschließen, dass die neuen Regeln auch auf bereits entstandene oder sogar auf nach altem Recht bereits verjährte Ansprüche Anwendung finden und so im Nachhinein rückwirkend in bestehende oder abgeschlossene Sachverhalte eingreifen. Die Grundsätze des Verbotes der Rückwirkung von Gesetzen müssen aber sowohl beim TKG als auch bei der Ausgestaltung der entsprechenden Rechtsverordnung nach Abs. 2 beachtet werden. Es sollte daher eine den Übergangsregeln im EGBGB für die Schuldrechtsreform entsprechende Regelung getroffen werden.

- Die vom Bundesrat in § 140 Abs. 6 Satz 1 gewünschte Änderung der Kostenregelung für Ent-

scheidungen der Wegebausträger (Beschlusspunkt Nr. 86 seiner Stellungnahme) über die Nutzung öffentlicher Wege ist abzulehnen. Die Erhebung von Gebühren und Auslagen ist nur insoweit zu rechtfertigen, als hiermit tatsächlich entstandene Kosten ausgeglichen werden. Gerade der Änderungswunsch des Bundesrates zeigt, dass die gesetzliche Festschreibung dieses Prinzips dringend erforderlich ist, um weitergehenden, rein fiskalischen Interessen vorzubeugen. Die Berechtigung zur Nutzung öffentlicher Wege beruht gerade auf dem Daseinsvorsorge-Aspekt öffentlicher Telekommunikationsdienste. Die Erhebung weitergehender Gebühren wäre mit dem Ziel einer möglichst kostengünstigen Daseinsvorsorge nicht vereinbar.

**Zu § 142: Telekommunikationsbeitrag**

Die Bedenken des Bundesrates (Nr. 87 seiner Stellungnahme) gegenüber der Einführung eines neuen Telekommunikationsbeitrags werden von BITKOM geteilt. Die Branche würde hierdurch in einer wirtschaftlich nicht einfachen Phase zusätzlich belastet; die Wettbewerbsentwicklung könnte hierdurch beeinträchtigt werden. Zu berücksichtigen sind dabei auch die bereits bestehenden Belastungen der Unternehmen durch Gebühren und Beiträge, im Mobilfunkbereich durch die UMTS-Versteigerung, und insgesamt durch die bislang noch unverändert entschädigungslose Inpflichtnahme der Unternehmen durch die Auflagen zur öffentlichen Sicherheit. Die Einführung eines TK-Beitrags erscheint auch im Vergleich mit der allgemeinen Wettbewerbsregulierung und -aufsicht durch die aus Steuermitteln finanzierte Kartellbehörde nicht gerechtfertigt.

Sollte doch ein TK-Beitrag eingeführt werden, besteht aufgrund der weiten Fassung des § 142 Abs. 1, wonach sämtliche Kosten für Maßnahmen zur Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten, Kontrolle sowie Durchsetzung den Beitragspflichtigen auferlegt werden können, die Gefahr, dass auch die Kosten, die durch die Erweiterung der Regulierungstätigkeit auf Verbraucherschutzgesichtspunkten, insbesondere durch die Neuerungen der neuen TKV, auf die Unternehmen überwältigt werden. Durch die Novellierung der TKV sind erhebliche Mehrkosten durch Erstellung von Standards, Veröffentlichungen und Überwachungen zu befürchten, die laut der Entwurfsbegründung zur geplanten TKV nicht der öffentlichen Hand auferlegt werden sollen. Unter dem Gesichtspunkt der vorteilsgerechten Verteilung der Lasten sollten jedoch Aufwendungen für Tätigkeiten der Regulierungsbehörde, die nur im öffentlichen Interesse erfolgen, auch von der Allgemeinheit getragen werden.

**Zu § 145: Mitteilung der Regulierungsbehörde**

§ 145 S. 2 sieht vor, dass entsprechend der Differenz im jährlichen Überblick der Gesamtsumme der Abgaben und der Verwaltungskosten die Gebühren- und Beitragssätze in den betroffenen Verordnungen für die Zukunft angepasst werden. Diese Regelung – auch wenn sie selbst keine Ermächtigungsnorm ist – geht unserer Meinung nach zu weit, da sie zu einer Umlage

der gesamten Verwaltungskosten der Regulierungsbehörde auf den (geringen) Kreis der Abgabe- und Beitragspflichtigen führen kann, ohne dass dabei auf die Qualifizierung der herangezogenen Tätigkeit und ihre Auswirkungen auf die Adressaten eingegangen werden muss. Laut Begründung z.B. zum Telekommunikationsbeitrag nach § 142 werden nur Aufgaben und Tätigkeiten bei der Aufwandsberechnung herangezogen, die (auch) den Beitragspflichtigen zugute kommen, diejenigen, die allein im öffentlichen Interesse erfolgen, werden dabei ausgeklammert. Diese Differenzierung trifft § 145 S.2 gerade nicht. Eine Umlage der gesamten Verwaltungskosten darf aufgrund des Grundsatzes der Belastungsgleichheit und der vorteilsgerechten Verteilung der Lasten jedoch nicht erfolgen.

### 3. Kundenschutz

#### Zu § 42: Anspruch auf Schadensersatz und Unterlassung

- § 42 Satz 3 sieht vor, dass die vorgenannten (Schadensersatz-) Ansprüche auch von Endnutzern, Wettbewerbern oder rechtsfähigen Verbänden geltend gemacht werden können. Diese Ausgestaltung ähnelt den Regelungen im UWG-Entwurf (§ 8 in Verbindung mit § 10 UWG-E). Grundsätzlich bestehen Zweifel an der Notwendigkeit einer Klageberechtigung für Verbände im Rahmen des TKG. Vorzugsweise sollte diese gestrichen werden. Es fehlen jedenfalls aber Korrekture für ein Verbandsklagerecht, wie sie etwa in § 8 Abs. 4 UWG-E vorgesehen sind. So ist klarzustellen, dass Verbände – wie auch im UWG – nur Unterlassungsansprüche, nicht aber den Ersatz fremder Schäden geltend machen können.

In § 42 Satz 3 sollte daher vorzugsweise der letzte Teil ab „sowie rechtsfähigen Verbänden...“ bis ...“berührt.“ gestrichen werden.

Alternativ wäre Satz 3 zumindest um folgenden Satz 4 sowie den nachfolgenden, an § 8 Abs. 4 UWG-E angelehnten Satz 5 zu ergänzen:

„...<sup>4</sup> Verbände können nur einen Anspruch auf Unterlassung geltend machen.<sup>5</sup> Die Geltendmachung eines Anspruchs durch Verbände ist unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Anspruchsgegner einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen.“

- Die vom Bundesrat unter Beschlusspunkt 41 geforderte Aufnahme von Verbraucherschutzverbänden in die Liste der Klageberechtigten nach § 42 Abs. 3 erscheint fragwürdig. Aus guten Gründen besteht im deutschen Recht eine grundsätzliche Zurückhaltung bei Verbandsklagebefugnissen. Zu berücksichtigen ist das dadurch steigende Prozessrisiko, dass gerade auch in letztlich unberechtigten Klagefällen eine erhebliche Belastung für die be-

troffenen Unternehmen darstellt. Die Beschränkung der Klagebefugnis kann gewährleisten, dass das Instrument nur in Erfolg versprechenden und im Einzelfall auch tatsächlich beeinträchtigenden Fallkonstellationen genutzt wird. Aus denselben Gründen sollten, wie oben schon gefordert, auch die Unternehmensverbände aus dem Kreis der Klageberechtigten gestrichen werden.

#### Zu § 43: Kundenschutzverordnung

- Die Ermächtigung zum Erlass einer TK-Kundenschutzverordnung im TKG-Entwurf sieht keine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Telekommunikationsdienste *für die Öffentlichkeit* vor. Dies hat der Bundesrat zu Recht in seiner Stellungnahme unter Beschlusspunkt 43 kritisiert. Denn ein besonderer Schutzbedarf durch Regelungen in der TKV besteht gerade nur bei öffentlichen TK-Angeboten, während bei nicht-öffentlichen Angeboten – wie etwa corporate networks – vereinheitlichende Sonderregelungen nicht erforderlich sind. Vielmehr würde eine Geltung der Regeln der TKV auch für nicht-öffentliche Angebote bei diesen zu erheblichen Mehrbelastungen führen.

In die Ermächtigung ist daher wieder ein entsprechender Zusatz einzufügen:

„...Rahmenvorschriften für die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten *für die Öffentlichkeit*...“

- Die ausdrückliche Aufnahme des Schutzes der Interessen behinderter Mitbürger in den Regelungszweck der TKV durch § 43 Abs. 1 S. 2 begegnet – bei allem Verständnis für die Belange behinderter Menschen – Bedenken. Schon heute leistet die TK-Industrie sowohl auf Ebene der Dienste wie auch der Endgeräte zahlreiche freiwillige Beiträge zur behindertenfreundlichen Gestaltung ihrer Produkte. Daneben bietet das inzwischen in Kraft getretene Behindertengleichstellungsgesetz die Möglichkeit zur Vereinbarung weiterer Ziele zwischen Unternehmen und Behindertenverbänden, soweit dies erforderlich ist. Diese funktionieren, flexibel auf spezielle Bedürfnisse eingehenden Instrumente der freiwilligen Gestaltung sollten Vorrang vor notwendig starren staatlichen Vorgaben haben.

§ 43 Abs.1 S.2 ist daher zu streichen.

#### Zu § 44: Rufnummernübertragbarkeit

Nach Absatz 3 Satz 3 soll das Entgelt für einen Wechsel einer Regulierung nach § 36 Abs. 2 bis 4 unterliegen. Dieser Satz sollte gestrichen werden. § 36 bezieht sich auf die Entgelte marktbeherrschender Anbieter. Daher erscheint schon die genaue Übertragbarkeit der Regeln in § 36 auf die Fälle der Rufnummernmitnahme zweifelhaft. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, weshalb diese Entgelte überhaupt einer Regulierung unterfallen müssen. Es erscheint grundsätzlich möglich, die Festlegung dieser Entgelte den Unternehmen und damit dem Marktgeschehen zu überlassen. Eine

allgemeine Wettbewerbsaufsicht zum Eingreifen bei Missbräuchen ist ausreichend.

§ 44 Abs. 3 S. 3 ist daher zu streichen.

#### Zu § 45: Bereitstellen von Teilnehmerdaten

- Die Formulierung des § 45 könnte insofern missverständlich sein, als auch Unternehmen, die Telekommunikationsdienste ausschließlich firmenintern oder für Firmen im eigenen Konzern erbringen, Rufnummern an Endnutzer vergeben. Nach dem Wortlaut der Vorschrift könnten dann auch solche Unternehmen verpflichtet sein, anderen Unternehmen auf Antrag Teilnehmerdaten zum Zwecke der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen zur Verfügung zu stellen. Hierfür besteht allerdings kein Bedarf; vielmehr beschränkt sich die Notwendigkeit einer solchen Regel auf Anbieter von TK-Diensten für die Öffentlichkeit. Aus diesem Grunde hat auch der Bundesrat unter Beschlusspunkt 45 die Einschränkung des Anwendungsbereichs gefordert.

Es ist daher als einschränkende Ergänzung in § 45 aufzunehmen:

„...Unternehmen, das Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbietet und dabei Rufnummern an Endnutzer vergibt, ...“

- Der unter Beschlusspunkt 46 der Bundesrats-Stellungnahme aufgenommene Änderungsvorschlag zu § 45 Abs. 2 Satz 1 und 3 scheint auf einem Missverständnis der Gesetzssystematik zu beruhen. Er ist deshalb abzulehnen. Der Verweis in § 45 Abs. 2 des Kabinettsentwurfs auf die Universaldienstvorschrift § 76 Abs. 2 schränkt nicht, wie in der Begründung des Bundesratsbeschlusses nahegelegt, den Kreis der Anspruchsberechtigten ein. Dieser wird vielmehr schon in § 45 Abs. 1 bestimmt und erfasst jedes Unternehmen, das (in welcher Form auch immer) öffentlich zugängliche Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse anbietet. Der Verweis auf § 76 Abs. 2 stellt vielmehr klar, dass es sich bei den Teilnehmerdaten nur um die Daten handeln kann, die der weitergabepflichtige Diensteanbieter von seinem Endkunden aufgrund der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) aufnehmen muss, damit der Endkunde in Teilnehmerverzeichnisse, bzw. Verzeichnisse für Auskunftsdienste, aufgenommen werden kann. Durch diese Systematik wird somit auch die Erbringung der Universaldienstleistungen umfassendes Teilnehmerverzeichnis und Telefonauskunftsdienst gem. § 76 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 TKG-E sichergestellt. Der Verweis auf § 76 TKG-E ist deshalb erforderlich, um den systematischen Zusammenhang des § 45 TKG-E klarzustellen, so dass die Fassung des Kabinettsentwurfs beibehalten werden kann.

#### Zu den Bundesrats-Beschlusspunkten 95 und 96: Bekämpfung des Missbrauchs von Mehrwertdiensternummern

Die vom Bundesrat in seinen Beschlusspunkten 95 und 96 pauschal aufgestellten Forderungen nach einer

Ausweitung der Kundenschutzregeln gehen an tatsächlichen Regelungsbedürfnissen vorbei. BITKOM unterstützt nachdrücklich die Zielsetzung eines hohen Kundenschutzniveaus im Zusammenhang mit der Nutzung von Mehrwertdienstangeboten. Die Bekämpfung von Missbrauch ist von großer Bedeutung für den Erfolg seriöser Angebote in diesem Marktsegment. Wesentliche Erfolge gegen früheren Missbrauch konnten durch das im August 2003 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er-/0900er-Mehrwertdiensternummern erreicht werden. Es ist unstrittig, dass das mit dem neuen Gesetz erreichte Schutzniveau auch nach Neuordnung des TKG gewahrt bleiben sollte.

Die Erfahrung der letzten Monate hat – nicht zuletzt wegen des beherzten Tätigwerdens der Regulierungsbehörde in diesem neuen Aufgabenfeld – gezeigt, dass der Missbrauch mit dem neuen Gesetz maßgeblich eingedämmt werden konnte. Die pauschale Behauptung, dass eine Verlagerung des Missbrauchs in andere Rufnummerngassen zum Schaden der Verbraucher absehbar sei, ist nicht zutreffend. Das befürchtete breit angelegte Ausweichen auf andere Rufnummerngassen als die gesetzlich jetzt gesondert geregelten Rufnummerngassen 0190 / 0900 findet nicht statt. Die teilweise in der öffentlichen Diskussion angeführten Beispiele für den Missbrauch von Rufnummern außerhalb der Gassen 0190/0900 lassen außer acht, dass es sich hierbei regelmäßig um kriminellen Rufnummernmissbrauch bzw. unverlangte Werbung handelt. Hierfür bestehen bereits eindeutige gesetzliche Regelungen, die dies im Straf- oder Wettbewerbsrecht mit harten Sanktionen belegen. Zusätzliche verbraucherschützende Regelungen sind nicht geeignet, diese Missbrauchsfälle wirksamer zu bekämpfen.

Hinsichtlich der vom Bundesrat ausdrücklich angesprochenen Premium-SMS ist es schon heute gängige Praxis der Anbieter, auf die mit der Anwahl verbundenen Kosten in der Werbung für die über dieses Medium erreichbaren Angebote ausdrücklich hinzuweisen, so dass die geforderte Preistransparenz gewährleistet ist. Die Verpflichtung hierzu ergibt sich schon aus dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Gebot der Preistransparenz, das auch die Netzbetreiber gegenüber ihren diensteanbietenden Vertragspartnern zur Geltung bringen.

Die Forderung, Regelungen zu erlassen, die das derzeitige Rechnungsstellungssystem dahingehend abändern, so dass die Telekommunikationsrechnung die Entgelte für die Netzbetreiber und die Anbieter von Mehrwertdiensten gesondert ausweist, ist gerade auch aus Verbraucherschutzsicht kontraproduktiv. Der Kunde würde im Vergleich zum status quo schlechter gestellt, da er nur Einwendungen gegen die Mehrwertdienstleistung erheben könnte, während er heute den gesamten Betrag reklamieren kann. Schließlich ist davon auszugehen, dass der Verbraucher im Zweifel „um auf der sicheren Seite zu sein“, gegen beide Rechnungspositionen Einwendungen erheben würde (womit wiederum der status quo erreicht wäre).

Zu der unter Punkt 95 e) der Bundesrats-Stellungnahme angesprochenen Problematik der unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails (Spamming) ist auf die Umsetzung der diesbezüglichen Vorgaben aus der EU-Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen

Kommunikation in der laufenden UWG-Novellierung hinzuweisen.

Gerade die unter Punkt 96 angesprochenen Themen „Reverse Charging“ bzw. „R-Gespräche“ (wobei der Bundesrat ersichtlich nicht hinreichend zwischen diesen beiden Diensten differenziert) zeigen die Komplexität der Thematik, die eine genaue Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des jeweiligen Dienstes und eines eventuellen Missbrauchspotentials erfordern. Dabei zeigt sich, dass gegen den in einigen Fällen feststellbaren Missbrauch des Reverse Charging bereits erfolgreich Wettbewerbsklagen von TK-Unternehmen durchgeführt wurden, so dass auf diesem Wege die Unzulässigkeit verbraucherschädigender Praktiken eindeutig festgestellt wurde. Auch hier hat sich der bestehende gesetzliche Rahmen als hinreichend belastbar erwiesen, um gegen im Einzelfall immer möglichen kriminellen Missbrauch wirksam vorzugehen.

#### 4. Datenschutz und Sicherheit

##### Ausgliederung von Teil 7 des TKG in ein eigenständiges Gesetz?

Aktuell wird diskutiert, ob der Teil 7 des TKG (Fernmeldegeheimnis, Datenschutz und öffentliche Sicherheit) in ein eigenständiges Gesetz ausgelagert werden soll. BITKOM sieht diese Forderung differenziert, da sie nur für den Bereich des Kundendatenschutzes berechtigt erscheint, nicht aber für die übrigen Regelungen. Beim Kundendatenschutz (Teil 7, Abschnitt 2) hatte BITKOM schon im Sommer 2003 eine Auslagerung befürwortet, um so die Voraussetzung zu schaffen, dass zumindest mittelfristig eine Zusammenführung der TKG-Regeln zum Datenschutz mit den Regeln für die Tele- und Mediendienste erfolgen kann. Hier sind viele Fragestellungen vergleichbar, so dass eine einheitliche gesetzliche Regelung, ggf. auch eingebunden in das Bundesdatenschutzgesetz in Frage kommt.

Anders stellt sich die Lage bei den Regeln zur öffentlichen Sicherheit dar, die eindeutig allein die Telekommunikation betreffen und dabei auch einen starken Technikbezug haben. Hier ist nicht erkennbar, welchen Vorteil eine Auslagerung dieser Vorschriften mit sich bringen könnte. Vielmehr erhöht sich der Regelungsaufwand, da etwa zusätzliche Definitionen erfolgen müssten. Vor allem würden sich aber für die Übergangszeit größere Probleme ergeben, da – um Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden nicht zeitweise ihrer Mittel zu berauben – Teile des alten TKG neben dem neuen TKG fortgelten müssten, bis dann das neue Sondergesetz in Kraft träte.

Aus diesen Gründen sollten jetzt im Gesetzgebungsverfahren nur die Regeln zum Kundendatenschutz in ein eigenständiges TK-Datenschutzgesetz (TKDSG) ausgelagert werden, nicht aber jene zur öffentlichen Sicherheit.

##### a) Kundendatenschutz

BITKOM sieht kritisch, dass das TKG umfassende Datenschutzregeln auch für Bereiche vorsieht, die einer eigenständigen, sektorspezifischen Regulierung nicht bedürfen, weil insoweit kein die abweichende

Regelung rechtfertigender sachlicher Unterschied zu anderen Wirtschaftsbereichen vorliegt. Dies hat auch der Bundesrat zu Recht in seiner Stellungnahme unter Beschusspunkt 63 kritisiert. Wo immer möglich, sollte auf Spezialregelungen verzichtet und auf die Regeln des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) verwiesen werden. Dies gilt namentlich für die Regeln zum Umgang mit „Bestandsdaten“ (siehe hierzu unter § 93) und zur Datenübermittlung ins Ausland (hierzu unter § 90).

##### Zu § 89: Anwendungsbereich

- Im Unterschied zu dem in § 89 für das TKG definierten persönlichen Anwendungsbereich, der mit der Formulierung „geschäftsmäßig“ auch nicht öffentliche TK-Anbieter erfasst (Unternehmen und Personen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder an deren Erbringung mitwirken), bezieht sich die im Gesetz umzusetzende europäische Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation (58/2002/EG) gemäß ihrem Art. 3 Absatz 1 nur auf öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste. Dies führt für klein- und mittelständische Unternehmen in Deutschland, die geschäftsmäßig, aber nicht öffentlich Telekommunikationsdienste anbieten, zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen gegenüber ihren europäischen Nachbarn, da sie umfangreichere Auflagen im Bereich Datenschutz zu erfüllen haben. Standort- bzw. Wettbewerbsnachteile für Deutschland aus einer zu weiten Gesetzgebung sollten aber möglichst vermieden werden.

Deshalb sollte der Anwendungsbereich wie folgt begrenzt werden:

„...Unternehmen und Personen, die geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringen oder an deren Erbringung mitwirken...“

##### Zu § 90: Datenübermittlung an ausländische Stellen

Die Übermittlung von Daten in Drittstaaten wird durch die allgemeine EU-Datenschutzrichtlinie umfassend geregelt und im BDSG umgesetzt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine einschränkende Regelung im Telekommunikationsbereich erforderlich ist, da für die in Betracht kommenden Daten, insbesondere die Vertragsdaten, kein höheres Gefährdungspotential als in anderen Wirtschaftsbereichen besteht.

Die Regelung des § 90 widerspricht zudem europäischen Rechtsgrundsätzen. Entsprechend den Regelungen zum freien Binnenmarkt sind an die Datenübermittlung in Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder in andere EWR Staaten die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an eine Übermittlung im Inland. Die Regelung zur Übermittlung an „ausländische Stellen“, die keine Differenzierung zwischen EU/EWR und übrigen Ausland enthält, verschärft indes die Voraussetzungen für die Übermittlung von personenbezogenen Daten in EU/EWR.

§ 90 sollte daher gestrichen oder durch einen – dann nur klarstellenden – Verweis auf das ohnehin subsidiär geltende BDSG ersetzt werden:

„Für die Übermittlung von Daten an ausländische Stellen gelten die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes.“

### Zu § 92: Einwilligung im elektronischen Verfahren

Es wird grundsätzlich begrüßt, dass nunmehr auch elektronische Einwilligungen möglich sein sollen, etwa im Zusammenhang mit dem Einzelverbindungs-nachweis. Angesichts der weitreichenden Voraussetzungen in § 89 ist die erreichte Vereinfachung aber nur geringfügig. Die meisten Kunden wünschen etwa beim Einzelverbindungs-nachweis eine einfache Beantragung per Telefon. Durch entsprechende Identitätsprüfungen ist auch am Telefon eine hinreichende Autorisierung des Anrufers möglich. Diese Möglichkeit sollte daher in die Vorschrift aufgenommen werden.

Hierfür ist folgende Änderung in der Gesetzesüberschrift und im Gesetzestext vorzunehmen:

**„§ 92 Einwilligung im elektronischen oder fernmündlichen Verfahren**

Die Einwilligung kann auch elektronisch oder fernmündlich erklärt werden, wenn...“

### Zu § 93: Vertragsverhältnisse

Entgegen den Fassungen von Arbeits- und Referentenentwurf wird in § 93 Abs. 2 des Kabinettsentwurfs die bisherige TDSV-Regelung, die eine Einwilligung des Kunden für dessen Ansprache zu Werbezwecken voraussetzt, fortgeschrieben. Eine solche Regelung widerspricht der für andere Wirtschaftsbereiche geltenden Regel des BDSG, ohne dass ein Grund ersichtlich ist, wieso hier für den Telekommunikationssektor besondere Grundsätze gelten müssten.

Vor allem widerspricht diese Regelung aber auch eindeutig den Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 der EU-Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation (2002/58/EG), wonach ein Unternehmen, das die Kontaktdaten eines Kunden anlässlich eines geschäftlichen Kontaktes erlangt hat, diesen zu Werbezwecken etc. ansprechen kann. Die Richtlinie stellt es nicht in das Belieben der Mitgliedsstaaten, hierzu eine einschränkende (Opt-In) Regelung zu treffen. Insbesondere weist Abs. 2 letzter Satz ausdrücklich auf einen Widerspruch durch den Kunden und nicht auf ein fehlendes Einverständnis hin. Eine abweichende Einschätzung ergibt sich auch nicht aus den Motiven zur genannte Richtlinie (s. dort Ziff. 41).

Der Widerspruch zur Richtlinie wird auch nicht durch die für das neue UWG vorgesehenen Regelungen aufgelöst, die in § 7 Abs. 3 grundsätzlich für alle Wirtschaftsbereiche die Werbeansprache mit elektronischen Nachrichten in bestehenden Kundenbeziehungen ohne vorherige Einwilligung erlauben. Denn das UWG ist kein vorrangiges lex specialis zum TKG, so dass dem TK-Sektor infolge der geplanten TKG-Regelung weiterhin entsprechende Werbemaßnahmen versagt blieben.

Eine Anpassung an die Richtlinienvorgaben entspricht schließlich auch dem Kundeninteresse. Bei Kunden,

zu denen bereits ein Kundenkontakt besteht, ist grundsätzlich ein Interesse zu vermuten, auch weiter über interessante Produkte – etwa günstigere Tarifmodelle – informiert zu werden. Da im Rahmen der Kontaktaufnahme der Kunde über sein Widerspruchsrecht aufgeklärt wird und er dieses sofort ausüben kann, sind auch eventuell nicht interessierte Kunden durch die ins UWG übernommenen europäischen Regeln hinreichend geschützt.

Die erforderlichen datenschutzrechtlichen Belange beim Umgang mit Kundendaten werden für alle Wirtschaftsbereiche umfassend im BDSG geregelt. Diese Vorschriften müssen auch für den TK-Sektor gelten.

§ 93 Abs. 1 und 2 sind – in Anlehnung an zwischenzeitliche Entwurfsfassungen des BWMA – durch einen klarstellenden Verweis auf die Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes zu ersetzen:

„(1) Der Diensteanbieter darf Bestandsdaten nach Maßgabe des § 28 des Bundesdatenschutzgesetzes erheben und verwenden.“

(2) –gestrichen–

§ 93 Abs. 4 muss entsprechend angepasst werden:

„(4) Abweichend von § 28 des Bundesdatenschutzgesetzes darf der Diensteanbieter im Zusammenhang mit dem...“

Alternativ könnte – wie im Referentenentwurf des BWMA vom 30. April 2003 – der Absatz 2 wie folgt gefasst werden:

„(2) Soweit es zur Beratung der Teilnehmer, zur Werbung und zur Marktforschung erforderlich ist, darf der Diensteanbieter die Bestandsdaten seiner Teilnehmer und der Teilnehmer seiner Diensteanbieter nach Maßgabe des § 28 Abs. 2 bis 5 des Bundesdatenschutzgesetzes verwenden. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.“

In jedem Fall ist die Gesetzesbegründung entsprechend anzupassen (insb. Streichung des Satzes zur Verwendung von Daten zu Werbezwecken).

- Die in § 93 Abs. 5 erneut vorgesehene Aufnahme eines – wenn auch abgeschwächten – Koppelungsverbots zwischen Dienstleistung und Einwilligung zur Datenverarbeitung geht jedenfalls über das erforderliche Maß hinaus. Zudem ist die Formulierung zu unbestimmt, da kaum eindeutig feststellbar sein dürfte, wann ein anderer Zugang zu einem TK-Dienst nicht möglich ist; bereits die Abgrenzung von TK-Diensten bereitet häufig große Schwierigkeiten. Die Vorschrift benachteiligt ferner die Anbieter exklusiver Dienste. Akzeptabel wäre allenfalls ein Koppelungsverbot bei Universaldiensten.

§ 93 Abs. 5 ist daher wie folgt zu fassen:

(5) Die Erbringung von Universaldienstleistungen darf nicht ....

**Zu § 97: Einzelverbindungs nachweis**

Es ist bedauerlich, dass die geplanten Regelungen für den Einzelverbindungs nachweis in **§ 97 Absatz 1** nach wie vor weit über die zwingenden Vorgaben der EU-Richtlinie hinausgehen.

- Kundenunfreundlich ist etwa die Regel, wonach die Einrichtung nur vor dem maßgeblichen Abrechnungszeitraum, nicht aber rückwirkend möglich ist. Bei den Kunden stößt diese Beschränkung regelmäßig auf Unverständnis, da sie den ersten Einzelverbindungs nachweis so erst über einen Monat nach Beantragung erhalten.
- Nicht in der europäischen Richtlinie vorgeben sind auch das nach deutschem Verfahren erforderliche schriftliche Beantragungsverfahren („Textform“) und ebenso wenig die umständlichen und für Kunden völlig unverständlichen Mitbenutzererklärungen. Die Mitbenutzererklärung kann jedenfalls auf Festnetzanschlüsse beschränkt werden, da im Mobilfunkbereich die Nutzung durch mehrere Personen die sehr seltene Ausnahme ist. Die Regelung zur Mitbenutzererklärung ist zudem widersprüchlich. Bei Anschlüssen im Haushalt kann die Mitbenutzererklärung sowohl elektronisch als auch schriftlich abgegeben werden. Dem gegenüber sollen Betriebe und Behörden auf die schriftliche Erklärung beschränkt sein. Für diese unterschiedliche Behandlung gibt es keine zwingenden Gründe, sie verhindert unnötig eine Vereinfachung und Beschleunigung der Prozessabläufe. Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen in Unternehmen betrifft die Aufklärung der Nutzer grundsätzlich überhaupt nur das arbeitsrechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Hierfür ist eine zusätzliche Regelung im TKG entbehrlich.

Die Regelung sollte daher insgesamt auf die Mindestanforderungen der EU-Richtlinie ohne Schriftformerfordernis, ohne das Rückwirkungsverbot und ohne das Erfordernis einer Mitbenutzererklärung verschlankt werden. Sollte diese Verschlinkung nicht durchzusetzen sein, so sollte zumindest der Begriff „in Textform“ wieder durch den Begriff „elektronisch“ ersetzt werden. So ist z.B. die Beantragung über sprachgesteuerte Systeme (IVR, Interactive Voice Response) zwar unter den Begriff „elektronisch“ nicht jedoch unter den Begriff der Textform subsumierbar. In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass gerade die Einschränkung auf Textform eine behindertenunfreundliche Regelung ist.

**Zu § 98: Störungen von Telekommunikationsanlagen und Missbrauch von Telekommunikationsdiensten**

§ 98 **Absatz 2** gestattet das Aufschalten auf Verbindungen nur bei Serviceaktivitäten. Die Verpflichtung, beim Aufschalten auf eine bestehende Verbindung nicht nur ein akustisches Signal zu erzeugen, sondern zusätzlich eine ausdrückliche Mitteilung zu machen, erachtet BITKOM als überzogen. Die bisherige Praxis, die ausschließlich eine akustische Signalisierung vornimmt, ist eingeführt, in der Bedeutung den Nutzern bekannt und in der Schutzwirkung hinreichend. Die nun zusätzlich eingeforderten Aufwendungen

würden ohne Mehrwert die Betriebskosten der Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen erhöhen.

In der Regelung des Absatz 2 ist zudem nicht berücksichtigt, dass es inzwischen Dienste gibt, bei denen aus betrieblichen Gründen ein Aufschalten wichtig ist, z.B. bei Callcentern das Aufschalten des Supervisors zur Unterstützung und Ausbildung des Personals. Hier ist ein akustisches Signal äußerst störend.

§ 98 Absatz 2 sollte daher wie folgt angepasst werden:

„(2) ... Das Aufschalten muss den betroffenen Gesprächsteilnehmern durch ein akustisches Signal angezeigt ~~und ausdrücklich mitgeteilt~~ werden. Ein Aufschalten ist bei öffentlich zugänglichen Auskunft- und Abfragediensten zulässig und kann ohne akustisches Signal erfolgen, wenn dafür betriebliche Erfordernisse bestehen und der Anrufer in anderer Weise auf diese Möglichkeit hingewiesen wird.“

**Zu § 100: Rufnummernanzeige und -unterdrückung**

Es ist sinnvoll, die Privilegierung in § 100 Abs. 6, die für den Anruf bei Notrufnummern gilt, auf die Callcenter und Servicestellen der Telekommunikationsanbieter für ihre eigenen Kunden zu erweitern. Dies würde eine reibungslose und möglichst nutzerfreundliche Kundenbetreuung wesentlich erleichtern. Da in diesen Fällen ohnehin eine Identifizierung des Kunden erforderlich ist, stehen insoweit auch keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen.

Es sollte daher ein Absatz 7 angefügt werden:

„(7) Die Rufnummer des anrufenden Teilnehmers darf bei Anrufen von Anschlüssen eigener Kunden an Servicestellen des Telekommunikationsanbieters stets übermittelt werden.“

**Zu § 103: Auskunftserteilung**

Die jetzt nach **§ 103 Abs. 3** vorgesehene Möglichkeit einer Inverssuche wird grundsätzlich begrüßt, jedoch ist die vorgesehene Bedingung, dass in jedem Fall eine Einwilligung des Kunden vorliegen muss, zumindest für bereits bestehende Kundenverhältnisse nicht praktikabel. Sinnvoll ist hier nur die Regelung über ein Opt-Out-Verfahren. Der Kunde wird dadurch auch nicht benachteiligt, da es weiterhin in seinem Ermessen liegt, die Übermittlung seiner Rufnummer an einen angerufenen Anschluss zu unterbinden. Schließlich sollte bei Zulassung der Inverssuche auch die Adresse mit umfasst sein (soweit sie in den Verzeichnissen aufgenommen ist); dies verringert auch nicht das Datenschutzniveau, da nach Auskunft über den Namen die Anschrift in jedem Fall über eine nochmalige Anfrage erlangt werden könnte.

Absatz 3 ist daher wie folgt anzupassen:

*Die Telefonauskunft von Namen und Adresse eines Teilnehmers, von dem nur die Rufnummer bekannt ist, ist ~~nur~~ zulässig, ~~wenn~~ der Teilnehmer eingewilligt hat, wenn der Teilnehmer nicht widersprochen hat.*

## b) Öffentliche Sicherheit

### Zu §§ 94 bis 97: Einführung von Mindestspeicherfristen für Verkehrsdaten (Beschlusspunkt 64 der Bundesrats-Stellungnahme)

Die Einführung von Mindestspeicherfristen für Verkehrsdaten, wie sie der Bundesrat in seiner Stellungnahme gefordert hat, lehnt BITKOM nachdrücklich ab. Durch diese Maßnahme ist nur eine geringe Stärkung der staatlichen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr zu erwarten. Diese wird aber durch schwere Eingriffe in das Grundrecht der Bürger auf informationelle Selbstbestimmung wie auch in die Wirtschaftstätigkeit der betroffenen TK-Unternehmen erkauft. Den Sicherheitsbehörden bleiben auch ohne diese zusätzlichen, stark belastenden Maßnahmen genügend Möglichkeiten, ihre Aufgaben erfolgreich wahrzunehmen. Dem gegenüber würden sich die geplanten Neuregelungen als ein Hemmschuh für die dynamische Weiterentwicklung der Kommunikationsmärkte darstellen: Die zu erwartenden wirtschaftlichen Belastungen der Unternehmen gingen letztlich zu Lasten des Wettbewerbs und der Verbraucher, da einzelne Marktteilnehmer in Anbetracht der hohen Belastung aus dem Wettbewerb ausscheiden würden, andere zur Kostenkompensation ihre Endkundenpreise erheblich anheben müssten. Damit wird die ordnungspolitisch wünschenswerte dynamische Weiterentwicklung der Telekommunikationsdienstleistungen, der neuen Medien und des E-Commerce in Deutschland gefährdet.

Die geplante Einführung einer Vorratsdatenspeicherung greift in erheblichem Maße in das grundgesetzlich nach Art. 2 Abs. 1 GG (und Art. 8 der Europäischen Grundrechtscharta) geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein und verstößt gegen grundlegende datenschutzrechtliche Prinzipien. Es wird sowohl das Gebot der Datensparsamkeit und Datenvermeidung als auch das Verbot der Vorratsdatenhaltung missachtet. Letztere, d.h. die Sammlung von Daten ohne vorher klar definierten und erkennbaren Zweck, wurde vom Bundesverfassungsgericht in seinem „Volkszählungsurteil“ (BVerfGE 65, S. 1 ff.) ausdrücklich für unzulässig erklärt.

Neben den schweren datenschutzrechtlichen Bedenken kritisiert BITKOM vor allem die hohen und gänzlich unverhältnismäßigen Kostenbelastungen der Betreiber. Dabei ergibt sich die Höhe der Belastung nicht allein aus der Menge der zu speichernden Daten (schon bei einem einzelnen Anbieter würden diese den Terabyte-Bereich erreichen), wobei diese durch den erweiterten Begriff der Verkehrsdaten (gegenüber dem bisherigen Begriff der Verbindungsdaten) noch zusätzlich vergrößert wird. Vielmehr folgt der größte Aufwand aus der Verwaltung und Sicherung dieser Datenbestände sowie aus der Auskunftserteilung im Einzelfall. Das Problem der riesigen Datenmengen liegt vor allem in dem Erfordernis ausgesprochen leistungsfähiger Systeme, die die jeweils relevanten Da-

tensätze für die Sicherheitsbehörden herausfiltern können. Der hieraus resultierende Investitionsbedarf für Hard- und Software würde – je Unternehmen – im hohen zweistelligen Millionenbereich liegen.

Diese hohen Belastungen stehen außer Verhältnis zum möglichen Sicherheitsgewinn. Die überwältigende Mehrheit der Daten stammt von unbescholtenen Bürgern. Die eigentliche Zielgruppe der durch die Neuregelung eingeführten Abfragemöglichkeiten, nämlich terroristische Gruppen und die organisierte Kriminalität, können und werden die Datenspeicherung ohne große Probleme umgehen können. So erlaubt es die Nutzung von Verschlüsselungstechniken, Anonymisieren oder Re-Mailing-Systemen, die Spuren einer Internet-Nutzung zu verwischen. Gleiches gilt für die Nutzung öffentlicher Internet-Terminals (Internet-Cafés, Bibliotheken, Universitäten) oder öffentlicher Telekommunikations-Anlagen, bei denen eine Rückführung gespeicherter Nutzungsdaten auf einen bestimmten Nutzer überhaupt nicht möglich ist. Von Dritten erworbene Prepaid-Handys oder ausländische Mobilfunkanschlüsse bieten ebenfalls Umgehungsmöglichkeiten. Es würden also infolge der Vorratsdatenspeicherung höchstens unvorsichtige, mit geringerer krimineller Energie agierende Straftäter überführt werden können. Nur für diesen Bereich erscheinen die geplanten schweren Freiheitseingriffe jedoch nicht verhältnismäßig. Ein weiteres Problem wird stets bleiben, einen gespeicherten Kommunikationsvorgang einer bestimmten Person zuzuordnen. Denn selbst bei persönlichen Anschlüssen wird gerade im Nachhinein kein Beweis mehr möglich sein, wer zur fraglichen Zeit den Anschluss tatsächlich genutzt hat. Bei den Verbindungsdaten steht – anders als bei der Überwachung von Gesprächsinhalten – nicht einmal mehr die persönliche Stimme als Anhaltspunkt für eine nachträgliche Zuordnung zur Verfügung. Unter diesen Umständen erscheint es fraglich, ob durch eine Vorratsdatenspeicherung überhaupt für die Strafverfolgung verwertbare Ergebnisse erlangt werden können.

Der Nutzen der Neuregelung für die Sicherheitsorgane steht also in keinem Verhältnis zu dem massiven Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des einzelnen betroffenen Bürgers wie auch zu den erheblichen wirtschaftlichen Belastungen, die die Umsetzung der geforderten Maßnahmen für die verpflichteten Unternehmen mit sich brächte. Statt der Einführung von Mindestspeicherfristen sollte daher über wirkungsvolle Maßnahmen im Einzelfall nachgedacht werden, um im Bedarfsfall schnell Verkehrsdaten sichern und verwerten zu können. Hierzu gehört nicht zuletzt auch die Stärkung der Fähigkeit der Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden, das bereits vorhandene Instrumentarium effektiv zu nutzen. Hier zeigen sich in der Praxis immer wieder Mängel in der technischen Ausstattung der Behörden und der Schulung der Mitarbeiter, besonders in Bezug auf Internet-Sachverhalte. Vor weiteren Eingriffen in datenschutzrechtliche Grundsätze und die Wirtschaftsgrundrechte der Unternehmen sollte deshalb zunächst für eine Stärkung der staatlichen Stellen beim Einsatz bereits bestehender Instrumente gesorgt werden.

### Zu § 106: Notruf

Aus den Vorgaben der EU wie auch aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip ergibt

sich, dass die Verpflichtung, Notrufe an die Notrufabfragestellen zu übermitteln, die technischen Möglichkeiten des vorhandenen Telekommunikationsnetzes berücksichtigen muss. Dies gilt insbesondere bei der Verpflichtung zur Übermittlung von Daten nach Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, die zur Ermittlung des Standortes erforderlich sind. Die Nichtbeachtung der EU-Vorgaben durch Auflage unverhältnismäßiger technischer Vorgaben führt zu hohen Kostenbelastungen der Netzbetreiber.

Eine entsprechende Klarstellung in Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ist daher zwingend erforderlich:

*„3. der Daten, die zur Ermittlung des Standortes erforderlich sind, von dem die Notrufverbindung ausgeht, soweit dies nach dem in dem jeweiligen Telekommunikationsnetz vorhandenen und kommerziell genutzten Stand der Technik möglich ist ...“*

- § 106 TKG-E enthält zudem noch keine Klarstellung zur Kostentragung.

Abs. 1 ist daher um einen neuen Satz 3 zu ergänzen:

*„Änderungen ihrer Telekommunikationsanlagen aufgrund der Rechtsverordnung nach Abs. 2 sowie der Technischen Richtlinie nach Abs. 3 nehmen die Netzbetreiber auf Kosten der Notdienststräger vor.“*

- Schließlich ist § 106 Abs. 2 Satz 1 um eine Sicherstellung der Anhörungsrechte der Betroffenen zu ergänzen:

*„Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern und dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung nach Anhörung der Betreiber von Telekommunikationsanlagen und der Notdienststräger durch Rechtsverordnung Regelungen zu treffen [...].“*

- Im gleichen Maße müssen auch die Beteiligungsrechte der Betreiber von Telekommunikationsanlagen bei der Festlegung der Technischen Richtlinie beachtet werden. Eine Beteiligung der Verbände erscheint nicht ausreichend.

Abs. 3 Satz 1 muss demzufolge ergänzt werden:

*„Die technischen Einzelheiten zu den in Absatz 2 Nummern 2 bis 5 aufgeführten Gegenständen legt die Regulierungsbehörde in einer Technischen Richtlinie fest, die unter Beteiligung der Betreiber von Telekommunikationsanlagen, der Verbände, der vom Bundesministerium des Innern benannten Vertreter der Betreiber von Not-*

*rufabfragestellen und der Hersteller zu erstellen ist.“*

#### ZU § 107: Technische Schutzmaßnahmen

- Die Regelungen des § 107 erscheinen insgesamt entbehrlich. Verschiedene aktuelle Studien belegen klar eine hohe Sicherheit und Leistungsfähigkeit der deutschen TK-Infrastruktur, so etwa der im Auftrag des BMWA erstellte 5. Faktenbericht „Monitoring Informationswirtschaft“ (Stand 10/2002) sowie die Studie der Mummert Consulting für das BMWA zur „Verfügbarkeit von sicheren TK-Infrastrukturen“ (12/2002, S. 24 und 68). Die Vorschrift des § 107 TKG kann daher ersatzlos gestrichen werden.

– Die in § 107 Absatz 1 Satz 1 vorgesehene Vorschrift zur Sicherstellung des Fernmeldegeheimnisses und zur Sicherung der Telekommunikations- und Datenverarbeitungssysteme gegen unerlaubte Zugriffe ist nicht erforderlich, da dies bereits durch bestehende gesetzliche Vorschriften sichergestellt ist, etwa die Strafdrohung des § 206 StGB für Verletzungen des Post- oder Fernmeldegeheimnisses und die ergänzenden Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes.

– Auch der zweite, inhaltlich völlig losgelöste Schutzzweck in § 107 Abs. 2, der die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Infrastruktur bei erheblichen Störungen sowie bei äußeren Angriffen und Katastrophen betrifft, bedarf keiner Regelung im TKG. Neben dem wirtschaftlichen Eigeninteresse der Unternehmen wird der notwendige Schutz auch durch die bereits bestehenden Regelungen des Gesetzes zur Sicherstellung des Postwesens und der Telekommunikation mitsamt den hierzu ergangenen Rechtsverordnungen sichergestellt.

- An der schon in früheren Kommentierungen kritisierten Regelung in § 107 Abs. 2 Satz 3, wonach bei gemeinsamer Nutzung eines Standortes die Betreiber als Gesamtschuldner haften sollen, hat sich trotz der vorgenommenen Umformulierung in der Sache nichts geändert. Zwar wird im Satz 3 das Rechtsinstitut der Gesamtschuldnerschaft nicht mehr explizit genannt. Die Verpflichtung zur Haftung wird darin jedoch so umschrieben, dass im Ergebnis nicht verantwortliche Betreiber von Telekommunikationsanlagen für die Verfehlungen und Versäumnisse ihrer Wettbewerber haften sollen. Dies belegt die zugehörige Begründung. Eine auf die Gesamthaftung hinauslaufende Regelung ist ordnungspolitisch verfehlt, schon wegen des bereits erwähnten hohen Sicherheitsstandards in deutschen TK-Netzen nicht erforderlich und schließlich für die einzelnen Unternehmen unzumutbar.

So widerspricht die Möglichkeit der Inanspruchnahme Dritter dem Konzept der Funktionsherrschaft, wonach jeder Betreiber für sein Netz selbst verantwortlich sein muss. Oftmals besteht schon mangels Systemkompatibilität oder fehlendem Zugang gar kein Einfluss, um die Pflichterfüllung durch ein anderes Unternehmen zu überprüfen, ge-

schweige denn sicherzustellen. Sodann erschwert das Risiko, im Wege der Gesamtschuldnerschaft auch für die Versäumnisse von anderen Betreibern, mit denen ein Standort geteilt wird, in Anspruch genommen zu werden, das Site-Sharing. Kooperationen werden wegen des Haftungsrisikos gemieden oder höchstens noch mit sicher solventen, mithin großen/etablierten Unternehmen eingegangen werden. Wettbewerbsverzerrungen wären die Folge, gerade auch im Mobilfunksektor durch einseitige Mehrbelastungen der Mobilfunknetzbetreiber gegen über den – kleineren – Betreibern von WLANs oder Richtfunkanlagen. Eine Verringerung des Site-Sharings erhöht zudem die Zahl der notwendigen Standorte, damit die Kosten für Standortsuche und -miete und ist gerade im Mobilfunkbereich auch aus städtebaulicher Sicht nicht wünschenswert.

In der Praxis ist schließlich zu befürchten, dass sich die RegTP bei Vorliegen einer Gesamtschuld schon aus Gründen einer möglichst effektiven und damit zügigen Gefahrenbeseitigung bei Mängeln immer zunächst an den leistungsstärksten Betreiber wenden wird. Dies führt generell zu einer stärkeren Belastung der großen Unternehmen. Diese trügen dann sowohl die Belastungen als auch die Risiken des Innenausgleiches. Besonders problematisch stellt sich dies dar, wenn die gemeinsame Nutzung von Anlagen nur aufgrund des gesetzlichen Kollokationszwangs erfolgte. Die Regelung ist schließlich auch nicht erforderlich, weil die beabsichtigte Neuregelung erkennbar nur dem Zweck dient, der Regulierungsbehörde die Mühe umfassender Nachforschungen nach einem Anordnungsadressaten bei Nichteinhaltung der Pflichten nach § 107 Abs. 1 und Abs. 2 zu ersparen, dieses Problem aber auch mit einem Auskunftsrecht als milderem Mittel gelöst werden kann. Danach wäre es ausreichend – und deshalb unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auch geboten –, für die Fälle, dass die RegTP Mitnutzer nicht kennt und nicht ermitteln kann, den/die bekannten Netzbetreiber zur Nennung des der RegTP unbekannt, seine Pflichten aus Abs. 1 oder Abs. 2 verletzenden Mitnutzers zu verpflichten.

Soweit § 107 überhaupt aufrechterhalten wird, ist daher zumindest § 107 Abs. 2 Satz 3 wie folgt neu zu fassen:

*„Bei gemeinsamer Nutzung eines Standortes hat ein den Standort nutzender Betreiber im Störungsfall der Regulierungsbehörde auf Anfrage Auskunft über die anderen Nutzer des Standorts zu geben; jeder Betreiber ist aber nur für die Sicherheit seiner Anlagen verantwortlich.“*

- Der im § 107 Abs. 2 Satz 4 unternommene Versuch, einen Beurteilungsmaßstab für den in Satz 1 geforderten angemessenen Schutz zu formulieren, führt in der Sache nicht weiter. Die Frage, wann der Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Rechte und der Einrichtungen für die Allgemeinheit steht, entzieht sich einer objektiven Bewertung. Die individuelle Bewertung

der Angemessenheit unterscheidet sich je nach Standpunkt, etwa eines Betreibers von Telekommunikationsanlagen oder eines an einem möglichst hohen Schutzstandard interessierten Bedarfsträger. Die Formulierung in Satz 4 trägt zur Objektivierung des Beurteilungsmaßstabs daher nicht bei.

Zudem erscheint die in der Bestimmung vorgenommene Bezugnahme auf die Bedeutung der zu schützenden Anlagen für die Allgemeinheit aus Wettbewerbsgesichtspunkten problematisch, weil hieraus eine Benachteiligung der Betreiber größerer TK-Anlagen gegenüber kleineren TK-Anlagenbetreibern resultieren könnte. Die damit verbundene Wettbewerbsverzerrung sollte vermieden werden.

Sollte § 107 überhaupt aufrechterhalten werden, müssten daher zumindest § 107 Abs. 2 S. 4 und konsequenterweise das Wort angemessene in Abs. 2 Satz 1 gestrichen werden.

- Die vorgenommene Ergänzung in **Abs. 3 Satz 2** verpflichtet die Betroffenen, etwaige Mängel im Sicherheitskonzept oder bei dessen Umsetzung auf Verlangen der Regulierungsbehörde „unverzüglich“ zu beseitigen. Unberücksichtigt bleibt dabei, dass einige prozessgebundene Änderungen nicht ad hoc, sondern nur in Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten realisiert werden können.

Entsprechend wäre daher in Satz 2 zu ergänzen:

*„...vom Betreiber im Rahmen dessen technischer und betrieblicher Möglichkeiten deren unverzügliche Beseitigung verlangen.“*

- Schließlich stellt die jetzige Formulierung des § 107 Abs. 2 und 3, wonach verpflichtet wird „wer TK-Anlagen betreibt, die dem Erbringen von TK-Diensten für die Öffentlichkeit dienen“, eine gravierende Verschlechterung für Service-Provider mit erheblichen organisatorischen und finanziellen Belastungen gegenüber der bislang geltenden Rechtslage dar. Im bisherigen TKG waren ausdrücklich nur lizenzpflichtige Betreiber und selbst im Arbeitsentwurf zur Novellierung nur jene Anbieter, die Dienste auf Basis selbst betriebener Netze erbringen, zur Bestellung eines Sicherheitsbeauftragten und der Erstellung eines Sicherheitskonzeptes verpflichtet. Dem gegenüber erweitert die jetzige Formulierung den Kreis der Verpflichteten, da nach vorherrschender Auffassung auch die von Service-Providern betriebenen Abrechnungssysteme unter den Begriff der Telekommunikationsanlagen subsumiert werden. Eine Verpflichtung zur Stellung eines Sicherheitsbeauftragten und zur Erstellung eines Sicherheitskonzeptes für den Fall der Service-Provider geht jedoch am Schutzziel der Absätze 2 und 3 völlig vorbei, zumal in jedem Fall ein betrieblicher Datenschutzbeauftragter zusätzlich zu staatlichen

Aufsicht auf die Einhaltung der Datenschutzregeln achtet.

Falls § 107 insgesamt doch aufrechterhalten wird, sind daher zumindest § 107 Abs. 2 und 3 jeweils am Anfang wie folgt anzupassen:

*„Wer mittels eigener Telekommunikationsnetze Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt, hat...*

### **Zu § 108 ff.: Kostenerstattung für Auflagen zur öffentlichen Sicherheit**

Zu Recht hat der Bundesrat in Punkt 65 seiner Stellungnahme die erhebliche Kostenbelastung der TK-Unternehmen durch Auflagen zur öffentlichen Sicherheit, insb. durch die Pflichten im Rahmen der TK-Überwachung kritisiert. Die bisherige Kostentragungsregel stellt eine erhebliche, verfassungsrechtlich bedenkliche, weil unverhältnismäßig in die Wirtschaftsgrundrechte der Unternehmen eingreifende Belastung der TK-Unternehmen dar. Die entschädigungslose Indienstnahme Privater bei gleichzeitiger Auferlegung der Kostenlast verstößt gegen Art. 14 GG, weil die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Sonderabgabe nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht gegeben sind. Es fehlt schon an der besonderen Sachnähe der verpflichteten Unternehmen, jedenfalls aber an deren Gruppenverantwortung und insbesondere an der Gruppennützigkeit der Sonderabgabe. Diese Einschätzung wird beispielhaft durch die auch vom Bundesrat zitierte Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofes bestätigt, in der im Februar 2003 die Verfassungswidrigkeit der Parallelvorschrift, § 89 Abs. 1 letzter Satz im dortigen TKG, festgestellt wurde. Der in jener Bestimmung enthaltene Ausschluss der Kostenerstattung für von TK-Unternehmen bereitgestellte Einrichtungen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs ist vom Verfassungsgerichtshof als unverhältnismäßig eingestuft und eine Aufhebung dieser Bestimmung angeordnet worden. Die zentrale Erwägung des Verfassungsgerichtshofes, wonach die Erfüllung originär staatlicher Aufgaben nicht unbegrenzt und entschädigungslos auf Private abgewälzt werden darf, ist auf die deutsche Rechtslage, in der dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls eine zentrale Funktion zukommt, ohne weiteres übertragbar. Die im § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TKG in der vorliegenden Version des Referentenentwurfs enthaltene einseitige und unbegrenzte Kostentragungsregel würde einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht ebenso wenig standhalten wie das österreichische Pendant. Von daher ist der Hinweis in der Begründung, wonach die Regelung in § 108 Abs. 1, Satz 1 Nr. 1 dem geltenden Recht entspricht, in keiner Weise tragfähig.

Darüber hinaus benachteiligt die einseitige Auferlegung der Kostenlast die Netzbetreiber gegenüber Unternehmen anderer Wirtschaftszweige. Insbesondere aber werden durch die Auferlegung der Kostentragungspflicht inländische Telekommunikationsunternehmen gegenüber ausländischen Wettbewerbern diskriminiert. Der internationale Vergleich zeigt, dass in anderen Staaten den betroffenen Unternehmen rele-

vante Entschädigungen für ihre Lasten gezahlt werden (vgl. insb. die vom BMWA in Auftrag gegebene Vergleichsstudie des WIK-Instituts zur Regelung der TK-Überwachung in den G7-Staaten). Die entgegenstehende Behauptung der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Bundesrats-Stellungnahme missachtet insbesondere die Ergebnisse dieser Studie, wenn sie einseitig einige wenige Länder nennt, in denen Kostenerstattungsregeln zurzeit ebenfalls fehlen. Der internationale Wettbewerbsnachteil der deutschen Telekommunikationsindustrie, der insbesondere darin besteht, dass die Ausgangssituation in der internationalen Expansion aufgrund der schlechteren Ertragslage im Heimatland geschwächt ist, gewinnt mit zunehmender Deregulierung und Internationalisierung immer mehr an Bedeutung.

Die Belastung der Unternehmen erreicht je nach Größe bis zu dreistellige Millionenbeträge. Soweit die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Bundesrats-Stellungnahme ausführt, die "... Betreiber hätten bisher nicht nachgewiesen, dass ihnen... unverhältnismäßige Kosten entstehen.", so ist dies nicht zutreffend. BITKOM und seine Mitgliedsunternehmen haben längst ausführliche Kostenübersichten erstellt und vorgelegt. Dabei zeigt sich, dass sich die Kosten zusammensetzen aus den Investitionskosten für das Aufrüsten der eigenen Netztechnik, den Kosten für die kontinuierliche Betreuung der Systeme für die staatlichen Auflagen und dem personellen und organisatorischen Aufwand, der durch die Bearbeitung der einzelnen Anfragen bzw. Anordnungen entsteht.

Diese Kostenbelastungen, gerade auch die notwendigen Anfangsinvestitionen, bedeuten nicht zuletzt ein Markteintrittshemmnis für junge Unternehmen und werden so zum Hindernis bei der Entwicklung des Wettbewerbs im TK-Markt. Nach einer Umfrage unter City- bzw. Regionalcarriern beläuft sich die Höhe der insgesamt notwendigen Einmalinvestitionen zzgl. jährlicher Betriebskosten auf etwa 5 bis 6% eines Jahresumsatzes; bei drei von zwölf Unternehmen lag dieser Wert sogar über 10%. Der laufende Aufwand für die Sicherheitsauflagen liegt bei ca. 3% der jährlichen Gesamtinvestitionen. Solche Werte sind geeignet, das Geschäftsmodell insgesamt in Frage zu stellen.

Verzerrend ist vor diesem Hintergrund auch die Darstellung der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Bundesrats-Stellungnahme, wenn sie darauf verweist, dass die Netzbetreiber nach dem Zeugenentschädigungsgesetz eine Entschädigung erhielten, dabei aber verschweigt, dass hierdurch durchschnittlich nur ca. 2 % (!) der Kosten gedeckt werden.

Wenn die Bundesregierung schließlich behauptet, eine Änderung der Kostentragung hätte zur Folge „dass die Betreiber nicht mehr frei über die Netzgestaltung bestimmen könnten“, so geht dieser Hinweis fehl. Wenn der Staat die für die TK-Überwachung erforderlichen Netzschnittstellen bezahlen würde, könnte auch (nur) insoweit die Gestaltung mitbestimmen. Mit einer Kostentragung erhielte der Staat indes kein Gestaltungsrecht über das Netz. Die Schnittstellen müssten sich mit dem Netz der Netzbetreiber vertrauen und weiterhin einen störungsfreien Telekommunikationsbetrieb ermöglichen. Das gebietet das verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsrecht der Betreiber an ihrem TK-Netz.

Es sind daher in den Regeln des 7. Teils, Dritter Abschnitt, die bei den Unternehmen zur Unterstützung der Arbeit von Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden Belastungen auslösen, aufwandsgerechte Entschädigungsregeln aufzunehmen, wobei die Ausgestaltung der Kostenerstattung im einzelnen einer Verordnung überlassen bleiben kann (wie dies etwa auch im neuen österreichischen TKG der Fall ist). Das Erstattungs-system sollte in der Handhabung möglichst einfach sein. Allerdings würde ein System, das nur Pauschalen je Anordnung bzw. Datenabruf vorsieht, gerade bei kleineren Unternehmen nur eine unzureichende Erstattung zur Folge haben, selbst wenn man die Pauschalen degressiv gestalten würde. Insgesamt müssen drei Kostenblöcke unterschieden werden, 1. die Systeminvestitionskosten, 2. die laufenden Vorkalkkosten, die unabhängig von einer Anordnung anfallen, und 3. die anordnungsbezogenen Kosten. Im optimalen Fall würden die Kosten zu 1. nach Abrechnung der aktuellen Kosten – vorzugsweise durch den Bund – die Kosten zu 2. nach Abrechnung oder durch eine anordnungsunabhängig gezahlte Pauschale – wohl auch durch den Bund – und die Kosten zu 3. vom jeweiligen Bedarfsträger (und damit in den meisten Fällen von Landesbehörden) in Form einer – ggf. degressiv ausgestalteten – Pauschale ausgeglichen. Zur Verringerung des Verwaltungsaufwands wird die Einrichtung zentraler Stellen befürwortet, die möglichst die Durchführung der Überwachungsanordnungen, jedenfalls aber die Erstattungsfragen zentralisiert organisieren sollen.

#### Zu § 108: Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen

■ Zutreffend ist auch die Forderung des Bundesrates unter Punkt 65 seiner Stellungnahme nach Beschränkung des Anwendungsbereichs der Auflagen für die öffentliche Sicherheit auf den tatsächlich notwendigen Adressatenkreis, d.h. die Anbieter von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit zu begrenzen. Die im Gesetz an vielen Stellen vorgesehene Ausdehnung auch auf nicht-öffentliche Netze bedeutet eine enorme Belastung der betroffenen Anbieter, ohne dass tatsächlich ein nachvollziehbares Sicherheitsinteresse an Abhörmaßnahmen oder der Verkehrsdatenkontrolle etwa in firmeninternen Netzen bestünde. Soweit im Ausnahmefall ein solches Bedürfnis hinsichtlich bestimmter Netze besteht (genannt werden von Sicherheitsbehörden in der Regel die Universitätsnetze), so sollten hierfür spezifische Sonderregelungen geschaffen werden, anstatt durch global ausgedehnte Anwendungsbereiche unnötig erhebliche Belastungen zu verursachen.

So ist auch der Adressatenkreis in § 108 Abs. 1 Satz 1 in Abkehr von der zwischenzeitlichen Formulierung im Referentenentwurf erneut auf alle Betreiber von Telekommunikationsanlagen ausgedehnt worden. Die Sinnhaftigkeit eine Einschränkung der Belastung auf Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, ist hinlänglich bekannt und – ausweislich der Begründung - auch den Verfassern des Kabinettsentwurfs bewusst. Obwohl auch sie eine Ein-

schränkung für „geboten“ halten, möchten sie die Regelung der nachgeordneten TKÜV überlassen. Dies ist im Lichte des den Gesetzgeber bindenden Wesentlichkeitsprinzips nicht nachvollziehbar. Wesentliche Eckpunkte einer die Grundrechte einschränkenden Bestimmung – dazu gehört zweifellos die Frage des Adressatenkreises – müssen gesetzlich fixiert werden. Sie dürfen nicht zur Disposition des Ordnungsgebers gestellt werden. Die Frage ist für die nicht-öffentlichen Anbieter wegen des Umfangs der Belastungen, die mit einer späteren Ausdehnung der Verpflichtung durch Verordnungsänderung verbunden wäre, von solcher Bedeutung, dass eine gesetzliche Regelung für die notwendige Rechtssicherheit sorgen muss.

Entsprechend muss § 108 Abs. 1 Satz 1 wieder ergänzt werden:

*„Wer eine Telekommunikationsanlage betreibt, mit der Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, hat ...“*

- Das vom Bundesrat in Punkt 67 seiner Stellungnahme für § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 angestrebte Erfordernis, die Vorrichtungen für die Telekommunikationsüberwachung zwingend im Inland bereitzuhalten, ist von der Bundesregierung zu recht zurückgewiesen worden. Angesichts der schon sehr hohen Belastung der Unternehmen durch die TK-Überwachungspflichten sollten die Anforderungen nicht noch zusätzlich gesteigert werden. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Vorgabe ist auch nicht erforderlich. Da die verpflichteten Unternehmen notwendig in Deutschland ansässig sind, werden sie schon zur Verringerung ihres eigenen Aufwands in aller Regel die Einrichtungen zur Umsetzung der TK-Überwachung im Inland vorhalten. Soweit im Einzelfall die Bereitstellung an einem anderen Ort eine deutliche Aufwandsminderung bedeutet, sollte dieser Weg dem Unternehmen im Sinne einer möglichst effizienten Pflichterfüllung nicht verbaut werden. Dem Anliegen der Sicherheitsbehörden, eine Überwachung im Inland durchzuführen, wird bereits durch die Verpflichtung nach § 12 TKÜV, eine im Inland gelegene Stelle zur Übermittlung von Anordnungen zu benennen, Rechnung getragen. Damit besteht ein inländischer Kontaktpunkt, an den auch Nachfragen etc. gerichtet werden können. Die Befugnis der Sicherheitsbehörden, mit eigenen Abhöreinrichtungen in den Räumen des TK-Unternehmens tätig werden zu können, ist indes nicht davon abhängig, ob diese Räumlichkeiten im Inland gelegen sind. Die den Sicherheitsbehörden entstehenden Mehrkosten durch Verbringung der Geräte ins Ausland, sind in Anbetracht der Kosten, die den TK-Unternehmen zur Erfüllung der staatlichen Aufgaben entstehen, zumutbar. Eine Regelung der Sachfrage im TKG scheint darüber hinaus nicht notwendig, da es sich hierbei um eine Frage der organisatorischen Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen und Auskunftsersuchen handelt, die thematisch in die TKÜV gehört.

- Solange keine Kostenerstattungsregel, wie oben gefordert, gefunden ist, müssen neue Gesetze und zugehörige Verordnungen bzw. Richtlinien zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen dem Ziel verpflichtet sein, im Vergleich zu den aktuellen Regelungen eine spürbare Kostenreduktion für die TK-Industrie zu erreichen. Um dieses Ziel erreichen zu können, müssen sich neue Gesetze und zugehörige Verordnungen bzw. Richtlinien zur Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen strikt daran orientieren, dass Rechtssicherheit (z.B. durch klare Begrifflichkeiten), Planungssicherheit (z.B. durch langfristige Übergangsregelungen) gewährleistet und die Auflagen auf das unabdingbar Notwendige reduziert sind. Hierfür sollte u.a. **§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1** dahingehend präzisiert werden, dass die „*technische Einrichtung*“ treffender als „*technische Schnittstelle*“ bezeichnet wird. Eine solche eingegrenzte Regelungsbefugnis genügt den Erfordernissen und vermindert unnötige Vorgaben zur Gestaltung der von den Verpflichteten intern eingesetzten Technik.
- Die vom Bundesrat unter Punkt 68 seiner Stellungnahme geforderte Änderung in **§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2** (Vorverlagerung des Nachweiszeitpunktes) ist nicht erforderlich. Auch der bislang vorgesehene Gesetzestext ist geeignet, den erforderlichen Zugriff der Sicherheitsbehörden auf die benötigten Informationen sicherzustellen. Die Umstellung vom vorgelagerten Genehmigungsverfahren des alten TKG auf das Anzeigeverfahren nach dem neuen TKG erfolgte wegen des vom europäischen Recht vorgegebenen Wegfalls der Lizenzpflicht. Durch diese Neuerung soll allgemein der freie Zugang zum Markt für Telekommunikationsdienste eröffnet werden. Diese Vorgabe sollte nicht durch neue Pflichten beeinträchtigt werden, die von den Unternehmen bereits vor Betriebsaufnahme zu erfüllen wären. Die Bundesregierung hat diese Forderung in ihrer Gegenäußerung daher zu recht zurückgewiesen.
- Die Neuregelung **§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3** lässt zwar formal die Genehmigungspflicht entfallen. An ihre Stelle tritt jedoch eine Nachweispflicht, die die Betreiber von Telekommunikationsanlagen unverändert belastet. Durch den Wegfall der Genehmigung verlieren die betroffenen Unternehmen zugleich Planungssicherheit: Bei der – einer Betriebsaufnahme vorausgehenden – Entscheidung für den Einsatz bestimmter technischer Einrichtungen, die eine zulässige Überwachung der Telekommunikation ermöglichen, muss sich der Betreiber auf einen technischen Standard festlegen. Eine häufige Änderung dieses Standards ist weder technisch noch wirtschaftlich zumutbar. Es muss daher unbedingt vermieden werden, dass die Unternehmen ihre Technik immer wieder an neue Vorgaben anpassen müssen. Dies wäre immens kostspielig. Insofern ist § 108 Abs. 1 Satz 4 zu begrüßen, als er eine Regelung für den Fall vorsieht, dass zum Zeitpunkt der Betriebsaufnahme entweder die Verordnung oder die Richtlinie nicht in Kraft ist. In diesem Fall kann der Netzbetreiber eine Lösung im Einvernehmen mit der Regulierungsbehörde treffen. Ebenso zu begrüßen ist in diesem Zusammenhang eine Neuerung im § 108

Abs. 5, Satz 2, die den Betreibern bei einmal erbrachtem Konformitätsnachweis einen gewissen Bestandschutz gegenüber späteren Änderungen der Technischen Richtlinie gibt.

Hierzu sind jedoch zwei Ergänzungen erforderlich: Dieselbe Art von Investitionssicherheit muss auch gegenüber nachträglichen Änderungen der Verordnung nach Abs. 2 sichergestellt sein. Andernfalls wäre der notwendige Bestandschutz lückenhaft. In beiden Fällen sollte die Anpassungsfrist zudem den Abschreibungsfristen angenähert werden und daher mindestens fünf Jahre betragen.

Schließlich bedarf die Vorschrift noch einer Ergänzung, um für den Fall der erstmaligen Betriebsaufnahme den Referenzzeitpunkt klarzustellen. Maßgeblich für den Umfang der Nachweispflicht müssen die Rechtsverordnung nach Absatz 2 und die Technische Richtlinie nach Absatz 3 in der Fassung sein, die sechsunddreißig Monate vor dem Zeitpunkt der Betriebsaufnahme gültig war. Andernfalls wäre der Betreiber im Extremfall gezwungen, auch die technischen Vorgaben zu berücksichtigen, die am Tage des Nachweisverfahrens in Kraft getreten sind. Ein ständiges, zu Lasten der Unternehmen gehendes Nachbessern wäre die Folge.

- Die Duldungsverpflichtung in **§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5** geht über das Maß des Erforderlichen hinaus und ist daher zu straffen. Die Betreiber von Telekommunikationsanlagen haben Überwachungsmaßnahmen zu ermöglichen. Hierzu gehört zwar die Verpflichtung, Bediensteten der für diese Maßnahmen zuständigen Stellen Zugang zu der in Räumen der Betreiber befindlichen Überwachungstechnik zu gewähren. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum darüber hinaus auch den Mitgliedern und Mitarbeitern der G10-Kommission jederzeitiger Zutritt zu Räumen der Betreiber gestattet werden soll. Dies erscheint für die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten nicht erforderlich.

§ 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 ist entsprechend zu kürzen:

*„5. die Aufstellung und den Betrieb von Geräten für die Durchführung von Maßnahmen nach den §§ 5 und 8 des Artikel 10-Gesetzes in seinen Räumen zu dulden und Bediensteten der für diese Maßnahmen zuständigen Stelle sowie den Mitgliedern und Mitarbeitern der G10-Kommission (§ 1 Abs. 2 des Artikel 10-Gesetzes) Zugang zu diesen Geräten zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben zu gewähren.“*

- Nach **§ 108 Abs. 1 Satz 2** hat sich ein Anbieter von TK-Dienstleistungen, der keine eigene Anlage betreibt, zu vergewissern, dass der von ihm ausgewählte Betreiber eine Telekommunikationsanlage verwendet, die unverzügliche Überwachungsmaßnahmen ermöglicht. Die Inpflichtnahme von TK-Anbietern ohne eigene TK-Anlagen ist mit dem Normzweck nicht zu rechtfertigen, zumal sie praktisch kaum handhabbar sein dürfte. Es bleibt

offen, wie die vorgesehene Vergewisserung ausgestaltet sein soll. Aus Sicht eines Anlagenbetreibers ist es praktisch kaum möglich, einem nachfragenden Diensteanbieter nachweisbar darzulegen, dass die Telekommunikationsanlage allen Anforderungen nach § 108 entspricht. Denn zum einen gibt es künftig keine zertifizierende Genehmigung, die der Anlagenbetreiber zum Beleg für die Tauglichkeit seiner Anlage vorlegen könnte. Zum anderen ist ein Nachweis gegenüber dem nachfragenden Diensteanbieter anhand interner Angaben über die Beschaffung der eingesetzten Technik gleichfalls nicht möglich, weil diese sensiblen Daten dritten Unternehmen nicht zugänglich gemacht werden können. Es fehlt damit ein geeignetes Mittel, mit dem der Anlagenbetreiber gegenüber einem nachfragenden Diensteanbieter die Eignung seiner Technik sicher belegen könnte. Ohne dieses Mittel ist jedoch eine Vergewisserung i.S.d. § 108 Abs. 1 Satz 2 kaum vorstellbar.

Die vorstehenden Bedenken gelten umso mehr, wenn – wie vom Bundesrat als Beschlusspunkt 69 seiner Stellungnahme gefordert – die Pflicht der Diensteanbieter sogar auf ein „Sicherstellen“ ausgeweitet werden sollten; dies ist den Unternehmen noch weniger möglich.

§ 108 Abs. 1 Sätze 2 und 3 sind daher zu streichen.

- Angesichts der schon erheblichen Kostenbelastungen ist die vom Bundesrat unter Punkt 71 seiner Stellungnahme geforderte Einführung weiterer Abhörmaßnahmen in § 108 Abs. 2 bzw. der TKÜV, etwa auf Grundlage von Gerätenummern, abzulehnen. Dies würde erhebliche weitere Investitionen für die erneute Überarbeitung oder sogar Ersetzung der bestehenden Systeme erfordern. Die Einführung weiterer Pflichten ist daher – soweit technisch überhaupt realisierbar – nur denkbar, wenn für die damit verbundenen Kosten eine angemessene Erstattung gewährt wird. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass die IMEI nach heutigem Stand der Technik kein eindeutiges Merkmal darstellt, da sie leicht gefälscht werden kann und auch bei Importware häufig uneindeutig ist, so dass sie schon deshalb kein taugliches Anknüpfungskriterium für eine Überwachungsanordnung ist.
- Auch in § 108 Absatz 2 Nr. 1 sollte der Begriff „grundlegende technische Anforderungen“ durch „technische Schnittstellen“ ersetzt werden. Eine solche Regelung genügt dem Interesse der Sicherheitsbehörden, die Ergebnisse der Überwachung in einer die Entgegennahme und Verwertung ermöglichenden Form zur Verfügung gestellt zu bekommen. Die weitere Ausgestaltung der Überwachungssysteme bei den Betreibern berührt dem gegenüber nicht den Interessenbereich der Sicherheitsbehörden und bedarf daher keiner gesetzlichen Regelung. Die vorgenannten Überlegungen gelten übrigens gleichermaßen für die organisatorische Umsetzung der Maßnahmen, die im Detail dem Betreiber zu überlassen ist. Eine Begrenzung auf die „technischen Schnittstellen“ ist daher aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten.

Außerdem muss sichergestellt sein, dass die verantwortlichen Stellen keine Lieferantenmonopole anordnen. Hierzu bedarf es einer Klarstellung in der Ermächtigungsgrundlage. Die Erfahrung zeigt, dass andernfalls die verantwortlichen Stellen dazu neigen, Monopolprodukte anzuordnen (Beispiel: VPN-Sina zur E-Mail-Überwachung) und nicht dafür Sorge tragen, dass zugelassene Überwachungstechnik von den Lieferanten im Wettbewerb angeboten werden.

- Bereits in der Ermächtigungsgrundlage sollte in § 108 Abs. 2 Nr. 1 c) gewährleistet sein, dass der einmal erbrachte Nachweis der Übereinstimmung in seinem Bestand geschützt ist. Spätere Änderungen der anzuwendenden Vorschriften dürfen nicht zu Lasten derjenigen Unternehmen angewendet werden, die ein Nachweisverfahren bereits erfolgreich abgeschlossen haben.
- Im Interesse praktikabler Lösungen sollten in § 108 Abs. 3 nicht nur – wie jetzt vorgesehen – die Hersteller von TK-Anlagen und den Einrichtungen zur Durchführung der TK-Überwachung, sondern auch die betroffenen TK-Unternehmen unmittelbar vorab beteiligt werden.
- Die Ermächtigungsgrundlage in § 108 Abs. 3 ist denkbar weit formuliert und bezieht sich auf die Regelung von „technische[n] Einzelheiten, die zur Sicherstellung einer vollständigen Erfassung der zu überwachenden Telekommunikation und zur Gestaltung des Übergabepunktes zu den berechtigten Stellen erforderlich sind“. Damit weicht die Ermächtigungsgrundlage ohne Begründung vom Inhalt und Umfang der gesetzlichen Verpflichtung nach § 108 Abs. 1 ab. Wie oben bereits dargestellt, ist für die Zwecke des § 108 eine Ermächtigung zur Regelung allein des Übergabepunktes zu den berechtigten Stellen völlig ausreichend.

§ 108 Abs. 3 Satz 1 ist daher entsprechend zu kürzen:

„(3) Die Regulierungsbehörde legt technische Einzelheiten für die Gestaltung des Übergabepunktes zu den berechtigten Stellen in einer im Benehmen mit den berechtigten Stellen und unter Beteiligung der Verbände, der betroffenen TK-Anbieter sowie der Hersteller von Telekommunikationsanlagen und der Einrichtungen zur Durchführung der Telekommunikationsüberwachung zu erstellenden Technischen Richtlinie fest. ...“

- Die Klarstellung in § 108 Abs. 3 Satz 2, wonach Abweichungen von internationalen technischen Standards nur in begründeten Fällen zulässig sind, wird ausdrücklich begrüßt, weil die Implementierung von Standards grundsätzlich Kosten reduziert. Dies gilt aber nur dann, wenn der internationale technische Standard rechtzeitig vor Inbetriebnahme des Dienstes vorliegt. Eine nachträgliche zwangsweise Anpassung an einen Standard, nachdem bereits der „Nachweis“ gemäß § 108 Abs. 1 erbracht worden ist, wäre kontraproduktiv, da kostenintensiv, und ist somit strikt abzulehnen.

- Entsprechend der oben angeregten Präzisierung sollte auch in **§ 108 Abs. 4 und 5** statt von „*technischen Einrichtungen*“ genauer von „*technischen Schnittstellen*“ gesprochen werden. Die nunmehr im Abs. 5 aufgenommene Umsetzungsfrist von längstens einem Jahr seit der Bekanntmachung im Regelfall ist für die praktische Anwendung zu kurz bemessen. Erforderlich ist ein Zeitrahmen von mindestens drei Jahren.
- Die in **§ 108 Abs. 6** vorgenommene Änderung der Bezeichnung des Übergabepunktes (bisher: „Netzzugang“, nunmehr „Netzabschlusspunkt“) ist erläuterungsbedürftig. Im Katalog der Begriffsbestimmungen des § 3 ist der Netzabschlusspunkt zwar in Nr. 21 erwähnt. Eine Definition unterbleibt dort jedoch. Die Begründung spricht von einer bloßen „redaktionelle[n] Anpassung an den Sprachgebrauch des TKG“. Sofern damit keine materielle Ausweitung der Verpflichtung verknüpft ist, ist die Änderung nicht zu beanstanden. Allerdings lässt sich der Begriff des „Netzabschlusspunktes“ auch als die Summe aus Übergabepunkt und Übertragungsweg verstehen. Durch eine klarstellende Ergänzung muss sichergestellt werden, dass sich die Verpflichtung aus Abs. 6 nicht auch auf die Bereitstellung des Übertragungsweges erstreckt. Seine Realisierung muss weiterhin Aufgabe der berechtigten Stelle bleiben.
- Die vom Bundesrat unter Punkt 72 seiner Stellungnahme formulierte Forderung nach einer Erweiterung des Anwenderkreises in **§ 108 Abs. 6 Satz 1** auch auf nicht-öffentliche TK-Anbieter steht im Widerspruch zu der eigenen Forderung des Bundesrates unter Punkt 65, letzter Absatz. Dort war – richtigerweise – eine Eingrenzung der Verpflichtung zur Bereithaltung der Einrichtungen für TK-Überwachungsmaßnahmen auf den tatsächlich erforderlichen Adressatenkreis, namentlich die Anbieter von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit, gefordert worden. Eine Ausweitung des Anwendungsbereichs ist in der Regel erforderlich, jedenfalls aber wegen der damit verbundenen Belastungen der betroffenen Unternehmen unverhältnismäßig.
- In der gegenwärtigen Formulierung gibt es in **§ 108 Abs. 6 Satz 3** eine Unstimmigkeit zwischen dem weiten Umfang der Verpflichtung zur Gewährung des Netzzugangs und dem eingeschränkten Recht, hierfür das entsprechende Entgelt verlangen zu können. Während die Netzzugänge „unverzüglich und vorrangig“ bereitzustellen sind, gelten für die Bereitstellung und Nutzung der Netzzugänge die jeweils für die Allgemeinheit anzuwendenden Tarife, jedoch „mit Ausnahme besonderer Tarife oder Zuschläge für vorrangige oder vorzeitige Bereitstellung“. Diese Diskrepanz ist nicht sachgerecht. Sofern eine Bereitstellung bevorzugt verlangt wird, muss der Bedarfsträger dieselben Expresszuschläge entrichten, die auch die Allgemeinheit für eine Expressbereitstellung wegen des erhöhten Aufwands entrichten muss. Für eine Privilegierung der berechtigten Stellen ist kein Raum.

In § 108 Abs. 6 Satz 3 ist daher der Satzteil „*mit Ausnahme besonderer Tarife oder Zuschläge für vorrangige oder vorzeitige Bereitstellung*“ zu streichen.

- **§ 108 Abs. 7** ist missverständlich formuliert. Es kommt nicht hinreichend präzise zum Ausdruck, dass einzig die Bedarfsträger das Einvernehmen der Regulierungsbehörde erzielen müssen. Überdehnt interpretiert ließe sich die vorliegende Formulierung auch dahingehend auslegen, dass neben den Bedarfsträgern auch die TK-Unternehmen, und zwar als „gesetzlich“ [durch Lizenzerteilung] „berechtigte Stellen“, welche TK-Anlagen betreiben, ihre Anlagen, mit denen in den Netzbetrieb eingegriffen werden soll, nur im Einvernehmen mit der Regulierungsbehörde gestalten dürfen. Die Ungenauigkeit kann durch syntaktische Korrekturen beseitigt werden.

Zudem bedarf es noch einer praktisch wichtigen Ergänzung. Da es bei der Gestaltung der TK-Überwachungstechnik in erster Linie auf eine Kompatibilität mit den zu überwachenden Netzen ankommt und eine Beeinträchtigung des Netzintegrität vermieden werden muss, bedarf die technische Gestaltung der TK-Überwachungstechnik nicht nur des Einvernehmens der Regulierungsbehörde sondern ebenso der Zustimmung der TK-Netzbetreiber.

Insgesamt sollte Abs. 7 mithin wie folgt umformuliert werden:

*„Von den gesetzlich berechtigten staatlichen Stellen betriebene Telekommunikationsanlagen, die von den ~~gesetzlich berechtigten Stellen betrieben werden und~~ mittels derer in das Fernmeldegeheimnis oder in den Netzbetrieb eingegriffen werden ~~soll kann~~, sind von der berechtigten Stelle im Einvernehmen mit der Regulierungsbehörde und den Netzbetreibern technisch zu gestalten.“*

- Die Verpflichtung **§ 108 Abs. 8**, eine Jahresstatistik über die erfolgte Überwachung zu führen, wurde entgegen dem ursprünglichen Referententwurf im Kabinettsentwurf wieder ins Gesetz aufgenommen. Dies ist nicht sachgerecht. Es ist Sache der Bedarfsträger, über ihre Überwachungstätigkeit Rechenschaft abzulegen. Nicht akzeptabel ist insbesondere eine Pflicht zur unentgeltlichen Überlassung dieser Statistiken an die Regulierungsbehörde.

§ 108 Abs. 8 ist daher wieder zu streichen.

#### **Zu § 109: Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden**

- Auch im Rahmen der Datenerhebungs- und –speicherungspflichten des § 109 wurde aus nicht nachvollziehbaren Gründen der Verpflichtetenkreises auf nicht-öffentliche TK-Dienste erstreckt. Dies führt zu erheblichen Mehrbelastungen für Betreiber von

corporate networks oder auch Behördennetzen sowie etwa für Krankenhäuser und Hotels. Auch die Beschränkung bei der Auskunftserteilung auf das manuelle Auskunftsverfahren kann nicht die erhebliche Erschwernis mindern, die darin besteht, dass eine Reihe zusätzlicher Daten erhoben und zum unverzüglichen Abruf bereitgehalten werden müssen. Besondere Schwierigkeiten bereitet dies in Fällen, in denen der Betrieb des corporate networks im Wege des Outsourcing an Service-Unternehmen ausgelagert wurde, da dann auch massive datenschutzrechtliche Bedenken gegen die erforderliche Mitteilung der personenbezogenen Daten bestehen. Die Belastungen stehen außer jedem Verhältnis zum eventuellen Nutzen für die Sicherheitsbehörden, da es sich eben nicht um für jedermann zugängliche Telekommunikationsdienste handelt.

- Zu berücksichtigen ist hierbei auch die vorgesehene Frist für die Speicherpflicht, nach der die Daten bis zum Ende des auf das Vertragsende folgenden Jahres zu speichern sind. Eine so lange Speicher- und Auskunftspflicht würde etwa für Hotels und Krankenhäuser eine nicht zu bewältigende Belastung darstellen, da sie über einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren abrufbereit dokumentieren müssten, wem zu welcher Zeit welche Nebenstelle zugeordnet wurde.

§ 109 Abs. 1 S. 1 ist daher – wie schon im BWA-Referentenentwurf vom 30. April 2003 formuliert – wieder wie folgt zu ändern:

„(1) Wer gewerbsmäßig Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt ...“

Ergänzend ist § 111 Abs. 1 S. 1 wieder wie folgt anzupassen:

„(1) Wer geschäftsmäßig ... hat im Einzelfall ... Auskünfte über die nach § 93 erhobenen Daten und, soweit es sich um Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit handelt, über die nach § 109 erhobenen Daten zu erteilen, ....“

- Entgegen der Forderung des Bundesrates unter Punkt 73 seiner Stellungnahme bedarf es in § 109 auch vor dem Hintergrund des Prepaidkarten-Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2003 keiner Änderung der Gesetzesformulierung zur Datenerhebungspflicht, um auch den Bereich der Prepaid-Karten zu erfassen. Dies ergibt sich schon aus dem Gesetzestext des Kabinettsentwurfs. Allerdings begegnet dieser völlige Ausschluss anonymer TK-Dienste aus datenschutzrechtlicher Sicht nach wie vor erheblichen Bedenken. Der Sicherheitsgewinn durch diese Vorschrift ist zweifelhaft, da Schwerkriminiellen ohne weiteres das Ausweichen auf im Ausland erhältliche anonyme Anschlüsse möglich ist. Gleiches gilt für den Erwerb von Prepaidkarten von Dritten im Inland. Eine Kontrolle der tatsächlichen Nutzeridentität ist den TK-Unternehmen nicht möglich. Soweit die Unternehmen in der Lage

sind, die Nutzerdaten zu erfassen, erfolgt dies ganz ohne gesetzliche Verpflichtung auch heute schon, um etwa die Abrechnung zusätzlicher Leistungen (etwa internationales Roaming) ermöglichen.

- Der Ausschluss eines Entschädigungsanspruches in § 109 **Absatz 1 Satz 6** begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, da es sich auch insoweit um eine staatliche Zielsetzung handelt. Eine langfristige Verpflichtung zur Speicherung von Daten verursacht bei den verpflichteten Unternehmen zusätzliche Kosten für Speicherkapazität und Pflege des Datenbestandes (Steigerung der Speicherkapazität um den Faktor zwei bis drei, komplette Neugestaltung der zugrundeliegenden Software, Einfügung neuer Schnittstellen zum Datenaustausch, u.a. mit den Vertriebspartnern). Zusätzlich müsste ein erhöhter Schutz vor unbefugtem Zugang zu den Daten gewährleistet werden. Allein diese Anpassungen und die Anschaffung der erforderlichen Soft- und Hardware bedeuten zusätzliche Kosten je Unternehmen in Millionenhöhe. Dieser Aufwand steht in keinem Verhältnis zu den durch die Vorhaltung der Daten zu erwartenden Ermittlungserfolgen.
- Die vorgesehene Erhebung und Speicherung des Anschlussortes ist überflüssig, weil sie wegen Möglichkeiten der Anrufweitschaltung etc. keinen Aufschluss über den Sitz des Anschlussinhabers zulässt und daher auch bei Festnetzanschlüssen keinen Sinn ergibt. Im Übrigen ist die Auflage, den „Ort“ des Anschlusses zu erheben und zu speichern, zu ungenau. Hier müsste eine Präzisierung auf die „Anschrift“ des Anschlusses erfolgen.
- § 109 **Absatz 2, Satz 1** erlegt dem vom Diensteanbieter eingeschalteten Vertriebspartner eine selbständige Verpflichtung auf, Daten im Sinne des Absatz 1 zu erheben und zu speichern. Dabei ist zunächst der Begriff „Vertriebspartner“ nicht hinreichend eindeutig. Soweit hiermit der eigene Point-of-sale gemeint ist, ist die Regelung in der Sache zwar zutreffend, aber unnötig. Verpflichteter sollte insoweit weiterhin der Diensteanbieter sein, der den von ihm eingeschalteten Point-of-sale für die Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht zur Datenerhebung einsetzt und damit vertraglich zu Erhebung und Übermittlung an ihn verpflichtet wird. Einer eigenen gesetzlichen Verpflichtung bedarf es nicht. Sofern als „Vertriebspartner“ allerdings – was im Rahmen der möglichen Auslegung wäre – auch dritte Unternehmen, insbesondere Reseller oder Service-Provider, verstanden würden, wäre die Regelung im Abs. 2 nicht sachgerecht. Eigenständige Vertreiber und Reseller haben die Daten ihrer Kunden selbständig zu erheben und zu speichern, soweit nicht vertraglich im Rahmen des datenschutzrechtlich Zulässigen etwas Abweichendes vereinbart wird. Es ist weder für Service-Provider bzw. Reseller noch für den ursprünglichen Diensteanbieter zumutbar und zudem auch aus datenschutzrechtlichen Gründen unzulässig, dass Bestandsdaten der Service-Provider an die Netzbetreiber weitergegeben werden.

Zur Klarstellung ist daher eine Definition des Begriffs „Vertriebspartner“ im § 3 TKG vorzunehmen.

- Problematisch ist schließlich, dass § 109 nach seiner aktuellen Formulierung die Datenerhebung und Speicherung nur „für die Auskunftsverfahren nach den §§ 110 und 111“ vorsieht. Dies führt dazu, dass bei strenger Betrachtung die Unternehmen nicht nur mit zusätzlichem Aufwand belastet werden, sondern darüber hinaus auch die von ihnen erhobenen Daten nicht einmal selbst für eigene Zwecke nutzen dürften.

Es sollte daher in § 109 Abs.1 der Satzteil „für die Auskunftsverfahren nach den §§ 110 und 111“ gestrichen werden.

- Der Ausschluss einer rückwirkenden Verpflichtung zur Datenerhebung in § 109 **Absatz 3** wird ausdrücklich begrüßt. Allerdings sollte diese Vorschrift um eine Übergangsfrist zur organisatorischen Sicherstellung der durch dieses Gesetz erweiterten Datenerhebung ergänzt werden. Eine Übergangsfrist ist notwendig, da die Verträge mit Servicepartnern und dem Vertrieb auf die neuen Anforderungen angepasst sowie die zur Datenerhebung benötigten Applikationen modifiziert werden müssen. Vertragsänderungen und Umstellung der Systeme auf die erweiterte Datenerfassung können erst ab Inkrafttreten des Gesetzes vorgenommen werden, da es vorher an eine Rechtsgrundlage zur Erhebung zusätzlicher Daten und der nötigen Rechtssicherheit fehlt. Eine Übergangsfrist von 6 Monaten erscheint hierfür notwendig und angemessen.

§ 109 Abs. 3 ist daher um folgenden neuen Satz 1 zu ergänzen:

*„Die Verpflichtung zur Erhebung und Speicherung der Daten nach Abs. 1 muss spätestens ab dem siebten Monat nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erfüllt werden.“*

Der bisherige § 109 Absatz 3 wird zu Satz 2 im Absatz 3.

- Die vom Bundesrat unter Punkt 74 seiner Stellungnahme als **neuer § 109 Abs. 3 Satz 2** geforderte und von der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung modifiziert aufgegriffene zusätzliche Datenerhebungspflicht wird nachdrücklich abgelehnt. Die Nacherhebung aller Kundendaten nach Bekanntwerden einer einzelnen Änderung bedeutet keineswegs einen nur geringen Aufwand, wie dies die Begründung des Bundesrats-Beschlusses suggeriert. Die hierfür erforderliche gesonderte Ansprache des Kunden erfordert erheblichen Personaleinsatz, der den Nutzen eines solchen Vorgehens bei weitem überwiegt. Soweit einem Unternehmen neue Kundendaten bekannt werden, wird es diese – im Rahmen der zulässigen Speicherung und Verwendung – schon aus Eigeninteresse in seine Datenbestände aufnehmen. Eine Pflicht zur weitergehenden Erhebung ist aber – auch mit Blick

auf an eventuelle Verstöße geknüpfte Bußgeld-Tatbestände – abzulehnen. Allein in Verbindung mit dem von der Bundesregierung in der Gegenäußerung enthaltenen Zusatz, dass die Pflicht nur dann besteht, wenn ihre Erfüllung keinen zusätzlichen Aufwand verursacht, wäre eine solche Ergänzung akzeptabel.

#### Zu § 110: Automatisiertes Auskunftsverfahren

- Die Verpflichtung in § 110 **Abs. 1 S. 1**, jeweils eine „aktuelle Portierungskennung“ zu speichern, geht zu weit. Bei mehrfach portierten Rufnummern verfügt nur dasjenige Unternehmen über eine aktuelle Portierungskennung, von dessen Netz der Endkunde seine Rufnummer zu einem anderen Netzbetreiber zuletzt portiert hat.

Daher sollte § 110 Abs. 1 Satz 1 wie folgt geändert werden:

*„Wer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt, hat die nach § 109 Abs. 1 und 2 erhobenen Daten unverzüglich in Kundendateien zu speichern, in die auch Rufnummern und Rufnummernkontingente, die zur weiteren Vermarktung oder sonstigen Nutzung an andere Anbieter von Telekommunikationsdiensten vergeben werden, sowie bei portierten Rufnummern die ~~aktuelle~~ Tatsache der Portierungskennung aufzunehmen sind.“*

Zudem regelt § 110 **Abs. 1 S. 3** die Dauer der Speicherverpflichtung über portierte Rufnummern nicht sachgerecht. Eine Löschung der Daten soll erst möglich sein, wenn die Rufnummer zu dem Netzbetreiber zurückgekommen ist, dem sie ursprünglich zugeteilt wurde. Die beschriebene Verpflichtung bedeutet, dass Portierungsdaten solange zu speichern sind, bis die Rufnummer wieder an den ursprünglichen Zuteilungsinhaber zurückfällt. Dies kann erst nach mehreren Jahren oder im Extremfall - nie der Fall sein. Der Mehrwert einer solchen mehrfachen Speicherung redundanter Informationen, die erhebliche Kosten verursacht, ist nicht erkennbar. Die Vorgaben widersprechen aber auch dem im AKNN abgestimmten neuen Portierungsdatenaustauschverfahren (vgl. Spezifikation Austausch von Portierungsdaten zwischen Netzbetreibern", Version 10.0.0), welches von der RegTP mit Wirkung zum 06.05.2004 als verpflichtend vorgeschrieben wurde (vgl., Vfg.20/2003). Im diesem verbesserten neuen Verfahren ist vorgesehen, dass die an der Portierung beteiligten Betreiber die Datensätze lediglich solange vorhalten, solange die Portierung gültig ist. Portiert also ein Kunde des Unternehmens A zu Unternehmen B, bleibt dort 5 Jahre und portiert dann zu Unternehmen C und nach einem weiteren Jahr zu Unternehmen D, muss nach diesem Verfahren A die abgebende Meldung 5 Jahre vorhalten und B die aufnehmende Meldung. Nach erfolgter Portierung zu C, können A und B ihre ursprünglichen Meldungen löschen, B muss aber ein Jahr die abgebende und C ein Jahr die aufnehmende Meldung vorhalten. Nach der Portierung zu D kann B

seine abgebende Meldung löschen, C kann die aufnehmende Meldung löschen, muss aber die abgebende Meldung solange vorhalten, solange der Kunde bei D bleibt. D muss ebenfalls solange die aufnehmende Meldung vorhalten. Nach den Regelungen des § 110 müssten dem gegenüber A und B auch nach der Portierung zu D noch die Daten vorhalten, bis die Rufnummer schließlich an A zurückfallen würde, obwohl A und B in die letzte Portierung C zu D nicht mehr involviert waren.

Damit führt das Gesetz in vielen Fällen sogar eine Art „Ewigkeitsspeicherung“ für die Fälle ein, in denen ein Kunde seinen Netzanbieter wechselt und beim neuen Netzbetreiber fortan bleibt. Die portierte Rufnummer käme in diesem - keineswegs exotischen - Fall überhaupt erst nach dem Tod des Kunden zum ersten Netzbetreiber zurück. So lange müssten nach der Vorstellung des Entwurfsverfassers die Daten über die Portierung gespeichert werden. Diese Anforderungen sind unverhältnismäßig und greifen daher unzulässig in die Grundrechte aus Art. 1 und 2 GG ein.

Problematisch ist schließlich bei der Regelung in § 110 TKG-E die fehlende Berücksichtigung von Altlasten. Rufnummern, die die Deutsche Telekom vor der Marktöffnung genutzt hat, fallen nach Kündigung durch den Nutzer an die RegTP und nicht mehr an die Deutsche Telekom AG zurück, da diese Nummern der Deutschen Telekom nicht zugeteilt wurden.

§ 110 Abs. 1 ist daher wie folgt anzupassen:

*„(1) <sup>1</sup> Wer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt, hat die nach § 109 Abs. 1 und 2 erhobenen Daten unverzüglich in Kundendateien zu speichern, in die auch Rufnummern und Rufnummernkontingente, die zur weiteren Vermarktung oder sonstigen Nutzung an Andere vergeben werden, sowie bei portierten Rufnummern die aktuelle Tatsache der Portierungskennung aufzunehmen sind. ... <sup>3</sup> In Fällen portierter Rufnummern sind die Rufnummer und die zugehörige Portierungskennung erst ein Jahr nach dem Zeitpunkt zu löschen, zu dem die Rufnummer an einen anderen Netzbetreiber weiterportiert wurde oder wieder an die RegTP oder den Netzbetreiber zurückgegeben wurde, dem sie ursprünglich zugeteilt worden war; für den Löschezitpunkt gilt § 109 Abs. 1 Satz 4 entsprechend. ...“*

- Die Einführung unvollständiger Abfragen (sog. Joker-Abfragen) im Satz 5 ist datenschutzrechtlich höchst problematisch. Hierdurch wird die Anzahl derjenigen Personen, deren persönliche Daten ohne deren Zutun und ohne eine spätere Benachrichtigung über die erfolgte Abfrage, an die berechtigten Stellen weitergeleitet werden, vervielfacht. Darüber hinaus erfordert die Bearbeitung unvollständiger Abfragen den Einsatz neuartiger Systeme und Softwarefilter, die nach der gegenwärtigen Konzeption des Gesetzentwurfs jedes betroffene Unternehmen auf eigene Kosten ent-

wickeln und kostenlos vorhalten müsste. Hiergegen gelten auch die einleitend dargestellten Bedenken gegen die Überwälzung der Kostenlast auf die Unternehmen.

Die Konzeption des Systems muss vielmehr vorsehen, dass die für eine unspezifizierte Jokerabfrage erforderlichen Filterkriterien gebündelt bei der für die Durchführung der automatischen Auskunft zuständigen Regulierungsbehörde vorgehalten und gepflegt werden, und diese die entsprechenden Anfragen der Sicherheitsbehörden nur aufbereitet an die Systeme der verpflichteten Unternehmen weiterleitet. Unökonomisch und fehleranfällig wäre es, wenn statt einer zentralen Lösung eine Vielzahl von Filtersystemen jeweils bei den Unternehmen einzurichten wäre. Der Hinweis auf die Zulässigkeit unvollständiger Abfragen im Satz 5 gehört systematisch nicht in den Absatz 1, der Pflichten der betroffenen Unternehmen regelt, sondern in den Absatz 3 des § 110.

- Gänzlich abzulehnen ist die darüber hinaus gehende Forderung nach einer Ähnlichenfunktion. Die Abfrage sich phonetisch ähnelnder Begriffe ist nach dem gegenwärtigen Stand der Technik nicht realisierbar. Die angedachte Regelung läuft damit auf die Verpflichtung zu etwas objektiv Unmöglichem hinaus und ist schon deswegen rechtlich unhaltbar. Überdies ist die Formulierung „ähnlich“ zu unbestimmt. Was ähnlich ist, ist eine sehr subjektive Frage und richtet sich vor allem nach dem jeweiligen Suchkontext. Diese Wertung kann eine technische Einrichtung definitiv nicht leisten. Auch die Unbestimmtheit disqualifiziert die vorgesehene Regel daher als Rechtsgrundlage für eine verfassungsrechtlich ohnehin bedenkliche Suchfunktion. Es ist zudem völlig inakzeptabel, den Betreiber von Telekommunikationsanlagen die Aufgabe zuzuschieben, TK-fremde Expertenprogramme für Belange der Sicherheitsbehörden zu entwickeln. Dies ist erkennbar keine staatliche Aufgabe, zu deren Erfüllung die Betreiber von Telekommunikationsanlagen herangezogen werden dürfen. Geradezu unüberwindbar erscheinen die datenschutzrechtlichen Verstöße, die durch eine derart unspezifizierte Personenrecherche ausgelöst würden.

Insgesamt ist Satz 5 daher entsprechend zu korrigieren:

*„Der Abruf von Daten unter Verwendung unvollständiger Abfragedaten oder die Suche mittels einer Ähnlichenfunktion ist unzulässig; [...]“*

- Die Umsetzungsfrist von max. einem Jahr ist gemessen an den ggf. zu treffenden Maßnahmen entschieden zu kurz. Für die erweiterte Datenerfassung und Speicherung ist die vorhandene Software nur bedingt geeignet. Neue Software müsste hierfür erst noch entwickelt werden. Da die vorhandene Hardware nicht in dem nötigen Umfang aufgerüstet werden kann, müssten vorhandene Systeme zeit- und kostenintensiv durch neue ersetzt werden. Eine akzeptable Fristsetzung läge bei drei Jahren. Die Bestandsgarantie für vorhandene Anlagen

muss im Interesse einer Belastungsminimierung stärker an die üblichen Erneuerungs- und Abschreibungsphasen angepasst werden und sollte daher 5 Jahre betragen. Schließlich sieht die Vorschrift noch keine Regelung zum Bestandschutz für den Fall vor, dass nach Implementierung bestimmter Systeme der Verordnungsgeber in der Rechtsverordnung neue Vorgaben macht.

§ 110 Abs. 3 S. 4 und 5 müssen daher wie folgt angepasst werden:

*„Der Verpflichtete nach Absatz 1 und die berechtigten Stellen haben die Anforderungen der Technischen Richtlinie spätestens 3 Jahre nach deren Bekanntmachung zu erfüllen. Nach dieser Richtlinie gestaltete mängelfreie technische Einrichtungen müssen im Falle einer Änderung der Verordnung oder der Technischen Richtlinie spätestens 5 Jahre nach deren Inkrafttreten die geänderten Anforderungen erfüllen.“*

- Gemäß § 110 Abs. 4 erfolgt die automatische Datenabfrage ohne nennenswerte Kontrolle. Eine Berichtspflicht der Regulierungsbehörde, z.B. an das Parlament, über Art und Anzahl der erfolgten Abfragen fehlt ebenso, wie eine Information der Öffentlichkeit über die Verteilung der Auskunftsersuchen auf die berechtigten Stellen. § 110 Abs. 4 sollte eine entsprechende Auditierungspflicht unbedingt vorsehen, um über die öffentliche Transparenz einen maßvollen Einsatz der Mittel zu gewährleisten. Eine entsprechende Berichtspflicht, verbunden mit einer Dienstaufsicht durch den Bundesbeauftragten für Datenschutz obliegen, sollte in § 110 Abs. 4 aufgenommen werden.
- Die einseitige und vollständige Verlagerung der Kostentragungspflicht zulasten der betroffenen Unternehmen in § 110 Abs. 5 ist verfassungsrechtlich nicht haltbar und ordnungspolitisch verfehlt. Auf die einleitenden Ausführungen hierzu weiter oben wird verwiesen. In das Gesetz ist daher eine Kostenerstattungspflicht zumindest für die Einrichtung und den Betrieb der technischen Systeme für das automatisierte Auskunftsverfahren aufzunehmen.

#### Zu § 111: Manuelles Auskunftsverfahren

- Durch den uneingeschränkten Bezug in § 111 Abs. 1 auf § 109 ist der Umfang der nach § 111 Abs. 1 abrufbaren Daten faktisch an das automatische Verfahren des § 110 angeglichen worden. Damit würde es den Sicherheitsbehörden anheim gestellt, ob sie Daten über das manuelle oder das für die betroffenen Unternehmen weniger aufwendige automatische Auskunftsverfahren erhalten möchten. Dies ist unsachgemäß und sollte im Sinne eines ökonomischen Umgangs mit den Ressourcen der betroffenen Unternehmen verhindert werden. Das aufwändige manuelle Auskunftersuchen muss gegenüber dem automatischen Verfahren nach subsidiär ausgestaltet werden, so dass Daten nach § 111 nur abgefragt werden dürfen, wenn und

soweit sie über § 110 nicht erhältlich sind. Die „Hemmschwelle“ des § 111 Abs. 2 Satz 3, auch dann eine Entschädigung nach Absatz 2 Satz 2 entrichten zu müssen, wenn ausschließlich Daten abgefragt werden, die auch nach § 110 abrufbar sind, geht zwar in die richtige Richtung, ist aber nicht ausreichend. Denn damit ist der Weg zu einem manuellen Auskunftsverfahren insgesamt eröffnet, auch wenn aus den abgefragten Daten lediglich ein einziges Merkmal nicht in der Datenbank nach § 110 enthalten ist. Auf diese Weise kann die gewünschte vorrangige Beauskunftung nach § 110 ohne weiteres systematisch umgangen werden.

- Gemäß § 111 Absatz 1 Satz 1 besteht eine Verpflichtung zur Übermittlung personenbezogener Daten auch, wenn dies für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten erforderlich ist. Damit wird der Kreis der Auskunftsberechtigten überdehnt. Die manuelle Ermittlung ist sehr ressourcenintensiv und kostspielig. Aus diesem Grund sollte die Befugnis zu manuellen Auskunftersuchen nur einem eng gefassten Kreis von Sicherheitsbehörden zustehen. Im Gegenzug könnte ggf. das automatisierte Auskunftsverfahren einem größeren Kreis von Behörden zugänglich gemacht werden.

Aus demselben Grund abzulehnen ist die vom Bundesrat unter Punkt 76 seiner Stellungnahme geforderte nochmalige Ausdehnung des Kreises der Berechtigten im Rahmen des § 111. Für die vom Bundesrat zusätzlich erwähnten Fälle der Auskunftserteilung zur Durchführung der Besteuerung bzw. für Zwecke des Erhebungs- und Vollstreckungsverfahrens sind die Vorschriften der Abgabenordnung ausreichend. Der ablehnenden Haltung der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zur Bundesrats-Stellungnahme ist daher zuzustimmen.

- Anzumerken bleibt, dass in der Vergangenheit an die Telekommunikationsunternehmen Datenabfragen gerichtet wurden, die entgegen der bisherigen und künftigen Formulierung („im Einzelfall“) nicht die Auskunft über bestimmte Teilnehmer betrafen, sondern sich unspezifisch etwa auf alle Bewohner eines Hauses bezogen (so genannte Häuserabfrage). Jenseits der Ermächtigungsgrundlage des § 89 TKG-alt betrafen diese Abfragen damit eine Vielzahl unbeteiligter Personen. Damit künftig dieser auch datenschutzrechtlich nicht erlaubte Abfragemodus ausgeschlossen ist, bedarf die neue Fassung einer weiteren Präzisierung: Eine Abfrage nach § 111 Abs. 1 TKG neu muss sich auf eine bestimmte Person oder eine TK-Kennung beziehen, also individualisiert sein. Auf diese Weise scheiden anschriftbezogene Abfragen aus.

§ 111 Abs. 1 ist daher insgesamt wie folgt zu fassen:

*Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, hat im Einzelfall den zuständigen Stellen auf deren individualisiertes Verlangen unverzüglich Auskünfte über die nach § 93 erhobenen Daten und, soweit es sich um Anbieter von*

Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit handelt, über die nach § 109 erhobenen Daten zu erteilen, soweit dies für die Verfolgung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der Verfassungsschutzbehörden des Bundes und der Länder, des Bundesnachrichtendienstes, des Militärischen Abschirmdienstes sowie des Zollkriminalamtes erforderlich ist. Satz 1 gilt entsprechend für Daten, die nach § 109 erhoben wurden und nicht nach § 110 abrufbar sind.

- Satz 2 gestattet die Herausgabe von bestimmten Zugangsdaten und Kennungen nunmehr sogar schon aufgrund eines Auskunftsbefehrs nach § 161 Abs. 1 Satz 1, § 163 Abs. 1 StPO, also ggf. ohne richterlichen Beschluss und nicht bezogen auf einen engen Straftatenkatalog. Die Herausgabe von PIN, PUK u.ä. nach § 111 Abs. 1 S. 3 ist damit nicht hinreichend geschützt: Die Schwelle des § 98 StPO ist zu niedrig. Nur eine Herausgabe nach §§ 100 g und h StPO wäre hinnehmbar. Zudem berechtigen diese Vorschriften die Staatsanwaltschaft nur dazu, Auskunft von anderen Behörden (im Wege der Amtshilfe) zu erhalten. Ein Auskunftersuchen gegenüber Diensteanbietern geht damit ins Leere.

Abs. 1 Satz 2 ist daher zu streichen.

- Bei der Kostenregelung in § 111 Abs. 2 ist zwingend eine aufwandgerechte Erstattung erforderlich. Sie lässt sich nicht dadurch verwirklichen, dass bei der manuellen Auskunftserteilung das Gesetz über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZSEG) unmittelbar oder entsprechend zur Anwendung gelangt. Selbst die darin vorgesehenen Höchstsätze sind zu niedrig, um den bei einer manuellen Auskunft tatsächlich entstehenden Aufwand auszugleichen. Zudem bewähren sich Regelungen des ZSEG in vielen praktischen Fällen nicht. Ist beispielsweise die Höhe einer angemessenen Entschädigung im Einzelfall umstritten, lässt sich - wenn die Datenabfrage von einem Geheimdienst stammt - eine im § 16 Abs. 1 ZSEG vorgesehene gerichtliche Festlegung nicht herbeiführen. Für diese Fälle enthält das ZSEG schlicht keine Regelung, welches Gericht zuständig ist. Diese Rechtsschutzlücke bewirkt, dass in der Praxis die Forderungen der TK-Unternehmen von den Geheimdiensten häufig gar nicht beglichen werden.

§ 110 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 sind daher zu ersetzen durch einen an § 23 TKÜV angelehnten Passus:

„Die Erteilung von Auskünften erfolgt zu den üblichen Geschäftsbedingungen der betroffenen Unternehmen“.

#### Zu § 112: Auskunftersuchen des Bundesnachrichtendienstes

- Auch hier gelten nach wie vor die Bedenken gegen die Entgeltfreiheit der Auskunftspflicht angesichts des rein staatlichen Nutzens (vgl. zu den Gründen schon oben).

In § 112 Abs. 1 S 1 ist daher das Wort „entgeltfrei“ zu streichen und eine Entschädigungsregel aufzunehmen.

- Sodann sind an dieser Stelle die Pläne der RegTP zu berücksichtigen, eine zentrale Datenbank über die Standorte von Mobilfunkantennen zu erstellen um den Kommunen die Aufgabenerfüllung nach dem Umweltinformationsgesetz zu erleichtern. Diese Datenbank würde auch dem BMWA ein Medium zur Information über den Netzausbau zur Verfügung stellen. Daher erscheint es nicht erforderlich, zusätzlich die Betreiber mit der Last kostenintensiver Einzelabfragen zu belasten.

Daher ist zumindest folgender einschränkender Passus einzufügen:

„(1) ... hat ... Auskünfte ... zu erteilen, soweit die erforderlichen Informationen nicht von der Regulierungsbehörde erlangt werden können.“

#### Zu § 113: Kontrolle und Durchsetzung von Verpflichtungen

- § 113 Abs. 1 Satz 3 gestattet es der Regulierungsbehörde, die Geschäfts- und Betriebsräume der TK-Unternehmen während der üblichen Betriebs- oder Geschäftszeiten – mithin ohne Anmeldung – zu betreten und zu besichtigen. Dieser Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Grundrechte ist für die Erfüllung der Aufgaben der Regulierungsbehörde nicht erforderlich.

Im Sinne einer verhältnismäßigen Maßnahme ist § 113 Abs. 1 Satz 3 daher wie folgt zu ändern:

„Die Regulierungsbehörde ist zur Überprüfung der Einhaltung der Verpflichtungen befugt, die Geschäfts- und Betriebsräume nach Abstimmung mit dem betroffenen Unternehmen während der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten zu betreten und zu besichtigen.“

- Im Rahmen des Absatz 4 ist nicht nachvollziehbar, warum der Bundesbeauftragte für den Datenschutz seine Beanstandungen an die Regulierungsbehörde und nicht direkt an das betroffene Unternehmen richten soll. Ein solcher Umweg ist übermäßig bürokratisch und einer schnellen Abhilfe in der Sache nicht dienlich.

§ 113 Abs. 4 S. 2 ist daher wie folgt zu ändern:

*Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz richtet seine Beanstandungen an die betroffenen Unternehmen und übermittelt diesen ....*

## 5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

### a) Universaldienst

#### Zu § 76 Abs. 2 Nr. 2

Der Bundesrat hatte unter Punkt 62 seiner Stellungnahme gefordert, die gesetzliche Universaldienstverpflichtung auf die zwingende Bereitstellung einer gedruckten Fassung der Teilnehmerverzeichnisse zu erstrecken. Dies ist trotz der zustimmenden Gegenüberung der Bundesregierung abzulehnen. Die bisherige Fassung des Gesetzesentwurfs trägt der bereits eingetretenen und in Zukunft zu erwartenden Entwicklung hin zu einer weiteren Verbreitung elektronischer Medien Rechnung. Die flexible Vorgabe erlaubt es der Regulierungsbehörde – in dem nicht einmal wahrscheinlichen Fall, dass insoweit eine Universaldienstvorgabe überhaupt erforderlich würde –, eine dem Bedarf entsprechende Verpflichtung vorzunehmen. Die vom Bundesrat gewünschte Fassung würde dem gegenüber den status quo unabhängig vom tatsächlichen Bedarf festschreiben und damit die eventuell zur Universaldienstbringung verpflichteten Unternehmen zusätzlich belasten. Der Bundesratsvorschlag widerspricht zudem Art. 5 Abs. 1 a) der Universaldienst-Richtlinie. Die Richtlinie verlangt ein umfassendes Teilnehmerverzeichnis in einer von der zuständigen Behörde gebilligten Form, entweder in gedruckter oder in elektronischer Form oder in beiden...“ Dieser Vorgabe entspricht § 76 Abs. 2 Nr. 2 im Kabinettsentwurf, wobei sogar noch eine Abweichung darin besteht, dass die deutsche Norm das gesamte Verzeichnis, nicht nur dessen Form unter den Billigungsvorbehalt der RegTP stellt.

### b) Frequenzzuteilung

#### Zu § 53: Frequenzzuteilung / Nutzung zugeteilter Frequenzen durch Behörden

- Nach § 53 Abs. 1 S. 5 wird weiterhin die Nutzung von Frequenzen, die von Behörden zur Ausübung gesetzlicher Befugnisse benötigt werden, aber anderweitig bereits zugeteilt wurden, gestattet, wenn keine erheblichen Störungen anderer Frequenznutzungen zu erwarten sind. Aus Sicht des BITKOM stellt dies eine ungerechtfertigte Benachteiligung der übrigen Frequenznutzer dar und widerspricht auch dem Grundsatz der Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen.

Grundsätzlich dient die Frequenznutzung durch Behörden der Ausübung ihrer gesetzlichen Befugnisse. Bei der Frequenznutzungsplanung werden die Bedürfnisse der Behörden bereits berücksichtigt, so dass zumeist die Voraussetzungen nach § 53 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 gegeben sein dürften. Sollte dies ausnahmsweise einmal nicht der Fall sein und die Ausübung der gesetzlichen Befugnisse der Behörde ohne eine Frequenzgestattung gerade in diesem Bereich nicht möglich sein, so sollte auch eine außerordentliche Frequenzzuteilung jedenfalls die

Voraussetzungen nach § 53 Abs. 5 Satz 1 Nr. 2-4 berücksichtigen. Es ist weder akzeptabel noch durch die gesetzlichen Aufgaben einer Behörde zu rechtfertigen, dass bereits vergebene oder reservierte Frequenzen dem Inhaber entzogen werden (Nr. 2), noch dass die Verträglichkeit mit anderen Frequenznutzungen im selben Bereich nicht gewahrt wird (Nr. 3), noch dass die an die Behörde vergebenen Frequenzen die anderen Frequenznutzungen in diesem Bereich stören oder den Grundsätzen der Frequenzeffizienz zuwider vergeben werden (Nr. 4).

Der jetzt geplante Abs. 1 Satz 5 zielt u.a. auf die Legitimation des Einsatzes der sog. IMSI-Catcher in Verbindung mit § 100i StPO. Ein solcher Schritt erscheint zu einem Zeitpunkt, zu dem wichtige, damit in Zusammenhang stehende Rechtsfragen noch ungeklärt sind, bedenklich. So bestehen deutliche Zweifel an der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Geräteeinsatzes angesichts der Vielzahl der Betroffenen. Problematisch sind aber vor allem die nachhaltigen Störungen, zu denen das Gerät im Mobilfunk führen kann. Eine zuteilungsfreie Frequenznutzung durch die Bedarfsträger im Rahmen des Einsatzes von Geräten zur Lokalisierung und Identifizierung der Nutzer mobiler Telekommunikationsendgeräte, z.B. den sog. IMSI-Catchern, sollte nur nach vorheriger Benachrichtigung des Frequenzinhabers über Zeit, Ort und Ausmaß der Nutzung möglich sein. Dies hat deshalb auch der Bundesrat zu recht in seiner Stellungnahme unter Punkt 48 gefordert. Hinsichtlich dieser Geräte ist eine abschließende Verträglichkeitsuntersuchung mit den Funknetzen bisher nicht erfolgt, so dass die Auswirkungen ihres Einsatzes nicht abschließend zu beurteilen sind. Insoweit fehlt es der RegTP schon an objektiven Kriterien für die Entscheidung, ob die Frequenznutzung keine erheblichen Störungen der Frequenznutzung zur Folge hat, so dass ein Einsatz derzeit generell nicht genehmigungsfähig ist. Aufgrund der vorliegenden technischen Fakten steht zu erwarten, dass der Einsatz z.B. des IMSI-Catchers im Bereich des Mobilfunks zu Gesprächsabbrüchen und zu einem für den Nutzer unerkannt bleibenden Ausloggen der Endgeräte aus dem Netz führen wird. Ohne eine vorherige Information des Mobilfunkanbieters über den Einsatz solcher Geräte würde dieser mit unnötigen Kosten für die Aufklärung von, durch Kunden gemeldeten, Netzfehlern belastet, die auf staatliches Handeln und nicht auf ein Versagen der eigenen Netzelemente zurückzuführen ist. Die Mitteilung der Einsatzparameter muss Bestandteil der von der RegTP mit den Bedarfsträgern abzustimmenden Rahmenbedingungen der Frequenznutzung werden.

Die jetzt geplante Vorschrift stellt in der gegenwärtigen Fassung nicht sicher, dass die Interessen der primär Nutzungsberechtigten, insbesondere der Mobilfunkunternehmen sowie der Mobilfunkkunden, an einer störungsfreien Dienstleistung berücksichtigt werden. Um dies zu gewährleisten, muss das Hauptziel der von der Regulierungsbehörde festzulegenden Rahmenbedingungen, nämlich die Vermeidung von Störungen, bereits gesetzlich fixiert werden.

Im § 57 muss darüber hinaus eine verursachungsgerechte Haftungsregelung für eventuelle Schäden geregelt werden, die bei einer Nutzung durch die Behörden auftreten. Schließlich muss auch bei der Festlegung der Rahmenbedingung gewährleistet sein, dass alle Beteiligten, insbesondere die Netzbetreiber, maßgeblich beteiligt werden.

BITKOM schlägt deshalb vor, § 53 Abs. 1 Satz 5 wie folgt zu fassen:

*„Sofern für Behörden zur Ausübung gesetzlicher Befugnisse die Nutzung bereits anderen zugewiesener Frequenzen dringend erforderlich ist, und durch diese Nutzung keine Störungen dieser Frequenznutzungen zu erwarten sind und anderenfalls die Ausübung der gesetzlichen Befugnisse dieser Behörden nicht mehr möglich ist, gestattet die Regulierungsbehörde die Nutzung dieser Frequenzen...“*

und um den folgenden Satz 6 zu ergänzen:

*„In den Rahmenbedingungen werden insbesondere die Mitteilungspflichten der Bedarfsträger über Ort, Zeit und Ausmaß der Frequenznutzung festgehalten.“*

- Der vorgeschlagenen Gesetzesformulierung in § 53 Abs. 5 S. 2 ist darin zuzustimmen, dass der Antragsteller nach dem TKG keinen Anspruch auf eine bestimmte Einzelfrequenz haben kann. Ein solcher Anspruch kann sich aber gleichwohl aus dem jeweiligen Verwaltungsverfahren ergeben, z.B. wenn die Behörde eine Zusicherung ausgesprochen hat.

Insoweit wird vorgeschlagen, die Vorschrift zur Klarstellung wie folgt zu ergänzen:

*„Der Antragsteller hat keinen gesetzlichen Anspruch auf eine bestimmte Einzelfrequenz.“*

### c) Nummerierung

#### Zu § 64: Nummerierung / Domainnamen

Die Problematik der zu weit gefassten Nummerndefinition und der daraus resultierenden umfassenden Regelungsbefugnis der Regulierungsbehörde wurde bereits oben im Rahmen der Begriffsbestimmungen bei § 3 Nr. 13 dargelegt. In einem Teilbereich greift der Gesetzgeber das Problem mit der im Prinzip zu begrüßenden Ausnahmeregel in § 64 Abs. 1 S. 3 für die Top-Level-Domains „.de“ auf. Es stellt sich allerdings generell die Frage, ob Domainnamen überhaupt unter den Nummernbegriff fallen bzw. von einer potentiellen Regulierung durch die Regulierungsbehörde erfasst werden sollten. Als reine Meta-Bezeichnungen, die keine unmittelbare Adressierungsfunktion bei der Netzsteuerung haben (diese Aufgabe fällt im Internet den international vergebenen IP-Nummern zu), genügt eine privatwirtschaftliche Selbstverwaltung, wie sie bereits heute von der Denic für die .de-Domains praktiziert wird. Es sollte daher grundsätzlich keine Zuständigkeit der RegTP für Internet Domain Namen begründet sein. Dieser Forderung hat sich auch der

Bundesrat unter Punkt 53 seiner Stellungnahme angeschlossen.

Sofern die Nummerndefinition in § 3 Nr. 13 nicht wie vorgeschlagen angepasst wird, sollte der Ausnahmetatbestand in § 64 Abs. 1 S. 3 wie folgt geändert werden:

*„(1) ...<sup>3</sup>Ausgenommen ist die Verwaltung von Internet-Domain-Namen. ...“*

### d) Wegerechte

#### Zu §§ 66 f.: Wegerechte

- Gemäß § 67 Abs. 1 kann die Nutzungsberechtigung der Verkehrswege nach § 66 Abs. 1 auf die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze übertragen werden. Eingeschränkt ist der Adressatenkreis dieser Betreiber wie im bisherigen TKG durch den Begriff der „Telekommunikationslinien“, der nach der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 25 auf die im Festnetzbereich genutzten Kabelanlagen beschränkt ist, dann aber zusätzlich u.a. auch zugehörige Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, Masten und Unterstützungen umfasst. Entsprechende Einrichtungen von Betreibern von Funkanlagen wie Mobilfunk- oder Bündelfunknetzbetreiber bleiben hingegen von der Nutzungsberechtigung ausgeschlossen, obwohl auch sie bereits seit Jahren die Versorgung flächendeckender Telekommunikation gemäß Art. 85 f GG mit sicherstellen. Bei der Novellierung des TKG sollten diese Benachteiligungen im Vergleich zu Festnetzbetreiber aufgehoben und gesetzliche Erleichterungen für den Ausbau ihrer Infrastruktur entsprechend aufgenommen werden. Dies entspräche auch den Vorgaben in Art. 11 der Rahmenrichtlinie.
- Die vom Bundesrat unter Beschlusspunkt 56 geforderte grundsätzliche Vorrangregelung zugunsten der unterirdischen Verlegung von Telekommunikationslinien in einem § 66 Abs. 3 ist abzulehnen. Sie würde – oft ohne zwingenden Grund – erhebliche Mehrbelastungen für die Betreiber der Telekommunikationsnetze bedeuten. Hierdurch würden die grundsätzlichen Ziele des TKG, eine leistungsfähige Telekommunikationsinfrastruktur sicherzustellen und hierzu gerade auch den Infrastrukturwettbewerb zu stärken, gefährdet. Eine gesetzliche Fixierung unterirdischer Verlegung ist wegen der erheblich höheren Kosten, die im Vergleich zu oberirdischer Verlegung in der Regel um 100% höher liegen, nicht vertretbar. Schon die derzeit geltende grundsätzliche Gleichrangigkeit von unterirdischer und oberirdischer Verlegung gewährleistet, dass in jedem Einzelfall der notwendige Abwägungsprozess zu der Verlegeform führt, die in Anpassung an die jeweiligen örtlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der Belange des TK –Unternehmens angemessen ist. In vielen Fällen werden die Unternehmen schon aus Eigeninteresse, insbesondere wegen der geringeren Störanfälligkeit unterirdisch verlegter TK-Linien, diese Verlegungsvariante wählen.

- Die vom Bundesrat in Beschlusspunkt 58 vorgeschlagene Änderung in § 66 Abs. 3 Satz 4 soll klarstellen, dass die Dokumentation nach Sinn und Zweck auch die Einmessung der Telekommunikationslinien beinhaltet. Diese Einfügung erscheint grundsätzlich sinnvoll. Allerdings sollte diese Ausweitung der Verpflichtungen wegen des daraus resultierenden erhöhten Aufwands mit der Bedingung für die Dokumentationspflicht verknüpft werden, dass die Kommunen sich auf eine bundesweit einheitliche Vorgabe zur Dokumentation verständigen. Denn die auch im Kabinettsentwurf verlangte „übliche Dokumentation der Lage der Telekommunikationslinie“ führt zu einer Vielzahl von unterschiedlichen Dokumentationsformen je nach regionalem Tätigkeitsbereich, die für ein überregional tätiges Unternehmen einen unvermeidbaren Aufwand bedeutet. Ein für die Dokumentation bundeseinheitlich definierter Standard fehlt bisher. Die hieraus resultierende Belastung höhlt letztlich auch den Grundsatz der unentgeltlichen Wegenutzung aus.

#### Zu § 74 Abs. 2 (Beschlusspunkt 60 der Bundesrats-Stellungnahme)

- Die Bestimmung des Anspruchsgegners (Passivlegitimation) für einen einmaligen Geldausgleich, wie sie der Bundesrat vorgeschlagen und die Bundesregierung zustimmend zur Kenntnis genommen hat, ist unscharf und löst die mit der Vorgängervorschrift (§ 57 TKG-alt) verbundenen Probleme nicht. Die Begriffe "Betreiber der Telekommunikationslinie" einerseits und "Inhaber des Leitungsnetzes" andererseits treffen bei näherer Analyse auf ein und dieselbe Rechtspersönlichkeit zu, nämlich (bei Hochspannungs-Freileitungen) auf das Energieversorgungsunternehmen (EVU).

Soweit ein Telekommunikations-Unternehmen einzelne Fasern in einem entlang der Mastspitzen einer Hochspannungsleitung geführten Lichtwellenleiterkabel (LWL-Kabel) vom EVU gemietet hat und für Zwecke der öffentlichen Telekommunikation nutzt, wird mit Ausübung des vertraglichen Nutzungsrechts ein Übertragungsweg (§ 3 Nr. 1 und 22 TKG-alt) betrieben, nicht jedoch eine Telekommunikationslinie (§ 3 Nr. 20 TKG-alt). Rechtsbeziehungen bestehen einerseits zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Inhaber der Telekommunikationslinie sowie andererseits zwischen diesem und dem Betreiber des Übertragungsweges. Rechtsbeziehungen zwischen dem Betreiber des Übertragungsweges, der sein Recht vom Inhaber der Telekommunikationslinie ableitet, und dem Grundstückseigentümer bestehen hingegen nicht.

Der Begriff "Telekommunikationslinie" ist definiert als "unter- oder oberirdisch geführte Telekommunikationskabelanlagen einschließlich ihrer zugehörigen Schalt- und Verzweigungseinrichtungen, Masten und Unterstützungen ..." (§ 3 Nr. 20 TKG-alt = § 3 Nr. 26 TKG-E). Damit ist eine Hochspannungstrasse, bei der neben den stromführenden Leitungen auch ein oder mehrere LWL-Kabel an den Masten aufgehängt sind und zweckentsprechend genutzt werden, zugleich eine Tele-

kommunikationslinie. In den LWL-Kabeln sind üblicherweise mehrere Fasern vorhanden, die in der Praxis häufig an verschiedene TK-Unternehmen zur Nutzung als Übertragungsweg überlassen sind. Das ändert nichts daran, dass auch in diesen Fällen die Telekommunikationslinie weiterhin vom Vermieter (= EVU) betrieben wird. Zugleich ist das EVU auch "Inhaber des Leitungsnetzes". Schließlich hat das EVU üblicherweise sowohl die Telekommunikationslinie als auch das Leitungsnetz errichtet, dessen Bestandteil die Linie ist.

Bereits § 57 Abs. 2 TKG-alt krankt daran, dass bei seiner Schaffung zwei Tatbestände vermischt worden sind, nämlich einerseits die Entschädigung für konkrete Grundstücksbeeinträchtigungen (Satz 1 und Satz 3) und andererseits der einmalige Geldausgleich für die normative Beeinträchtigung des Eigentumsrechts durch die in § 57 Abs. 1 TKG-alt normierte Verpflichtung des Eigentümers, die Erweiterung auf eine "neue Nutzungsdimension" (= Telekommunikation) zu dulden (Satz 2). Würde die Formulierung unverändert übernommen, setzte sich der Mangel im neuen TKG fort.

Bei der Errichtung der Telekommunikationslinie - und des "Leitungsnetzes", dessen Bestandteil sie ist - hat üblicherweise das EVU von der Duldungspflicht des Grundstückseigentümers (§ 57 Abs. 1 TKG-alt = § 74 Abs. 1 TKG-E) Gebrauch gemacht. Da die Errichtung der erste Akt ist, mit dem sich die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums in Form einer konkreten Belastung des betroffenen Eigentümers realisiert, ist es sachgerecht, dass die gebotene Einmalentschädigung an diesen Akt anknüpft.

Für die Einmalentschädigung stattdessen an den späteren Betrieb und damit an die Nutzung anzuknüpfen, würde bei gleichzeitiger Erweiterung des Verpflichtetenkreises neue Probleme schaffen. Denn sowohl die Zahl der Nutzer als auch Nutzungsumfang und -zeit können sich ständig ändern, so dass sich die Frage stellt, wer gerechterweise in welchem Umfang an der Einmalentschädigung beteiligt werden soll.

Hinzu kommt, dass nach dem TKG-Entwurf die bisherige "Betreiber"-Definition (§ 3 Nr. 1 TKG-alt) wegfallen wird. Würde man weiterhin (auch) auf die Betreibereigenschaft abstellen, bliebe die Auslegung der Vorschrift Rechtsprechung und Lehre überlassen. Damit würde der Zweck der Änderung, nämlich Rechtssicherheit zu schaffen, verfehlt. Die gleichen Bedenken gelten gegenüber dem Begriff "Inhaber (des Leitungsnetzes)", der neu eingeführt werden soll. Es handelt sich dabei um einen Begriff des Wertpapierrechts (z.B. §§ 793 ff. BGB, Art. 19 ScheckG), während das Sachenrecht die präziseren Begriffe "Besitz" und "Eigentum" verwendet. Für die Entschädigungsregelungen sollte an die umfassendere Rechtsstellung, also an das Eigentum angeknüpft werden.

Für eine Inanspruchnahmefähigkeit von zwei oder – bei mehreren Betreibern von Übertragungswegen – mehreren Schuldner besteht kein Anlass. Denn einer der Schuldner, nämlich der Ei-

gentümer der fraglichen Anlage (= Telekommunikationslinie) steht fest oder ist leicht zu ermitteln, während die Nutzer (= Betreiber) der einzelnen LWL-Fasern (= Übertragungswege) in der Praxis nur unter Zuhilfenahme des Eigentümers ermittelt werden können. Denn in der Regel weiß nur der Eigentümer, an wen die LWL-Fasern zu einem bestimmten Zeitpunkt für den Betrieb eines Übertragungsweges überlassen sind. Der Eigentümer wiederum kann durch die Gestaltung seiner Mietverträge ohne weiteres dafür Sorge tragen, dass seine Mieter einen angemessenen Beitrag zur Amortisation der an den Grundstückseigentümer gezahlten Einmalentschädigung leisten.

Aus den dargelegten Gründen sollte § 74 Abs. 2 wie folgt formuliert werden:

*"Hat der Grundstückseigentümer nach Absatz 1 die Errichtung einer Telekommunikationslinie zu dulden, kann er von deren Eigentümer einen einmaligen Ausgleich in Geld verlangen. Wird durch die Errichtung, die Erneuerung oder durch Wartungs-, Reparatur- oder vergleichbare, mit der Telekommunikationslinie unmittelbar zusammenhängende Maßnahmen eine Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt, kann er von dem Eigentümer der Telekommunikationslinie einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen. Darüber hinaus kann er neben dem Schädiger auch den Eigentümer der Telekommunikationslinie auf Ersatz in Anspruch nehmen, wenn das Grundstück oder dessen Zubehör durch die Ausübung der aus Absatz 1 folgenden Rechte beschädigt wird; § 840 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches findet Anwendung."*

#### **61. Zu § 75 Satz 2 (Beschlusspunkt 61 der Bundesrats-Stellungnahme)**

Der von der Bundesregierung für die Frage des Verjährungsbeginns in Reaktion auf die Bundesratsforderung unter Beschlusspunkt 61 seiner Stellungnahme vorgeschlagene Verweis auf die Verjährungsvorschriften des BGB wäre sachgerecht und wahrt die Einheit der Rechtsordnung. Allerdings sollte dem neuen TKG an geeigneter Stelle eine Regelung für bereits entstandene Ansprüche beigefügt werden. Als Grundregel gilt, dass die neue Verjährungsregel nur für künftige Ansprüche gelten soll und keinesfalls nach altem Recht bereits verjährte Ansprüche wieder aufleben dürfen.

Sinnvoll wäre daher folgende Gesetzesergänzung:

*§ 75 findet keine Anwendung auf Ansprüche der in den §§ 68 bis 74 geregelten Art, die vor Inkrafttreten der jetzt geltenden Fassung entstanden und gemäß der bis dahin geltenden Regelung bereits verjährt sind.*

#### **e) Übergangsregelungen**

##### **Zu §§ 149, 148 Abs. 4, § 19 Abs. 2 Nr.3**

Dem Bundesrat ist in der Forderung unter Punkt 94 seiner Stellungnahme zuzustimmen, dass der Gesetzgeber vermeiden sollte, dass es nach Inkrafttreten des TKG unabgestimmte und in sich möglicherweise widersprüchliche Regelungen zur Resale-Frage in TKG und TKV gibt. Eine eindeutige Regelung zum Außerkrafttreten des § 4 TKV nach Inkrafttreten des TKG ist daher wünschenswert.

Berlin, den 3. Februar 2004

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)960**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdienstern e.V. (VATM)

**I. Überblick und allgemeine Bewertung der Novelle zum Telekommunikationsgesetz**

Der Telekommunikationssektor ist ein für die Innovationsfähigkeit und die Dynamik aller Unternehmen sehr bedeutender Wirtschaftszweig, für den in diesem Jahr die Weichen neu gestellt werden. Neben wichtigen regulatorischen Entscheidungen steht mit der Novelle des Telekommunikationsgesetzes (TKG) die Frage auf der Tagesordnung, ob eine konsequente Förderung der Wettbewerbsentwicklung politisch gewollt ist.

Die vergangenen Jahren haben gezeigt, dass die TK-Dienstleistungen einen überproportionalen Beitrag zu Wachstum und Beschäftigung leisten können. Gesamtwirtschaftliches Wachstum hängt ganz entscheidend davon ab, Sektoren mit besonders hohem Wachstums- und Innovationspotenzial zu nutzen. Es muss nun darum gehen, dieses im TK-Sektor nach wie vor vorhandene Potenzial und die damit verbundenen ausländischen Direktinvestitionen durch Förderung des Wettbewerbs zu erschließen. Investitionen und Wachstum sind notwendig, um die besorgniserregend hohe Arbeitslosigkeit in Deutschland wirksam zu bekämpfen.

Während die Wettbewerbsunternehmen bis Ende 2001 noch den Personalabbau der Deutschen Telekom AG (DTAG) kompensieren konnten, schrumpft der TK-Arbeitsmarkt mittlerweile – allerdings liegt er immer noch über dem Ausgangsniveau von 1998. Mehrere Zehntausende Arbeitsplätze können im gesamten ITK-Markt jedoch neu entstehen, wenn die richtigen wettbewerbspolitischen Impulse für mehr Wachstum und Beschäftigung gesetzt werden.

Die Novellierung des TKG bietet nun die einmalige Chance, nicht nur EU-Richtlinien umzusetzen, sondern erkannte Defizite in der Liberalisierungspolitik seit 1998 zu beseitigen. Durch eine wettbewerbsgestaltende und effiziente Regulierung sind die Rahmenbedingungen so zu fassen, dass strukturell gesicherter Wettbewerb dauerhaft entstehen kann und

endlich ausreichend Planungssicherheit für Investitionen geschaffen wird.

Von zentraler Bedeutung hierfür ist eine von schnell wechselnden tagespolitischen Einflüssen unabhängige Regulierungsbehörde, deren Entscheidungen transparent und schnell durchsetzbar sind. Diese Zielsetzung wird durch mehrere Regelungen im neuen TKG unterstützt, insbesondere im Bereich einer verbesserten Missbrauchsaufsicht, den verbesserten Kompetenzen der Präsidentenkammer der RegTP, die Einführung eines Konsistenzgebotes für Entgelte, die Verfahrensbeschleunigung, die Aufnahme von Sanktionsmechanismen oder die Definition von telefonnahen Diensten. Gegenüber dem bisherigen TKG überwiegen allerdings Regelungen, die eine wirksame Förderung des Wettbewerbs erschweren. Wenige zentrale Verschlechterungen gegenüber den ersten Entwürfen gefährden die Stabilität des TKG insgesamt.

Die Erfahrung der letzten fünf Jahre Liberalisierung zeigt, dass in weiten Bereichen Wettbewerb zwar entstanden, aber noch nicht selbsttragend ist und lediglich regulierungsbedingt besteht. Daher kann im noch andauernden Übergang vom Monopol zum Wettbewerb auf eine ex ante Regulierung noch nicht verzichtet werden. Das Ziel des BMWA, die Regulierung im Endkundenmarkt zukünftig zu lockern, könnte allenfalls dann mitgetragen werden, wenn – wie vom BMWA ursprünglich vorgesehen – die für den Wettbewerb notwendigen Vorleistungen schneller und verlässlicher bereit gestellt werden und missbräuchliches Verhalten, insbesondere Dumping, wirksam verhindert werden kann. Unklare Begriffsbestimmungen und damit verbundene Rechtsstreitigkeiten sollten vermieden werden. Genau diese Ziele werden nach Auffassung des VATM mit dem vorliegenden Regierungsentwurf (RegE) jedoch noch nicht erreicht werden können.

Im Bereich der Zugangsregulierung bleibt der Zugriff auf wesentliche Vorleistungen der Deutschen Telekom unabdingbar, um Innovationswettbewerb bei Netzen

und Diensten, den Infrastrukturausbau von Teilnehmer- wie Verbindungsnetzen und ein hohes Maß an Investitions- und Planungssicherheit zu gewährleisten. Deshalb darf die Feststellung von solchen wesentlichen Leistungen nicht unnötig erschwert werden und es ist unbedingt eine rechtzeitige Bereitstellung dieser Vorleistungen zu verankern. Ein solcher von den Wettbewerbern vehement geforderter Anspruch ist nun im Vergleich zum Arbeitsentwurf des BMWA (ArbE) nicht mehr enthalten. Damit ist auch ein zentraler Eckpfeiler eines schlüssigen Entgeltkonzeptes entfallen. Wenn es nicht besser gelingt, für den Wettbewerb wesentliche Vorleistungen im Gesetz abzusichern, droht darüber hinaus gerade im zukunftssträchtigen Mehrwert- und Internet-Contentdienstemarkt eine Re-Monopolisierung zu Gunsten des ehemaligen staatsmonopolistischen Unternehmens. Leistungen wie Fakturierung und Mahnung, durch die wirtschaftliche Effizienz, Verbraucherefreundlichkeit und nachhaltiger Wettbewerb gefördert werden, bilden die Grundlage für diesen Markt.

Im Bereich der Entgeltregulierung hängt die Planungs- und Investitionssicherheit von einem konsistenten Entgeltkonzept ab, das alle Geschäftsmodelle berücksichtigt. Die Regulierung des noch marktbeherrschenden Ex-Monopolisten muss eindeutig gemäß § 19 erfolgen, da sonst die ex ante Regulierung leer läuft. Dabei sind alle wesentlichen Leistungen in der ex ante Regulierung anzusiedeln, auch die einheitliche Fakturierung und Mahnung, da sonst die Systematik des TKG durchbrochen würde. Die für die Regulierung notwendige Kostenprüfung soll nur anhand ausgewogener Kriterien erfolgen, da ansonsten aufgrund einer höheren Eigenkapitalverzinsung drastische Preiserhöhungen drohen. Unverzichtbar bleibt ein Antragsrecht, da nur so ein schleuniges Verfahren möglich ist, das im Interesse eines dynamischen Marktes liegt.

Im Bereich der Missbrauchskontrolle müssen die Sanktionsmöglichkeiten schlagkräftiger werden, um eine angemessene Wirkung zu zeigen. Auch hier ist ohne ein Antragsrecht keine wirkungsvolle Aufsicht garantiert, da die Verfahrensfristen und Sanktionen sonst keine Wirkung entfalten können. Ferner muss die Mehrerlösabschöpfung wieder klarer gefasst werden und zeitlich früher greifen. Schließlich sollte die Bußgeldobergrenze angehoben und mit einer Öffnungsklausel versehen werden, die wirksam verhindert, dass wirtschaftliche Vorteile aus rechtswidrigem Verhalten erzielt werden.

Zusätzliche Belastungen des Marktes werden Seitens des VATM abgelehnt. Die Finanzierung öffentlicher ordnungspolitischer Aufgaben ist wie bei anderen Marktaufsichtsbehörden nicht über Sonderabgaben zu finanzieren. Die Einführung eines Telekommunikationsbeitrages ist daher abzulehnen. Auch drohen die Kosten für staatliche Überwachungsmaßnahmen, die von den Unternehmen bislang größtenteils getragen werden, dramatisch zu steigen, wenn nicht durch eine angemessene Beteiligung der Behörden an den entstehenden Kosten verhältnismäßige und effiziente technische Lösungen im Markt gesucht werden.

**Die vorliegende Kommentierung berücksichtigt neben dem TKG-Entwurf der Bundesregierung vom 15.10.2003 (BT-Drs. 15/2316, Anlage 1) auch die Stellungnahme des Bundesrats vom 19.12.2003**

**zum TKG-Regierungsentwurf (BR-Drs. 755/03 bzw. BT-Drs. 15/2316, Anlage 2) sowie die Gegenäußerung der Bundesregierung vom 13.01.2004 zur Stellungnahme des Bundesrats (BT-Drs. 15/2345).**

Vor diesem Hintergrund will die Stellungnahme des VATM einen konstruktiven Beitrag zur aktuellen Debatte leisten und konkrete Änderungsvorschläge für eine Präzisierung und Verbesserung des neuen ordnungspolitischen Rahmens unterbreiten. Bei den aufgestellten Forderungen handelt es sich dabei im wesentlichen um Forderungen aus Sicht der Festnetzbetreiber gegenüber dem ehemaligen Staatsmonopolisten. Die Wettbewerbsunternehmen sind auf dieser Grundlage zu einem offenen Dialog mit allen Beteiligten bereit.

## II. Kommentare zu den einzelnen Regelungen im TKG-Regierungsentwurf

**Sofern in dieser Kommentierung kein Gesetz oder Gesetzesentwurf gesondert benannt wird, handelt es sich um Regelungen des Regierungsentwurfs eines neuen Telekommunikationsgesetzes vom 15.10.2003 (RegE) (vgl. BT-Drs. 15/2316, Anlage 1).**

### Teil 1 - Allgemeine Vorschriften

#### § 2

§ 2 Abs. 2 schreibt die Regulierungsziele des nationalen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste fest.

Hierbei ist zu bemängeln, dass die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 1. Halbsatz des Arbeitsentwurfs zum TKG (ArbE) noch explizit aufgenommene Gesetzeszielbestimmung, „chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste zu fördern“, nicht mehr ausdrücklich genannt wird. Auch unter Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 2 Rahmen-RL ist kein Grund für eine derartige Streichung ersichtlich.

**In den Katalog aus Art. 2 Abs. 2 ist deshalb folgende Zielbestimmung aufzunehmen:**

**„...chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste zu fördern.“**

Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme zum RegE für die Aufnahme einer vergleichbaren Zielbestimmung eingesetzt: Danach soll als Gesetzesziel „die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche“ formuliert werden (Ziff. 2 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag des Bundesrats in ihrer Gegenäußerung vollumfänglich zugestimmt (Ziff. 2 BT-Drs. 15/2345).

Grundsätzlich begrüßt wird, dass die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen und die Unterstützung von Innovationen als Regulierungsziel aufgenommen wurde (§ 2 Abs. 2 Nr. 3). Dieses Ziel sollte jedoch dahingehend erweitert werden, dass Investitionen, die nach der Öffnung der Telekommunikations-

märkte getätigt und daher nicht unter Verwendung öffentlicher Mittel finanziert wurden, nicht entwertet werden sollen.

### § 2 Abs. 2 Nr. 3 sollte danach lauten:

**„...effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu fördern, soweit diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht unter dem Schutz eines staatlichen Monopols getätigt worden sind“.**

Bezüglich des Katalogs der Regulierungsziele ist ferner zu bemängeln, dass trotz unzähliger Hinweise aus dem Markt nicht berücksichtigt wurde, dass die Entwicklung des wachstumsstarken Mehrwertdienstemarktes aufgrund der ungeklärten Abrechenbarkeit in akuter Gefahr ist und deshalb eine Remonopolisierung droht (vgl. u.a. die Kommentierung von § 19).

Um das unter anderem in § 16 aufgeführte Ziel einer umfassenden Kommunikationsmöglichkeit der Nutzer sicher zu stellen und eine diskriminierungsfreie Abrechenbarkeit und Erreichbarkeit aller Dienste aus allen Netzen zu erreichen, sollte dies auch programmatisch in den Zielekatalog aus § 2 Abs. 2 aufgenommen werden.

### So könnte § 2 Nr. 8 wie folgt ergänzt werden:

**„...8. eine effiziente Nutzung von Nummerierungsressourcen und die Erreichbarkeit aller in öffentlichen Telekommunikationsnetzen geschalteten Rufnummern zu gewährleisten.“**

**Alternativ denkbar ist eine Ergänzung des Zielkatalogs um folgenden § 2 Nr. 10:**

**„... 10. die flächendeckende Erreichbarkeit und Abrechenbarkeit öffentlich zugänglicher Telefon- und telefontnaher Dienste.“**

**An der entsprechenden Stelle in der Begründung muss dabei ausgeführt werden, dass aus dieser Zielbestimmung keine Verpflichtungen für nicht-marktbeherrschende Betreiber, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, abgeleitet werden können.**

### § 3

**Verpflichtungen zur Betreiber-(vor-)auswahl gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 sollen für den Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden, „insofern nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht“. Mangels Definition und Rechtsprechung zu dieser Terminologie ist jedoch vollkommen unklar, wann ein solcher Wettbewerb bestehen soll.**

Zur Vermeidung absehbarer Rechtsstreitigkeiten sollte deshalb definiert werden, wann „nachhaltiger Dienstewettbewerb im Mobilfunkendnutzermarkt“ anzunehmen ist.

Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme zum RegE ebenfalls für eine gesetzliche Definition dieses Begriffes ausgesprochen, um auf diese Weise Rechtssicherheit bei der Anwendung des Begriffs und damit Planungssicherheit unter den Marktteilnehmern zu erzielen (Ziff. 35 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag des Bundesrats in ihrer Gegenäußerung zugestimmt und will den Begriff nunmehr gesetzlich definieren (Ziff. 35 BT-Drs. 15/2345).

Trotz mehrfacher Bezugnahmen im Regierungsentwurf (§§ 18, 19 etc.) fehlt auch weiterhin eine Definition von „öffentliches Telekommunikationsnetz“.

**Daher sollte folgende Definition in den Begriffskatalog aufgenommen werden:**

**„...ist „öffentliches Telekommunikationsnetz“ ein Telekommunikationsnetz, welches zur Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten, telefontnahen Diensten, Diensten mit Zusatznutzen oder ähnlichen Diensten dient.“**

Gemäß § 3 Nr. 10 Satz 1 ist „funktionsfähiger Wettbewerb“ ein Wettbewerb, der bestimmte Funktionen – produktive und dynamische Effizienz – erfüllt und dabei strukturell so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der sektorspezifischen Regulierung fortbesteht. Die Marktmachtkontrolle ist gegenüber der Vorgängervorschrift § 3 Nr. 9 RefE in der beispielhaften Aufzählung der Funktionsbestandteile damit entfallen. Dies ist nicht hinnehmbar, da die Marktmachtkontrolle – wohl unzweifelhaft – eines der essentiellen Kriterien bei einer Beurteilung von funktionsfähigem Wettbewerb darstellt.

**§ 3 Nr. 10 Satz 1 muss daher wieder in die Fassung des Referentenentwurfs zurück geführt werden.**

„Funktionsfähiger Wettbewerb“ soll nach § 3 Nr. 10 Satz 2 ferner insbesondere dann nicht bestehen, wenn die Anwendung allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht ausreicht, um einem Marktversagen entgegen zu wirken.

In § M1 Abs. 2 Satz 3 ArbE war – jenseits des Begriffs „funktionsfähiger Wettbewerb“ - ebenfalls vorgesehen, dass die Zulänglichkeit allgemeinen Wettbewerbsrechts außerhalb der Identifikation regulierungsbedürftiger Märkte in der EU- „Empfehlung ...über relevante Produkt- und Dienstemärkte...“, die ... für eine Vorabregulierung in Betracht kommen“ oder außerhalb der Prüfung, ob weitere, in dieser Empfehlung nicht identifizierte Märkte zu regulieren sind, ein zweites Mal geprüft werden sollte. Damals hatte das BWA diese Klausel als bloßen „Platzhalter“ titulierte und Gespräche mit dem europäischen Rahmengesetzgeber über die Zulässigkeit einer solchen Doppelprüfung zugesagt.

Im Anschluss war eine derartige Klausel nicht mehr vorgesehen. Es ist daher fraglich, warum die Zulänglichkeit allgemeinen Wettbewerbsrechts nun abermals bei der durch § 3 Nr. 10 determinierten Frage nach dem „Ob“ von Regulierung geprüft werden soll.

**Unabhängig von der grundsätzlichen Frage, ob beim „Ob“ von Regulierung überhaupt auf nicht-funktionsfähigen Wettbewerb abgestellt werden sollte, regen wir daher an, § 3 Nr. 10 in die Fassung aus dem Referentenentwurf zurück zu führen:**

**„...ist „funktionsfähiger Wettbewerb“ ein Wettbewerb, der bestimmte Funktionen – Marktmachtkontrolle, produktive und dynamische Effizienz –**

**erfüllt und dabei so strukturell abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fort besteht...**"

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum RegE ebenfalls Nachbesserungsbedarf in Hinblick auf den Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ geäußert und die Bundesregierung gebeten, den Begriff neu zu definieren (Ziff. 7 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung zugesagt, das Anliegen des Bundesrats zu prüfen (Ziff. 7 BT-Drs. 15/2345).

Zudem ist die bisherige Definition des Begriffs „öffentliches Telefonnetz“ in § 3 Nr. 16 unzureichend. Gemäß § 67 Abs. 1 überträgt der Bund das Recht zur unentgeltlichen Benutzung der Verkehrswege für die öffentlichen Zwecken dienenden Telekommunikationslinien an die „Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“. Wegen des Wegfalls der Lizenzpflicht entfallen jedoch die Definitionen für die lizenzpflichtigen Tätigkeiten des „Betreibens von Übertragungswegen“ bzw. „Betreibens von Telekommunikationsnetzen“.

Wegen des Zwecks des TKG, den Auf- und Ausbau alternativer Telekommunikationsnetze zu ermöglichen, muss die Neuordnung der Begriffsbestimmungen in § 3 daher auch diejenigen Telekommunikations-Infrastrukturbetreiber erfassen, deren Netze den Endnutzern erst über Dritte zur Verfügung stehen.

#### **§ 3 Nr. 16 sollte deshalb wie folgt ergänzt werden:**

**„... ist „öffentliches Telefonnetz“ ein Telekommunikationsnetz, das unmittelbar oder über Dritte zur Bereitstellung des öffentlich zugänglichen Telefondienstes genutzt wird und ...“.**

Die Begriffsdefinition für „Teilnehmer“ in § 3 Nr. 20 ist zu eng gefasst, da Gesamthandsgemeinschaften und (teil-)rechtsfähige Personenhandelsgesellschaften weder als natürliche noch juristische Person zu klassifizieren sind und deshalb – wohl unbeabsichtigterweise – bisher nicht unter den Teilnehmerbegriff fallen.

#### **§ 3 Nr. 20 sollte deshalb wie folgt geändert werden:**

**„...ist Teilnehmer jede natürliche Person, Gesamthandsgemeinschaft, sonstige (teil-) rechtsfähige Personenhandelsgesellschaft oder juristische Person, die mit einem Anbieter von Telekommunikationsdiensten...“.**

Die Begriffsdefinition für „Teilnehmeranschluss“ in § 3 Nr. 21 greift zu kurz, da der Netzabschlusspunkt häufig nicht „in den Räumlichkeiten des Teilnehmers“, sondern in Räumlichkeiten eines Dritten (z.B. Vermieter) liegt.

#### **Um Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, sollte § 3 Nr. 21 wie folgt gefasst werden:**

**„...ist Teilnehmeranschluss die physische Verbindung, mit dem der Netzabschlusspunkt an den Hauptverteilerknoten...verbunden wird“.**

In § 3 Nr. 23 werden „telefonnahe Dienste“ als Dienste definiert, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telefonverbindung erfüllt wird.

**Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sollte klarstellungshalber darauf hingewiesen werden, dass auch Internet-Content ein telefonnahe Dienst ist, sofern die definierten Voraussetzungen vorliegen.**

Ähnlich hat sich der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE geäußert: So hat er eine Prüfbitte an die Bundesregierung formuliert, im Gesetzgebungsverfahren sicherzustellen, dass durch die Wortwahl „telefonnahe“ und „Telefonverbindung“ über das Internet erfolgende Dienste (insbesondere Dialer, Zugangsdienste) nicht ausgeschlossen werden (Ziff. 4 BR-Drs. 755/03).

#### **§ 7**

§ 7 verpflichtet Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste anbieten und auf anderen Märkten als der Telekommunikation besondere oder ausschließliche Rechte besitzen, die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und –diensten strukturell auszugliedern.

Damit sind die Transparenzanforderungen aus Art.13 Abs. 1 Unterabsatz 1 Rahmen-RL nicht hinreichend umgesetzt, da dort vorgeschrieben ist, dass derartige Unternehmen sowohl zur getrennten Buchführung als auch zur strukturellen Ausgliederung verpflichtet werden können, und dass von diesen Verpflichtungen bei einem Jahresumsatz von weniger als 50 Mio. Euro abgesehen werden kann. Der Gesetzgeber muss damit auch die mildereren Verpflichtungsmöglichkeiten in Erwägung ziehen, um etwaige Marktmachtübertragungen von anderen Sektoren als der Telekommunikation zu verhindern.

#### **§ 7 sollte daher vollständig umgesetzt werden.**

Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme zum RegE ebenfalls für eine Erweiterung der Vorschrift auf die getrennte Buchführung ausgesprochen und dabei insbesondere auf die vollständige Umsetzung der EU-Richtlinien hingewiesen (Ziff. 6 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag des Bundesrats in ihrer Gegenäußerung nach Prüfung zugestimmt (Ziff. 6 BT-Drs. 15/2345).

### **Teil 2 – Marktregulierung**

#### **Abschnitt 1 – Verfahren der Marktregulierung**

##### **§§ 9-11**

Als Grundsatz schreibt § 9 Abs. 1 fest, dass der Marktregulierung nach den Vorschriften des Zweiten Teils Märkte unterliegen, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb im Sinne des § 10 besteht, und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.

Der in Bezug genommene § 10 betrifft die „Marktdefinition“ und sieht in § 10 Abs. 2 Satz 1 vor, dass für eine Regulierung nach dem Zweiten Teil Märkte in Betracht kommen, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.

Bei dieser Systematik ist weiterhin fraglich, warum der erste Prüfungsschritt („Funktionsfähigkeit“) eine Frage der Marktabgrenzung sein soll.

Sowohl nach den Grundsätzen besonderen Kartellrechts, i.e. sektorspezifischer Regulierung, als auch nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen wird ein Markt im wesentlichen nach Substitutionsmöglichkeiten für ein Produkt oder einen Dienst abgegrenzt.

Eine Abgrenzung nach Funktionsfähigkeit wäre hingegen nicht nur systemwidrig, sondern auch politischen Einflussnahmemöglichkeiten extrem zugänglich, da beispielsweise durch Weisungen Märkte dergestalt abgegrenzt werden könnten, dass deren Funktionsfähigkeit behauptet werden und eine Marktregulierung damit gänzlich entfallen kann.

Die Überprüfung der Funktionsfähigkeit eines Marktes ist daher allenfalls eine Frage der Marktanalyse und müsste systematisch in § 11 eingepasst werden.

§ 11 Abs. 1 Satz 1 lässt eine solche systematische Bereinigung jedoch nicht zu, da dort vorgesehen ist, dass die Regulierungsbehörde „im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach dem Zweiten Teil in Betracht kommenden Märkte“ prüfen soll, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb herrscht.

Damit wird auch hier das Marktdefinitions- mit dem Marktanalyseverfahren vermischt, so dass auch hier die oben beschriebene Gefahr politischer Einflussnahme gegeben ist.

**Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten ist es daher erforderlich, dass die Systematik der §§ 9-11 redaktionell klar gestellt wird.**

Dabei sollte beachtet werden, dass die europarechtlich vorgegebenen und auch der allgemeinen Kartellrechtssystematik entsprechenden (internen) Arbeitsschritte der RegTP (Marktabgrenzung, Marktanalyse und gegebenenfalls Auferlegung bestimmter Verpflichtungen) gesetzlich klar voneinander abgegrenzt werden.

Es erscheint jedoch problematisch, dass für eine Marktregulierung nur solche Märkte in Betracht kommen sollen, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht (§ 8 Abs. 2 Satz 1).

Zunächst ergeben sich Bedenken gegen den Begriff der „Funktionsfähigkeit“ als Tatbestandsvoraussetzung und damit wesentliche Eintrittsschwelle für Regulierung.

So wird aus den Reihen der Monopolkommission zu bedenken gegeben, dass das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs „nicht wohl definiert“ ist und „insbesondere für eine Sachverhaltssubsumtion im juristischen Sinn kaum in Betracht kommt“. Gleichwohl wird jedoch befürwortet, dass der Regulierungsbehörde bei der Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gemäß § 8 Abs. 2 Satz 2 ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, durch den lediglich die formalen Aspekte der Einschätzung, ob auf einem Markt funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, der gerichtlichen Kontrolle unterstehen sollen (Stellungnahme von Prof. Hellwig, dem Vorsitzenden der Monopolkommission, zum Referentenentwurf, S.8).

Dem ist insofern beizupflichten, als die mit einer vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit der Funktionsfähigkeitseinschätzung der Regulierungsbehörde jahrelange Verzögerungen entstehen würden, die auf-

grund der exponierten Stelle des Funktionsfähigkeitsbegriffs sämtliche Regulierung aushebeln und eine vollständige Remonopolisierung beinahe sämtlicher Telekommunikationsmärkte mit sich bringen würde.

Dessen unbeachtet bleibt auch europarechtlich fragwürdig, ob bei der Frage des „Ob“ von Marktregulierung auf den Begriff „Funktionsfähigkeit“ abgestellt werden kann.

Hier sei auf die Vorgaben des EU-Rechtsrahmens verwiesen, wonach Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gemäß Art.16 Abs. 4 Rahmen-RL geeignete regulatorische Verpflichtungen immer dann auferlegt werden sollen, wenn die Regulierungsbehörde feststellt, dass auf einem relevanten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht.

Bei der Auswahl der geeigneten Verpflichtung hat der Regulierer dabei beispielsweise die Möglichkeit, bei der Auferlegung einer Verpflichtung den Wettbewerb auf Endkundenebene zu berücksichtigen. Unter Beachtung des Richtlinienwortlauts („kein wirksamer Wettbewerb“) erscheint es allerdings fraglich, ob auf Tatbestandsseite zusätzlich die Funktionsfähigkeit eines Marktes überprüft werden kann. In diesem Fall bestünde nämlich die Gefahr, dass die im Regierungsentwurf enthaltene deutliche Absenkung der Regulierungsintensität im Festnetzmarkt gänzlich ausgehebelt werden kann.

Derartige grundsätzliche Bedenken werden auch aus den Reihen der Monopolkommission geteilt, wenn zwar ein zwangsweises Anknüpfen von Regulierung an nicht-wirksamen Wettbewerb grundsätzlich in Frage gestellt, gleichwohl aber vorgeschlagen wird, sich bei marktbeherrschenden Stellungen, die keine intensive Regulierung rechtfertigen, beim „Wie“ der Regulierung beispielsweise auf bloße Transparenzerfordernisse zu beschränken, um einen frontalen Konflikt mit der Europäischen Kommission und damit einhergehende jahrelange Rechtsunsicherheiten zu vermeiden (Stellungnahme von Prof. Hellwig, dem Vorsitzenden der Monopolkommission, zum Referentenentwurf, S.6f).

Auch nach Auffassung der Regulierungsbehörde sollte „eine derart interpretierbare vom Richtlinienwortlaut abweichende Begriffsverwendung ... vermieden“ und „im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit ... die Eingangsschwelle für Regulierungsmaßnahmen eindeutig im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegt“ werden (Stellungnahme der Regulierungsbehörde zum Referentenentwurf, S.7).

Schließlich stellt auch der Gesetzgeber selbst die Verwendung des Begriffs „funktionsfähiger Wettbewerb“ als Tatbestandsmerkmal in Frage, in dem er in der Begründung zu dessen Definition in § 3 Nr. 10 fest stellt, dass nicht verkannt wird, „dass es eine leicht fassbare, allgemeingültige Definition dessen, was unter Wettbewerb bzw. funktionsfähigem Wettbewerb zu verstehen ist, nicht gibt“.

**Zur Vermeidung eines Umsetzungsdefizits sollte daher in Abstimmung mit dem europäischen Rahmengesetzgeber überprüft werden, ob das Zusammenspiel des Begriffs „Funktionsfähigkeit“ mit den in der „Empfehlung“ genannten Kriterien als Anknüpfungspunkt für das „Ob“ etwaiger Regulierungsmaßnahmen dienen kann.**

**Ist dies der Fall, muss der Regulierungsbehörde zwingend ein gesetzlich eindeutig gefasster und damit gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Spielraum bei der Beurteilung der Funktionsfähigkeit von Märkten eingeräumt werden.**

**Ein solcher Beurteilungsspielraum wäre auf Grund des selbst dann noch bestehenden hohen Rechtsschutzniveaus in Deutschland und der zusätzlichen Kontrollmöglichkeiten über die in § 10 vorgesehenen Konsultations- und Konsolidierungsverfahren rechtlich unbedenklich, so dass eine Aushöhlung der verfassungsrechtlich verbürgten Rechtsschutzgarantie – von politischen Einflussnahmemöglichkeiten zu Gunsten des ehemaligen Staatsmonopolisten einmal abgesehen – für keinen Marktbeteiligten zu befürchten wäre.**

**Zur Erhöhung der Planungssicherheit für alle Marktbeteiligten sollte in § 11 Abs. 1 Satz 1 ferner eine Frist (beispielsweise 4 Monate) eingeführt werden, innerhalb der die Regulierungsbehörde im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt das Bestehen wirksamen Wettbewerbs ermitteln muss.**

**§ 11 Abs. 1 Satz 3** gibt vor, dass ein Unternehmen als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzustufen ist, wenn es entweder allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende Stellung inne hat, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten. Bei der Prüfung, ob ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt, berücksichtigt die Regulierungsbehörde gemäß **§ 11 Abs. 1 Satz 4** dabei weitestgehend die entsprechenden EU-Leitlinien.

In der Begründung hierzu wird Nr. 75 Satz 5 dieser Leitlinien unvollständig zitiert, indem fest gestellt wird, dass „eine beträchtliche Marktmacht in der Regel erst bei einem Marktanteil von über 40 Prozent gegeben“ ist. In den Leitlinien heißt es an der entsprechenden Stelle jedoch, dass „die Kommission die Schwelle für eine beherrschende Stellung in der Regel erst ab einem Marktanteil von über 40% angesetzt“ hat, „obwohl sie in einigen Fällen auch bei einem niedrigeren Marktanteil eine beherrschende Stellung annehmen kann, da eine Marktbeherrschung manchmal auch ohne einen hohen Marktanteil vorliegt“, insbesondere wenn der Marktanteilsabstand zwischen potentiell Marktbherrscher und dessen Konkurrenten sehr groß ist (Fußnote 77 Leitlinien).

**Nr. 75 Satz 5 Leitlinien sollte daher allenfalls vollständig zitiert werden.**

**In Anlehnung an die Systematik im TKG, in Anlehnung an § 19 GWB und zur Gewährleistung einer gewissen Rechts- und Planungssicherheit für alle Marktbeteiligten wäre es allerdings besser, wenn bestimmte Marktanteile als Vermutung für beträchtliche Marktmacht nebst weiterer gewichteter Kriterien, die eine solche Marktmacht indizieren, ins Gesetz aufgenommen würden.**

### § 13

Gemäß **§ 13 Abs. 1 Satz 1** gilt das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren nach § 12 „soweit“ die Regulierungsbehörde eine Regulierungsverfügung nach

§§ 19, 28, 37, 38 oder 39 Abs. 1 auferlegt, ändert, beibehält oder widerruft.

Entsprechend der Vorgabe aus Art.16 Abs. 4 Rahmen-RL sieht § 9 Abs. 2 jedoch vor, dass dem Marktbeherrscher durch die Regulierungsbehörde Maßnahmen nach dem Zweiten Teil auferlegt werden müssen, so dass der Regulierungsbehörde kein Entschließungsermessen, sondern nur ein Auswahlermessen hinsichtlich einer geeigneten Verpflichtung zukommt.

**Um Rechtsstreitigkeiten vorzubeugen, sollte die missverständliche „Soweit“-Klausel deshalb ersetzt werden:**

**„Das Verfahren nach § 10 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2 und 4 gilt entsprechend, wenn die Regulierungsbehörde auf Grund einer Marktanalyse nach § 11 Verpflichtungen nach den §§ 19, 28, 37, 38 oder 39 Abs. 1 auferlegt, ändert, beibehält oder widerruft (Regulierungsverfügung), sofern diese Maßnahme Auswirkung auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten hat.“**

### § 14

Nach **§ 14** sind Regulierungsverfügungen immer dann zu überprüfen, wenn sich eine Änderung der Marktgegebenheiten ergibt oder die entsprechende „Empfehlung“ der Europäischen Kommission aktualisiert wird.

Ausweislich der Begründung zu § 12 sind auch neu entstehende Märkte grundsätzlich zunächst einer Marktanalyse durch die Regulierungsbehörde zu unterziehen. Bei der Prüfung, ob diese Märkte sektorspezifisch zu regulieren sind, soll die Regulierungsbehörde nach der Gesetzesbegründung jedoch besonders strenge Maßstäbe anlegen, um die Wettbewerbsbedingungen auf dem neuen Markt nicht unverhältnismäßig stark zu beeinflussen. Hält sie eine sektorspezifische Regulierung für erforderlich, soll sie dies besonders begründen.

Eine solche Begründungspflicht ist jedoch dann nicht akzeptabel, wenn es sich um neu entstehende Märkte handelt, in die der ehemalige Staatsmonopolist seine, teilweise noch quasi-monopolistische Marktmacht (z.B. im Teilnehmeranschlussbereich) unter Rückgriff auf Infrastrukturen überträgt, die in wesentlichem Umfang unter dem Schutz eines Monopols aufgebaut wurden.

Programmatisch sieht der europäische Rechtsrahmen in Erwägungsgrund 27 Rahmenrichtlinie hierzu vor, dass in den „Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht...“ auch die Frage neu entstehender Märkte zu behandeln ist, auf denen der Marktführer über einen beträchtlichen Marktanteil verfügen dürfte, ohne dass ihm jedoch unangemessene Verpflichtungen auferlegt werden sollten. In Erwägungsgrund 15 der „Empfehlung“ heißt es ebenfalls lediglich, dass neue oder sich abzeichnende Märkte grundsätzlich nicht für eine Vorabregulierung in Betracht kommen.

Dass neu entstehende Märkte in keinem Fall reguliert werden sollen, ist damit nicht gefordert.

In Nr. 32 der Leitlinien heißt es demzufolge auch, dass „eine verfrühte ex ante Regulierung die Wettbewerbsbedingungen auf dem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen könnte. Gleich-

zeitig sollte jedoch auf solchen neu entstehenden Märkten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen verhindert werden“.

Die letztere, für den Wettbewerb bedeutsamere Forderung, Wettbewerbsausschlüsse durch ehemalige Staatsmonopolisten zu verhindern, ist in der Gesetzesbegründung nicht aufgenommen worden. Dies ist jedoch zwingend erforderlich, da bei neuen Märkten danach differenziert werden muss, ob der Markteintritt von Vorleistungen des Marktbeherrschers zwingend abhängig ist. Ist eine solche Abhängigkeit gegeben, droht ohne eine frühzeitige Regulierung des ehemaligen Staatsmonopolisten ein Wettbewerbsausschluss durch das führende Unternehmen und eine (Re-) Monopolisierung des Marktes.

Als negatives Paradebeispiel sei hier nur die Vereinbarung des deutschen ADSL-Marktes durch den ehemaligen Staatsmonopolisten genannt, der seine monopolähnliche Marktmacht im Ortsnetzbereich unter anderem deshalb auf den ADSL-Markt übertragen konnte, da Wettbewerbern die zeit- und preisgerechte Bereitstellung von entbündelter Teilnehmeranschlussleitung, Bitstromzugang, Line Sharing etc. vorenthalten wurde. Dies wäre mit einer entsprechenden Regulierung – von dem ordnungspolitischen Fehlverhalten des deutschen Regulierers in dieser Sache einmal abgesehen - zu vermeiden gewesen.

**Nach alledem ist der letzte Satz der Begründung zu § 14 entweder zu streichen oder beispielsweise wie folgt zu modifizieren:**

**„Bei der Prüfung ... hat die Regulierungsbehörde zu berücksichtigen, ob eine sektorspezifische Regulierung die Wettbewerbsbedingungen auf einem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflusst, und ob ohne eine solche sektorspezifische Regulierung ein Wettbewerbsausschluss durch den ehemaligen Staatsmonopolisten droht.“**

## **Abschnitt 2 - Zugangsregulierung**

### **§ 18**

Gemäß **§ 18 Abs. 1 Satz 1** kann die Regulierungsbehörde Nicht-Marktbeherrscher, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, zur Netzzusammenschaltung verpflichtet, soweit dies erforderlich ist, um die Kommunikation der Nutzer und die Bereitstellung von Diensten sowie deren Interoperabilität zu gewährleisten. Nach **§ 18 Abs. 1 Satz 2** kann sie diesen Betreibern darüber hinaus weitere Verpflichtungen auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbands von Diensten erforderlich ist.

In **Absatz 3 der Begründung zu § 18** wird hierzu ausgeführt, dass „weitere Verpflichtungen“ in diesem Sinn „noch weitere Zugangsverpflichtungen (aus dem Katalog des §19)“ sein sollen.

Diese Verpflichtungsmöglichkeiten werden jedoch weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung abschließend konkretisiert.

In Zusammenschau mit **§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7** und dessen Begründung ist damit zu befürchten, dass der ehemalige Staatsmonopolist weitest möglich nur nach **§ 18** reguliert werden soll.

So wird in **Absatz 1 Satz 2 der Begründung zu § 18** ausgeführt, dass „§ 18 eine Sondervorschrift für Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, also für sogenannte Teilnehmernetzbetreiber“ ist. Dies ist unzweifelhaft auch der ehemalige Staatsmonopolist.

**Für die Regulierung von dessen Entgelten würde der Anwendungsvorrang von § 18 jedoch bedeuten, dass Entgelte selbst für „wesentliche“ Zugangsleistungen gemäß §§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 18, 28 Abs. 4 nur noch ex post reguliert würden, wenn der ehemalige Staatsmonopolist – bei regulierungsindiziertem Wettbewerb denkbarerweise - auf einem Markt für Endkundenleistungen nicht mehr über beträchtliche Marktmacht verfügt.**

Damit wäre die vom Gesetzgeber proklamierte Gesetzessystematik, wonach die ex ante (Entgelt-) Regulierung für „wesentliche“ Zugangsleistungen des ehemaligen Staatsmonopolisten beibehalten werden soll, vollkommen zerstört.

**§ 18 und dessen Begründung** ist jedoch auch aus einem weiteren Grund ordnungspolitisch verfehlt.

Als Beispiele für die „weiteren Zugangsverpflichtungen (aus dem Katalog des § 19)“ werden nämlich die Abrechnung für Leistungen nach **§ 71 Abs. 2 Nr. 3** und **4** (hier muss es wohl **§ 76 Abs. 2 Nr. 3** und **4** heißen) und für telefonnahe Dienste genannt. Ferner wird dort ausgeführt, dass auch Fakturierungsleistungen, die Entgegennahme oder der Einzug von Zahlungen sowie gegebenenfalls auch das Mahnverfahren dabei potentiell zum Bereich der Abrechnungen gehören sollen.

Dem gegenüber wird in der Begründung zu **§ 19** bezüglich einer möglichen Fakturierungsverpflichtung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht (**§ 19 Abs. 2 Nr. 7**) darauf hingewiesen, dass diese „ausdrücklich nur die Fakturierung“ meint, und dass der RegTP die Prüfung obliegt, „ob darüber hinaus auch andere Leistungen im Bereich der Abrechnung, etwa das Inkasso der jeweiligen Entgelte oder die Mahnung eine wesentliche Leistung im Sinne von Absatz 1 darstellen“ und dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht demnach auferlegt werden können.

Aus diesen Ausführungen kann zum einen geschlossen werden, dass die Verpflichtung von Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht grundsätzlich unter einfacheren Voraussetzungen möglich und umfangmäßig weiter gehen soll, als die des ehemaligen Staatsmonopolisten.

Zum anderen würde bei Beibehaltung dieser Ausführungen auch die Auferlegung einiger Verpflichtungen zu Lasten nicht-marktbeherrschender Unternehmen intendiert, die sie nicht erfüllen können. Hier sei nur erwähnt, dass es im Mobilfunkbereich kein Offline-Billing für telefonnahe Dienste gibt, und dass im Festnetzbereich eine gesicherte Abrechenbarkeit für offline abgerechnete telefonnahe Dienste ebenfalls noch nicht sicher gestellt ist.

**Nach alledem muss der ehemalige Staatsmonopolist, dessen Netz im wesentlichen unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung öffentlicher Mittel entstanden ist und das deswegen einen intensiven sozialen Bezug aufweist, wieder**

**primär und über § 19 in Anspruch genommen werden.**

**Dazu muss die gesamte Systematik in § 18 und § 19 sowie in den zugehörigen Begründungen entsprechend der obigen und der zu § 19 folgenden Überlegungen grundlegend überarbeitet werden. Eine Inanspruchnahme des ehemaligen Staatsmonopolisten über § 18 ist ordnungspolitisch keinesfalls hinnehmbar.**

**Dem entsprechend müssen auch die Ausführungen zum erweiterten Umfang von Fakturierungs- und Mahnungsverpflichtungen von der Begründung zu § 18 in die gesetzliche Regelung in § 19 oder in die entsprechende Begründungspassage zu § 19 überführt werden.**

**§ 19**

**§ 19 Abs. 1**

Gemäß **§ 19 Abs. 1** „kann“ die Regulierungsbehörde nach Durchführung eines Abwägungsprozesses unter Berücksichtigung der in § 19 Abs. 1 Satz 2 aufgeführten Kriterien den Marktbeherrscher auf Antrag oder von Amts wegen verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zum eigenen Telekommunikationsnetz zu gewähren.

Es erscheint bereits äußerst fraglich, ob ein Ermessen der Regulierungsbehörde hinsichtlich des „Ob“ einer Zugangsverpflichtung nach Durchführung des Abwägungsprozesses mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar ist.

**§ 19 Abs. 1 Satz 1 sollte deshalb folgendermaßen modifiziert werden:**

**Auf Antrag oder von Amts wegen soll die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten...**

In **§ 19 Abs. 1 Satz 1** ist bisher zudem vorgesehen, dass die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht Zugangsverpflichtungen nur dann auferlegen können soll, „insbesondere wenn andernfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde“.

Die tatbestandliche Anknüpfung von Regulierungsentscheidungen an nicht-bestehendem funktionsfähigem Wettbewerb ist wie bei der Verwendung in § 10 Abs. 2 Satz 1 kritisch zu bewerten. Bei der hiesigen Verwendung wird aus den Reihen der Monopolkommission jedoch zu bedenken gegeben, dass die Prognoseentscheidung der Regulierungsbehörde, ob funktionsfähiger Wettbewerb auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt auch ohne eine Zugangsverpflichtung hergestellt werden kann, in § 19 Abs. 1 Satz 1 nicht als Beurteilungsspielraum ausgestaltet und damit voll gerichtlich überprüfbar sein soll. Die damit absehbaren jahrelangen gerichtlichen Auseinandersetzungen über das bloße „Ob“ einer Zugangsverpflichtung würden deshalb „das Regime der Zugangsregulierung insgesamt in Frage“ stellen. Der Gesetzgeber müsse deshalb wissen, „dass Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Zugangsregulierung ein erhebliches Risiko der Rückkehr zum Monopol in sich bergen“

(Stellungnahme von Prof. Hellwig, dem Vorsitzenden der Monopolkommission, zum Referentenentwurf, S.11).

**Die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 19 kann daher nur an die Prüfung, ob „andererseits die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde“ geknüpft werden, wenn der Regulierungsbehörde – wie in § 10 – auch hier ein gesetzlich eindeutig gefasster und gerichtlich dann nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum eingeräumt wird.**

**Zu den einzelnen Abwägungskriterien in § 19 Abs. 1 Satz 2:**

**§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2** gibt vor, dass bei der Prüfung, ob die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist, die verfügbaren Kapazitäten berücksichtigt werden sollen. In der **Begründung** wird dazu ausgeführt, dass jedoch auch eine Verpflichtung zum Kapazitätsausbau auferlegt werden kann, wenn der Nachfrager das damit einhergehende Zusatzrisiko trägt und die Investitionsrisiken in vollem Umfang übernimmt.

**Hier ist klar zu stellen, dass eine derartige Risikoverteilung nur dann billig und gerecht ist, wenn der Zugangsverpflichtete die ausgebauten Kapazitäten nicht für sich nutzt. Ansonsten muss er kostenmäßig beteiligt werden.**

In **§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3** ist vorgesehen, dass bei der Prüfung, ob die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist, auch die Anfangsinvestitionen des Einrichtungseigentümers unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken einzubeziehen sind. Hier sollte klargestellt werden, dass Investitionen vor der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in wesentlichen Teilen aus staatlichen Mitteln finanziert waren und etwaige Investitionsrisiken aus dieser Zeit im Rahmen von Abwägungsentscheidungen nicht mehr berücksichtigungsfähig sind.

**§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 sollte daher folgendermaßen gefasst werden: „...die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken; zu Monopolzeiten eingegangene Investitionsrisiken sind nicht berücksichtigungsfähig“.**

Gemäß **§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7** ist nunmehr vorgesehen, dass bei der Prüfung, ob die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist, auch berücksichtigt werden soll, ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem zweiten Teil des neuen TKG oder freiwillige Angebote am Markt zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 genannten Regulierungsziele ausreichen.

In der **Begründung** wird zu den „bereits auferlegten Verpflichtungen nach dem zweiten Teil“ vorgegeben, „dass die RegTP vor Auferlegung einer bestimmten Maßnahme jeweils zu prüfen hat, ob nicht andere bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem Zweiten Teil, insbesondere nach § 18 ... in hinreichender Weise zur Zielerreichung ausreichen“.

Wie bereits in der Kommentierung zu § 18 bzw. dessen Begründung angeführt (siehe dort), lässt diese Regelung einerseits befürchten, dass der ehemalige

Staatsmonopolist in nicht absehbarem Umfang selbst für „wesentliche“ Zugangsleistungen gemäß §§ 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7, 18, 28 Abs. 4 nicht mehr ex ante entgeltreguliert wird, wodurch das gesamte gesetzgeberisch ursprünglich intendierte Regulierungskonzept zerstört wäre.

Andererseits besteht die Gefahr, dass alternative Teilnehmernetzbetreiber aufgrund ihrer Kontrolle über den Endnutzerzugang gemäß § 18 vorrangig und strenger reguliert werden als der ehemalige Staatsmonopolist nach § 19. § 18 erfasst jedoch ausschließlich den Fall, dass ein Betreiber nur aufgrund seiner Eigenschaft als Teilnehmernetzbetreiber reguliert werden kann und ist kein „Auffangtatbestand“ für den ehemaligen Staatsmonopolisten.

„Freiwillige Angebote am Markt“ sind im Rahmen der Prüfung nach § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 ebenfalls nicht berücksichtigungsfähig, da diese seitens des ehemaligen Staatsmonopolisten – wie bereits in der Vergangenheit – strategisch zu unannehmbaren Bedingungen gemacht und wieder zurückgezogen werden könnten, um eine Zugangsverpflichtung zu vermeiden.

Dies gilt umso mehr, als die Regulierungsbehörde bei Beibehaltung dieses Abwägungskriteriums auch nicht beurteilen könnte, ob ein „freiwilliges Angebot am Markt“ den Markterfordernissen tatsächlich entspricht.

**Nach alledem ist § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 und dessen Begründung dergestalt zu ändern, dass der ehemalige Staatsmonopolist, dessen Netz im wesentlichen unter dem Schutz eines staatlichen Monopols und unter Verwendung öffentlicher Mittel entstanden ist und das deswegen einen intensiven sozialen Bezug aufweist, primär und über § 19 in Anspruch genommen werden soll.**

**Dazu muss die gesamte Systematik in § 18 und § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 sowie den zugehörigen Begründungen entsprechend der Überlegungen zu § 18 und der obigen Überlegungen grundlegend überarbeitet werden. (siehe hierzu auch Kommentierung zu § 18).**

Ungeachtet dieser und der Bedenken hinsichtlich der grundsätzlichen Systematik des § 19 (siehe unten) ist ferner festzustellen, dass die Abwägungskriterien aus § 19 Abs. 1 Satz 2 zwar im wesentlichen dem Katalog aus Art.12 Abs. 2 Zugangs-RL entsprechen. Es erscheint allerdings äußerst fraglich, ob die bloße Übernahme dieser Kriterien mit dem Bestimmtheitsgebot und weiteren verfassungsrechtlichen Vorgaben des deutschen Rechts vereinbar ist, da eine Prognostizierbarkeit von Zugangsverpflichtungen nicht möglich ist. Aus den Reihen der Monopolkommission wird zudem zu bedenken gegeben, dass in wesentlichen Punkten unklar bleibt, was die aufgezählten Abwägungskriterien materiell und verfahrensrechtlich eigentlich bedeuten (Stellungnahme von Prof. Hellwig, dem Vorsitzenden der Monopolkommission, zum Referentenentwurf, S.12).

Aus diesen Gründen ist die Einführung eines Korrektivs erforderlich, das Regulierungsentscheidungen zumindest ansatzweise vorhersehbar macht.

Ein solches Korrektiv war im ArbE auch noch in § Z3 Abs. 4 Nr. 10 vorgesehen, wonach die Regulierungsbehörde in ihrem Abwägungsprozess auch berück-

sichtigen musste, ob das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bisher Verpflichtungen zur Zugangsgewährung hat, die im Interesse der Rechts- und Investitionssicherheit im Telekommunikationsmarkt vorerst beibehalten werden sollten. Die bereits oben kritisierte vermeintliche Nachfolgeregelung stellt in § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 dagegen auf „bereits auferlegte Verpflichtungen nach dem Zweiten Teil“ des neuen TKG und „freiwillige Angebote am Markt“ ab, läuft zumindest in den ersten Regulierungsverfahren nach neuem Recht damit völlig leer und ist somit nicht ausreichend.

**Es ist daher zwingend erforderlich, dass durch ein zusätzliches Abwägungskriterium (wie in § Z3 Abs. 4 Nr. 10 ArbE ) ein verfassungsrechtlich akzeptables Mindestmaß an Rechts- und Planungssicherheit unterstützt wird.**

#### § 19 Abs. 2

In § 19 wurde abermals die Systematik der Zugangsverpflichtungen umgestellt, so dass in § 19 Abs. 2 nunmehr Verpflichtungen aufgezählt werden, welche die Regulierungsbehörde auferlegen „kann“, während sie die in § 19 Abs. 3 enumerierten Zugangsverpflichtungen auferlegen „soll“.

Dabei entsprechen die Tatbestände in § 19 Abs. 3 Nr. 1 bis Nr. 4 („Soll-Katalog“) - bis auf die Beschränkung von § 19 Abs. 3 Nr. 1 - Verpflichtungstatbeständen aus Art.12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.

Jedoch entsprechen auch einige der in § 19 Abs. 2 aufgezählten Verpflichtungsmöglichkeiten (z.B. §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 19 Abs. 2 Nr. 2, 19 Abs. 2 Nr. 3) dem Katalog aus Art.12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie.

Es könnte daher der Eindruck entstehen, dass trotz Gleichordnung dieser Zugangsverpflichtungen im Richtlinienkatalog eine diversifizierende Umsetzung vorgenommen werden soll.

**Um ein etwaiges Umsetzungsdefizit zu vermeiden, fordern wir den Gesetzgeber daher auf, die Europäische Kommission bereits jetzt zur Richtlinienkonformität von § 19 zu befragen.**

#### Zu den Verpflichtungstatbeständen im einzelnen:

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 1 „kann“ die Regulierungsbehörde marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze nur noch verpflichten, Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen zu gewähren.

In einigen Märkten, die nach der EU-Empfehlung für eine Vorabregulierung in Frage kommen, ist zu erwarten, dass die durchzuführenden Marktanalysen zu dem Ergebnis kommen werden, dass kein wirksamer Wettbewerb herrscht. In einigen dieser Märkte werden aufgrund der regulatorischen, insbesondere ökonomischen Rahmenbedingungen in Deutschland, auch der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung und der gemeinsame Zugang dabei nicht zur Wettbewerbsbelebung ausreichen.

Es ist daher unverständlich, warum der Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder -einrichtungen entgegen der europarechtlichen Vorgabe in Art.12 Abs. 1 Satz 2 lit. a Zugangsrichtlinie und in Abänderung von § 16 Abs. 2 Nr. 1 RefE vom - richtigerweise

ebenfalls als „Soll“-Vorschrift aufzuerlegenden - entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss getrennt worden ist.

**Der Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen sollte daher wieder in den nunmehrigen § 19 Abs. 3 Nr. 1 aufgenommen werden, der dann lautet: „Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen, einschließlich des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie des gemeinsamen Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder zum Teilnetz in der Weise, dass die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird) zu gewähren“.**

**In der Gesetzesbegründung sollte hierbei Erwähnung finden, dass insbesondere bisher nicht gewährte Zugangsansprüche, wie zum Beispiel Bitstromzugang, unter diese Verpflichtung fallen können, soweit sich diese in ein konsistentes Entgeltkonzept einfügen.**

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 2 „kann“ die Regulierungsbehörde den Marktbeherrscher nur noch verpflichtet, bereits gewährten Zugang zu Einrichtungen nicht nachträglich zu verweigern. Es ist nicht ersichtlich, warum es der Regulierungsbehörde damit nur noch unter erschwerten Voraussetzungen möglich sein soll, bereits bestehende und damit in die Planungen sämtlicher Marktbeteiligten einbezogene Zugangsvereinbarungen und / oder -verpflichtungen nochmals auszusprechen.

**§ 19 Abs. 2 Nr. 2 muss daher in den „Soll“- Katalog in § 19 Abs. 3 überführt werden.**

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 „kann“ die Regulierungsbehörde zum Zwecke des Weitervertriebs im eigenen Namen und auf eigene Rechnung nur noch Zugang zu bestimmten vom marktbeherrschenden Betreiber angebotenen Diensten gewähren, „wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden“.

Letztere Beschränkung ist in Art.12 Abs. 1 lit. d Zugangs-RL nicht vorgesehen und erscheint mehreren Unternehmen aus dem Bereich der Service Provider, Mehrwertdiensteanbieter und der Verbindungsnetzbetreiber damit als europarechtswidrig.

Nach Auffassung dieser Unternehmen sollte die Beschränkung der Resale-Zugangspflicht auf AGB-Dienste daher wieder gestrichen werden, so dass die Zugangspflicht aus § 19 Abs. 2 Nr. 3 wie folgt lauten würde: „Zugang zu den vom Betreiber angebotenen Diensten zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen“.

Die Teilnehmernetzbetreiber halten die im Regierungsentwurf enthaltene Formulierung für richtlinienkonform, da sie lediglich eine Konkretisierung des Richtlinien textes darstelle, und wünschen ihre Beibehaltung.

**Jedenfalls sollte zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten in der Begründung zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 wieder möglichst klar umschrieben werden, welche Zugangsarten einer Resale-Verpflichtung, und welche dem Zugang zu bestimmten Netzkomponenten**

**und / oder –einrichtungen unterfallen. Dazu könnten Satz 3 und 4 der Begründung zu § 16 Abs. 3 Satz 1 RefE wieder in die Begründung aufgenommen werden:**

**„§ 19 Abs. 2 Nr. 3 verlangt auf der einen Seite keinen vom nachfragenden Diensteanbieter zu leistenden Mehrwert; ausreichend sein kann also der bloße Wunsch nach Wiederverkauf der Leistungen. Auf der anderen Seite ist alles, was über reinen Wiederverkauf hinausgeht, unter Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen zu fassen und nach den dort aufgestellten Grundsätzen zu überprüfen.“**

Letztere Beschränkung ist in Art.12 Abs. 1 lit. d Zugangs-RL nicht vorgesehen.

Auch hat der Gesetzgeber in dem – nunmehr grundlos entfallenen – Satz 3 der Begründung zum entsprechenden § 16 Abs. 3 Nr. 1 RefE ausgeführt, dass für einen Resale-Zugangsanspruch grundsätzlich bereits der „bloße Wunsch nach Wiederverkauf der Leistungen“ ausreichend ist und eine Beschränkung auf AGB-Dienste daher nicht in Erwägung gezogen.

**Die Beschränkung der Resale-Zugangspflicht auf AGB-Dienste sollte daher wieder gestrichen werden, so dass diese Zugangspflicht wie folgt lauten würde: „Zugang zu den vom Betreiber angebotenen Diensten zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen“.**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE vollumfänglich aufgegriffen und sich für die Aufhebung der Beschränkung von Resale auf AGB-Produkte ausgesprochen (Ziff. 16 BR-Drs. 755/03).

**Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sollte in der Begründung zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 gleichzeitig wieder möglichst klar umschrieben werden, welche Zugangsarten einer Resale-Verpflichtung, und welche dem Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen unterfallen. Dazu könnten Satz 3 und 4 der Begründung zu § 16 Abs. 3 Satz 1 RefE wieder in die Begründung aufgenommen werden:**

**„§ 19 Abs. 2 Nr. 3 verlangt auf der einen Seite keinen vom nachfragenden Diensteanbieter zu leistenden Mehrwert; ausreichend sein kann also der bloße Wunsch nach Wiederverkauf der Leistungen. Auf der anderen Seite ist alles, was über reinen Wiederverkauf hinausgeht, unter Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/oder –einrichtungen zu fassen und nach den dort aufgestellten Grundsätzen zu überprüfen.“**

In § 19 Abs. 2 Nr. 5 ist weiterhin vorgesehen, dass der Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen, die zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten notwendig sind, nur unter der schwerlich überprüfbar und europarechtlich nicht vorgesehenen Einschränkung der „Sicherstellung der Effizienz bestehender Einrichtungen zu gewähren“ ist.

Damit ist zu befürchten, dass der für einen diskriminierungsfreien Wettbewerb essentiell notwendige Zugang zu Softwaresystemen regelmäßig unterlaufen werden wird.

**§ 19 Abs. 2 Nr. 5 ist daher der Vorgabe aus Art.12 Abs. 1 lit.h Zugangs-RL anzugleichen und wie folgt zu formulieren:**

**„...Zugang zu Systemen für die Betriebsunterstützung oder ähnlichen Softwaresystemen zu gewährleisten, die zur Gewährleistung eines chancengleichen Wettbewerbs bei der Bereitstellung von Diensten erforderlich sind“.**

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 7 „kann“ die Regulierungsbehörde den marktbeherrschenden Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auch nur noch verpflichten, „Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen für Telekommunikationsdienste, von Leistungen nach § 76 Abs. 2 Nr. 3 und 4 und von telefonnahen Diensten zu gewähren“.

In § 16 Abs. 2 Nr. 6 RefE wurde dem gegenüber noch vermutet, dass eine solche Verpflichtung zur Zugangsgewährung dem Marktbeherrscher aufzuerlegen ist.

Damit wurden die Voraussetzungen für die Auferlegung einer Fakturierungsverpflichtung nicht nur explizit verschärft. Ferner war dort ausdrücklich festgeschrieben, dass die Regulierungsbehörde neben der Erst-Entgegennahme von Zahlungen überprüfen sollte, „ob noch weitere Dienstleistungen dazu gehören“. Bereits diese Prüfmöglichkeit, ob noch weitere Dienstleistungen zu dieser Zugangsleistung gehören, war nicht ausreichend und musste um das Mahnwesen für die fakturierten Forderungen ergänzt werden. Die nunmehrige gänzliche Streichung der gesetzlich vorgegebenen Prüfmöglichkeit ist erst recht nicht hinnehmbar. Denn der Marktbeherrscher fakturiert, mahnt und inkassiert in Deutschland zwar Forderungen für die eigens erbrachten Dienste sowie die netzeigenen telefonnahen Dienste. Ein entsprechendes Vorprodukt wird den Wettbewerbsunternehmen jedoch nicht angeboten.

Durch diese künstliche Trennung von Rechnungsstellung und Mahnung werden jedoch nicht nur die Verbraucher in Deutschland verwirrt und verärgert. Sie verstößt auch gegen wesentliche Vorschriften aus geltendem TKG und Regierungsentwurf.

Aus einer Zusammenschau von §§ 19, 28 sowie der Begründung zu § 28 lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber die nach § 19 auferlegte Verpflichtungen grundsätzlich als „wesentlich“ klassifizieren will. In Anwendung von § 33 TKG wurde eine solche Wesentlichkeit durch das Bundesverwaltungsgericht bejaht, wenn zu einer Leistung des marktbeherrschenden Unternehmens aus wirtschaftlichen Gründen keine sinnvolle Alternative besteht und eine Telekommunikationsdienstleistung ohne Zugang zu dieser Leistung folglich nicht mehr wirtschaftlich erbringbar wäre.

Wie in verschiedensten Studien belegt, handelt es sich bei Mahnungen um wirtschaftlich nicht alternativ erbringbare und damit wesentliche Leistungen.

Dies liegt beispielsweise daran, dass dem Verbraucher Mahnungen von Wettbewerbsunternehmen über Teilforderungen aus der Gesamtrechnung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht wegen der vom Gesamtbetrag abweichenden Kleinstbeträge zumeist unverständlich sind und die angemahnten Beträge deshalb häufig nicht bezahlt werden, zumal dem Verbraucher die in Anspruch genommenen Call-by-Call-, Internet-, Auskunft- und Mehrwert- Diensteanbieter bzw. deren Inkassofirmen namentlich teilweise ebenfalls nicht bekannt sind.

Dem Wettbewerbsunternehmen bleibt in solchen Fällen entweder die Möglichkeit, seine (Kleinst-) Forderungen in unwirtschaftlicher Weise gegenüber dem Verbraucher weiter durchzusetzen und den mit vom Rechnungsbetrag abweichenden Beträgen konfrontierten Kunden häufig zu verlieren, oder die eigenen Forderungen abzuschreiben.

In beiden Konstellationen ist das Mahnwesen zum jetzigen Zeitpunkt damit weiterhin als wirtschaftlich nicht ersetzbar und damit wesentliche Leistung sowohl im Sinne von § 33 TKG als auch von § 19 einzu-stufen.

**Nach alledem muss die um die Mahnebene ergänzte Fakturierungsverpflichtung daher wieder in den „Soll“-Katalog aus § 19 Abs. 3 aufgenommen werden, beispielsweise als folgender § 19 Abs. 3 Nr. 5:**

**„5. Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen sowie der Durchführung des außergerichtlichen Mahnwesens in Form der ersten und zweiten schriftlichen Mahnung für Telekommunikationsdienste, Leistungen nach § 76 Abs. 2 Nr. 3 und 4 und für telefonnahe Dienste zu gewähren.“**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen und eine Formulierung vorgeschlagen, die eine einheitliche Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer, die erste Entgegennahme bzw. den ersten Zahlungseinzug sowie die Durchführung des außergerichtlichen Mahnwesens in Form der ersten und zweiten schriftlichen Mahnung gewährleistet. Auch nach Auffassung des Bundesrats müssen Fakturierung, Inkasso und Mahnung aus einer Hand erfolgen, da es sich bei der Mahnung um eine wirtschaftlich nicht alternativ erbringbare und somit um eine wesentliche Leistung handelt. Eine Trennung von Fakturierung, Inkasso und Mahnung würde die Entwicklung eines nachhaltigen Wettbewerbs gefährden, da sie das Risiko von Zahlungsausfällen auf Wettbewerberseite wesentlich erhöht (Ziff. 18 BR-Drs. 755/03).

### **§ 19 Abs. 3**

**§ 19 Abs. 3 enthält einen nochmals deutlich eingeschränkten Katalog von Zugangsverpflichtungen, welche die Regulierungsbehörde dem Marktbeherrscher nach Absatz 1 auferlegen „soll“.**

Dem gegenüber enthielt die Vorgängervorschrift (§ 16 Abs. 2 RefE) noch Tatbestände, bei denen vermutet wurde, dass die Voraussetzungen des im wesentlichen unverändert gebliebenen § 16 Abs. 1 erfüllt sind. Die-

se Vermutungstatbestände bedeuteten für den Marktbeherrscher und die Wettbewerber zumindest bezüglich einiger Zugangsverpflichtungen einerseits eine verfassungsrechtlich wünschenswerte deutlich höhere Planungs- und Investitionssicherheit als die nunmehrige „Soll“-Vorschrift, andererseits wurde die - aufgrund der weiterhin großen Beteiligung des Bundes - erhöhte Sozialpflichtigkeit der Eigentumsrechte des Marktbeherrschers angemessen berücksichtigt.

**Um ein Mindestmaß an verfassungsrechtlich gebotener Vorhersehbarkeit von Regulierungsentscheidungen zu ermöglichen, ist die nunmehrige Rückführung auf eine „Soll“-Vorschrift möglicherweise gerade noch ausreichend. Weitere Aufweichungen wären jedoch keinesfalls hinnehmbar.**

Schließlich ist § 19 um eine dauerhafte, von nicht wirksamem Wettbewerb unabhängige, Zugangsverpflichtung zu den vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes errichteten Teilnehmeranschlussleitungen des ehemaligen Staatsmonopolisten zu ergänzen.

Die zu Monopolzeiten verlegten Teilnehmeranschlussleitungen sind aus staatlichen Geldern finanziert worden und unterliegen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts deshalb einer erhöhten Sozialpflichtigkeit, die auch nach deren Übergang auf die Deutsche Telekom AG fortbesteht. Dies würde selbst dann der Fall sein, falls das ehemals staatsmonopolistische Unternehmen eines Tages seine marktbeherrschende Stellung verlieren sollte.

**§ 19 ist daher um folgenden § 19 Abs. 5 zu ergänzen:**

**„Unabhängig von Zugangsverpflichtungen nach den Absätzen 1-4 kann die Regulierungsbehörde das ehemals staatsmonopolistische Unternehmen auf Antrag oder von Amts wegen verpflichten, anderen Unternehmen entbündelten Zugang zu den eigenen Teilnehmeranschlussleitungen zu gewährleisten.“**

## § 20

Gemäß § 20 Abs. 1 muss ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, und dem eine Zugangsverpflichtung nach § 19 auferlegt worden ist, bei einer entsprechenden Nachfrage „unverzüglich, spätestens aber drei Monate nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung“ ein Angebot auf einen entsprechenden Zugang abzugeben.

Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit dem ehemaligen Staatsmonopolisten ist angesichts einer grundlos festgeschriebenen Maximalfrist von drei Monaten zu befürchten, dass diese bei jeder Anfrage vollständig ausgenutzt wird. Dies ist nicht hinnehmbar, da damit Beschleunigungspotentiale bei Zugangsvereinbarungen weitestgehend zerstört würden.

**§ 20 Abs. 1 Satz 1 könnte demnach folgendermaßen verbessert werden:**

**„...hat gegenüber anderen Unternehmen, die diese Leistung nachfragen, um Telekommunikationsdienste anbieten zu können, unverzüglich, spätestens aber einen Monat nach Auferlegung der Zugangsverpflichtung...“.**

## § 21

Gemäß § 21 Abs. 1 „soll“ die Regulierungsbehörde den mit einer Zugangsverpflichtung nach § 19 belegten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, „in der Regel innerhalb von drei Monaten“ ein Standardangebot für die Zugangsleistung zu veröffentlichen.

Hierbei ist unklar, ab wann die vorgesehene dreimonatige Vorlagefrist aus § 21 Abs. 1 zu laufen beginnen soll, da die Voraussetzung für eine Vorlagepflicht „eine allgemeine Nachfrage“ sein, und diese aufgrund des bisher in § 21 Abs. 2 vorgesehenen Verfahrens erst ermittelt werden soll.

Bei dem in § 21 Abs. 2 vorgesehenen Verfahren ist dabei nicht hinnehmbar, dass die Regulierungsbehörde nur dann ermitteln soll, für welche Zugangsleistungen eine allgemeine Nachfrage besteht, „soweit der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, kein Standardangebot vorlegt“.

Eine Ermittlungspflicht sollte jedoch auch dann bestehen, wenn der ehemalige Staatsmonopolist ein vollkommen unakzeptables Standardangebot vorlegt. Ebenso sollte die Regulierungsbehörde ermitteln können, für welche Zugangsleistungen, die noch nicht nach § 19 auferlegt worden sind, eine allgemeine Nachfrage besteht. Durch ein derart proaktives Tätigwerden könnten Doppelverfahren vermieden und schnellere Einigungen zwischen Anbietern und Nachfragern von Zugangsleistungen erzielt werden.

Schließlich sind § 21 Abs. 1 und Abs. 2 auch insofern unzureichend, als eine Vorlageverpflichtung gemäß § 21 Abs. 1 nicht in allgemeiner Weise mittels Verwaltungszwang durchsetzbar, sondern lediglich das Verfahren gemäß § 21 Abs. 2 anwendbar zu sein scheint. Dies kann nicht gewollt sein, da das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einer sanktionslosen Vorlageverpflichtung absehbarerweise nicht nachkommen wird.

Zur Vermeidung von Verzögerungsmöglichkeiten sollte das Verfahren nach § 21 Abs. 2 (und § 21 Abs. 3) ferner an vorgegebene Fristen gebunden werden.

Insofern könnte § 21 Abs. 2 folgendermaßen gefasst werden:

**„Sofern keine Entscheidung gemäß § 21 Abs. 1 Satz 2 ergangen ist, ermittelt die Regulierungsbehörde binnen einen Monats, für welche Zugangsleistungen eine allgemeine Nachfrage besteht. Ferner kann sie eine allgemeine Nachfrage ermitteln, wenn noch keine Zugangsverpflichtung nach § 19 auferlegt worden ist. In den Fällen von Satz 1 und 2 gibt die Regulierungsbehörde tatsächlichen oder potentiellen Nachfragern nach solchen Leistungen und dem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht zeitgleich Gelegenheit zur Stellungnahme, ob eine Leistung Bestandteil eines Standardangebots werden soll.“**

**In der Begründung zu § 21 sollte ferner geregelt werden, dass Standardangebote nur einen Mindeststandard darstellen, der individuell weiter verhandelt werden kann.**

**Schließlich muss die Nichtvorlage oder unzureichende Vorlage eines Standardangebots entgegen**

**einer auf § 21 Abs. 1 gestützten Verpflichtung durch die Regulierungsbehörde auch bußgeldbewehrt sein (siehe hierzu auch Kommentierung zu § 147).**

Gemäß § 21 Abs. 3 soll die Regulierungsbehörde Vorgaben bezüglich der Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen eines Standardangebots wegen der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 21 Abs. 2 nur dann machen können, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht kein Standardangebot vorgelegt hat. Es ist jedoch nicht ersichtlich, warum derartige Vorgaben bei Vorlage eines – unzureichenden – Standardangebots nicht möglich sein sollen.

**§ 21 Abs. 3 muss daher auch auf die Fälle des § 21 Abs. 1 erweitert werden, so dass die Regulierungsbehörde Vorgaben bezüglich eines Standardangebots unabhängig davon machen kann, ob ein Standardangebot vorgelegt wird oder nicht.**

Der Bundesrat hat sich in seiner Stellungnahme zum RegE ebenfalls für die Erweiterung der inhaltlichen Kontrollmöglichkeiten der Regulierungsbehörde bei der Überprüfung von Standardangeboten ausgesprochen (Ziff. 19 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung stimmt in ihrer Gegenäußerung mit dem Bundesrat überein und hat zugesagt, die Kontrollmöglichkeiten der Regulierungsbehörde nochmals zu überprüfen (Ziff. 19 BT-Drs. 15/2345).

## § 23

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 ordnet die Regulierungsbehörde einen Zugang oder eine Zusammenschaltung innerhalb von 10 Wochen an. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 kann diese Frist jedoch in besonders zu begründenden Fällen auf 4 Monate verlängert werden.

Diese Verlängerungsmöglichkeit ist nicht akzeptabel, da zu befürchten ist, dass die 4-Monatsfrist- wie die bisherige Verlängerungsfrist aus § 37 Abs. 1 TKG - zur Regel wird.

Zum einen ist es der Regulierungsbehörde jedoch bereits heute möglich, komplex gelagerte Sachverhalte innerhalb von zehn Wochen einer Entscheidung zuzuführen.

Zum anderen wird die Arbeitsbelastung der Regulierungsbehörde mit der im Regierungsentwurf angelegten umfassenden Absenkung der Regulierungsintensität gegenüber dem ehemaligen Staatsmonopolisten nach Inkrafttreten des Gesetzes sinken. Auch sind der Regulierungsbehörde insbesondere die technischen Gegebenheiten des Telekommunikationsmarktes heute bekannter, als noch beim Inkrafttreten des TKG.

**Eine grundsätzliche Verlängerungsmöglichkeit auf 4 Monate ist deshalb abzulehnen. Zumindest die in § 19 Abs. 2 und 3 beispielhaft aufgeführten Zugangsverpflichtungen sollten deshalb längstens innerhalb der bisherigen 6- + 4-Wochen-Frist entschieden werden. Im Übrigen wäre allenfalls eine einmalige Verlängerungsmöglichkeit um zwei Wochen auf maximal 12 Wochen hinnehmbar.**

Nach § 23 Abs. 5 Satz 1 können alle Bedingungen einer „Zugangsvereinbarung“ einschließlich der Ent-

gelte Gegenstand einer Anordnung sein. In § 23 Abs. 1 und Abs. 2 werden hingegen Zugangs- und Zusammenschaltungsvereinbarungen thematisiert.

**Um in Bezug auf die Auslegung von § 23 Abs. 5 keine Unklarheiten und Streitigkeiten zu provozieren, müsste auch hier eine sprachliche Parallelität gewährleistet werden. Entsprechendes gilt für § 23 Abs. 6.**

§ 23 Abs. 6 Satz 2 sieht vor, dass etwaige Teilscheidungen der Regulierungsbehörde zu Zugang und Entgelt für eine nachgefragte Leistung nur insgesamt angegriffen werden können.

Für den gerichtlichen Angriff der Zugangsverpflichtung und der dafür zu entrichtenden Entgelte sind dabei zumeist unterschiedliche Rechtsbehelfe statthaft (im Eilrechtsschutz beispielsweise §§ 80 Abs. 5 VwGO und 123 VwGO).

**Es sollte daher klar gestellt werden, dass sich „insgesamt angegriffen“ nur auf ein einheitlich durchzuführendes Gerichtsverfahren beziehen kann, in dessen Rahmen jedoch, wie bei einer allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Klagehäufung, mehrere Klagen zusammen verfolgt werden können.**

## Abschnitt 3 – Entgeltregulierung

### § 25

Zu begrüßen ist, dass das sogenannte Konsistenzgebot in den §§ 25 Abs. 2 und 130 Abs. 4 nunmehr auch explizit als Konzept in das TKG aufgenommen werden soll.

Nach unserem Verständnis sind im Rahmen eines konsistenten Entgeltkonzeptes die Kosten, aber auch die zeitlichen und qualitativen Aspekte der Vorleistungen des ehemaligen Staatsmonopolisten zu berücksichtigen. Nur so werden alle Wettbewerbsunternehmen in die Lage versetzt, gleichzeitig mit dem ehemaligen Staatsmonopolisten, dessen Netz in wesentlichem Umfang mit staatlichen Mitteln finanziert worden ist, ein qualitativ vergleichbares Angebot auf dem Markt zu platzieren und Märkte diskriminierungsfrei zu erschließen. Dieses Konzept gilt es, konsequent und durchgehend in allen Bereichen des TKG umzusetzen, auch bei Organisation und Geschäftsordnung der RegTP. Im vorliegenden Entwurf ist das leider weiterhin nicht der Fall.

So wird das Konsistenzgebot zwar explizit als Entgeltregulierungsmaßstab aufgeführt, nach dem die Regulierungsbehörde unter anderem darauf zu achten hat, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind.

**Es ist allerdings zu bemängeln, dass dieses Gebot ausweislich der ausdrücklichen Gesetzesfassung und der systematischen Stellung von § 25 weiterhin auf den Kostenaspekt bei Entgeltregulierungsmaßnahmen beschränkt sein soll.**

Damit bleibt unberücksichtigt, dass Inkonsistenzen in der bisherigen Regulierungspraxis vor allem auch daher rührten, dass Wettbewerbern Vorleistungen nicht zeitgerecht oder nicht in einer auf die eigenen Bedürfnisse zugeschnittenen Qualität zur Verfügung gestanden haben.

Die nicht zeitgerechte Bereitstellung von Vorleistungen hat so beispielsweise dazu geführt, dass der deutsche ADSL-Markt durch den ehemaligen Staatsmonopolisten unter anderem deshalb vereinnahmt werden konnte, weil die eigene Marktmacht im Ortsnetzbereich auf den ADSL-Markt übertragen werden konnte, ohne Wettbewerber die für ein konkurrenzfähiges Endkundenangebot zwingend notwendigen Vorprodukte (insbesondere Line Sharing) zeitgerecht bereit zu stellen.

Die auf die Wettbewerberbedürfnisse zugeschnittene Bereitstellung von Vorprodukten ist ebenso notwendig, da sich die bisherige Regelung in § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG als zur Schaffung von Wettbewerb vollkommen unzureichend erwiesen hat. Die dort lediglich vorgesehene „extern-wie-intern“-Bereitstellungspflicht des ehemaligen Staatsmonopolisten hat dazu geführt, dass dieser nur solche Vorleistungen bereit stellen muss, die sich an der eigenen Netzstruktur orientieren.

Damit hat er die Möglichkeit, durch die entsprechende (größen- und mengenmäßige) Ausgestaltung (konzern-) interner Vorleistungen die Bereitstellung ökonomisch und technisch sinnvoller Vorprodukte für die Wettbewerber auszuhebeln

**Nach alledem muss § 25 bezüglich der Vorleistungsbereitstellung um die Dimensionen Zeit und Qualität erweitert werden.**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum RegE ebenfalls bedauert, dass die wesentlichen Anforderungen an ein konsistentes Entgeltkonzept bisher nicht näher konkretisiert wurden. Vor diesem Hintergrund hat er die Bundesregierung aufgefordert, das Konsistenzgebot inhaltlich näher zu definieren. Insbesondere müssten die Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen betroffenen Märkten und Geschäftsmodellen des Telekommunikationsmarktes Berücksichtigung finden (Ziff. 21 BR-Drs. 755/03).

In § 25 fehlt ferner eine Klarstellung, dass die Vorschriften der Entgeltregulierung drittschützend sind und damit sowohl den Wettbewerb als auch den Wettbewerber schützen.

Deren drittschützendes Charakter ist bisher im wesentlichen zwar nur vom – zukünftig für telekommunikationsrechtliche Streitigkeiten wohl nicht mehr zuständigen - Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Zweifel gezogen bzw. abgelehnt worden.

**Um eine Regulierung zu Lasten der - bisher vielfach rechtsschutzlosen - Wettbewerber zukünftig zu vermeiden, sollte in § 25 dennoch folgende Klarstellung erfolgen: „Die Vorschriften der Entgeltregulierung dienen dem Schutz des Wettbewerbs und des Wettbewerbers bzw. der Wettbewerber.“**

## § 26

In § 26 Abs. 1 Satz 2 werden Beispielsfälle für missbräuchliche Entgeltforderungen aufgezählt. Die Missbrauchsfälle in § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und Nr. 3 werden in § 26 Abs. 1 Satz 2 am Ende jedoch unter den Vorbehalt einer sachlichen Rechtfertigung gestellt.

Bezüglich § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 ist dieser Vorbehalt unzulässig, da in § 26 Abs. 2 Vermutungstatbe-

stände für einen Missbrauch nach § 26 Abs. 1 Satz 2 aufgestellt werden und diese mit einer sachlichen Rechtfertigungsmöglichkeit ausgehöhlt, wenn nicht gar leer laufen würden.

**§ 26 Abs. 1 Satz 2 muss am Ende daher wie folgt gefasst werden:**

**„...es sei denn, dass für die Verhaltensweisen nach Nummer 3 eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird.“**

Gemäß § 26 Abs. 2 wird bei Kostenunterdeckungen von Entgelten, Preis-Kosten-Scheren und / oder „unangemessenen“ Bündelungen der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von § 26 Abs. 1 Nr. 2 (hier sollte es richtigerweise „§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2“ heißen) vermutet. Hier sollte zunächst klargestellt werden, dass diese Vermutungen unwiderlegbar sind, da keinerlei Rechtfertigungsgründe für derartige Entgeltforderungen des ehemaligen Staatsmonopolisten denkbar sind.

Als grundsätzlicher Prüfungsmaßstab bei Bündelungen sollte ferner – angelehnt ans allgemeine Kartellrecht (§ 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB) - auf die fehlende sachliche Rechtfertigung einer Bündelung abgestellt werden, da Bündelungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht auch hier einer sachlichen Rechtfertigung bedürfen.

**§ 26 Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 sollte deshalb wie folgt gefasst werden: „Ein Missbrauch im Sinne von Absatz 1 Satz 2 Nr. 2 wird vermutet, wenn ... ein Unternehmen bei seinem Produktangebot eine von diesem sachlich nicht zu rechtfertigende Bündelung vornimmt.“**

Gemäß § 26 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 soll die RegTP bei der Feststellung der „Unangemessenheit“ bzw. der geforderten „fehlenden sachlichen Rechtfertigung“ von Bündelungen insbesondere prüfen, ob es „effizienten Wettbewerbern“ möglich ist, das Bündelprodukt zu „vergleichbaren Konditionen“ anzubieten. Diese Begriffe und auch „Vermutungen“ sind unbestimmt und führen zu weiterer Unsicherheit bei der Entscheidungsfindung der RegTP. Hier sollte eine klare Regelung gefunden werden. Andernfalls wären langwierige Auseinandersetzungen sowohl über etwaige Widerlegungsgründe als auch zusätzlich über etwaige sachliche Rechtfertigungen vorprogrammiert, zumal die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen gemäß § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 auch noch „erheblich“ sein muss. Damit steht zu befürchten, dass auch das Preis-Kosten-Scheren-Verbot aus § 26 Abs. 2 Nr. 2 wieder untergraben werden kann. Denn Bündelungen eröffnen Quersubventionierungsmöglichkeiten, die der Marktbeherrscher an anderer Stelle wiederum dazu nutzen kann, Preis-Kosten-Scheren aufzubauen.

**Deshalb sind Bündelungen konsequent zu verbieten, wenn Nachfragern nicht in qualitativer und zeitlicher Hinsicht entsprechende Vorprodukte angeboten werden.**

**§ 26 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 könnte danach folgendermaßen lauten:**

**„3. ... Bei der Frage, ob dies der Fall ist, hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu prüfen, ob**

**es Wettbewerbern des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht möglich ist, durch Nutzung von gleichzeitig bereit stehenden und qualitativ nachfragegerechten Vorleistungen das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen ökonomisch sinnvoll anzubieten.“**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum RegE die Forderung, den Begriff der Unangemessenheit näher zu bestimmen, aufgegriffen und sich ebenfalls für eine Änderung des § 26 Abs. 2 Nr. 3 ausgesprochen. Danach soll der Begriff „unangemessene Bündelung“ durch den kartellrechtlich gebräuchlichen Begriff der „ungerechtfertigten Bündelung“ ersetzt werden, um die fehlende sachliche Rechtfertigung einer Bündelung als grundsätzlichen Prüfungsmaßstab einzuführen. Auf diese Weise werde eine größere Rechtssicherheit und Einheitlichkeit der Rechtsbegriffe erreicht. Zudem solle durch die Einfügung des Begriffs „wirtschaftlich“ klargestellt werden, dass es über die abstrakte Möglichkeit eines Bündelangebots darauf ankomme, dass dieses auch wirtschaftlich sinnvoll wäre (Ziff. 23 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat dem Bundesrat in ihrer Gegenäußerung dahingehend zugestimmt, den Begriff der „sachlich ungerechtfertigten“ Bündelung in das Gesetz aufzunehmen (Ziff. 23 BT-Drs. 15/2345).

#### § 27

Gemäß § 27 „kann“ die RegTP unter anderem bestimmte Kostenrechnungsmethoden anordnen und diese mit einem Zwangsgeld durchsetzen. Das ist grundsätzlich positiv zu sehen. Allerdings ist diese Möglichkeit lediglich fakultativ. Damit ist nicht abzuschätzen, ob eine wirkliche Veränderung zum Status quo erfolgen wird. Auch ist es nicht hinzunehmen, dass weiterhin regelmäßig Kostenunterlagen eingereicht werden, die in den Entgeltregulierungsverfahren nicht verwendet werden können.

Aufgrund der regulatorischen Erfahrungen der letzten Jahre ist es daher erforderlich, dass Kostenrechnungsmethoden gegenüber dem ehemaligen Staatsmonopolisten konsequent durchgesetzt und vorher transparent dargestellt werden.

**§ 27 Abs. 1 sollte daher zumindest folgendermaßen modifiziert werden:  
„Die Regulierungsbehörde soll im Rahmen oder zur Vorbereitung von Verfahren der Entgeltregulierung anordnen, dass ...“**

#### § 28

Da der Gesetzgeber ausweislich der **Begründung zu § 28 Abs. 1** nach § 19 auferlegte Zugangsverpflichtungen als „wesentlich“ erachten und einer ex ante Entgeltregulierung unterziehen will, und da Fakturierungsleistungen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 7 gemäß § 28 Abs. 2 gleichzeitig ex post entgeltreguliert werden sollen, lässt sich schließen, dass der Gesetzgeber Fakturierungsleistungen systemwidrig als „wesentliche Zugangsleistung zweiter Klasse“ einstufen will. Dies kann aufgrund der Bedeutung von Fakturierung und Mahnung nicht gewollt sein (siehe hierzu auch Kommentierung zu § 19 Abs. 2 Nr. 7).

**§ 28 Abs. 2 ist daher zu streichen.**

Gemäß § 28 Abs. 6 Satz 1 sollen sich die Entgelte des

Marktbeherrschers für Resale-Angebote aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis ergeben, die einem effizienten Anbieter die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglichen. Damit wird das Kostenmodell Retail Minus zwar beschrieben, jedoch wird nicht beschrieben, wann es zur Anwendung kommen soll. Zudem ist der Abschlag auf den Endkundenpreis hinsichtlich der Verzinsung nicht klar genug definiert. Es stellt sich die Frage, ob Abschläge für eingesparte Leistungen wie Marketing und Vertrieb in der „angemessenen Verzinsung“ enthalten sind.

Gemäß **§ 28 Abs. 6 Satz 2** soll das Entgelt darüber hinaus mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen, ohne dass festgelegt wird, welche Maßnahmen die RegTP ergreifen muss, falls die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aufgrund dieser Verknüpfung von Endkundenpreis und Vorleistungsentgelt unterschritten werden. Dies erscheint möglich, wenn das ehemalige staatsmonopolistische Unternehmen aufgrund des avisierten Wegfalls der Entgeltgenehmigungspflicht Dumping-Preise am Endkundenmarkt platziert.

Insbesondere reicht ein Dumpingverbot und eine entsprechende Kontrolle nicht aus, da ein Unterschreiten der Kostengrenze nicht schon mit Dumping gleichgesetzt werden kann. Damit kann ein schlüssiges Entgeltkonzept leicht unterlaufen werden.

**Es ist deshalb einerseits notwendig, die zitierte „angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt“ genauer zu definieren, so dass sichergestellt wird, dass keine Preis-Kosten-Schere auftreten kann.**

**Es muss zudem sichergestellt werden, dass als Anreiz zur Dumpingvermeidung beim Marktbeherrscher entweder unmittelbar Eingriffe in die Gestaltung der Endkundenentgelte durch die RegTP möglich sind oder alternativ eine Absenkung aller Arten von relevanten Vorleistungen unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermöglicht wird. Hierzu sollte § 28 Abs. 6 Satz 2 gestrichen werden.**

Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum RegE diese Forderung aufgegriffen und eine Prüfbitte an die Bundesregierung formuliert: Danach ist die Bundesregierung angehalten zu prüfen, ob die bisherigen Regelungen zur Endkundenentgeltregulierung ausreichen und ob zur Festlegung des Resalepreises zusätzliche Regelungen erforderlich sind, um die Entgelte konsistent aufeinander abzustimmen und um so Dumpingstrategien bei den Endkundenentgelten nachhaltig zu verhindern (Ziff. 25 BR-Drs. 755/03).

#### § 29

Nach **§ 29 Abs. 1** dürfen genehmigungsbedürftige Entgelte für Zugangsleistungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung „nicht überschreiten“ (bisher „orientieren“). Dies ist zu begrüßen. Allerdings sollte darüber hinausgehend ausdrücklich geregelt werden, dass die Ist-Kosten die Grenze der genehmigungsfähigen Entgelte bilden, wenn die Ist-Kosten unterhalb der rechnerisch ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen.

**Es sollte deshalb klar gestellt werden, dass bei**

**weitgehend abbeschriebenen, jedoch noch nutzbaren Einrichtungen die Zugangsnachfrager nicht mehr für eine Vorleistung zahlen, als dem Zugangsverpflichteten tatsächliche Kosten entstehen.**

In § 29 Abs. 2 Satz 1 wird definiert, woraus sich die für Entgeltgenehmigungen maßgeblichen Kosten effizienter Leistungsbereitstellung zusammen setzen sollen. Diese Definition lässt jedoch befürchten, dass hierdurch bereits zu Monopolzeit vollständig abbeschriebene „Kosten“ des ehemaligen Staatsmonopolisten nochmals berücksichtigt werden könnten, so dass diesem ungerechtfertigte und marktverzerrende Doppelleistungen zugebilligt würden.

Gleichermaßen ist § 29 Abs. 2 Satz 1 insofern unvollständig, als Konstellationen nicht angemessen berücksichtigt werden, in denen die tatsächlichen Kosten des Marktbeherrschers unter den berechneten Kosten effizienter Leistungsbereitstellung liegen. Um dem Konsistenzgebot ausreichend Rechnung zu tragen und Marktverwerfungen zu vermeiden, können in diesen Fällen nur die Ist-Kosten berücksichtigungsfähig sein.

**Nach § 29 Abs. 2 Satz 1 sollten deshalb folgende Regelungen eingeführt werden: „Hierbei sind solche Kosten nicht berücksichtigungsfähig, die aus vor der Öffnung der Telekommunikationsmärkte resultierenden Anschaffungen herrühren, die zum Zeitpunkt der Marktöffnung bereits abgeschrieben waren. Die nach Satz 1 und 2 zu berechnenden Kosten dürfen die tatsächlichen Kosten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht nicht überschreiten.“**

Gemäß § 29 Abs. 4 darf die Regulierungsbehörde bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nur noch die dort aufgezählten vier Kriterien prüfen. Die noch im Referentenentwurf enthaltene „insbesondere“-Klausel, die auch eine Einbeziehung weiterer Kriterien ermöglicht hätte, ist damit ebenso entfallen wie die einzigen auch Wettbewerbsauswirkungen berücksichtigenden Kriterien in § 27 Abs. 4 Nr. 4 RefE und § 27 Abs. 4 Nr. 5 RefE. Dies ist nicht hinnehmbar, da die nunmehrigen Kriterien nach allgemeinen ökonomischen Erkenntnissen keinesfalls den alleinigen Maßstab für eine angemessene Verzinsung bilden können.

**Soll ein Kriterienkatalog in § 29 Abs. 4 beibehalten werden, ist dieser zwingend wieder mit einer „insbesondere“-Klausel zu versehen und um die grundlos entfallenen Kriterien aus § 27 Abs. 4 Nr. 4 RefE und § 27 Abs. 4 Nr. 5 RefE zu ergänzen.**

Diese Forderung hat der Bundesrat im Rahmen seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen: Er setzt sich für einen Abwägungs- und Beurteilungsspielraum der RegTP ein, der es ihr ermöglichen soll, auch weitere als die genannten Kriterien zu berücksichtigen. Ferner bittet der Bundesrat die Bundesregierung, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu überprüfen, inwieweit kapitalmarktorientierte Bewertungsverfahren nach internationalem Standard zur Anwendung kommen sollen. Er fordert die Bundesregierung auf, ein Konzept vorzulegen, das die regulierungsökonomische Praxis hinsichtlich der Festlegung einer angemessenen Eigenkapitalverzinsung im Rahmen der Entgeltgenehmigung

und vor dem Hintergrund internationaler Vergleichsmaßstäbe darstellt (Ziff. 28 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung die Prüfung der vom Bundesrat aufgeworfenen Fragen zugesagt (Ziff. 28 BT-Drs. 15/2345).

Die in § 29 Abs. 4 vorgesehenen Kriterien wären ferner wie folgt zu modifizieren:

Nach § 29 Abs. 4 Nr. 1 ist die Kapitalstruktur des regulierten Unternehmens bei der Verzinsungsfestlegung zu prüfen.

**Hier sollte nur die „bilanziell gewogene Kapitalstruktur“ des regulierten Unternehmens berücksichtigungsfähig sein, damit nicht die Verzerrung durch eine an der Kapitalmarkt看wertung orientierte Eigenkapitalbewertung diese Struktur zu Gunsten des höheren Eigenkapitalzinssatz verzerrt.**

Gemäß § 29 Abs. 4 Nr. 2 sollen die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung des regulierten Unternehmens auf diesen Märkten zu prüfen sein. Auf diese Weise werden Wettbewerber an unternehmerischen Risiken des regulierten Unternehmens beteiligt, auf die sie keinerlei Einfluss haben (z.B. Voicestream-Kauf der DTAG).

**Die Kosten der Vorleistungen müssen jedoch unabhängig von unternehmerischen Aktivitäten des Marktbeherrschers auf anderen Märkten und zwingend anhand der leistungsspezifischen Risiken ermittelt werden.**

§ 29 Abs. 4 Nr. 3 gibt vor, dass die langfristigen Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital zu prüfen sind, dessen leistungsspezifische Risiken jedoch nur gewürdigt werden „können“. Hieran zu kritisieren, dass interne Renditevorgaben des Marktbeherrschers als Basis für dessen Eigenkapitalverzinsung dienen sollen, die leistungsspezifischen Risiken bei der Eigenkapitalverzinsung dabei jedoch nicht zwingend zu berücksichtigen sind.

**§ 29 Abs. 4 Nr. 3 ist daher entweder zu streichen oder wie folgt zu fassen:**

**„...die langfristigen Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital, wobei allerdings die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals gewürdigt werden müssen“.**

Entgegen der ursprünglichen Regelung im Arbeitsentwurf wurde zur Bemessung des Kapitalzinssatzes in § 29 Abs. 4 Nr. 4 ein Benchmark mit vergleichbaren Anbietern in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union aufgenommen. Ein solcher Vergleich kann nicht nur dazu führen, dass Fehlentscheidungen anderer Länder auf Deutschland übertragen werden. Auch herrschen in anderen EU-Mitgliedsstaaten andere regulatorische und ökonomische Rahmenbedingungen (z.B. hinsichtlich der Steuersysteme und der Wirtschafts-, Geld- und Kapitalmarktpolitik), die zu vollkommen unterschiedlichen Eigenkapitalverzinsungen führen. Bereits die sich daraus ergebenden unterschiedlichen Zinssätze zeigen, dass hinsichtlich der Eigenkapitalverzinsung keine Vergleichbarkeit gegeben ist. Auch sind die etwaigen Vergleichsunterneh-

men (beispielsweise hinsichtlich deren unterschiedlicher Kapitalstrukturen und Geschäftsmodelle) nicht mit dem hiesigen vergleichbar.

Würden die durchschnittliche kapitalmarktübliche Verzinsung derartiger Anbieter dennoch berücksichtigt, müssten die deutschen Wettbewerber überhöhte Vorleistungsentgelte entrichten, die zu höheren Endkundenpreisen im Wettbewerb führen würden.

**§ 29 Abs. 4 Nr. 4 ist daher zu streichen.**

**§ 32**

Sofern es sich nicht ausschließlich um Fälle des Preishöhenmissbrauchs handelt, macht Price Cap nur als zusätzliches Instrument Sinn. Das liegt zum einen daran, dass eine Korbbildung immer mit Fehlern behaftet ist bzw. Quersubventionierungspotentiale anbietet, die durch eine Entgeltregulierung in einem zu liberalisierenden Markt gerade unterbunden werden sollen. Zudem ist das Price Cap-Instrument sinnvollerweise nur auf solchen Märkten einsetzbar, in denen der Fortschritt nicht derart voranschreitet wie im Telekommunikationsbereich.

**Die Entgeltregulierung im Wege des Price-Cap-Verfahrens ist daher entweder zu streichen oder dahingehend zu modifizieren, dass alle Entgelte in Einzelkörben geprüft werden, um Quersubventionierungspotentiale zu unterbinden.**

**§ 34**

In § 34 Abs. 1 ist vorgesehen, dass bei Price-Cap-Maßnahmen nur das regulierte Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, obwohl auch andere Marktteilnehmer durch diese Maßnahmen betroffen sind.

**Deshalb müssen auch Dritte Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Ferner müssen Anträge für Entgelte, die im Rahmen des Price-Cap festgelegt werden, veröffentlicht werden.**

**§ 36**

Gemäß § 36 Abs. 1 Satz 3 sind Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, der Regulierungsbehörde unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben.

In der Begründung heißt es, dass vornehmlich Verträge nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens unter diese Regelung fallen sollen.

Öffentliche Ausschreibungen sind gemäß dem noch aus Monopolzeiten resultierenden § 100 Abs. 2 lit.k GWB bei „Fernsprechkonzeptionen“ jedoch nicht durchzuführen.

**§ 36 Abs. 1 Satz 3 sollte daher gestrichen werden. Gleichfalls sollte § 100 Abs. 2 lit.k GWB entfallen, um damit einhergehende, letztlich endnutzerschädliche, Wettbewerbsbeschränkungen aufzuheben.**

Gemäß § 36 Abs. 2 leitet die Regulierungsbehörde eine nachträgliche Entgeltüberprüfung nur noch dann ein, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, welche die Annahme missbräuchlicher Entgelte nach § 24 rechtfertigen. Damit ist das noch im Referentenentwurf

vorgesehene Antragsrecht auf Einleitung einer solchen Überprüfung ersatzlos gestrichen worden.

Dies ist nicht hinnehmbar.

Die Herabsenkung der Regulierungsintensität des ehemaligen Staatsmonopolisten ist nach eigenen Aussagen des Gesetzgebers nur dann zu rechtfertigen, wenn eine wirksame Marktaufsicht durch eine strenge ex post Kontrolle sicher gestellt werden kann.

Diese ist ohne Antragsrecht nicht möglich, da die bisherigen Erfahrungen gezeigt haben, dass eine effiziente ex post Marktaufsicht durch teilweise jahrelange Vorermittlungen des Regulierers konterkariert wurde. Dies kann nur dadurch verhindert werden, dass die RegTP zu einem „unverzöglichen“ Eingreifen nach Antragstellung angehalten werden kann.

Ein solches Antragsrecht führt auch zu keinem unzumutbaren Mehraufwand für die Regulierungsbehörde, da offenkundig unschlüssige Anträge schnell als solche zurück gewiesen und der Gefahr missbräuchlich gestellter Anträge durch eine - auch in anderen Gesetzen üblichen - Strafgebühr für den missbräuchlichen Antragsteller vorgebeugt werden könnte.

**Nach alledem muss § 36 Abs. 2 wieder in die Fassung des Referentenentwurfs zurück geführt werden: „Auf Antrag oder wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden ...“.**

Diese Forderung hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE vollumfänglich aufgegriffen und als Änderungsformulierung in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht: In Anbetracht der Absenkung der Regulierungsintensität für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch den Wegfall der ex-ante-Entgeltregulierung sei ein Antragsrecht für die Wettbewerbsunternehmen erforderlich, um eine schnelle ex-post-Aufsicht zu ermöglichen. Andernfalls könnten langwierige Vorermittlungsphasen zeitnahe Entscheidungen verhindern (Ziff. 32 BR-Drs. 755/03).

**§ 37**

In § E 13 Abs. 3 ArbE war vorgesehen, dass ein auf einem Endkundenmarkt marktbeherrschendes Unternehmen, das zugleich Zugang zu einer entsprechenden wesentlichen Vorleistung gewähren muss, verpflichtet sein sollte, gleichzeitig mit einer geplanten Entgeltmaßnahme im Endnutzerebereich ein Angebot für diese Vorleistung vorzulegen.

Im Regierungsentwurf ist der klare Rechtsanspruch gegenüber dem Marktbeherrscher zum gleichzeitigen Angebot eines Vorleistungsprodukts bei Einführung oder Änderung eines Endkundenprodukts entfallen. Im Sinne eines konsistenten Entgeltkonzepts muss der marktbeherrschende Betreiber jedoch verpflichtet werden, gleichzeitig mit einer geplanten Entgeltmaßnahme ein qualitativ gleichwertiges Vorleistungsangebot für wesentliche Zugangsleistungen vorzulegen, da bei für die Leistungserstellung wesentlichen Vorleistungen der ehemalige Staatsmonopolist oftmals alleiniger Anbieter ist. Die Wettbewerber sind nicht nur auf einen entbündelten und kosteneffizienten, sondern ebenso auf einen zeitnahen Zugang zu diesen Vorleistungen angewiesen.

Grundsätzlich hätte sich ein solcher Anspruch nach den Regelungen des Referentenentwurfs möglicher-

weise noch aus § 16 (in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot der besonderen Missbrauchsansicht aus § 38 Abs. 2 RefE) herleiten lassen.

Allerdings hatte die Regulierungsbehörde bereits in ihrer Kommentierung des Referentenentwurfs selbst bezweifelt, „ob die mit § E 13 Abs. 3 des Arbeitsentwurfs verfolgte Zielsetzung allein mit den Regelungen in § 16 TKG-E realisiert werden kann“ (Stellungnahme der RegTP zum Referentenentwurf, S.14).

**Diese Zweifel gelten für den Kabinettsentwurf umso mehr, als die in § 38 Abs. 2 RefE noch als marktmachtmissbräuchlich eingestufte verspätete Bereitstellung von intern genutzten oder am Markt angebotenen Leistungen nunmehr auch gestrichen worden ist.**

Eine gesetzliche Verpflichtung des ehemaligen Staatsmonopolisten, zeitgleich mit einer geplanten Endnutzer-Entgeltmaßnahme ein wesentliches Vorleistungsprodukt anzubieten, muss daher zwingend fest geschrieben werden.

Behauptungen des ehemaligen Staatsmonopolisten, die zeitgleiche Bereitstellung sei zur Entwicklung von Wettbewerb nicht erforderlich, würde Investitionen und Innovationen verhindern oder verstoße gegen einen „Schutz wie bei Patenten“ für Telekommunikations-Endnutzerleistungen, entbehren jeglicher Grundlage.

So hat selbst T-Online France ein Verfahren beim französischen Wettbewerbsrat angestrengt und dort unter anderem erfolgreich vorgetragen, dass die verspätete Bereitstellung von (DSL-) Vorprodukten an Wettbewerber missbräuchlich ist und zu einer Quasi-Monopolisierung des (französischen DSL-) Marktes durch den ehemaligen Staatsmonopolisten geführt hat.

Eine Verpflichtung zur zeitgleichen Bereitstellung von wesentlichen Vorleistungen und Endkundendiensten ist auch nicht investitions- oder innovationshemmend, da dem Marktbeherrscher bei einer solchen Verpflichtung gegenüber sämtlichen Wettbewerbern weiterhin deutliche Zeit- und Mengenvorteile verbleiben.

Zeitlich könnte ein Endkundendienst vom Marktbeherrscher regelmäßig früher am Markt platziert werden, da die Wettbewerber auf die entsprechende Vorleistung noch ihr unternehmensspezifisches, sich vom Angebot des marktbeherrschenden Unternehmens unterscheidendes und wettbewerbsfähig auszugestaltendes Endkundenangebot entwickeln müssten (wodurch wiederum Innovationen gefördert werden würden). Ferner hätte der ehemalige Staatsmonopolist aufgrund seiner fortbestehenden übermächtigen Marktstellung Mengenvorteile und Skaleneffekte, von denen Wettbewerber aufgrund ihrer Größe niemals profitieren könnten.

Schließlich kann der Marktbeherrscher für die Marktplatzierung neuer Angebote auch keinen „Schutz wie bei Patenten“ proklamieren, da bei Patenten nachgewiesen werden muss, dass es sich bei der entsprechenden Leistung um eine neue, auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhenden Erfindung handelt. Da das Neuheitskriterium bereits dann verneint wird, wenn die Öffentlichkeit zuvor die Möglichkeit hatte, von der

„Erfindung“ Kenntnis zu nehmen, wird eine Telekommunikations-Leistung bereits deshalb schwerlich patentierbar sein oder einen „Schutz wie bei Patenten“ genießen können.

**Nach alledem müsste eine Verpflichtung zur zeitgleichen Bereitstellung wesentlicher Vorleistungen daher in den „Soll“-Katalog in § 19 Abs. 3 eingeführt oder § 37 wieder um einen § E 13 Abs. 3 ArbE entsprechenden § 37 Abs. 4 ergänzt werden:**

**„Sofern ein auf einem Endkundenmarkt marktbeherrschendes Unternehmen verpflichtet ist, Zugang zu einer entsprechenden Zugangsleistung nach § 19 zu gewähren, die Bestandteile enthält, die gleichermaßen für ein Angebot auf dem Endkundenmarkt wesentlich sind, ist das Unternehmen verpflichtet, gleichzeitig mit einer geplanten Entgeltmaßnahme im Endnutzerbereich ein Angebot für die Vorleistung vorzulegen, das insbesondere den Vorgaben des § 26 genügt. Sofern das marktbeherrschende Unternehmen kein solches Vorleistungsangebot vorlegt, kann die Regulierungsbehörde die Forderung des Endkundenentgelts ohne weitere Prüfung untersagen.“**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen: Danach ist die im ArbE vorgesehene Verpflichtung zur Vorlage eines Angebots für wesentliche Vorleistungen wieder vorzusehen. Nach Auffassung des Bundesrats ist es unzureichend, wenn dieses Angebot erst über ein Missbrauchs- oder Anordnungsverfahren von den Wettbewerbern erstritten werden muss (Ziff. 33 BR-Drs. 755/03).

Nach § 37 Abs. 1 kann die Regulierungsbehörde Entgelte marktbeherrschender Anbieter von Endnutzern nur noch dann einer Entgeltgenehmigung unterwerfen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber-(vor-)auswahl nach § 38 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 führen würde. In § 35 Abs. 1 RefE war dem gegenüber noch vorgesehen, dass der Regulierungsbehörde bezüglich der Frage, ob die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber-(vor-)auswahl zur Erreichung der definierten Regulierungsziele ausreichen, ein – gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer – Beurteilungsspielraum zustehen sollte.

Nach der nunmehrigen Fassung müsste die Regulierungsbehörde hingegen sämtliche Erwägungen zur Entscheidung, dass eine Endnutzer-Entgeltregulierung weiterhin notwendig ist, vollumfänglich gerichtsfest darlegen und beweisen. Damit wird eine Regulierung von Entgelten bei Endnutzerleistungen de facto nicht mehr stattfinden können.

**Dies ist europarechtlich äußerst fragwürdig, da die Mitgliedsstaaten nach Art. 17 Abs. 1 Universalien-Richtlinie sicher zu stellen haben, dass die nationale Regulierungsbehörde bei nicht-wirksamem Wettbewerb und wenn die Regulierungsbehörde „zu der Schlussfolgerung kommt“, dass Zugangsverpflichtungen und Betreiber-(vor-)auswahl nicht zur Erreichung der vorgegebenen Regulierungsziele ausreichen, geeignete Verpflichtungen zwingend „auferlegt“.**

Durch das Entfallen des - in der Richtlinie damit angelegten - Beurteilungsspielraums in § 37 Abs. 1 Satz 1 ist damit auf Tatbestands- und Rechtsfolgenseite ein Umsetzungsdefizit zu befürchten.

**§ 37 Abs. 1 Satz 1 sollte deshalb folgendermaßen korrigiert werden:**

**„Die Regulierungsbehörde unterwirft Entgelte von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bezüglich des Angebots von Endnutzerleistungen einer Entgeltgenehmigung, wenn sie auf Grund des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums zu dem Schluss kommt, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiber(-vor-)auswahl nach § 38 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 führen würden.“**

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 2 soll die Genehmigungspflicht ferner auf solche Märkte beschränkt werden, auf denen „in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs zu rechnen ist.“ Auch hier erscheint äußerst fraglich, ob diese Beschränkung der Regulierung im Endkundenbereich über das im Richtlinienentwurf vorgesehene Maß europarechtlich zulässig ist. Ferner ist die Auslegung des Begriffs „auf absehbare Zeit“ völlig offen.

**§ 37 Abs. 1 Satz 2 ist deshalb zu streichen.**

Entgegen § 37 Abs. 3 Satz 2 darf nicht in das Ermessen der RegTP gestellt werden, ob Entgeltmaßnahmen des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht vor dem geplanten Inkrafttreten vorgelegt werden müssen. Die im Arbeitsentwurf noch vorgesehene Vorlagepflicht ist notwendig, damit die Regulierungsbehörde rechtzeitig – bevor ein Entgelt im Markt ist - einen Missbrauch feststellen und unterbinden kann.

**Die „Kann“-Regelung muss deshalb in eine Verpflichtung umgewandelt werden:**

**„Unter Beachtung von Abs. 1 Satz 1 verpflichtet die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben.“**

In § 37 Abs. 3 Satz 3 ist vorgesehen, dass die Regulierungsbehörde innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige einer Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung untersagt, wenn die geplante Entgeltmaßnahme „offenkundig“ nicht mit § 26 vereinbar wäre.

Hier ist zunächst fraglich, wann ein solcher „offenkundiger“ Widerspruch zu § 26 vorliegen soll.

Eine bloße, zudem befristete, Untersagung von Entgelten könnte zudem zu Vollzugsdefiziten führen, denen mit einer Befugnis der RegTP zur Anordnung von Entgelten vorgebeugt werden könnte. Eine solche Anordnungsbefugnis würde auch den Anreiz des Marktbeherrschers erhöhen, rechtmäßige Entgelte zur Kenntnis zu geben bzw. in den Markt zu bringen.

**§ 37 Abs. 3 sollte deshalb um folgenden Einschub zwischen § 37 Abs. 3 Satz 3 und Satz 4 ergänzt werden: „Die Regulierungsbehörde hat ferner die Befugnis, rechtskonforme Entgelte anzuordnen.“**

*Abschnitt 4 – Sonstige Verpflichtungen*

## § 38

Nach § 38 Abs. 1 Satz 5 unterliegen Entgelte für Endnutzer, die Betreiber(-vor-)auswahl in Anspruch nehmen wollen, der ex post Regulierung. Diese Regelung dient ausweislich der Begründung zur Umsetzung von Art. 19 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie.

Nach Art. 19 Abs. 3 Universaldienst-RL haben die nationalen Regulierungsbehörden jedoch dafür zu sorgen, dass die Entgelte für Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit Betreiber(-vor-)auswahl kostenorientiert fest gelegt werden.

Zur Vermeidung eines etwaigen Umsetzungsdefizits sollten die Vorleistungs-Entgelte im Zusammenhang mit der Betreiber(-vor-)auswahl daher explizit einer Genehmigung nach § 29 Abs. 1 unterstellt werden, da eine Kostenorientierung von Entgelten nur durch eine Genehmigungspflicht gemäß § 29 Abs. 1 in sämtlichen Fällen sicher gestellt werden kann.

**§ 38 Abs. 1 Satz 5 sollte daher wie folgt lauten:**

**„Entgelte für Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit den vorgenannten Diensten unterliegen der Genehmigungspflicht nach § 29.“**

*Abschnitt 5 – Besondere Missbrauchsaufsicht*

## § 40

In § 40 Abs. 2 und 3 werden widerlegbare Vermutungstatbestände für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung aufgeführt. Dies ist grundsätzlich begrüßenswert.

Allerdings sind Entlastungsmöglichkeiten für die dort beispielhaft aufgeführten Marktmachtmissbräuche wie die unangemessene, unerklärliche oder ungerechtfertigte Verzögerung der Bearbeitung von Zugangsanträgen kaum denkbar, da diese ansonsten eben nicht unangemessen, unerklärlich oder ungerechtfertigt wären.

**Es sollte daher überlegt werden, ob die aufgeführten Marktmachtmissbräuche als unwiderlegbare Vermutungen ins Gesetz aufgenommen werden sollten.**

**§ 38 Abs. 2 und § 38 Abs. 3 könnten dann folgendermaßen beginnen:**

**„Ein Missbrauch im Sinne des Absatzes 1 wird unwiderlegbar vermutet, wenn...“.**

§ 40 Abs. 2 ist auch insofern unzureichend, als ein Missbrauch nunmehr dann nicht mehr vermutet wird, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst sowie seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zeitlich früher als anderen Unternehmen einräumt.

Somit wird dem ehemaligen Staatsmonopolisten eine nicht zu rechtfertigende gesetzliche Diskriminierungserlaubnis von Wettbewerbern eingeräumt, die umso schwerer wiegt, als die noch in § E 13 Abs. 3 ArbE vorgesehene Verpflichtungsmöglichkeit des Marktbeherrschers, zeitgleich zur Marktplatzierung eines Endkundenangebots eine für ein solches Angebot wesentliche Vorleistung bereit zu stellen, ebenfalls entfallen ist.

**Demnach sollte § 40 Abs. 2 wie folgt gefasst werden:**

**„Ein Missbrauch im Sinne des Absatzes 1 wird unwiderlegbar vermutet, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst oder seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen, zeitlich früher oder zu einer besseren Qualität ermöglicht, als ...“ .**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen und sich für die Aufnahme der Formulierung „zeitlich früher“ in § 40 Abs. 2 ausgesprochen (Ziff. 37 BR-Drs. 755/03).

Auch in § 40 Abs. 4 fehlt bisher ein Antragsrecht, das einen Anspruch auf Bescheidung eines Missbrauchsantrags garantiert.

Wie bereits zum notwendigen Antragsrecht in § 36 Abs. 2 ausgeführt, ist die Herabsenkung insbesondere der ex-ante-Regulierung des ehemaligen Staatsmonopolisten nach eigenen Aussagen des Gesetzgebers nur dann zu rechtfertigen, wenn eine wirksame Marktaufsicht durch eine strenge ex post Kontrolle sicher gestellt werden kann.

Dies kann auch hier nur durch ein Antragsrecht geschehen.

Ein solches Antragsrecht ist in Marktaufsichtsgesetzen auch üblich und führt zu keinem unzumutbaren Mehraufwand auf Seiten der RegTP, da offenkundig unschlüssige Anträge schnell als unzulässig zurück gewiesen werden könnten. Der Gefahr missbräuchlich gestellter Anträge könnte dabei durch eine - auch in anderen Gesetzen üblichen - Strafgebühr für den missbräuchlichen Antragsteller vorgebeugt werden.

Dieses Antragsrecht würde zudem dem bisher unzureichenden § 40 Abs. 4 Satz 2 Geltung verschaffen können. In § 40 Abs. 4 Satz 2 ist vorgesehen, dass Missbrauchsentscheidungen in der Regel innerhalb von vier Monaten nach Einleitung eines Missbrauchsverfahrens getroffen werden sollen. Diese Entscheidungsfrist mag zwar begrüßenswert sein.

Die bisherigen Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass derartige Regelentscheidungsfristen durch teilweise jahrelange Vorermittlungen konterkariert wurden. Ein derartiger Effizienzverlust kann nur dadurch verhindert werden, dass die viermonatige Entscheidungsfrist mit Antragsstellung zu laufen beginnt.

§ 40 Abs. 4 ist auch insofern unzureichend, als der Regulierungsbehörde ein Entschließungsermessen zukommen soll, ob sie gegen Marktmachtmissbräuche vorgeht.

Wenn die Regulierungsintensität gegenüber dem ehemaligen Staatsmonopolisten - wie im Regierungsentwurf vorgesehen - in weitreichendem Umfang beschränkt werden soll, muss das missbräuchliche Ausnutzen marktbeherrschender Stellungen konsequent geahndet werden. Daher muss sie gegen missbräuchliche Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen vorgehen.

§ 40 Abs. 4 ist schließlich auch insofern unzureichend, da die Regulierungsbehörde nach der bisherigen Regelung nur gegen Marktmachtmissbräuche vorgehen kann, die zum Abschluss des Missbrauchsverfahrens noch andauern („...seine marktbeherrschende Stellung

missbräuchlich ausnutzt“). Damit hätte es der Marktbeherrscher in der Hand, seine Marktmacht jeweils bis zum Abschluss entsprechender Missbrauchsverfahren missbräuchlich auszunutzen, ohne dafür sanktioniert zu werden.

Um die aufgrund der bisherigen Erfahrungen zu befürchtenden Missbräuche in Serie zu vermeiden, muss deshalb eine zusätzliche Regelung geschaffen werden, die Feststellungen zu bereits beendeten Marktmachtmissbräuchen zulässt.

**Nach alledem könnte § 40 Abs. 4 daher folgendermaßen modifiziert werden:**

**„Auf Antrag oder von Amts wegen trifft die Regulierungsbehörde eine Entscheidung, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu beenden. Dazu kann sie dem Unternehmen, das seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Eine solche Entscheidung muss innerhalb einer Frist von vier Monaten nach Einleitung des Verfahrens getroffen werden. Bei einer Antragstellung nach Satz 1 ist der Eingang des Antrags der Fristbeginn.“**

Der Bundesrat hat diese Formulierung in seiner Stellungnahme zum RegE vollumfänglich übernommen: Nach seiner Auffassung kann ein chancengleicher Wettbewerb nur dann sichergestellt werden, wenn missbräuchliches Verhalten auf den TK-Märkten schnell erkannt und abgestellt werden kann. Die vorgeschlagene Änderungsformulierung kommt diesem Erfordernis nach (Ziff. 38 BR-Drs. 755/03).

#### § 41

Gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 „kann“ die Regulierungsbehörde den durch ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten erlangten Mehrerlös aus marktmachtmissbräuchlichem Verhalten nur dann einfordern, wenn sie zuvor eine Missbrauchsverfügung gemäß § 40 Abs. 4 erlassen hat, diese unanfechtbar geworden ist und das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Marktmacht auch nach Erlass der Missbrauchsverfügung weiter ausnutzt.

Aufgrund dieser äußerst hohen, nunmehr noch mit einem Entschließungsermessen der Regulierungsbehörde versehenen, Voraussetzungen ist zu befürchten, dass die Mehrerlösabschöpfung gänzlich leer läuft und damit als Sanktionsmittel gegen Marktmachtmissbräuche ausfällt.

Die vom Gesetzgeber proklamierte Gesetzessystematik, wonach die ex ante Regulierung des ehemaligen Staatsmonopolisten vielfach zugunsten einer scharfen ex post Regulierung und Missbrauchsaufsicht aufgehoben werden soll, wäre damit an einer weiteren Stelle zerstört.

Um dies zu verhindern, muss der Zeitpunkt, ab dem ein missbräuchlich erlangter Mehrerlös abgeschöpft werden kann, vorverlagert werden, um Marktmachtmissbräuche ökonomisch unattraktiv zu machen. Dies könnte erreicht werden, indem die Regulierungsbehörde verpflichtet wird, missbräuchlich erlangte Mehrerlöse abzuschöpfen, sobald dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Einleitung eines

Missbrauchsverfahrens nach § 40 mitgeteilt wird. Spätestens zu diesem Zeitpunkt sind diesem Unternehmen nämlich die Vorwürfe bekannt, so dass es sie überprüfen und gegebenenfalls Konsequenzen beim eigenen Marktverhalten ziehen kann.

So hat auch der Gesetzgeber in der Begründung zu § 39 RefE noch ausgeführt: „Diese Vorschrift orientiert sich an der Regelung in § 34 GWB. Im Gegensatz zum GWB ist jedoch nicht nur der Mehrerlös abzuschöpfen, den das Unternehmen nach Zustellung der Verfügung erlangt hat. Es soll vielmehr auch rückwirkend Mehrerlös abgeschöpft werden können, also ab dem Zeitpunkt, in dem schuldhaftes Handeln nachgewiesen werden kann.“

Genau dies wäre mit einer Abschöpfungspflicht ab Einleitung eines Missbrauchsverfahrens der Fall.

Schließlich ist die nunmehr nur noch vorgesehene Orientierung von § 41 Abs. 1 Satz 1 an § 34 Abs. 1 Satz GWB auch deshalb nicht ausreichend ist, da das GWB von einem selbsttragenden Wettbewerb ausgeht, während das TKG unter anderem die Überführung eines ehemaligen Staatsmonopols in Wettbewerb intendiert.

**Nach alledem sollte § 41 Abs. 1 Satz 1 folgendermaßen modifiziert werden:**

**„Hat ein Unternehmen nach Bekanntgabe eines auf Antrag oder von Amts wegen eingeleiteten Missbrauchsverfahrens gemäß § 40 durch vorsätzliches oder fahrlässiges missbräuchliches Verhalten im Sinne von § 40 einen Mehrerlös erlangt, so ordnet die Regulierungsbehörde an, dass das Unternehmen einen diesem Mehrerlös entsprechenden Geldbetrag an die Regulierungsbehörde abführt (Mehrerlösabschöpfung).“**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen und sich für eine pflichtweise und rückwirkende Mehrerlösabschöpfung ausgesprochen: Würde die Mehrerlösabschöpfung nicht rückwirkend erfolgen, bestünde kein ökonomischer Anreiz zu gesetzestreuem Verhalten (Ziff. 39 BR-Drs. 755/03).

Ferner ist es nicht akzeptabel, dass die Mehrerlösabschöpfung gemäß § 41 Abs. 2 in Fällen „unbilliger Härte“ oder bei „geringen Mehrerlösen“ unterbleiben soll, da es keinerlei Grund gibt, warum Marktmachtmissbräuche in bestimmten Fällen sanktionslos toleriert und damit ökonomisch herausgefordert werden sollen.

**§ 41 Abs. 2 ist daher ersatzlos zu streichen.**

## **Teil 5 – Vergabe von Frequenzen, Nummern und Wegerechten**

### **§ 64**

In § 64 ist keine Regelung mehr vorgesehen, welche die Regulierungsbehörde verpflichtet, die wesentlichen Elemente der Strukturierung und deren Ausgestaltung in ihrem Amtsblatt zu veröffentlichen.

Es ist nicht ersichtlich, warum eine solche Transparenzverpflichtung im Gegensatz zum geltenden TKG und entgegen § N 1 Abs. 2 ArbE nicht mehr vorgese-

hen ist. Die Veröffentlichung war und ist gängige Praxis und sollte daher beibehalten werden.

**§ 64 sollte deshalb folgendermaßen ergänzt werden:**

**„Wesentliche Elemente der Strukturierung und deren Ausgestaltung sind im Amtsblatt der Regulierungsbehörde zu veröffentlichen, soweit dem Gründe der nationalen Sicherheit nicht entgegen stehen.“**

In § 64 Abs. 4 Satz 1 wird das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Maßstäbe und Leitlinien für die Strukturierung, Ausgestaltung und Verwaltung der Nummernräume zu regeln. § 64 Abs. 2 Satz 2 zählt dazu verschiedene in dieser Verordnung zu berücksichtigende Regelungsgegenstände auf. Allerdings enthält dieser Katalog keinerlei Hinweis auf die im „Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs bei 0190er- / 0900er- Mehrwertdiensternummern“ geschaffenen, bisher in §§ 43a-43c, 96 und 97 TKG implementierten Verbraucherschützenden Regelungen (z.B. zur Preisansagepflicht). Ein solcher Hinweis wäre jedoch erforderlich, wenn der Gesetzgeber diese Regelungen – wie bisher geplant – nach Abschluss des TKG-Gesetzgebungsverfahrens in oben genannte, neu zu erlassende (Telekommunikationsnummerierungs-) Verordnung überführen will. Ansonsten würde es an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage fehlen.

Unbeachtet der fortbestehenden Verbesserungsmöglichkeiten beim Gesetz gegen Mehrwertdienstmissbrauch ist allerdings zweifelhaft, ob eine Rückstufung dessen Verbraucherschützender Regelungen in eine Verordnung überhaupt vorgenommen werden sollte. Dadurch könnte nämlich der Eindruck entstehen, dass die Bekämpfung von Mehrwertdienste-Missbräuchen an Bedeutung verloren hat.

**Daher sollten die neu geschaffenen §§ 43a - 43c, 96 und 97 TKG – vorbehaltlich noch vorzunehmender Verbesserungen – grundsätzlich im TKG verbleiben.**

## **Teil 6 – Universaldienst**

### **§ 76**

Gemäß § 76 Abs. 2 Nr. 2 wird die Verfügbarkeit mindestens eines umfassenden Teilnehmerverzeichnisses in von der Regulierungsbehörde gebilligter gedruckter und elektronischer Form als Universaldienstleistung bestimmt.

Nicht klargestellt wird dabei allerdings, was unter „elektronischem Teilnehmerverzeichnis“ zu verstehen ist. Da es in der Vergangenheit hierzu bereits zu Rechtsstreitigkeiten gekommen ist, erscheint eine beispielhafte Klarstellung allerdings unerlässlich.

**§ 76 Abs. 2 Nr. 2 muss daher wie folgt ergänzt werden:**

**„...die Verfügbarkeit mindestens eines umfassenden Teilnehmerverzeichnisses in von der Regulierungsbehörde gebilligter gedruckter Form und elektronischer Form (z.B. im Internet oder über CD-ROM)...“.**

## Teil 7 – Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Öffentliche Sicherheit

### § 94

Der Bundesrat hat sich im Rahmen seiner Stellungnahme zu § 94 Abs. 2 RegE dafür ausgesprochen, Diensteanbieter zu einer Verkehrsdatenspeicherung für eine Dauer von 6 Monaten zu verpflichten. Auf diese Weise solle den Bedürfnissen einer effektiven Strafverfolgung und wirksamen Gefahrenabwehr Rechnung getragen werden (Ziff. 64 BR-Drs. 755/03).

Während die bisherigen datenbezogenen Regelungen im TKG auf die Geschäftstätigkeit der TK-Unternehmen abzielten, wird durch die nunmehr vom Bundesrat in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Änderungsformulierung eine zweckgebundene Verarbeitung von Verkehrsdaten für die öffentliche Sicherheit vorgeschlagen. Damit wird den TK-Unternehmen eine neue, außerhalb ihrer Geschäftstätigkeit stehende Aufgabe als „Hilfsorgane“ von Justiz und Sicherheitsbehörden zugewiesen.

Der Änderungsvorschlag des Bundesrats stellt insoweit eine erhebliche Belastung für die betroffenen Diensteanbieter dar: Es ist unverhältnismäßig und verfassungsrechtlich bedenklich, wenn private Unternehmen zur vorsorglichen Speicherung von Daten in die Pflicht genommen werden. Die Annahme des Bundesrats, dass die damit verbundenen Kosten unerheblich sind, ist irrig und entspricht auch unter der Prämisse sinkender Kosten für Speichermedien nicht der Realität (geschätzter **Kostenaufwand ca. 30 Millionen Euro** für ein Mobilfunkunternehmen mit 8 Mio. Kunden). Es ist zu erwarten, dass die Speicherkapazitäten der betroffenen Unternehmen mindestens verdoppelt werden müssten.

Die Begründung des Bundesrats, dass diese Regelung gerade deshalb nicht auf den gläsernen Bürger abziele, weil die Speicherung bei Privatunternehmen und nicht beim Staat erfolge, ist zweifelhaft: Sie verschleierte nämlich die Tatsache, dass die Erlaubnisschwelle gerade durch die neueren Gesetze im Bereich Gefahrenabwehr auf ein Minimum herabgesenkt wurde und die erhobenen Daten im Ergebnis ausschließlich von den staatlichen Bedarfsträgern genutzt werden. Auf diese Weise kann der Staat ohne großen Aufwand und zu minimalen Kosten auf die erhobenen Daten zurückgreifen.

**Vor diesem Hintergrund ist die vom Bundesrat vorgeschlagene Speicherpflicht von Verkehrsdaten für eine Dauer von 6 Monaten entschieden zurückzuweisen.**

Gemäß § 94 Abs. 3 Satz 4 ist die zielnummernbezogene Verarbeitung und Nutzung von Verkehrsdaten nur zulässig, wenn dabei die Daten des Anrufenden unverzüglich anonymisiert werden.

Eine solche Anonymisierung stünde dem angestrebten Zweck einer solchen Datenverarbeitung allerdings im Weg, da der Diensteanbieter ein Zuordnungsmerkmal benötigt, um feststellen zu können, ob es sich um Einzelanrufe mehrerer Teilnehmer oder vielmehr um mehrere Anrufe des selben Teilnehmers handelt. Es sollte daher die Möglichkeit der Pseudonymisierung bestehen, da eine solche – je nach Grad ihrer Irrever-

sibilität - einer de-facto-Anonymisierung gleichkäme. Gleichzeitig würde auch den schutzwürdigen Belangen des / der Anrufenden ausreichend Rechnung getragen.

**§ 94 Abs. 3 Satz 4 sollte daher wie folgt gefasst werden: „Hierbei sind die Daten des Anrufenden unverzüglich zu anonymisieren oder zu pseudonymisieren.“**

### § 95

Gemäß § 95 Abs. 4 hat der rechnungsstellende Diensteanbieter die Zielrufnummer nach Wahl des Teilnehmers vollständig oder unter Kürzung um die letzten drei Ziffern zu speichern oder mit Versendung der Rechnung an den Teilnehmer vollständig zu löschen.

Damit steht § 95 Abs. 2 teilweise im Widerspruch zu den diesbezüglichen Bestimmungen des „Gesetzes zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er/0900er-Mehrwertdiensterrufnummern“. Nach dessen Artikel 2, welcher am 15.02.2004 in Kraft treten wird, ändert sich § 7 Telekommunikations-Datenschutzverordnung (TDSV) dahingehend, dass 0190er- oder 0900er-Mehrwertdiensterrufnummern ungekürzt gespeichert werden dürfen. Darüber hinaus dürfen dem Kunden nach § 8 Abs. 1 Satz 5 TDSV die nach § 7 Abs. 3 Satz 3 und 4 TDSV nach dem Versand der Rechnung gespeicherten Daten und damit auch die ungekürzt gespeicherten 0190er- oder 0900er-Mehrwertdiensterrufnummern mitgeteilt werden, wenn er Einwendungen gegen die Höhe der Verbindungsentgelte erhoben hat.

Würde § 95 Abs. 4 in der jetzigen Form beibehalten, würde die mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 190er-/0900er-Mehrwertdiensterrufnummern“ intendierte Erhöhung der Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Abrechnungen über 0190er/0900er-Mehrwertdiensterrufnummern zumindest immer dann verfehlt, wenn der Kunde sich für eine Kürzung der Zielrufnummer um die letzten drei Ziffern oder für eine Löschung der Zielrufnummern entscheidet. Dies kann bereits aus Verbraucherschutzaspekten nicht gewünscht sein.

Auch aus Unternehmenssicht kann diese Regelung jedoch nicht bestehen bleiben.

Ansonsten wären die Telekommunikationsunternehmen zunächst mit Inkrafttreten von Artikel 2 des Gesetzes gegen Mehrwertdiensterrufnummern am 15.02.2004 gezwungen, ihre technischen Systeme und Prozessabläufe an die geänderte Rechtslage anzupassen, was bereits mit erheblichem Planungs- und Kostenaufwand verbunden ist.

Nach Inkrafttreten des neuen TKG wären sie wiederum gezwungen, den Zustand vor Inkrafttreten des Missbrauchsgesetzes wieder herzustellen, was wiederum mit erheblichem Planungs- und Kostenaufwand verbunden wäre.

**Um dies zu vermeiden, ist nach § 95 Abs. 4 Satz 2 folgender Einschub vorzunehmen:**

**Abweichend von den in § 95 Abs. 4 Satz 1 getroffenen Bestimmungen dürfen 0190er- / 0900er-(Ziel-)Rufnummern für telefonnahe Dienste ungekürzt gespeichert werden.**

**Ferner ist § 97 Abs. 1 Satz 5 an den ebenfalls am 15.02.2004 in Kraft tretenden § 8 Abs. 1 Satz 5**

**TDSV anzupassen, so dass darauf hinzuweisen ist, dass dem Teilnehmer die gemäß § 95 Abs. 4 ungekürzt gespeicherten 0190er- / 0900er-Rufnummern für telefonnahe Dienste mitgeteilt werden dürfen, wenn er Einwendungen gegen die Höhe der Verbindungsentgelte erhoben hat.**

### § 103

Gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 soll eine Inversssuche nur dann zulässig sein, wenn der Teilnehmer in eine solche Auskunftserteilung eingewilligt hat.

Ein solcher kostentreibender Formalismus ist überflüssig, da jeder Teilnehmer bereits die Möglichkeit hat, sich nicht in Auskunftsverzeichnisse eintragen zu lassen bzw. während Telefongesprächen die eigene Rufnummer zu unterdrücken. Auch in einem Großteil der EU-Mitgliedsstaaten ist eine Inversssuche – mit großer Akzeptanz bei Verbrauchern und Unternehmen – unter weniger formalistischen Voraussetzungen zulässig.

**§ 103 Abs. 2 Satz 2 sollte daher wie folgt gefasst werden:**

**„Unter den Voraussetzungen von Satz 1 ist auch die Inversssuche zulässig.“**

### § 108

§ 108 greift weiterhin unverhältnismäßig in die durch Art. 12, 14 GG verbürgten Grundrechtspositionen aller Marktteilnehmer ein und ist damit verfassungsrechtlich unzulässig.

**So ist in § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 vorgesehen, dass sämtliche technischen Einrichtungen zur Umsetzung gesetzlich vorgesehener Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation auf Kosten der Diensteanbieter vorzuhalten sind, und dass diese organisatorische Vorkehrungen für deren unverzügliche Umsetzung treffen müssen. Durch diese Regelung werden die deutschen Marktteilnehmer seit Jahren mit völlig unverhältnismäßigen Kosten belastet.**

Dies ist aufgrund der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs nicht hinnehmbar. Hierzu sei auf die Entscheidung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs hingewiesen, der zu einer „Parallelvorschrift“ im österreichischen TKG bereits fest gestellt hat, dass die Verpflichtung von TK-Betreibern, alle Einrichtungen zur Überwachung des Fernmeldeverkehrs ohne Anspruch auf Kostenersatz und ohne gesetzlich manifestierte Belastungsgrenze bereitzustellen, gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und damit gegen österreichisches Verfassungsrecht verstößt. Einer verfassungsrechtlichen Überprüfung wird § 108 in der vorliegenden Form ebenfalls nicht Stand halten.

**Um Verfassungsrechtsstreitigkeiten zu vermeiden und um Bedarfsträger zu ökonomisch sinnvollen Forderungen anzuhalten, sollte daher der Passus „auf eigene Kosten“ gestrichen und nach § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 folgender Satz 2 eingeführt werden:**

**„Die den Unternehmen entstehenden Kosten sind zu erstatten.“**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf ansatzweise aufgegrif-

fen und bittet die Bundesregierung, die Kostentragungsvorschriften im 7. Teil des Regierungsentwurf zu Gunsten der betroffenen Unternehmen zu überarbeiten und die nach § 108 Abs. 2 Nr. 1 zu erlassende Rechtsverordnung entsprechend auszugestalten (Ziff. 65 BR-Drs. 755/03).

Der Bundesrat hat sich im Rahmen seiner Stellungnahme zu § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RegE dafür ausgesprochen, dass Betreiber von Telekommunikationsanlagen die technischen Einrichtungen zur Umsetzung der TK-Überwachung **im Inland** vorzuhalten haben. Eine entsprechende Einschränkung sei aus Sicherheitsgründen und vor dem Hintergrund der weiteren Globalisierung und Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte dringend erforderlich. Würde ein Betreiber von Telekommunikationsanlagen seine technischen Einrichtungen im Ausland vorhalten, entstünden den Sicherheitsbehörden bei der Umsetzung von TK-Überwachungsmaßnahmen neben rechtlichen Problemen (insbesondere im Zusammenhang mit Rechtshilfeabkommen und der Auslandszustellung) enorme Kosten. Dies könne letztlich dazu führen, dass die Umsetzung solcher Maßnahmen nicht in vollem Umfang durchgeführt werden könne (Ziff. 67 BR-Drs. 755/03).

Die Begründung des Bundesrats geht sachlich fehl: Adressat einer Überwachungsanordnung (sowohl nach Artikel-10-Gesetz als auch nach der StPO) kann immer nur ein in Deutschland ansässiges und tätiges Unternehmen sein. Demnach kann Verpflichteter im Sinne des TKG auch immer nur ein deutsches Unternehmen sein. Ob das deutsche Unternehmen in diesem Zusammenhang Tochter- oder Schwesterunternehmen im Ausland hat, ist dabei ohne Belang.

Nach den gegenwärtigen gesetzlichen Verpflichtungen (§ 88 Abs. 4 TKG i. V. m. §§ 8, 18 TKÜV und der technischen Richtlinie) liegt der Übergabepunkt an die deutschen Sicherheitsbehörden im Inland. Insoweit ist es technisch völlig unproblematisch, wenn die Überwachungseinrichtungen im Ausland stehen würden.

Der Transport der Daten an den Übergabepunkt fällt bereits jetzt unter die Ausleitungsverpflichtungen des Anordnungsempfängers und ist kostenmäßig auch jetzt schon vom Anordnungsempfänger zu tragen. Von daher ist das in der Begründung vorgebrachte Kostenargument nicht nachvollziehbar.

Auch das Argument des Bundesrats, eine Zustellung der Anordnungsverfügung müsse im Ausland erfolgen, vermag nicht zu überzeugen: Nach § 108 Abs. 1 Nr. 2 b muss der Anordnungsempfänger im Inland liegen und eine entsprechende Stelle im Inland benannt sein. Eine Auslandszustellung ist daher in keinem Fall erforderlich.

Im Ergebnis ist die Umsetzung und Durchführung vorgesehener Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation technisch weder vom Standort der Überwachungseinrichtung abhängig, noch entstehen den Sicherheitsbehörden zusätzlichen Kosten, wenn die Anlage im Ausland stehen würde.

Im Gegenteil werden durch die geplanten Regelungen enorme Kosten für international tätige Unternehmen verursacht. Aufgrund fortgeschrittener Netzwerktechnik gehen diese Unternehmen dazu über, Überwa-

chungen innerhalb der EU (aufgrund der einheitlichen Gesetzgebung) zentral von einem Punkt von einer Anlage mit entsprechendem Personal durchführen zu lassen. (Bei einigen internationalen Unternehmen liegt dieser zentrale Punkt auch in den USA.) Anstatt in jedem EU-Mitgliedsstaat eine eigene Anlage mit eingewiesenem und zugelassenem Personal jederzeit verfügbar zu halten, wäre es völlig ausreichend und technisch unproblematisch, diese Anforderungen durch eine zentral gemanagte Anlage durchzuführen. Die Übergabepunkte an die lokalen Sicherheitsbehörden können trotzdem nach wie vor im jeweiligen Inland liegen. Die Frage, wo die Überwachungseinrichtung vorzuhalten ist, würde faktisch darauf hinauslaufen, dass der Gesetzgeber die Infrastruktur eines Dienstes vorgibt. Dies ist jedenfalls für international tätige Betreiber mit zentralisierten Systemen nicht umsetzbar.

Interne Berechnungen verschiedener Mitgliedsunternehmen haben ergeben, dass beispielhaft für Deutschland eine gesetzeskonforme Überwachungsanlage nebst Organisation und Personal mit 24h-Verfügbarkeit weit über 10 Mio. Euro kosten würde, da häufig aufgrund der besonderen technischen Infrastruktur der Unternehmen, die gesamten Verkehre in Deutschland gespiegelt und gespeichert werden müssten. Sofern nun tatsächlich jedes EU-Land derartige Regelungen einführen würde, würde dies Kosten von ca. 150 Mio. Euro allein für jedes EU-weit tätige Unternehmen bedeuten.

Dem Mehr an Kosten auf Seiten der deutschen Unternehmen steht indes keine qualitative Verbesserung der Überwachung gegenüber. Eine entsprechende Regelung führt vielmehr zu einem gravierenden Wettbewerbsnachteil gegenüber ausländischen Mitbewerbern.

**Vor diesem Hintergrund darf die Forderung des Bundesrats im weiteren Gesetzgebungsverfahren keine Berücksichtigung finden.**

Die Bundesregierung hat im Rahmen ihrer Gegenäußerung diesem Vorschlag des Bundesrats nicht zugestimmt und sich der Ansicht des VATM angeschlossen: Nach ihrer Auffassung greift eine derart gestaltete Vorschrift tief in die kommerzielle Gestaltung der Telekommunikationsanlagen ein. Durch die ausdrückliche Klarstellung in § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 b), dass die Verpflichteten eine im Inland gelegene Stelle zur Entgegennahme der für sie bestimmten Anordnungen zur TK-Überwachung zu benennen haben, ist die Durchsetzung der angeordneten Maßnahmen ausreichend sichergestellt. Wo sich die konkreten technischen Einrichtungen zur TK-Überwachung befinden – ob im Inland oder Ausland, sei dafür ohne Belang (vgl. Nr. 67 BT-Drs. 15/2345).

Der Bundesrat hat sich im Rahmen seiner Stellungnahme zu § 108 Abs. 2 RegE dafür ausgesprochen, im Rahmen der Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) eine Regelung aufzunehmen, die es den Sicherheitsbehörden ermöglicht, die Überwachung von Mobilfunkanschlüssen auch auf der Grundlage der Gerätenummer (IMEI-Nummer) anstatt nur auf der Basis der Rufnummer durchzuführen. Der Bundesrat bittet insoweit den Verordnungsgeber um Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung (Ziff. 71 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat diese Prüfbite des Bundesrats in ihrer Gegenäußerung aufgegriffen und will versuchen, den Vorschlag des Bundesrats außerhalb des TKG-Gesetzgebungsverfahrens, ggf. im Rahmen der Gesamtnovellierung der §§ 100a ff. StPO umzusetzen (vgl. Nr. 71 BT-Drs. 15/2345).

Die Prüfbite des Bundesrats ist kritisch zu betrachten und in der Praxis kaum durchsetzbar, da es keine geordnete und lückenlose Datenbank für IMEI-Nummern gibt. Die Mobilfunkanbieter vertreiben zwar eine große Anzahl von Mobiltelefonen, die IMEI-Nummern sind aber in der Vergangenheit nicht durchgängig gespeichert worden. Anfragen von Behörden können insoweit nur zum Erfolg führen, wenn es eine zentrale, unternehmensübergreifende IMEI-Datenbank gibt. Die Schaffung einer entsprechenden Datenbank ist aus Kosten- und Organisationsgesichtspunkten jedoch nicht zu realisieren.

**Vor diesem Hintergrund darf die Prüfbite des Bundesrats im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht aufgegriffen werden.**

In § 108 Abs. 2 Nr. 1 ist vorgesehen, dass die Bundesregierung in der Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) ermächtigt sein soll, „organisatorische Eckpunkte für die Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen“ festzulegen.

Da die betroffenen Anbieter bereits mit vielfältigsten Verpflichtungen belastet sind, die hohe Kosten verursachen und tief in die Unternehmensorganisation eingreifen, ist nicht hinnehmbar, dass die Bundesregierung mit einem derartigen Vorbehalt noch weiter die interne Organisationsstrukturen der Verpflichteten beeinflussen will.

**Die in § 108 Abs. 2 Nr. 1 vorgesehene Alternative „die organisatorischen Eckpunkte für die Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen einschließlich der Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen durch einen von dem Verpflichteten beauftragten Erfüllungsgehilfen“ ist daher ersatzlos zu streichen.**

#### § 109

Die vielfach von allen Marktbeteiligten geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die nunmehr in § 109 angelegten Verpflichtungen zur Vorratsdatenspeicherung gelten fort. Es ist beispielsweise nicht ersichtlich, wie der Grundsatz der Datensparsamkeit mit den in § 109 Abs. 1 vorgesehenen Verpflichtungen vereinbar sein soll.

Unbeachtlich der verfassungs- und datenschutzrechtlichen Bedenken ist in ökonomischer Hinsicht jedoch auch nicht hinnehmbar, dass die Datenerhebung und -speicherung gemäß § 109 Abs. 1 Satz 5 ohne jegliche Entschädigung erfolgen soll, obwohl die Umsetzung der Vorgaben aus § 109 für die betroffenen Unternehmen erhebliche finanzielle Belastungen mit sich bringt. So müssen interne Arbeitsabläufe umgestellt, Speicherkapazitäten erhöht und / oder neue Schnittstellen implementiert werden. Dies führt zu Mehrkosten in Millionenhöhe.

**§ 109 Abs. 1 Satz 5 ist daher wie folgt zu fassen:**

**„Die Kosten für die Datenerhebung und -speicherung werden erstattet.“**

Der Bundesrat bittet im Rahmen seiner Stellungnahme zu § 109 Abs. 1 RegE, im weiteren Gesetzgebungsverfahren durch normenklare Regelung sicherzustellen, dass die Mobilfunkbetreiber verpflichtet werden, die personenbezogenen Daten ihrer Prepaid-Kartenkunden im öffentlichen Sicherheits- und Strafverfolgungsinteresse zu erheben (Ziff. 73 BR-Drs. 755/03).

Die Verpflichtung, Daten auch bei dem Verkauf von Prepaid-Produkten zu erheben, ist datenschutzrechtlich bedenklich und führt zu hohen Kosten für die Anpassung der Prozesse und die erhöhten Speicherkapazitäten auf Unternehmensseite.

In rechtlicher Hinsicht läuft die Pflicht zur Datenerhebung von Prepaidkarten-Kunden dem Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit aus § 3a BDSG zuwider: Die erhobenen Daten werden von den Telekommunikationsunternehmen nicht benötigt, da der Kunde durch Aufladen der Guthabekarte in Vorleistung tritt und somit keine Rechnung erstellt werden muss. Die Erhebung dient ausschließlich dem Auskunftsbefürfnissen der Sicherheitsbehörden und stellt schon damit eine nach der Rechtsprechung des BVerfG unzulässige Vorratsdatenspeicherung und somit einen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden dar (vgl. hierzu das sog. Volkszählungsurteil des BVerfG, Urteil vom 15.12.1983, Az. 1 BvR 209/83, BVerfGE 65, 1, 46 f.).

Eine Datenerhebung beim Verkauf von Prepaid-Karten wird auch in der Praxis leer laufen: Der Zweck, durch eine Registrierung von Prepaid-Kunden eine effektive Strafverfolgung zu gewährleisten, kann von potentiellen Straftätern ohne großen Aufwand unterlaufen werden, indem sie im benachbarten Ausland Prepaid-Karten erwerben und diese in Deutschland bei der Begehung von Straftaten einsetzen. Vergleichbare Registrierungsverfahren bestehen im Ausland weitestgehend nicht, so dass der Kauf dort anonym bleibt. Durch die vielfach angebotene Möglichkeit des International Roaming können ausländische Prepaid-Karten problemlos in Deutschland genutzt werden. Auf diese Weise können Straftäter die geforderte Identitätsprüfung leicht umgehen.

Außerdem zeigt die Realität, dass die erhobenen und nach Möglichkeit aktualisierten Daten wenig Beweiswert für die Ermittlungsbehörden enthalten, da die Prepaid-Karten häufig von den Erwerbern an Dritte weitergegeben und von diesen nicht nachregistriert werden.

Im übrigen ist es den verpflichteten Unternehmen faktisch nicht möglich, eine "zweifelsfreie" Identitätsprüfung beim Verkauf von Prepaid-Karten durchzuführen. Der Verkäufer im Laden ist häufig nicht in der Lage, Ausweisdokumente (insbesondere ausländische Ausweisdokumente) auf ihre Echtheit oder auf ihren tatsächlichen Inhaber zu überprüfen. In diesem Zusammenhang ist insoweit fraglich, ob durch eine solche Identitätsprüfung verlässliche Daten erhoben werden können.

In der konkreten Umsetzung zerstört die Verpflichtung große und effiziente Vertriebswege für Prepaid-Karten, so beispielsweise den Vertrieb über das Internet, über Teleshops oder den Versandhandel. Gerade

die im bisherigen Gesetzgebungsverfahren diskutierte Pflicht, eine Ausweiskopie durch die Unternehmen vornehmen zu lassen, verhindert den Vertrieb über diese Kanäle, da hier kein direkter Kundenkontakt besteht und auch nicht benötigt wird.

Die Speicherung und Dokumentierung der Ausweisdaten führt nach internen Berechnungen unserer Mitgliedsunternehmen zu einer Verdoppelung des Arbeitsaufwandes und damit zu erheblichen Mehrkosten. Da die Margen bei Prepaid-Produkten sehr gering sind, wurden vielfach interne Prozesse optimiert (sehr kurze Bearbeitungsdauer der Aufträge und Pflege der Bestandsdaten). Dieser Aufwand würde sich bei einer entsprechenden Dokumentierung und Speicherung immens erhöhen und das Angebot von Prepaid grundsätzlich in Frage stellen.

**Vor diesem Hintergrund darf die Prüfbitte des Bundesrats im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht aufgegriffen werden.**

Unklar bleibt in diesem Zusammenhang die Auffassung der Bundesregierung zum Vorschlag des Bundesrats: Sie hat in ihrer Gegenäußerung signalisiert, dem Anliegen des Bundesrats grundsätzlich Rechnung zu tragen. Nach ihrer Ansicht sind bereits alle Mobilfunkanschlüsse (also auch Prepaid- und Credit-Produkte) vom Anwendungsbereich des § 109 Abs. 1 erfasst. Dies ergebe sich im Umkehrschluss aus der Formulierung „bei Festnetzanschlüssen auch die Anschrift des Anschlusses“. Durch Ergänzung der Vorschrift um den Passus „auch soweit diese Daten für betriebliche Zwecke nicht erforderlich sind“ werde im übrigen eine nötige Klarstellung geschaffen. Eine Sonderregelung für die Anbieter von Prepaid-Produkten sei vor diesem Hintergrund entbehrlich (vgl. Nr. 73 BT-Drs. 15/2345).

**Um Rechtssicherheit für die betroffenen Marktteilnehmer zu schaffen und um etwaige Rechtsstreitigkeiten durch gesetzlich undeutlich formulierte Rechtsbegriffe zu vermeiden, sollte im weiteren Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich klargestellt werden, dass die Verpflichtung des § 109 Abs. 1, Kundendaten zu erheben, keine Identitäts- / Ausweisüberprüfung von Prepaid-Kunden oder sogar die Anfertigung von Ausweiskopien umfasst.**

Der Bundesrat hat im Rahmen seiner Stellungnahme zum RegE eine Ergänzung des § 109 Abs. 3 vorgeschlagen: Danach sollen Diensteanbieter zur vollständigen Nacherhebung von Kundendaten verpflichtet werden, wenn ihnen Änderungen einzelner Kundendaten bekannt werden (Ziff. 74 BR-Drs. 755/03).

**Die Forderung führt zu erheblichem Mehraufwand auf Unternehmensseite, da im Gegensatz zur momentanen – mittels Brief, Telefon oder E-Mail möglichen – Änderung von Kundendaten nun eine Datenerhebung unter den Anforderungen des § 109 Abs. 1 notwendig würde. Soweit diese eine Identitäts- / Ausweiskontrolle oder die Anfertigung von Ausweiskopien erfordert, müsste ein Kunde regelmäßig persönlichen Kontakt zu seinem Diensteanbieter suchen. Damit wäre einer unbürokratischen Art der Bestandsdatenänderung auf dem postalischen, telefonischen oder elektronischen Wege die Grundlage entzogen.**

**Im Ergebnis wird eine solche gesetzliche Regelung dazu führen, dass der Kunde die Aktualisierung seiner Daten hinauszögert oder sogar unterlässt. Die Regelung würde damit in der Praxis leer laufen, da die Nacherhebung von Kundendaten nur lückenhaft erfolgen wird.**

**Vor diesem Hintergrund darf die Forderung des Bundesrats zur Nacherhebung von Kundendaten im weiteren Gesetzgebungsverfahren keine Berücksichtigung finden. Zumindest müsste auch an dieser Stelle ausdrücklich klargestellt werden, dass die Verpflichtung des § 109 Abs. 3 Satz 2 (neu), Kundendaten insgesamt nachträglich zu erheben, keine Identitäts- / Ausweisüberprüfung von Prepaid-Kunden oder sogar die Anfertigung von Ausweiskopien umfasst.**

Die von der Bundesregierung im Rahmen ihrer Gegenäußerung angeregte Neufassung des § 109 Abs. 3, eine Nacherhebungspflicht zu normieren, sofern dem Diensteanbieter „eine Erhebung der Daten ohne zusätzlichen Aufwand möglich ist“, bleibt hinsichtlich der Eingriffsschwelle der Verpflichtung unklar und läuft auf eine faktische Pflicht zur Nacherhebung hinaus.

**Vor diesem Hintergrund ist die von der Bundesregierung angeregte Neufassung des § 109 Abs. 3 abzulehnen.**

#### § 110

Nach § 110 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 sind portierte Rufnummern und deren Portierungskennung erst ein Jahr nach dem Zeitpunkt zu löschen, zu dem die Rufnummer an den Netzbetreiber zurück gegeben wurde, dem sie ursprünglich zugeteilt worden war.

Da für den portierenden Netzbetreiber oftmals nicht ersichtlich ist, ob und wann eine Rufnummer an den ursprünglichen Zuteilungsnehmer zurück gegeben wurde, ist zu befürchten, dass portierte Rufnummern und deren Portierungskennung im Regelfall für unbeschränkte Zeit gespeichert werden müssen. Dies sollte aus datenökonomischen Gründen vermieden werden.

**§ 110 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 1 könnte dazu folgendermaßen gefasst werden:**

**„In Fällen portierter Rufnummern können die Rufnummer und die zugehörige Portierungskennung erst ein Jahr nach dem Zeitpunkt gelöscht werden, zu dem die Rufnummer entweder an einen anderen Netzbetreiber weiterportiert wurde, oder zu dem die Rufnummer wieder an den Netzbetreiber zurück gegeben wurde, dem sie ursprünglich zugeteilt worden war, oder zu dem die Rufnummer an die Regulierungsbehörde zurück gegeben wurde.“**

#### Teil 8 – Regulierungsbehörde

#### § 115

Nach § 115 sind Weisungen nur dann im Bundesanzeiger zu veröffentlichen, soweit das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit Weisungen erteilt, die sich unmittelbar oder mittelbar auf den Erlass oder die Unterlassung von Entscheidungen nach § 130 auswirken. Umgekehrt lässt sich daraus ableiten, dass Weisungen, die keine Entscheidung nach § 130 betreffen,

nicht veröffentlicht werden sollen. Dadurch werden nicht nur bereits angesprochene Einflussnahmemöglichkeiten des BMWa auf die RegTP erhöht, sondern auch der Umfang der Einflussnahme intransparent gemacht, da wichtige Vorarbeiten und Weichenstellungen auch bei Entscheidungen nach § 130 bereits im Vorfeld in den Fachabteilungen erfolgen, diesbezügliche Weisungen jedoch nicht publik gemacht werden sollen. Dies ist nicht hinnehmbar.

**Um auch dem von Seiten des Gesetzgebers vorgebrachten Einwand entgegen zu treten, wonach die Veröffentlichung sämtlicher Weisungen im Bundesanzeiger mit unverhältnismäßigem Aufwand und Kosten verbunden sei, könnte § 115 wie folgt modifiziert werden:**

**„Soweit das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit Weisungen erteilt, sind diese Weisungen im Bundesanzeiger oder auf einer im Bundesanzeiger bekannt zu gebenden Internetplattform zu veröffentlichen.“**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen und sich dafür ausgesprochen, Weisungen des BMWa grundsätzlich im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Eine solche Veröffentlichungspflicht sei im Sinne des Transparenzgebotes und zur Stärkung der Unabhängigkeit der RegTP erforderlich (Ziff. 77 BR-Drs. 755/03).

#### § 122

Gemäß § 122 kann die Regulierungsbehörde in geeigneten Fällen den Parteien zur Beilegung telekommunikationsrechtlicher Streitigkeiten einen einvernehmlichen Einigungsversuch vor einer Gütestelle (Mediationsverfahren) vorschlagen.

Ein solches Verfahren mag in Einzelfällen zur Streitbeilegung geeignet sein. Nach den bisherigen Erfahrungen im deutschen Telekommunikationsbereich werden von der Regulierungsbehörde angeregte Einigungsversuche aufgrund der ungleichen Verhandlungspositionen vom Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht und dessen Wettbewerbern jedoch zu meist erfolglos sein. Dann wird das Mediationsverfahren lediglich zu zeit- und kostenaufwendigen Verzögerungen vor einer Entscheidung in der telekommunikationsrechtlichen Streitigkeit führen.

**Es ist daher in § 122 oder in dessen Begründung klarzustellen, dass einer Partei durch die Ablehnung eines Mediationsverfahrens keinerlei Nachteile während der dann durchzuführenden telekommunikationsrechtlichen Streitigkeit drohen.**

#### § 125

Gemäß § 125 Abs. 1 Satz 2 gelten die in § 125 Abs. 1 Satz 1 aufgeführten Auskunftsverlangen nicht für Diensteanbieter, die ihre Dienste nur geschlossenen Benutzergruppen anbieten. Dies ist nicht nachvollziehbar, da die in § 125 Abs. 1 Satz 3 beispielhaft aufgezählten Auskünfte größtenteils auch Diensteanbieter im Sinne von § 125 Abs. 1 Satz 2 betreffen können.

**Die in § 125 Abs. 1 Satz 2 vorgesehene Beschränkung der Berichtspflichten ist daher zu streichen.**

**Teil 9 – Abgaben****§ 142**

Nach **§ 142 Abs. 1 Satz 1** haben Betreiber von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Anbieter von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit einen Beitrag zur Finanzierung der Regulierungsbehörde zu entrichten.

Die Erhebung eines „Telekommunikationsbeitrags“ ist in Deutschland nicht akzeptabel. Richtigerweise verweist die Gesetzesbegründung zu § 139 bereits darauf, dass der europäische Rahmengesetzgeber in Art.12 Genehmigungs-RL lediglich vorgesehen hat, dass zweckgebundene Verwaltungsabgaben erhoben werden können.

Die Marktbeteiligten sind durch die äußerst weitreichenden finanziellen Verpflichtungen zur Sicherstellung der Überwachbarkeit von elektronischen Kommunikationsvorgängen bereits in einem kaum noch zu verkraftenden Maß mit Kosten belastet.

Ferner weigert sich die Regulierungsbehörde weiterhin, die in rechtswidriger Weise auf Grund der für nichtig erklärten Telekommunikationslizenzgebührenverordnung vom 28.07.1997 erhobenen Lizenzgebühren in Millionenhöhe an die belasteten Unternehmen zurück zu zahlen.

Die Unternehmen nun noch mit einem „Telekommunikationsbeitrag“ zu belasten, ist weder ordnungspolitisch hinnehmbar, noch aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung zulässig.

Auch im allgemeinen Kartellrecht existieren keine vergleichbaren Zahlungsverpflichtungen der Unternehmen. Vielmehr finanziert sich das Bundeskartellamt als vergleichbare Marktaufsichtsbehörde zumindest in Teilen durch Einnahmen aus verhängten Strafen. Gleiches gilt auf europäischer Ebene für die Europäische Kommission.

Wenn im neuen TKG die im Regierungsentwurf vorgesehene umfassende Annäherung des Telekommunikations- ans allgemeine Kartellrecht tatsächlich vorgenommen werden soll, ist nicht einsehbar, warum ausgerechnet bei der Frage der Finanzierung der Marktaufsichtsbehörde abweichende Regelungen gelten sollen.

**Vielmehr sollte sich auch die Regulierungsbehörde im wesentlichen aus Strafeinnahmen finanzieren. Damit würde sie zugleich angehalten, für eine wirksame Missbrauchsaufsicht zu sorgen und Mehrerlöse des Marktbeherrschers aus missbräuchlichem Verhalten konsequent und umfassend abzuschöpfen.**

**Ein „Telekommunikationsbeitrag“ darf daher keinesfalls erhoben werden.**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE im Ansatz aufgegriffen: Er will einem Telekommunikationsbeitrag nur dann zustimmen, wenn die Bundesregierung im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens mit den Marktteilnehmern die Eckdaten und -punkte der zu erwartenden Belastung erörtert und Regelungen schafft, die den betroffenen Unternehmen die nötige Rechts- und Planungssicherheit ermöglichen. Im übrigen bezweifelt der Bundesrat, ob das Verfahren zur Ermittlung, Aufteilung und Ab-

rechnung des Telekommunikationsbeitrags wirtschaftlich effizient gestaltet werden kann (Ziff. 87 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung mitgeteilt, dass sie derzeit ein Eckpunkt Papier erarbeite, in dem die notwendigen Konkretisierungen vorgenommen werden, um Marktteilnehmern die nötige Planungssicherheit zu geben. Dieses Eckpunkt Papier sieht danach eine anteilige Kostentragung des Bundes in solchen Fällen der ökonomischen Regulierung vor, in denen die RegTP auch im Allgemeininteresse tätig wird (Ziff. 87 BT-Drs. 15/2345).

**§ 142 Abs. 3** sieht vor, dass aufgrund der nichtigen Lizenzgebührenverordnung vom 28.07.1997 von den Marktteilnehmern überzahlte Lizenzgebühren auf den avisierten Telekommunikationsbeitrag lediglich angerechnet werden sollen. Dies würde dazu führen, dass die RegTP teilweise über Jahrzehnte von den betroffenen Unternehmen zinslose „Zwangskredite“ erhalten würde. Dies ist nicht hinnehmbar.

Sollte ein Telekommunikationsbeitrag entgegen der obigen Ausführungen als zusätzliche Belastung der deutschen Telekommunikationsunternehmen eingeführt werden, müssten deshalb zumindest die eine Anrechenbarkeit im ersten Jahr der Erhebung eines Telekommunikationsbeitrags übersteigenden Lizenzgebühren – vorbehaltlich entstandener Zinsansprüche - sofort zurück erstattet werden.

**Dazu könnte nach § 142 Abs. 3 Satz 1 folgender Einschub erfolgen: „Übersteigen die nach Satz 1 im ersten Jahr von dessen Erhebung anrechenbaren Lizenzgebühren den Telekommunikationsbeitrag, so erstattet die Regulierungsbehörde dem Beitragsschuldner unverzüglich die geleisteten Lizenzüberzahlungen. Zu diesem Zeitpunkt bereits entstandene Zinsansprüche bleiben unberührt.“**

**Teil 10 – Straf- und Bußgeldvorschriften****§ 147**

In **§ 147** ist bisher nicht bußgeldbewehrt, wenn das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seine Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten (§ 26) vorsätzlich oder fahrlässig missbräuchlich ausnutzt.

**Es ist jedoch keinerlei Grund ersichtlich, warum eine schuldhaft Marktmachtausnutzung in diesen Fällen ohne jegliche ordnungswidrigkeitsrechtliche Folgen bleiben sollte.**

**§ 147 ist daher um einen solchen Bußgeldtatbestand zu erweitern:**

**„...§ 26 zuwider handelt“.**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE vollumfänglich aufgegriffen und hat sich für die Aufnahme eines entsprechenden Ordnungswidrigkeitstatbestandes ausgesprochen (Ziff. 89 BR-Drs. 755/03).

In **§ 147** ist ferner nicht bußgeldbewehrt, wenn Teilnehmerdaten zum Zwecke der Bereitstellung von Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen nicht, nicht richtig, nicht vollständig und / oder nicht rechtzeitig bereit gestellt werden. Dies ist nicht hin-

nehmbar, da es im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Teilnehmerdaten durch den ehemaligen Staatsmonopolisten in der Vergangenheit bekannterweise bereits einige Missbräuche gegeben hat. Zur Vermeidung weiterer Marktverwerfungen muss dies zukünftig unterbunden werden.

**§ 147 ist daher um folgenden Bußgeldtatbestand zu erweitern:**

**„...entgegen § 45 Teilnehmerdaten nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig bereit stellt“.**

Der Bundesrat hat diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen und eine vergleichbare Formulierung vorgeschlagen (Ziff. 90 BR-Drs. 755/03).

Die Bundesregierung hat diesem Vorschlag des Bundesrats der Sache nach zugestimmt und hat in ihrer Gegenäußerung den Bußgeldtatbestand im Sinne der vom VATM geforderten Formulierung gefasst (Ziff. 90 BT-Drs. 15/2345).

Gemäß §§ 147 Abs. 1 Nr. 4 lit. a, 21 Abs. 3 Satz 2 ist die Nichtvorlage eines Standardangebotes nach der bisherigen, bei § 21 kommentierten Systematik erst dann bußgeldbewehrt, wenn ein marktbeherrschender Betreiber kein Standardangebot vorlegt, die RegTP daraufhin ermittelt, für welche Zugangsleistungen eine allgemeine Nachfrage besteht, dann festlegt, für welche Zugangsleistungen ein Standardangebot vorzulegen ist, das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht im Anschluss zur Vorlage auffordert und dieses der Aufforderung nicht nachkommt.

Kein Bußgeld ist hingegen vorgesehen, wenn der Marktbeherrscher einer Aufforderung zur Vorlage eines Standardangebots nach § 21 Abs. 1 nicht nachkommt.

Es ist nicht ersichtlich, warum das umständliche Verfahren nach § 21 Abs. 2 einzige Rechtsfolge einer Nichtvorlage gemäß § 21 Abs. 1 darstellen soll, da der ehemalige Staatsmonopolist ohne festgeschriebene Sanktionen zu Verzögerungen förmlich herausgefordert werden würde.

**Da die Nichtvorlage gemäß § 21 Abs. 1 vom selben, wenn nicht höheren Ordnungswidrigkeitsgehalt als die Nichtvorlage nach § 21 Abs. 2 ist, muss § 147 Abs. 1 Nr. 4 lit. a so ergänzt werden, dass auch die Nichtvorlage eines Standardangebotes nach § 21 Abs. 1 einen Bußgeldtatbestand erfüllt.**

Auch diese Forderung hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum RegE vollumfänglich aufgegriffen (Ziff. 89 BR-Drs. 755/03).

Gemäß § 147 Abs. 1 Nr. 4 lit. a Variante 7 soll lediglich eine schuldhaftige Zuwiderhandlung gegen eine vollziehbare Missbrauchsverfügung nach § 40 bußgeldbewährt sein.

Dies ist vollkommen unzureichend. Ein Bußgeld muss bereits dann verhängt werden können, wenn dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gemäß § 40 mitgeteilt worden ist, da ihm die Vorwürfe spätestens dann bekannt sind, so dass diese überprüft und gegebenenfalls Konsequenzen für das eigene Marktverhalten ge-

zogen werden können (siehe auch Kommentierung zu § 41).

**Es muss daher ein § 147 Abs. 1 Nr. 7 lit. a eingeführt werden:**

**„...nach Einleitung eines Missbrauchsverfahrens § 40 zuwider handelt...“.**

Der Bundesrat hat auch diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE vollumfänglich aufgegriffen und hat sich für die Aufnahme eines entsprechenden Ordnungswidrigkeitentatbestandes ausgesprochen: Nach seiner Auffassung ist es nicht ausreichend, die Ordnungswidrigkeit erst nach Erlass einer vollziehbaren Anordnung zu definieren. Denn auf diese Weise könnte ein Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht den Missbrauch während des gesamten Regulierungsverfahrens (und des sich anschließenden gerichtlichen Eilverfahrens) aufrechterhalten, ohne eine Sanktion zu befürchten. Solchen Strategien könne jedoch nur dann entgegengewirkt werden, wenn bereits ein Verstoß gegen § 40 als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet ist (Ziff. 89 BR-Drs. 755/03).

§ 147 Abs. 2 Satz 1 ist vollkommen unzureichend, da eine Geldbuße in Missbrauchsfällen nach § 40 danach grundsätzlich nur mit einer Geldbuße bis zu 500.000 Euro geahndet werden kann. Zwar ist in § 147 Abs. 2 Satz 3 und 4 eine diesbezügliche Überschreitungsmöglichkeit vorgesehen. Es ist allerdings fragwürdig, ob eine solche, gänzlich unquantifizierte, Regelung als Bußgeld verfassungsrechtlich haltbar ist.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung ist auch deshalb erforderlich, da der Gesetzgeber an vielen Stellen seinen Willen betont, das neue TKG dem allgemeinen Wettbewerbs- bzw. Kartellrecht anzugleichen.

**In vergleichbaren Missbrauchsfällen sieht das nationale Kartellrecht in §§ 81 Abs. 1 Nr. 6a, 32, 81 Abs. 2 GWB jedoch die ausdrücklich festgeschriebene Möglichkeit vor, dass eine Geldbuße bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses ausgesprochen werden kann.**

Das europäische Kartellrecht gewährt in Art. 15 Abs. 2 VO 17/1962 („Durchführungsverordnung“) bzw. Art. 23 Abs. 2 VO 01/2003 („neue Durchführungsverordnung“) sogar die Möglichkeit, Geldbußen bis zu 10% des Jahresumsatzes des missbrauchenden Marktbeherrschers festzulegen.

Wenn das neue TKG schon in dem vorgesehenen, weitreichenden Umfang an das allgemeine Wettbewerbs- / Kartellrecht angeglichen werden soll, ist es zwingend erforderlich, dass dies auch im Bereich der Sanktionsmöglichkeiten für Marktmachtmissbräuche geschieht.

Wenn schon nicht die europarechtlich vorgesehenen Ahndungsmöglichkeiten übernommen werden, sollte eine Ordnungswidrigkeit nach § 147 Abs. 1 Nr. 4 lit. a zumindest mit den im allgemeinen nationalen Kartellrecht gegebenen Bußgeldern geahndet werden können.

Dies ist auch deshalb zwingend notwendig, weil durch § 147 Abs. 1 Nr. 4 lit. a auch „Monopolgewinne“ nach Anwendung wettbewerbswidriger Kampfpreise (Dumping etc.) geahndet werden müssen und der

„Mehrerlös“ bei Bemessung eines Bußgeldes nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen anhand des wettbewerbswidrig erzielten Mehr-Umsatzes bestimmt wird.

**§ 147 Abs. 2 Satz 2 müsste demnach lauten:**

**„Die Regulierungsbehörde kann ... eine Geldbuße bis zu fünfhunderttausend Euro oder über diesen Betrag hinaus bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses verhängen.“**

Der Bundesrat hat auch diese Forderung in seiner Stellungnahme zum RegE aufgegriffen und hat sich für eine angemessene Erhöhung der Bußgelder im Sinne einer effektiven Prävention – auch unter Beachtung der durch EU-Recht gegebenen Möglichkeiten – ausgesprochen (Ziff. 89 BR-Drs. 755/03).

## Teil 11 – Übergangs- und Schlussvorschriften

### § 148

Gemäß **§ 148 Abs. 1 Satz 1** bleiben die von der Regulierungsbehörde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes getroffenen Feststellungen marktbeherrschender Stellungen sowie die daran anknüpfenden Verpflichtungen wirksam, bis sie durch neue Feststellungen nach dem Zweiten Teil ersetzt werden. Damit bleibt jedoch ungeklärt, auf welcher Grundlage Entscheidungen nach Inkrafttreten des neuen TKG getroffen werden sollen, wenn die Prüfungen und Verfahren nach dem Zweiten Teil zum Zeitpunkt des Inkrafttretens noch nicht abgeschlossen sind.

**Um einen „rechtsfreien Zustand“ zu vermeiden, ist deshalb eine ergänzende, sämtliche denkbaren Sachverhaltskonstellationen erfassende Übergangsregelung zwingend erforderlich, die vor allem sicher stellt, dass die Regulierungsbehörde zwischen Inkrafttreten des Gesetzes und Abschluss der ersten Regulierungsverfahren nach neuem Recht die notwendigen Befugnisse hat, um die bis dahin fort geltenden Verpflichtungen durchzusetzen.**

Gemäß **§ 148 Abs. 4 Satz 1** sollen erteilte Rechte und eingegangene Verpflichtungen auch nach Inkrafttreten des neuen TKG fort gelten, soweit die diese Rechte und Verpflichtungen begründenden Frequenznutzungs- und Lizenzrechte auf Grund eines auf Wettbewerb beruhenden Auswahlverfahrens erworben wurden.

Gemäß **§ 148 Abs. 4 Satz 2** gelten rechtliche Verpflichtungen als eingegangen im Sinne von § 148 Abs. 4 Satz 1, die sich aus der zum Zeitpunkt der erstmaligen Frequenzuteilung geltenden Rechtslage ergeben.

§ 148 Abs. 4 bzw. der darin verbürgte Resale-Anspruch wird von Seiten der Service Provider und der Mobilfunknetzbetreiber unterschiedlich beurteilt:

#### **Sicht der Service Provider:**

##### **Umfang des Resale-Anspruchs**

§ 148 Abs. 4 verpflichtet zwar richtlinienkonform für

den Bereich UMTS alle heute lizenzierten Mobilfunknetzbetreiber und für den Bereich GSM die sog. „Alt-Lizenzen“, welche vor Inkrafttreten des TKG zugeteilt worden sind, sowie marktbeherrschende Netzbetreiber zur diskriminierungsfreien Zulassung von Diensteanbietern (Resellern), trägt aber dem Geschäftsmodell netzunabhängiger Diensteanbieter, alle Netze und eigene Dienste auf jedem Netz aus einer Hand anbieten zu können, nur eingeschränkt Rechnung.

Zumindest der grundsätzliche Anspruch auf Wiederverkauf von Sprach- und Datenkommunikation und Diensten der Netzbetreiber wurde jedoch für die Zukunft festgeschrieben. Dies setzt den seit der GSM-Lizenzierung vor über 10 Jahren in Deutschland verfolgten Regulierungsansatz fort. Jedoch trägt dieser Basisanspruch der Entwicklung des Mobilfunkmarktes weg von reiner Sprachkommunikation hin zu einem Wettbewerb der Mehrwertdienste und Inhalte nicht hinreichend Rechnung.

Dies ist umso erstaunlicher, als die in § 38 Abs. 2 Satz 2 vorgesehene Ausnahme des Mobilfunkmarktes von den Verpflichtungen zur Betreiber(-vor-)auswahl explizit auf diese Weiterentwicklung zum Wettbewerb der Dienste abstellt. Im Mobilfunk wird die Verpflichtung zur Carrier Selection selbst marktbeherrschenden Betreibern nicht auferlegt, wenn und solange nachhaltiger Dienstewettbewerb besteht. Dieser nachhaltige Dienstewettbewerb ist nur über eine Weiterentwicklung des klassischen Diensteanbietermodells zum Enhanced Service Provider-Modell zu realisieren.

Die Zulassung der Diensteanbieter muss daher sowohl den grundsätzlichen Anspruch auf Wiederverkauf von Sprach- und Datenkommunikation und Diensten, als auch die ausdrückliche Möglichkeit der diskriminierungsfreien Entwicklung eigener Dienste seitens der Diensteanbieter mittels eines diskriminierungsfreien Zugangs enthalten.

Insbesondere das Diensteanbietermodell trägt aktiv zum Dienstewettbewerb bei. Ohne die Diensteanbieter würde die gegenwärtige Tendenz zu „Walled Gardens“ nicht zu stoppen sein. Die Mobilfunknetzbetreiber lassen nur vorselektierte Inhalteanbieter zu, während die Diensteanbieter offene Plattformen und damit die Erreichbarkeit der Dienste aus allen Netzen ermöglichen wollen, wenn sie die entsprechenden Zugangsansprüche gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern durchsetzen können.

Um eine Verringerung des Auslegungsspielraums bei der Anwendung von § 148 Abs. 4 zu erreichen, sollte in der Begründung zu § 148 Abs. 4 ferner folgendes ausgeführt werden:

„Bei der Anwendung von § 148 Abs. 4 ist zu beachten, dass das Ziel der genannten Rechte und Verpflichtungen der nachhaltige Dienstewettbewerb ist“.

Bei den Verpflichtungen ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Mobilfunknetzbetreiber ihre Alt- und UMTS-Lizenzen bereits mit einer Resale-Verpflichtung übernommen haben und daher der Bestands- und Vertrauensschutz für die bisherigen Geschäftsmodelle und ihre Weiterentwicklung nicht mehr als Eingriff in deren Eigentum gewertet werden kann. Die von Anfang an bestehende Auflage kann nicht als erneuter Eingriff in das Eigentum der Li-

zennnehmer gewertet werden. Eine Entwertung der Infrastrukturinvestitionen kann daher keinesfalls eintreten, da jeder Lizenznehmer von Anfang an die genauen Rahmenbedingungen kannte. Die Infrastrukturinvestitionen der Mobilfunknetzbetreiber wurden bereits in der Vergangenheit durch die von den Service Providern geleisteten Entgelte anteilig mitgetragen. Dies wird auch zukünftig der Fall sein.

Zur Weiterentwicklung des Marktes und der Entwicklung der Service Provider zu Enhanced Service Providern muss daher sichergestellt werden, dass sie auch Zugriff auf weiter entwickelte Dienste, beispielsweise im Zusammenhang mit den Location Based Services haben.

Daher muss die in § 3 Nr. 23 aufgenommene Definition von „telefonnahe Dienste“ aus Gründen der Rechtssicherheit und klarstellungshalber wie folgt ergänzt werden:

„Telefonnahe Dienste sind Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telefonverbindung erfüllt wird. Dienste mit Zusatznutzen gem. § 3 Nr. 5 sind telefonnahe Dienste in diesem Sinne.“

**Da Verpflichtungen zur Betreiber(-vor-)auswahl gemäß § 38 Abs. 2 Satz 2 für den Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden, „insofern nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht“, sollte ferner definiert werden, wann ein solcher Wettbewerb bestehen soll. Deshalb sollte diese Definition in § 3 aufgenommen werden:**

„...nachhaltiger Dienstewettbewerb im Mobilfunkendnutzermarkt“ ein chancengleicher Wettbewerb zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Mobilfunkdiensteanbietern auf der Endkundenebene, bei dem beide Anbietergruppen, insbesondere hinsichtlich ihrer Möglichkeiten gleich gestellt sind, selbständig eigene Produkte zu entwickeln und anzubieten“.

**In der Begründung sollte hierzu ausgeführt werden, dass der nachhaltige Dienstewettbewerb im Mobilfunk aufgrund der Dominanz der Mobilfunknetzbetreiber in der Regel regulierungsgestützt ist. Die Regulierung sollte das any-to-any-Prinzip berücksichtigen und damit die Erreichbarkeit aller Dienste und Inhalte unabhängig von der Netzzugangsentscheidung des Nutzers sicherstellen.**

Zusätzlich bedarf es einer Regelung, die einen Zugang nach § 148 Abs. 4 unter prohibitiven Entgelten verhindert.

Unbeachtet der Frage der Marktbeherrschung beim Mobilfunk ist daher jedenfalls zu begrüßen, dass Entgelte nicht marktbeherrschender Betreiber, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, gemäß §§ 28, 18 einer ex post Kontrolle unterliegen.

Da die Erteilung der Lizenz an T-Mobile (D1) für den GSM-Mobilfunk weder auf einem Auswahl-/Wettbewerbs- noch auf einem Auktionsverfahren im technischen Sinne beruhte, ist in § 148 Abs. 4 ferner klarstellend zu ergänzen, dass die Bestimmungen des § 148 Abs. 4 trotzdem auf dieses Unternehmen An-

wendung finden, um eine Gleichbehandlung aller Mobilfunknetzbetreiber sicherzustellen.

#### **Durchsetzung des Resale-Anspruchs**

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wird grundsätzlich begrüßt, dass die RegTP durch den Regierungsentwurf mit den Verfahren nach §§ 124 und 131 nunmehr auch explizit für Streitigkeiten zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern zuständig ist. Nach § 4 TKV war dies nach Auffassung der RegTP nicht der Fall.

Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sollte zunächst – analog zu § 124 – auch in § 131 klar gestellt werden, dass das Verfahren nach § 131 immer dann grundsätzlich zulässig ist, wenn Streitigkeiten im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes beendet werden sollen. § 131 Abs. 1 Satz 1 sollte daher wie folgt beginnen:

„Ergeben sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes Streitigkeiten zwischen Unternehmen...“.

#### **Sicht der Mobilfunknetzbetreiber:**

Die seitens der Service Provider geforderte Ausweitung eines Diensteanbieteranspruchs auf entbündelten Zugang zu allen Wertschöpfungsebenen der Mobilfunknetzbetreiber unabhängig von einer Marktbeherrschung ist bereits aus folgenden Gründen abzulehnen:

- Der geforderte Anspruch auf entbündelten Zugang geht weit über die derzeitige Rechtslage nach § 4 TKV hinaus. Ferner ist er in keinstrengster Weise in Einklang zu bringen mit den europäischen Vorgaben des neuen Rechtsrahmens zur Diensteanbieterregelung, die ein reines Reselling vorsehen.
- Bereits die derzeitige Regelung des TKG-Entwurfs geht über die EU-Vorgaben hinaus, da die Zugangsrichtlinie nur eine Reseller-Verpflichtung für marktbeherrschende Betreiber vorsieht und Anhang Art.7 Genehmigungsrichtlinie i.V.m. Nr. 17 des entsprechenden Anhangs insofern nicht verfängt. Bei der Regelung des § 148 Abs. 4 handelt es sich somit bereits um einen Kompromiss der Interessen von Mobilfunknetzbetreibern und Diensteanbietern, über die Umsetzungsvorgaben hinaus.
- Die geforderte Festschreibung von Geschäftsmodellen ist mit einem ordnungspolitischen Ansatz, der Eingriffe in Eigentum, Berufsfreiheit u.a. zumindest an das Vorliegen einer Marktbeherrschung knüpft, nicht zu vereinbaren.
- Im Rahmen von kommerziell frei verhandelbaren Geschäftsmodellen waren und sind die Mobilfunknetzbetreiber offen für Kooperationsmodelle, die sich am Markt weiter entwickeln werden.
- Eine gesetzliche Verankerung des geforderten Geschäftsmodells würde nicht akzeptable Entwertungen der Infrastrukturinvestitionen der Mobilfunknetzbetreiber bedingen. Während die Mobilfunknetzbetreiber weiterhin ca. 95% des finanziellen Risikos tragen würden (insbesondere Anteil der Investitionen für UMTS), würden sie von lukrativen Teilen der Wertschöpfungsebene abgeschnitten. Ein Return-on-invest wäre erheblich erschwert.

Insbesondere läuft aber auch die von den Service-Providern gezogene Verknüpfung ihrer o.g. Forderung mit § 38 Abs. 2 Satz 2 fehl. § 38 Abs. 2 Satz 2 sieht für die Mobilfunknetzbetreiber eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Betreiber(-vor-)auswahl vor, „insofern nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht“. Zunächst ist dabei unter „nachhaltigem Dienstewettbewerb“ sicherlich kein Wettbewerb zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Mobilfunkdiensteanbietern, - wie die Service-Provider vorschlagen, in § 3 zu definieren - zu verstehen.

Unter „nachhaltigem Dienstewettbewerb“ ist vielmehr ein Wettbewerb der Dienste zu verstehen, der insbesondere auch unter UMTS von Inhalte-Anbietern und deren Entwicklung neuer Applikationen getragen wird. Dabei wird sowohl ein Wettbewerb zwischen den Inhaltenanbietern entstehen, als auch ein Wettbewerb der Netzbetreiber um diese Inhalte-Anbieter. Dieser Dienstewettbewerb wird aber gerade nicht von der Weiterentwicklung des klassischen Diensteanbieter-Modells abhängen. Ebenso wenig wird davon die Entwicklung bzw. die Verhinderung potentieller „Walled garden“-Strategien abhängen. Bereits heute existieren offene Plattformen, das heißt diskriminierungsfreier Zugang für Kunden und Partner (so kann z.B. jeder „Brand“ ein Teil von i-mode werden). Ferner würde eine Aufnahme der von den Service Providern geforderten Begriffsdefinition einer Zugangsverpflichtung auf entbündelten Zugang gleichkommen.

Dessen ungeachtet stellt darüber hinaus die in § 38 Abs. 2 Satz 2 aufgenommene Abhängigkeit der Aussetzung der Betreiber(-vor-)auswahl von einem Dienstewettbewerb ja gerade sicher, dass, wenn dieser nicht bestünde, die Verpflichtung zur Betreiber(-vor-)auswahl greifen würde. Somit entfällt aber die Notwendigkeit einer vorweggenommenen „Verpflichtung“ zum Dienstewettbewerb im Sinne des Vortrages der Service Provider.

Die seitens der Service Provider vorgeschlagene Ausweitung der Definition von „telefonnahe Dienste“ wird entsprechend abgelehnt.

Die in den §§ 124 und 131 vorgesehene Zuständigkeit der RegTP für Streitigkeiten zwischen Diensteanbietern und Netzbetreibern wird erst mit Inkrafttreten des neuen TKG begründet.

**§ 4 der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11. Dezember 1997 tritt am Tag nach der Verkündung des neuen TKG außer Kraft. Dies ist entsprechend in § 149 zu ergänzen.**

Köln/Berlin den 22.01.2004

#### Zusammenfassung:

Der Telekommunikationssektor ist ein für die Innovationsfähigkeit und die Dynamik aller Unternehmen sehr bedeutender Wirtschaftszweig, für den in diesem Jahr durch die TKG-Novelle die Weichen neu gestellt werden. Der Gesetzgeber ist daher aufgerufen, durch eine wettbewerbsgestaltende und effiziente Regulierung die Rahmenbedingungen für den Markt so zu

fassen, dass strukturell gesicherter Wettbewerb dauerhaft entstehen kann und für die Deutsche Telekom (DTAG) und ihre Wettbewerber ausreichend Planungssicherheit für neue Investitionen geschaffen wird. Die hier zusammengefassten Kernforderungen orientieren sich an dem vorgegebenen Themenkatalog des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit zur öffentlichen Anhörung am 09.02.2004. Sie stellen einen substantiellen Beitrag zur weiteren Diskussion im Gesetzgebungsverfahren dar und werden in der VATM-Synopse und in der aktualisierten VATM-Stellungnahme zur TKG-Novelle ausführlicher beleuchtet.

#### 1. Markt- und Entgeltregulierung

Der TKG-Entwurf will die Regulierungsintensität im Endkundenbereich abbauen und gewährt damit der DTAG in diesem Segment mehr Spielräume. Ein solches Zugeständnis ist ordnungspolitisch nur dann zu rechtfertigen, wenn die für Wettbewerb unverzichtbare Vorprodukte-Regulierung aufrechterhalten bleibt und mit einer wirksamen und zügigen Missbrauchsaufsicht kombiniert wird. Der TKG-Entwurf lässt diese notwendige Balance allerdings vermissen.

##### • Ex-ante-Zugangsregulierung des Marktbeherrschers

Die Gesetzessystematik der Zugangsregulierung, nach der die weiche Regulierung von Teilnehmernetzbetreibern (§ 18) Vorrang vor der Zugangsregulierung des § 19 genießt, ist grundlegend zu überarbeiten: Die klare und effiziente Regulierung des Marktbeherrschers muss eindeutig über § 19 erfolgen, da ansonsten die ex-ante-Regulierung leer läuft. Die wesentlichen Zugangsverpflichtungen des Marktbeherrschers müssen dort rechtsklar definiert sein.

##### • Soll-/Kann-Vorschriften im Rahmen der Zugangsregulierung

Um für den gesamten Markt verlässliche und planbare Rahmenbedingungen in der Zugangsregulierung zu schaffen, müssen der Katalog der Soll-Vorschriften in § 19 in essentiellen Bereichen erweitert und Ermessensspielräume (Kann-Vorschriften) reduziert werden. Denn nur durch klare rechtliche Rahmenbedingungen können verlässliche Entscheidungen durch die Regulierungsbehörde getroffen werden. Ermessensspielräume würden hingegen neue zahlreiche Rechtsstreitigkeiten und Investitionsunsicherheiten im Markt provozieren.

##### • Inkasso

Der Kriterienkatalog des § 19 ist insbesondere beim Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung (§ 19 Abs. 2 Nr. 7) nicht ausreichend: Eine gesetzlich normierte Inkassopflicht ist der Eckpfeiler für Kundenfreundlichkeit und Wettbewerb. Insoweit müssen Rechnung *und* Mahnung aus einer Hand stammen, da beide Leistungen wirtschaftlich nicht trennbar sind und eine Mahnung insbesondere für Kleinstbeträge wirtschaftlich nicht alternativ erbracht werden kann.

- **Rechtzeitige Bereitstellung von Vorprodukten**

Bei der Ausgestaltung der für die Wettbewerber wesentlichen Einkaufs- und Vorleistungsbedingungen müssen die Stellschrauben im Gesetzentwurf deutlich angezogen werden: Zentrales Element für Innovationswettbewerb ist die Möglichkeit der Wettbewerber, auf einzelne wesentliche Vorleistungen des Marktbeherrschers zuzugreifen, ohne die neue Dienstleistungen und Technologien von den Wettbewerbern nicht angeboten werden können. Hierfür ist eine Verpflichtung in das TKG zur rechtzeitigen Bereitstellung von Vorprodukten aufzunehmen.

- **Konsistentes Entgeltkonzept**

Neben einer effizienten und planbaren Zugangsregulierung müssen Vorprodukte einem konsistenten, in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmten Entgeltkonzept unterliegen. Das Entgeltkonzept des § 25 Abs. 2 darf sich dabei nicht nur auf den Kostenaspekt beschränken, sondern hat auch zeitliche und qualitative Aspekte der Vorleistungen zu berücksichtigen.

- **Kriterien der Eigenkapitalverzinsung**

Die in § 29 behandelte Eigenkapitalverzinsung ist eine entscheidende Grundlage für die Berechnung der Kosten der DTAG, die über Vorleistungsentgelte wiederum auf die Wettbewerber umgelegt werden. Um eine sachgerechte Ermittlung dieses Kostenfaktors zu ermöglichen, ist der Kriterienkatalog zum einen mit einer Öffnungsklausel („insbesondere“) zu versehen und zum anderen um ökonomische Kriterien zu erweitern.

- **Antragsrechte für Wettbewerber**

Die Herabsenkung der ex-ante-Regulierungsintensität ist auch nach Ansicht der Bundesregierung nur dann zu rechtfertigen, wenn eine wirksame Marktaufsicht durch eine strenge und zügige ex-post-Kontrolle sichergestellt werden kann. Eine solche effiziente Missbrauchskontrolle erfordert Antragsrechte betroffener Unternehmen, um ein unverzügliches Eingreifen zu garantieren. Die vorgesehenen Verfahrensfristen und Sanktionen blieben sonst wirkungslos. Die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens darf bei begründeten Anträgen nicht im Belieben des Regulierers stehen.

- **Missbrauchsvermutungen**

Ebenso ist sicherzustellen, dass Missbrauchstatbestände genauer definiert werden. Hierzu ist ein Vermutungstatbestand für missbräuchliches Verhalten unter zeitlichem Aspekt in § 40 zu schaffen und der Vermutungstatbestand für Bündelprodukte in § 26 sprachlich genauer zu fassen.

- **Mehrerlösabschöpfung**

Eine Mehrerlösabschöpfung des durch Marktmissbrauch Erlangten ist nur dann schlagkräftig und als Sanktionsmittel praktikabel, wenn sie verpflichtend – und damit vorhersehbar erfolgt – und rückwirkend zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung droht. Nur so kann in § 41

ein ökonomischer Anreiz zu gesetzestreuem Verhalten geschaffen werden.

- **Ordnungswidrigkeiten**

Ebenso verhält es sich mit den Ordnungswidrigkeitstatbeständen in § 147: Sanktionen haben gerade im Bereichen des Wirtschaftsrechts nur dann eine abschreckende Wirkung, wenn der Katalog der Ordnungswidrigkeiten umfassend ist und Verstöße gegen das TKG ausnahmslos mit Sanktionen belegt werden. Parallel hierzu muss die Bußgeldobergrenze angehoben und mit einer – an das EU-Kartellrecht angelehnte – Öffnungsklausel versehen werden, um den ökonomischen Anreiz zu gesetzeswidrigem Verhalten allein durch diese Drohung einzudämmen.

## 2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde

- **Überprüfung von Standardangeboten**

Die in § 21 vorgesehene Befugnis der Regulierungsbehörde, den Marktbeherrscher zur Vorlage eines Standardangebots zu verpflichten, muss erweitert werden: Die eingeräumten Kontrollbefugnisse sind an die Anforderungen der EU-Zugangsrichtlinie anzupassen, indem der Behörde umfassendere Prüfungs- und auch eigene Gestaltungsmöglichkeiten bei der Überprüfung von Standardangeboten eingeräumt werden.

- **Erhebung des Telekommunikationsbeitrags**

Die Erhebung eines Telekommunikationsbeitrags in § 142 zur Deckung der Kosten der Regulierungsbehörde ist abzulehnen: Die Wettbewerber dürfen nicht mit den Kosten der Überführung des Monopols in den Wettbewerb belastet werden.

- **Weisungen des BMWA**

Die in § 115 vorgesehene Beschränkung der Veröffentlichungspflicht auf solche Weisungen des BMWA, die Auswirkungen auf Beschlusskammerentscheidungen haben, ist nicht nachvollziehbar. Im Sinne des Transparenzgebotes und zur Stärkung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde ist es vielmehr erforderlich, dass *alle* Weisungen des BMWA (im Bundesanzeiger) veröffentlicht werden.

## 3. Kundenschutz

- **Erhebung personenbezogener Daten bei Prepaid-Karten**

Der Bundesrat hat einen Prüfauftrag an die Bundesregierung gerichtet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren durch normenklare Regelung sicherzustellen, dass die Mobilfunkbetreiber verpflichtet werden, die personenbezogenen Daten ihrer Prepaid-Kartenkunden im öffentlichen Sicherheits- und Strafverfolgungsinteresse zu erheben. Eine solche Verpflichtung läuft dem Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit zuwider. Die erhobenen Daten werden von den Telekommunikationsunternehmen nicht benötigt, da der Kunde durch Aufladen der Gutha-

benkarte in Vorleistung tritt und somit keine Rechnung erstellt werden muss. Die Erhebung dient ausschließlich dem Auskunftsbefürfnissen der Sicherheitsbehörden und stellt damit eine unzulässige Vorratsdatenspeicherung dar. In der konkreten Umsetzung zerstört die im bisherigen Gesetzgebungsverfahren diskutierte Pflicht, eine Ausweiskopie durch die Unternehmen vornehmen zu lassen, große und effiziente Vertriebswege für Prepaid-Karten, so beispielsweise den Vertrieb über das Internet, über Teleshops oder den Versandhandel. Der Leidtragende einer solchen Regelung ist damit letztlich der Kunde, da hierdurch ein attraktives und flexibles Produkt in Frage gestellt wird.

- **Bekämpfung von Mehrwertdienste-Missbräuchen**

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er/0900er Mehrwertdiensternummern sind wichtige verbraucher-schützende Vorschriften in das TKG eingeführt worden. Diese verbraucher-schützenden Vorschriften sind im jetzt vorgelegten TKG-Entwurf nicht mehr enthalten und sollen nach dem Willen der Bundesregierung in eine noch vorzulegende Rechtsverordnung eingefügt werden. Ungeachtet der fortbestehenden Verbesserungsmöglichkeiten des Mehrwertdienstemissbrauchsgesetzes ist allerdings zweifelhaft, ob eine Rückstufung dieser verbraucher-schützenden Regelungen in eine Verordnung gesetzgeberisch sinnvoll ist. Es könnte hierdurch nämlich der Eindruck entstehen, dass die Bekämpfung von Mehrwertdienstemissbräuchen an Bedeutung verloren hat. Das Gegenteil ist jedoch der Fall.

#### 4. Datenschutz und Sicherheit

- **Verkehrsdatenspeicherung für die Dauer von 6 Monaten**

Die vom Bundesrat in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachte Forderung, Diensteanbieter zu einer Verkehrsdatenspeicherung für eine Dauer von 6 Monaten zu verpflichten, ist entschieden zurückzuweisen: Während die bisherigen datenbezogenen Regelungen im TKG auf die Geschäftstätigkeit der Telekommunikationsunternehmen abzielten, wird durch die nunmehr vom Bundesrat vorgeschlagene Änderungsformulie-

rung eine zweckgebundene Verarbeitung von Verkehrsdaten für die öffentliche Sicherheit normiert. Damit wird den Telekommunikationsunternehmen eine neue, außerhalb ihrer Geschäftstätigkeit stehende Aufgabe als Hilfsorgane der Sicherheitsbehörden zugewiesen. Der Änderungsvorschlag des Bundesrats stellt insoweit eine erhebliche Belastung für die betroffenen Diensteanbieter dar. Es ist darüber hinaus unverhältnismäßig und verfassungsrechtlich bedenklich, wenn private Unternehmen zur vorsorglichen Speicherung von Daten in die Pflicht genommen werden.

- **Kostentragung bei der TK-Überwachung**

Die in § 108 beabsichtigte Regelung, dass sämtliche technischen Einrichtungen zur Umsetzung von TK-Überwachungsmaßnahmen auf Kosten der Diensteanbieter vorzuhalten sind, wird ohne eine Kostenbeteiligung der Bedarfsträger zu einer deutlichen Zunahme von Überwachungsmaßnahmen führen und damit die deutschen Marktteilnehmer völlig unverhältnismäßig belasten. Die Unternehmen würden zu Hilfsorganen der Sicherheitsbehörden, ohne für ihre Kosten eine angemessene Erstattung zu erhalten. Dies ist aufgrund der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs nicht hinnehmbar.

#### 5. Universaldienst / Inkasso / Sonstiges

- **Inkasso**

Eine Inkassoverpflichtung des Marktbeherrschers ist der Eckpfeiler für Kundenfreundlichkeit und nachhaltigen Wettbewerb. Rechnung und Mahnung müssen „aus einer Hand“ stammen, da beide Leistungen wirtschaftlich nicht trennbar sind und eine Mahnung insbesondere für Kleinbeträge wirtschaftlich nicht alternativ erbracht werden kann. Eine künstliche Trennung von Rechnungsstellung und Mahnung würde darüber hinaus die Verbraucher verwirren und verärgern. Wie bereits im 1. Themenblock „Markt- und Entgeltregulierung“ betont, ist daher im Kriterienkatalog des § 19 die Verpflichtung des Marktbeherrschers zur Fakturierung und Mahnung aufzunehmen.

Köln/Berlin, den 02.02.2004

## Anlage

Die vorliegende Synopse dient als „Watchlist“ für das weitere Gesetzgebungsverfahren zur TKG-Novelle.

**In Spalte 1** werden zentrale umstrittene Regelungen des TKG-Entwurfs dargestellt.

**In Spalte 2** wird auf kritische Passagen des Regierungsentwurfs sowie in 3 Fällen auf kritische Änderungsvorschläge des Bundesrats Bezug genommen.

**In Spalte 3** wird die Position der Wettbewerber dargestellt. Dabei werden Änderungsvorschläge formuliert und kurz die Gründe für diese Forderungen dargelegt. Ein entsprechender Verweis auf die Stellungnahme des VATM zur TKG-Novelle (Stellungnahme zu BT-Drs. 15/2316 und BT-Drs. 15/2345) ermöglicht eine zielgerichtete Vertiefung in die jeweilige Thematik.

**In Spalte 4** wird auf entsprechende Referenzen verwiesen, die einen substantiellen Beitrag zur Diskussion der strittigen Punkte leisten sollen. Es handelt sich dabei um solche Auffassungen, die sich mit der Position der Wettbewerber inhaltlich decken und bereits im bisherigen Gesetzgebungsverfahren formuliert wurden.

Im Anhang der Synopse befindet sich eine Legende mit Begriffserklärungen und Quellenangaben.

TKG-Regelung	Formulierung RegE/ BRat	Position der Wettbewerber	Referenzen
<b>Gesetzeszielbestimmung</b> (§ 2 Abs. 2 Nr. 2)	<b>RegE:</b> „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation“	Aufnahme der Zielbestimmung „Förderung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs im Bereich der TK-Dienste und –netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste“ Grund: Innovationswettbewerb bezieht sich sowohl auf Infrastruktur als auch auf Dienste und muss entsprechend gefördert werden, i.ü. Anpassung an die Vorgabe des Art. 8 Abs. 2 EU-Rahmenrichtlinie (RaRL) (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 5)	<b>BMWA:</b> vorgeschlagene Zielbestimmung im ArbE: „chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienste und –netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste zu fördern“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 ArbE) <b>BRat:</b> vorgeschlagene Zielbestimmung: „die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs im Bereich der TK-Dienste und –netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche“ (vgl. Ziff. 2 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg stimmt Vorschlag des BRats uneingeschränkt zu (Ziff. 2 BT-Drs. 15/2345)
<b>Definition „funktionsfähiger Wettbewerb“</b> (§ 3 Nr. 10)	<b>RegE:</b> Wegfall des Kriteriums „Marktmachtkontrolle“ seit dem RefE	Wiederaufnahme des Kriteriums „Marktmachtkontrolle“ aus dem RefE und Streichung des § 3 Nr. 10 S. 2 Grund: Marktmachtkontrolle ist ein wesentliches Kriterium zur Beurteilung von funktionsfähigem Wettbewerb (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 7 f.)	<b>BMWA:</b> funktionsfähiger Wettbewerb erfüllt die Funktionen Marktmachtkontrolle, produktive und dynamische Effizienz (§ 3 Nr. 9 RefE) <b>BRat:</b> Prüfauftrag in Bezug auf den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ (vgl. Ziff. 7 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg will den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ überprüfen (Ziff. 7 BT-Drs. 15/2345) <b>RegTP:</b> Bedenken gegen den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 7) <b>Monopolkommission:</b> Bedenken gegen den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 7 f.)
<b>Definition „telefonnahe Dienste“</b> (§ 3 Nr. 23)	<b>RegE:</b> „Dienste, die keinen räumlich und zeitlich trennbaren Leistungsfluss auslösen, sondern bei denen die Inhaltsleistung noch während der Telefonverbindung erfüllt wird“	Klarstellung, dass auch Internet-Content ein telefonnaher Dienst ist (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 9)	<b>BRat:</b> Berücksichtigung von Diensten, die über das Internet erfolgen (vgl. Ziff. 4 BR-Drs.)
<b>Strukturelle Separierung</b> (§ 7)	<b>RegE:</b> Die Unternehmen werden lediglich zur strukturellen Separierung verpflichtet	Erweiterung der Verpflichtung auch auf die getrennte Buchführung neben der strukturellen Separierung Grund: EU-konforme Umsetzung von Art. 13 Abs. 1 RaRL erfordert Berücksichtigung von beiden Kriterien (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 9 f.)	<b>BRat:</b> Verpflichtung zur strukturellen Separierung und getrennten Buchführung (vgl. Ziff. 6 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg stimmt Vorschlag des BRats nach Prüfung zu (Ziff. 6 BT-Drs. 15/2345)

TKG-Regelung	Formulierung RegE/ BRat	Position der Wettbewerber	Referenzen
<b>Marktregulierung (§§ 9 – 11)</b>	<b>RegE:</b> Gesetzssystematik sieht Zusammenspiel der Begriffe „funktionsfähiger“ und „wirksamer“ Wettbewerb vor	Bedenken gegen den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ Grund: Art. 16 Abs. 4 RaRL sieht als Eintrittsschwelle für die Regulierung ausschließlich fehlenden „wirksamen Wettbewerb“ vor (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 10 ff.) Forderung: Einführung eines Beurteilungsspielraums Grund: Eingeschränkt gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum führt zu Rechts- und Planungssicherheit (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 12 f.)	<b>BRat:</b> Prüfauftrag in Bezug auf den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ (vgl. Ziff. 7 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg will den Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ überprüfen (Ziff. 7 BT-Drs. 15/2345) <b>RegTP:</b> Bedenken gegen den Begriff „funktionsfähiger“ Wettbewerb (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 7); grundsätzlich für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 4 f.) <b>Monopolkommission:</b> Bedenken gegen den Begriff „funktionsfähiger“ Wettbewerb; für die Einräumung von Beurteilungsspielräumen (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 7 ff.)
<b>Zugangsregulierung: Verhältnis §§ 18, 19</b>	<b>RegE:</b> Gesetzssystematik versteht die weiche Regelung des § 18 als Sondervorschrift zu § 19	Forderung nach grundlegender Überarbeitung der Systematik von §§ 18, 19 Grund: die primäre Regulierung des Marktbeherrschers muss über § 19 erfolgen (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 16 f.)	<b>Monopolkommission:</b> wesentliche Zugangsleistungen sind rechtsklar zu definieren (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 13 f.)
<b>Zugangsregulierung: Soll-/Kann-Bestimmungen in § 19</b>	<b>RegE:</b> § 19 Abs. 1, 2 RegE enthalten Kann-Bestimmungen, Abs. 3 enthält Soll-Bestimmungen	Reduktion von Ermessensspielräumen der RegTP, Erweiterung des Soll-Katalogs in essentiellen Bereichen Grund: Die Feststellung von wesentlichen Leistungen darf nicht erschwert werden; Rechtsklarheit erforderlich (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 18 ff.)	<b>BMWA:</b> ArbE normiert Zugangsverpflichtungen weitgehend als gebundene Entscheidungen (§ Z 3 ArbE) <b>RegTP:</b> Ermessensvorschriften erschweren in der Regel den Erlass von Anordnungen durch die RegTP (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 10) <b>Monopolkommission:</b> Ermessensvorschriften sind bei der Zugangsregulierung grundsätzlich abzulehnen (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 10 f.); wesentliche Zugangsleistungen sind rechtsklar zu definieren (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 13 f.)
<b>Kriterienkatalog der Zugangsregulierung (§ 19 Abs. 1)</b>	<b>RegE:</b> Wegfall des Korrektivs „Rechts- und Investitionssicherheit im TK-Markt“ seit dem ArbE	Wiedereinführung des Abwägungskriteriums „Rechts- und Investitionssicherheit im TK-Markt“ aus dem ArbE Grund: Abwägungskriterium macht Regulierungsentscheidungen vorhersehbar (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 20 f.)	<b>BMWA:</b> RegTP hat bei der Abwägung das Kriterium der „Rechts- und Investitionssicherheit im TK-Markt“ zu berücksichtigen (§ Z 3 Abs. 4 Nr. 10 ArbE)
<b>Billing / Inkasso / Mahnung (§ 19 Abs. 2 Nr. 7)</b>	<b>RegE:</b> Nur erste Entgegennahme bzw. Zahlungsersteizug von der Zugangsverpflichtung erfasst	Forderung nach „Rechnung und Mahnung aus einer Hand“, entsprechende Erweiterung der Zugangsverpflichtung Grund: Rechnung und Mahnung wirtschaftlich nicht trennbar; Mahnung wirtschaftlich nicht alternativ erbringbar (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 24 f.)	<b>BMWA:</b> RegTP soll regelmäßig prüfen, ob noch weitere Dienstleistungen zur Zugangsverpflichtung gehören (§ 16 Abs. 2 Nr. 6 RefE) <b>BRat:</b> Einbeziehung von Fakturierung und außergerichtlichem Mahnwesen (1. + 2. schriftliche Mahnung) in die Zugangsverpflichtung (vgl. Ziff. 18 BR-Drs.)
<b>Standardangebot (§ 21)</b>	<b>RegE:</b> Möglichkeit der RegTP, den Marktbeherrscher zur Vorlage eines Standardangebots zu verpflichten (Soll-Vorschrift mit Regelfrist) sowie Überprüfbarkeit der RegTP	Erweiterung der Kontrollmöglichkeit der RegTP von Standardangeboten Grund: Art. 9 Abs. 2 ZuRL sieht umfassendere Prüfungs- und Gestaltungsmöglichkeiten vor (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 28 f.)	<b>BMWA:</b> ArbE sieht pflichtweise Vorlage eines Standardangebots ohne eine Regelfrist vor (§ Z 5 ArbE) <b>BRat:</b> Möglichkeit der RegTP, ein vorgelegtes unzureichendes Standardangebot zu korrigieren (vgl. Ziff. 19 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg stimmt mit BRat überein und will Kontrollmöglichkeiten der RegTP überprüfen (Ziff. 19 BT-Drs. 15/2345) <b>RegTP:</b> Vorlage eines Standardangebots muss verpflichtend geregelt sein; Kontrollmöglichkeiten der RegTP sind klarer zu fassen (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 10 f.) <b>Monopolkommission:</b> Vorlage eines Standardangebots muss verpflichtend geregelt sein (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 13)

TKG-Regelung	Formulierung RegE/ BRat	Position der Wettbewerber	Referenzen
<b>Konsistentes Entgeltkonzept</b> (§ 25 Abs. 2)	<b>RegE:</b> Entgeltregulierungsentscheidungen müssen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sein	Konkretisierung des Konsistenzgebots und Erweiterung über den Kostenaspekt bei Entgeltregulierungsmaßnahmen hinaus Grund: Konsistenz betrifft nicht nur die Kosten, sondern auch zeitliche und qualitative Aspekte im Vorleistungsbereich; Konsistenz für alle Geschäftsmodelle (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 30 ff.)	<b>BRat:</b> Konkretisierung des Konsistenzgebots dergestalt, dass die Wechselwirkung zwischen den verschiedenen betroffenen Märkten und Geschäftsmodellen Berücksichtigung findet (Ziff. 21 BR-Drs.)
<b>Bündelprodukte</b> (§ 26 Abs. 2 Nr. 3)	<b>RegE:</b> Missbrauchsvermutung bei „unangemessener“ Bündelung	Begriff „Unangemessenheit“ und Vermutungstatbestand zu unbestimmt, Forderung nach klarer sprachlicher Regelung Grund: Sachliche Rechtfertigungen und Widerlegungen führen zu Rechtsunsicherheit und damit zu langwierigen Rechtsstreitigkeiten (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 32 ff.)	<b>BMWA:</b> Missbrauchsvermutung bei „ungerechtfertigter“ Bündelung (§ 24 Abs. 2 Nr. 3 RefE) bzw. bei „nicht nur unerheblicher und nicht nur vorübergehender wettbewerbllicher Beeinträchtigung“ (§ E 2 Nr. 3 ArbE) <b>BRat:</b> Missbrauchsvermutung bei „sachlich ungerechtfertigter“ Bündelung in Anlehnung an § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB (Ziff. 23 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg will „unangemessen“ durch „sachlich ungerechtfertigt“ ersetzen (Ziff. 23 BT-Drs. 15/2345)
<b>Ex-post-Entgeltregulierung</b> (§ 28 Abs. 2)	<b>RegE:</b> Fakturierungsleistungen unterliegen der ex-post-Entgeltregulierung	Streichung des § 28 Abs. 2 Grund: Systemwidrige Regelung, da Fakturierungsleistungen damit als „wesentliche Zugangsleistungen 2. Klasse“ eingestuft werden (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 34 f.)	<b>BMWA:</b> keine Sonderregelung für die Entgeltregulierung von Fakturierungsleistungen (§ 26 RefE sieht keine entsprechende Bestimmung vor)
<b>Preisuntergrenze bei Resale-Entgelten</b> (§ 28 Abs. 6)	<b>RegE:</b> Retail-Minus-Ansatz mit Preisuntergrenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung	Streichung der Preisuntergrenze in § 28 Abs. 6 Satz 2 und statt dessen die Möglichkeit der Endkundenentgeltregulierung schaffen oder eine Absenkung aller Vorleistungsentgelte unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermöglichen Grund: Gefahr (neuer) Preis-Kosten-Scheren, d.h. Verstoß gegen das Konsistenzgebot. Die Möglichkeit, alle Vorleistungsentgelte unter die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abzusenken, bietet einen Anreiz zur Dumpingvermeidung (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 35 f.)	<b>BMWA:</b> ArbE sieht keine Preisuntergrenze vor (§ E 4 Abs. 4 ArbE) <b>BRat:</b> Prüfauftrag, ob zur Festlegung des Resalepreises zusätzliche Regelungen erforderlich sind, um die Entgelte konsistent aufeinander abzustimmen und um so Dumpingstrategien bei den Endkundenentgelten nachhaltig zu verhindern (Ziff. 25 BR-Drs.) <b>RegTP:</b> Retail-Minus-Ansatz mit Untergrenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist teilweise widersprüchlich (vgl. RegTP-Stellungnahme S. 13 f.) <b>Monopolkommission:</b> Retail-Minus-Ansatz mit Untergrenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist zu komplex (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 20)
<b>Eigenkapitalverzinsung</b> (§ 29 Abs. 4)	<b>RegE:</b> Abschießender Kriterienkatalog; keine Kriterien, die wettbewerbliche Rahmenbedingungen berücksichtigen	Aufnahme einer Öffnungsklausel („insbesondere“-Klausel) und weiterer wettbewerbsberücksichtigender Kriterien Grund: Finanzielles Engagement des Marktbeherrschers wird andernfalls auf Wettbewerber „umgelegt“ (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 36 ff.)	<b>BMWA:</b> Öffnungsklausel („insbesondere“-Klausel) für weitere Kriterien erforderlich; i.ü. müssen Kriterien „wettbewerbliche Rahmenbedingungen in Hinblick auf die Förderung von Wettbewerb“ und ihre „langfristige Stabilität“ berücksichtigen (§ 27 Abs. 4, 5 RefE) <b>BRat:</b> Öffnungsklausel für weitere Kriterien; Prüfauftrag in Bezug auf wettbewerbliche Kriterien (Ziff. 28 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg will Frage im weiteren Gesetzgebungsverfahren prüfen (Ziff. 28 BT-Drs. 15/2345) <b>RegTP:</b> Kritik an der isolierten Kostenfestlegung durch internationale Benchmarks (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 15)

TKG-Regelung	Formulierung RegE/ BRat	Position der Wettbewerber	Referenzen
<b>Antragsrechte bei der Ex-post-Entgeltregulierung (§ 36 Abs. 2)</b>	<b>RegE:</b> Antragsrecht für Wettbewerber seit RefE entfallen	Wiederaufnahme eines Antragsrechts in Abs. 2 Grund: Eine strenge und zügige ex-post-Kontrolle kann nur durch Antragsrechte für Wettbewerber sichergestellt werden (Verfahrensbeschleunigung!) (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 39 f.) Klarstellung, dass die Vorschriften der Entgeltregulierung drittschützend sind und damit sowohl den Wettbewerb als auch den einzelnen Wettbewerber schützen (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 32)	<b>BMWA:</b> Antragsrechte für Wettbewerber erforderlich (§ 34 Abs. 2 RefE) <b>BRat:</b> Antragsrechte für Wettbewerber erforderlich (Ziff. 32 BR-Drs.)
<b>Zeitgleiche Bereitstellung von Vorprodukten (§ 37)</b>	<b>RegE:</b> Verpflichtung zur zeitgleichen Bereitstellung von Vorprodukten seit ArbE entfallen	Wiederaufnahme der Verpflichtung zur rechtzeitigen Bereitstellung von Vorprodukten (entweder als direkter Anspruch in § 19 Abs. 3 oder in § 37 Abs. 4 im Rahmen der Endkundenentgeltgenehmigung oder zumindest in § 40 Abs. 2 als vermuteter Missbrauch) Grund: Zugriff auf wesentliche Vorleistungen des Marktbeherrschers ist zentrales Element für Innovationswettbewerb (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 40 ff.)	<b>BMWA:</b> ArbE sieht Verpflichtung des Marktbeherrschers zur zeitgleichen Bereitstellung von Vorprodukten vor (§ E 13 Abs. 3 ArbE) <b>BRat:</b> Rechtzeitige Bereitstellung von Vorprodukten soll als Verpflichtung wieder aufgenommen werden – kein Umweg über Missbrauchs- oder Anordnungsverfahren (vgl. Ziff. 33 BR-Drs.) <b>RegTP:</b> Vorschriften zur rechtzeitigen Bereitstellung von Vorprodukten sind erforderlich (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 14)
<b>Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen (§ 37)</b>	<b>RegE:</b> Beurteilungsspielraum der RegTP bei der Entgeltgenehmigung seit RefE entfallen	Einräumung eines Beurteilungsspielraums Grund: Eingeschränkt gerichtlich überprüfbarer Beurteilungsspielraum führt zu Rechts- und Planungssicherheit und ist in Art. 17 Abs. 1 EU-Universaldienstrichtlinie angelegt (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 43)	<b>BMWA:</b> RefE sieht Beurteilungsspielraum der RegTP vor (§ 35 Abs. 1 RefE) <b>Monopolkommission:</b> Einräumung eines Beurteilungsspielraums bei der Endkundenentgeltregulierung wird begrüßt (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 14)
<b>Definition „nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt“ (§ 38 Abs. 2 S. 2)</b>	<b>RegE:</b> Fehlende Definition in § 3, obwohl Begriff in § 38 Verwendung findet	Gesetzliche Definition des Begriffs schaffen Grund: gesetzliche Definition aus Gründen der Rechtssicherheit zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten erforderlich (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 6 f.)	<b>BRat:</b> Aufnahme einer Definition des Begriffs in das Gesetz (Ziff. 35 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg stimmt Vorschlag des BRats zu und will Begriff gesetzlich definieren (Ziff. 35 BT-Drs. 15/2345) <b>Monopolkommission:</b> Rechtsfolge bleibt unklar, wenn der Begriff nicht näher spezifiziert ist (vgl. Hellwig-Gutachten, S. 19)
<b>Missbrauchsvermutung (§ 40 Abs. 2)</b>	<b>RegE:</b> Zeitliches Element im Rahmen der Missbrauchsvermutung seit RefE entfallen	Wiederaufnahme der Missbrauchsvermutung „zeitlich früher“ Grund: Zugriff auf wesentliche Vorleistungen des Marktbeherrschers ist zentrales Element für Innovationswettbewerb und wird durch diese Missbrauchsvermutung sichergestellt (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 45)	<b>BMWA:</b> RefE sieht Erweiterung der Missbrauchsvermutung um die Variante „zeitlich früher“ vor (§ 38 Abs. 2 RefE) <b>BRat:</b> Erweiterung der Missbrauchsvermutung in § 40 Abs. 2 um die Variante „zeitlich früher“ (Ziff. 37 BR-Drs.)
<b>Antragsrechte bei der Missbrauchsaufsicht (§ 40 Abs. 4)</b>	<b>RegE:</b> Kein Antragsrecht von Unternehmen vorgehen	Aufnahme eines Antragsrechts für Unternehmen Grund: Eine strenge und zügige ex-post-Kontrolle kann nur durch Antragsrechte für Wettbewerber sichergestellt werden, da ansonsten Verfahrensfristen und Sanktionen leer laufen (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 46 f.)	<b>BRat:</b> Aufnahme eines Antragsrechts für Unternehmen (Ziff. 38 BR-Drs.)
<b>Mehrerlösabschöpfung (§ 41)</b>	<b>RegE:</b> Mehrerlösabschöpfung in das Ermessen der RegTP gestellt und ohne Rückwirkung	Pflichtweise und rückwirkende Mehrerlösabschöpfung Grund: Mehrerlösabschöpfung ist als Sanktionsmittel unwirksam und nicht praktikabel, wenn sie nicht verpflichtend und rückwirkend ist (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 47 f.)	<b>BMWA:</b> RefE sieht pflichtweise Mehrerlösabschöpfung vor (§ 39 Abs. 1 RefE) <b>BRat:</b> Aufhebung des Ermessens; Einführung einer Rückwirkung (Ziff. 39 BR-Drs.)

TKG-Regelung	Formulierung RegE/ BRat	Position der Wettbewerber	Referenzen
<b>Verpflichtung zur Verkehrsdatenspeicherung für die Dauer von 6 Monaten (BRat-Stellungnahme zu § 94)</b>	<b>BRat:</b> Speicherpflicht von Verkehrsdaten für die Dauer von 6 Monaten (Ziff. 64 BR-Drs.)	Die vom BRat geforderte 6monatige Speicherpflicht von Verkehrsdaten ist abzulehnen Grund: Regelung ist unverhältnismäßig und für betroffene Unternehmen zu kostenintensiv (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 50 f.)	<b>RegE:</b> RegE hält Speicherpflicht von 6 Monaten für nicht erforderlich <b>Bundesbeauftragter für Datenschutz</b> lehnt 6monatige Speicherfrist ab (heise.online-Interview vom 23.12.03)
<b>Kostentragung bei der TK-Überwachung (§ 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1)</b>	<b>RegE:</b> Kosten für technische Einrichtungen zur TK-Überwachung sind von den Unternehmen zu tragen („auf eigene Kosten“)	Forderung nach Kostenerstattung für betroffene Unternehmen Grund: Regelung greift unverhältnismäßig in Grundrechte der Unternehmen ein, so auch der Österreichische Verfassungsgerichtshof zur österreichischen Parallelvorschrift (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 53)	<b>BRat:</b> Prüfauftrag an die BReg, die Kostentragungsvorschriften zu Gunsten der betroffenen Unternehmen zu überarbeiten und die nach § 108 Abs. 2 Nr. 1 zu erlassende Rechtsverordnung entsprechend auszugestalten (Ziff. 65 BR-Drs.)
<b>TK-Überwachungseinrichtungen im Inland (BRat-Stellungnahme zu § 108 Abs. 1 S. 1 Nr. 1)</b>	<b>BRat:</b> Änderungsformulierung dahingehend, dass Betreiber von TK-Anlagen technische Einrichtungen zur Überwachung im Inland vorzuhalten haben (Ziff. 67 BR-Drs.)	Die vom BRat geforderte Änderung führt zu keiner Verbesserung der Überwachungsmöglichkeiten, sondern stattdessen zu einer erheblichen weiteren Kostenbelastung für internationale Unternehmen Grund: Grenzüberschreitende Probleme entstehen nicht, da die Übergabepunkte grds. in Deutschland liegen; Regelung greift unverhältnismäßig in die kommerzielle Gestaltungsfreiheit der Unternehmen ein (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 53 ff.);	<b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg hält Regelung für überflüssig (Ziff. 67 BT-Drs. 15/2345)
<b>Erhebung personenbezogener Daten von Prepaidkarten-Kunden (BRat-Stellungnahme zu § 109 Abs. 1)</b>	<b>BRat:</b> Prüfauftrag, Mobilfunkbetreiber zur Erhebung personenbezogener Daten von Prepaidkarten-Kunden zu verpflichten (Ziff. 73 BR-Drs.)	Sonderregelungen für Prepaid-Produkte (bspw. Identitätsprüfung/Anfertigung von Ausweiskopien) sind abzulehnen, da sie in der Praxis leer laufen und für betroffene Unternehmen zu kostenintensiv sind (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 57 ff.)	<b>RegE:</b> RegE sieht keine Sonderregelungen für Prepaid-Karten vor <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg hält Sonderregelungen nach wie vor für überflüssig (Ziff. 73 BT-Drs. 15/2345)
<b>Veröffentlichungspflicht bei BMWA-Weisungen (§ 115)</b>	<b>RegE:</b> Veröffentlichungspflicht nur bei Weisungen mit Auswirkungen auf Beschlusskammerentscheidungen	Forderung nach grundsätzlicher Veröffentlichungspflicht von Weisungen des BMWA Grund: Stärkung des Transparenzgebots und der Unabhängigkeit der RegTP (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 60 f.)	<b>BMWA:</b> RefE sieht Veröffentlichungspflicht für allgemeine Weisungen ohne Einschränkung vor (§ 112 RefE) <b>BRat:</b> Grundsätzliche Veröffentlichungspflicht von Weisungen des BMWA (Ziff. 77 BR-Drs.) <b>RegTP:</b> Transparenzgebot ist „Regulierungstradition“ und damit zu stärken (vgl. RegTP-Stellungnahme, S. 21)
<b>Telekommunikationsbeitrag (§ 142)</b>	<b>RegE:</b> Einführung eines TK-Beitrags für die Kosten der RegTP	Keine Einführung des TK-Beitrags Grund: Wettbewerber dürfen nicht mit den Kosten der Überführung des Monopols in den Wettbewerb belastet werden; zusätzliche Belastung des TK-Markts gilt es zu vermeiden (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 62 f.)	<b>BRat:</b> TK-Beitrag ist kritisch und führt zu großer Verunsicherung im Markt; Zweifel, ob TK-Beitrag wirtschaftlich effizient gestaltet werden kann (Ziff. 87 BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg will Eckpunktepapier mit notwendigen Konkretisierungen vorlegen: Bund soll danach einen Kostenanteil tragen (Ziff. 87 BT-Drs. 15/2345)

TKG-Regelung	Formulierung RegE/ BRat	Position der Wettbewerber	Referenzen
<b>Ordnungswidrigkeiten</b> (§ 147)	<b>RegE:</b> Eingeschränkter Katalog an Ordnungswidrigkeiten, Obergrenze für Bußgelder bei 500.000 €	Erweiterung der Bußgeldtatbestände und Erhöhung der Bußgeldobergrenze (insbes. Schaffung einer Öffnungsklausel angelehnt an EU-Kartellrecht) Grund: Verstöße gegen TKG-Vorschriften müssen ausnahmslos mit Sanktionen belegt werden; Bußgelder zu niedrig und ohne Wirkung (vgl. VATM-Stellungnahme, S. 63 ff.)	<b>BRat:</b> Erweiterung der Bußgeldtatbestände auf Marktmachtmissbrauch, Nichtvorlage eines Standardangebots, missbräuchliches Verhalten nach § 40, unrichtige Bereitstellung von Teilnehmerdaten, Erhöhung der Bußgelder (Ziff. 89 ff. BR-Drs.) <b>BReg-Gegenäußerung:</b> BReg stimmt der Erweiterung des Bußgeldkatalogs bezügl. der nicht richtigen Bereitstellung von Teilnehmerdaten der Sache nach zu (Ziff. 90 BT-Drs. 15/2345)

**Legende:**

ArbE = Arbeitsentwurf des BMWA zur TKG-Novelle, veröffentlicht am 20.02.03

RefE = Referentenentwurf des BMWA zur TKG-Novelle, veröffentlicht am 30.04.03

RegE = Entwurf der Bundesregierung zur TKG-Novelle vom 15.10.03 (BT-Drs. 15/2316, Anlage 1)

BMWA = Position des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit (geäußert im Arbeitsentwurf oder Referentenentwurf)

BRat = Stellungnahme des Bundesrats vom 19.12.03 zum TKG-Regierungsentwurf (BR-Drs. 755/03 bzw. BT-Drs. 15/2316, Anlage 2)

BReg = Gegenäußerung der Bundesregierung vom 13.01.04 zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines TKG (BT-Drs. 15/2345)

RegTP = Stellungnahme der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post vom 06.06.03 zum Referentenentwurf des TKG

Monopolkommission = Stellungnahme von Prof. Martin Hellwig (Vorsitzender der Monopolkommission) zum Referentenentwurf TKG-E 2003 vom 30.04.03 für eine Novellierung des TKG

VATM-Stellungnahme = Stellungnahme des VATM zur TKG-Novelle (Stellungnahme zu BT-Drs. 15/2316 und BT-Drs. 15/2345) (Stand: 22.01.04)

Köln/Berlin, den 22.01.04

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)965**

4. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. (BREKO)

**Stellungnahme und Detail-Änderungsvorschläge****A. Stellungnahme**

1. Investitionsanreize schaffen: Grundentscheidung pro Infrastrukturwettbewerb
2. Konsistente Entgeltregulierung sicherstellen
3. Kein Sonderrecht für Mobilfunk und Datenkommunikation
4. Rechtssicherheit erhöhen: Konkretisierung der Beurteilungs- und Ermessensspielräume
5. Missbräuchliches Verhalten wirksam sanktionieren
6. Rechtsschutz verbessern
7. Angemessene Regulierung des Marktbeherrschers aufrechterhalten - keine unverhältnismäßige Regulierung der nicht marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreiber einführen:
8. Kostenbelastungen reduzieren: Rückführung staatlicher Auflagen

**B. Detail-Änderungsvorschläge****Teil 1 Allgemeine Vorschriften****Teil 2 Marktregulierung**

Abschnitt 1 Verfahren der Marktregulierung

Abschnitt 2 Zugangsregulierung

Abschnitt 3 Entgeltregulierung

Unterabschnitt 1 Allgemeine Vorschriften

Unterabschnitt 2 Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

Unterabschnitt 3 Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen

Abschnitt 4 Sonstige Verpflichtungen

Abschnitt 5 Besondere Missbrauchsaufsicht

**Teil 3 Kundenschutz****Teil 5 Vergabe von Frequenzen, Nummern, Wegerechten**

Abschnitt 1 Frequenzordnung

Abschnitt 2 Nummerierung

**Teil 7 Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Öffentliche Sicherheit****Teil 8 Regulierungsbehörde**

Abschnitt 1 Organisation

Abschnitt 2 Befugnisse

Abschnitt 3 Verfahren

Unterabschnitt 2 Gerichtsverfahren

**Teil 9 Abgaben****Teil 10 Straf- und Bußgeldvorschriften**

Stand der Stellungnahme: 10.11.2003

**A. Stellungnahme**

Mit Beschluss des Bundeskabinetts vom 15.10.2003 liegt nunmehr der Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes vor, der sich ausweislich der Begründung zum Ziel setzt, das Mitte 2002 in Kraft getretenen neue europäische Recht für den Telekommunikationssektor umzusetzen. Gleichzeitig bietet die grundlegende Revision des TKG die Chance, unter Nutzung der bisherigen Erfahrungen bestehende Defizite zu beseitigen und erforderliche Klarstellungen vorzunehmen.

Es ist zwar anzuerkennen, dass viele der vorgesehenen Änderungen des derzeit geltenden nationalen Rechtsrahmens für den Telekommunikationsbereich europarechtlich determiniert werden. Dennoch ist das Geschick des nationalen Gesetzgebers gefragt – ihm obliegt die Aufgabe, die europarechtlichen Richtlinienvorgaben in nationales Recht umzusetzen, wobei ihm hierfür nach dem EG-Vertrag ein **Gestaltungsspielraum** zukommt. Nicht alle Fragestellungen sind im übrigen durch europarechtliche Vorgaben beantwortet. Der nationale Gesetzgeber ist und bleibt gefragt, zum Nutzen aller Marktteilnehmer einschließlich der Verbraucher einen möglichst optimalen Rechtsrahmen zu schaffen. Insoweit besteht auch ein „Wettbewerb nationaler Gesetzgeber“ nach einer möglichst optimalen **Umsetzung einer wettbewerbsfreundlichen Rechts-**

**ordnung im Telekommunikationsbereich („best practice“).** Der Erfolg in diesem Wettbewerb ist messbar: er besteht in der Einwerbung von Investitionen, der Schaffung und Sicherung von Arbeitsplätzen und einer Vermehrung des Verbrauchernutzens.

Der Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V. ((BREKO) erkennt die Bemühungen des vorliegenden Gesetzwurfes, die seit 1996 vollzogene Marktöffnung fortzuführen und einen wettbewerbsorientierten Rahmen zu sichern bzw. fortzuentwickeln. Angesichts ständig komplexer werdender Produkt- und Anbieterstrukturen im Telekommunikationssektor darf es nicht Aufgabe des Gesetzgebers sein, sich in Detailfragen zu verlieren oder Interessen einzelner Marktteilnehmer höher zu gewichten als das Interesse an der optimalen Erfüllung der Regulierungsziele im Interesse aller Verbraucher und aller Marktteilnehmer. Umgekehrt darf es aber ebensowenig Aufgabe des Gesetzgebers sein, den ordnungspolitischen Rahmen so unbestimmt zu halten, dass weder die Marktteilnehmer noch die mit dem Vollzug des Gesetzes betraute Verwaltungsbehörde wesentliche Leitentscheidungen unmittelbar aus dem Rechtsrahmen ableiten können. Die **Transparenz und Stabilität ordnungspolitischer Rahmenbedingungen** ist für die Entwicklung der Telekommunikationsmärkte ein sehr hoher Wert. Nur damit wird es möglich sein, in der Vergangenheit teilweise verloren gegangenes Vertrauen von Investoren und Kunden in die Entwicklung dieser Märkte zu gewinnen.

Gesetzgebung und Regulierungspraxis unter Maßgabe des europarechtlich vorgesehenen „SMP-Konzepts“ dürfen aus Sicht des BREKO nicht daran ausgerichtet werden, ob Unternehmensinteressen oder politische Opportunität für ein „Mehr“ oder „Weniger“ an Regulierung sprechen. Ausschlaggebend sind alleine die Ergebnisse in Form der Etablierung eines nachhaltigen und sich selbst tragenden Wettbewerbs. Wichtiger - jedoch nicht alleiniger - Indikator dafür sind Marktanteile von Wettbewerbsunternehmen in Bezug auf den früheren Staatsmonopolisten. Auch nach Auffassung von Monopolkommission, Regulierungsbehörde und Bundesregierung ist der Wettbewerb im Bereich von Telekommunikations-Festnetzanschlüssen deutlich unterentwickelt. BREKO analysiert den TKG-E insbesondere darauf, ob die Zielsetzung eines nachhaltigen und sich selbst tragenden Wettbewerbs gerade im Bereich der Telekommunikations-Teilnehmeranschlüsse erreicht werden kann.

Die nachfolgend im einzelnen begründeten Detail-Änderungsvorschläge zum TKG-E bilden einen Anforderungskatalog, der wie folgt zusammengefasst werden kann:

- Investitionsanreize schaffen: Grundentscheidung pro Infrastrukturwettbewerb
- Konsistente Entgeltregulierung sicherstellen
- kein Sonderrecht für Mobilfunk und Datenkommunikation
- Rechtssicherheit erhöhen: Konkretisierung der Beurteilungs- und Ermessensspielräume

- Missbräuchliches Verhalten wirksam sanktionieren
- Rechtsschutz verbessern
- Regulierung des Marktbeherrschers nicht vorzeitig zurückführen - keine unverhältnismäßige Regulierung nicht marktbeherrschender TNB
- Kostenbelastungen reduzieren: Rückführung staatlicher Auflagen

#### *1. Investitionsanreize schaffen: Grundentscheidung pro Infrastrukturwettbewerb*

Die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen wird als Regulierungsziel genannt (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E). Allerdings fehlt aus unserer Sicht in den Einzelregelungen zur Marktregulierung eine klare und eindeutige Umsetzung dieses Regulierungsziels.

Zum einem wird beim Prüfungsprogramm der Regulierungsbehörde zur Auferlegung einer Zugangsverpflichtung gefragt, ob Anreize zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs nicht entfallen. Der Begründung des TKG-E kann dazu entnommen werden, dass dieser Vorgabe nur dann zu entsprechen sei, wenn zum Netz des vormaligen Monopolisten alternative Infrastrukturen entstehen. Gerade die Mitgliedsunternehmen des BREKO haben sich nachgewiesenermaßen dazu entschieden, alternative Infrastrukturen zu schaffen. Diese getätigten Investitionen in eigene Anschlussnetze ermöglichen den BREKO-Mitgliedsunternehmen sowohl die Anbindung der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung über die Hauptverteilerstandorte der Deutschen Telekom AG (DTAG) als auch die Unabhängigkeit vom Anschlussnetz der DTAG. Da volkswirtschaftlich und betriebswirtschaftlich unsinnige Dopplungen von Infrastrukturen zu vermeiden sind, wird in vielen Fällen darauf verzichtet, neben den Teilnehmeranschlussleitungen des vormaligen Monopolisten eine oder mehrere weitere Teilnehmeranschlussleitungen aufzubauen. Die Verpflichtung zum Zugang zur entbündelten Teilnehmeranschlussleitung schafft damit in vielen Fällen die einzige sinnvolle Möglichkeit zum wettbewerblichen Angebot infrastrukturbasierter Dienste. Aus Sicht von BREKO ist diese Zugangsverpflichtung unersetzlich. Der Regulierungsbehörde darf bei der Auferlegung dieser Zugangsverpflichtung kein Ermessen (siehe § 19 Abs. 1 TKG-E: „kann“) eingeräumt werden.

Vielmehr soll die RegTP das ehemalige staatsmonopolistische Unternehmen auf Antrag oder von Amts wegen verpflichten, den entbündelten Zugang zu den eigenen Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren.

Zum anderen hält sich aus Sicht des BREKO der TKG-E zu neutral, was die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs im Verhältnis zum Dienstewettbewerb betrifft. Ohne Infrastrukturen keine Dienste – dies sollte auch im TKG-E Berücksichtigung finden. Dienstewettbewerb als Korrektiv für ansonsten mögliches missbräuchliches Verhalten vertikal integrierter Unternehmen besitzt seine Berechtigung. Allerdings benötigt ein funktionsfähiger und damit nachhaltig strukturell gesicherter Wettbewerb vordringlich den Infrastrukturwettbewerb. Ob eine langfristige Investition in ein Anschlussnetz getätigt wird, hängt ganz wesentlich davon ab, welche Zugangsansprüche den

Wettbewerbern zu welchen Konditionen gewährt werden müssen. Werden Telekommunikationsanbieter ohne eigene Infrastruktur oder mit geringem Investitionsbedarf durch regulatorische Zugangsverpflichtungen den investierenden Netzanbietern gleichgestellt, fehlen jegliche Anreize für Innovation und Investition in Infrastruktur. Das beste Beispiel für eine klare Fehlentwicklung ist die regulatorische Auferlegung von bloßem Wiederverkauf (Resale) im Festnetz. Die Entscheidung der Regulierungsbehörde, nicht-infrastrukturbasierten Anbietern sog. entbündeltes Anschluss-Resale zu gewähren, gefährdet in hohem Maße die Geschäftsmodelle aller Netzbetreiber, die in die Anschlussnetze investiert haben. Die substantiellen wirtschaftlichen Auswirkungen für die Teilnehmer-netzbetreiber stünden in keinem Verhältnis zu den geringen Impulsen für Investitionen und Arbeitsplätze, die von Resellern zu erwarten sind. Da Infrastrukturwettbewerb ein langfristiger Wettbewerb ist, brauchen die Marktteilnehmer klare und stabile Rahmenbedingungen. Die Leitentscheidungen sollten daher vom Gesetzgeber selbst getroffen und nicht auf die Regulierungsbehörde verlagert werden. Durch die Novellierung ist klarzustellen, dass dieser auf Basis des alten TKG gefasste Beschluss auf Grundlage der geänderten Rechtslage keinen Bestand hat.

Damit keine Missverständnisse darüber aufkommen, was der Gesetzgeber unter Investitionen in Infrastrukturen verstanden haben will, sollte im TKG-E klargestellt werden, dass es sich vorrangig um Investitionen in Anschlussnetze und Anschlussstechnologie handelt, da nur diese Infrastrukturinvestitionen einen nachhaltigen und dauerhaften Wettbewerb sichern können.

#### Forderung:

Die nachfolgenden Paragraphen sind wie folgt zu fassen:

#### 1. § 1 Zweck des Gesetzes

„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch eine technologie neutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern, **eine leistungsfähige Telekommunikationsinfrastruktur zu schaffen** und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“

#### 2. § 2 Regulierung und Ziele

„(...)

(2) Ziele der Regulierung sind:

(...)

3. effiziente Infrastrukturinvestitionen **zu schützen und zu fördern, soweit diese nicht unter dem Schutz eines staatlichen Monopols getätigt worden sind**, und Innovationen zu unterstützen. Vorrangig sind effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern, welche für den Nutzer eine Erweiterung des Angebots von Netzzugängen ermöglichen.

(...)“

#### 2. Konsistente Entgeltregulierung sicherstellen

Es ist anzuerkennen, dass der TKG-E eine Harmonisierung entgeltregulatorischer Maßnahmen (Konsistenzgebot) anstrebt. Dies ist ein wesentlicher Fort-

schrift gegenüber der bisherigen Praxis, bei der Entgelte für Endkundenangebote gegenüber den Entgelten für Vorleistungsangebote weitgehend unabhängig voneinander reguliert wurden. Verwerfungen waren die Folge.

BREKO sieht allerdings die Notwendigkeit, das Konsistenzgebot in der konkreten Umsetzung noch präziser auszugestalten. Aus Sicht des BREKO wäre etwa im Falle von Entgeltregulierungsmaßnahmen sicherzustellen, dass genügende Abstände zwischen den Konditionen für Dienstwettbewerber (§ 28 Abs. 6 TKG-E) und den Konditionen für infrastrukturbasierte Unternehmen existieren (§ 28 Abs. 1 bz. § 28 Abs. 3 TKG-E). Es ist aus Sicht von BREKO nicht gerechtfertigt, dass Vorleistungs-Entgelte für Dienstwettbewerber mit Vorleistungs-Entgelten für infrastrukturbasierten Unternehmen gleichgesetzt werden können, wie dies von § 28 Abs. 6 TKG-E zugelassen wird.

#### Forderung:

Die nachfolgenden Paragraphen sind wie folgt zu fassen:

#### 1. § 25 Ziel der Entgeltregulierung

„(...)

(2) Die Regulierungsbehörde hat **sicherzustellen**, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot). Die Regulierungsbehörde nimmt insbesondere eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Entgeltregulierungsmaßnahmen vor. **Sie wird hierzu insbesondere**

1. *eine Verfahrensordnung aufstellen und veröffentlichen, die sicherstellt, dass jeder Beschlusskammer der Regulierungsbehörde, die für Entscheidungen nach dem Teil 2 dieses Gesetzes zuständig ist, bei Entscheidungen nach dem Teil 2 dieses Gesetzes rechtzeitig vorab ein Entscheidungsentwurf der entscheidenden Beschlusskammer vorgelegt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird (formelles Konsistenzgebot);*
2. *durch Allgemeinverfügung die Kostenrechnungsmodelle und -methoden festlegen, die der Entgeltregulierung auf dem jeweiligen Telekommunikationsmarkt im Sinne des § 10 Abs. 1 zugrunde zu legen sind;*
3. *sicherstellen, dass bei sämtlichen Entscheidungen der Entgeltregulierung die Maßgaben des § 26 eingehalten werden. Zudem ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die regulierten Entgelte Wettbewerbern eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erlauben, in einen chancengleichen Wettbewerb mit dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzutreten (materielles Konsistenzgebot).“*

#### 2. § 26 Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten

„(...)

2. die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt

beeinträchtigen, oder (...)“

### 3. § 29 Entgeltgenehmigung

„(1) Entgelte, die nach Maßgabe des § 28 genehmigungsbedürftig sind, sind genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten **und mit § 25 Abs. 2 Nr. 3 und § 26 in Einklang stehen.**

(...)“

### 4. § 33 Verfahren der Entgeltgenehmigung

(...)

(3) „(...) Die Genehmigung der Entgelte ist zu versagen, soweit die Entgelte mit diesem Gesetz, insbesondere mit **§ 25 Abs. 2 Nr. 3 und § 26**, oder anderen Rechtsvorschriften nicht in Einklang stehen. (...)“

Im Rahmen der Ausgestaltung und Präzisierung des Konsistenzgebotes fordert BREKO außerdem, dass der Maßstab für die Entgeltermittlung insoweit modifiziert wird, dass bereits (mehrfach) abgeschriebene, in Monopolzeiten refinanzierte Investitionskosten nicht erneut den Wettbewerbsunternehmen aufgebürdet werden dürfen. Dies würde zu einer Doppel- oder Mehrfachvergütung dieser Investitionen beim früheren Monopolunternehmen führen. Der Genehmigungsmaßstab für die Entgelte ist somit um diese Abschreibungspositionen zu bereinigen. Die tatsächlichen Kosten (Ist-Kosten) der Deutschen Telekom AG zur Bereitstellung von essentiellen Vorleistungen wie etwa der Teilnehmeranschlussleitung unterschreiten bereits heute – wie von der RegTP festgestellt – die ermittelten „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“.

Das Ergebnis: „Ist-Kosten liegen niedriger als die Effizienzkosten“ hatte der Telekommunikationsgesetzgeber bisher nicht im Blick. Vielmehr ging er davon aus, dass die Ist-Kosten über den Effizienzkosten liegen und folglich eine Kostenprüfung im Hinblick auf die Effizienz stattfinden müsse. Die die Effizienzkosten übersteigenden Aufwendungen konnten von der Regulierungsbehörde nach den gesetzlichen Regelungen nur dann berücksichtigt werden, wenn dafür eine rechtliche Verpflichtung bestand oder das regulierte Unternehmen eine sonstige sachliche Rechtfertigung nachweisen konnte (sog. „neutrale Aufwendungen“). Für den Fall, dass die nachgewiesenen Ist-Kosten unter den Effizienzkosten liegen, fehlt derzeit eine entsprechende Regelung im Gesetz. Sie kann aus Sicht des BREKO nur so lauten, dass im Bereich der Vorleistungsentgelte lediglich die Ist-Kosten zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zugrunde gelegt werden dürfen, wenn diese unter den von der RegTP ermittelten Effizienzkosten liegen sollten.

### 3. Kein Sonderrecht für Mobilfunk und Datenkommunikation

Der TKG-E sieht ungerechtfertigte Ausnahmen von allgemeingültigen gesetzlichen Maßstäben für Mobilfunknetzbetreiber vor. So führt § 38 Abs. 2 TKG-E den Begriff des „nachhaltigen Dienstwettbewerbs auf dem Mobilfunkendnutzermarkt“ ein – dies meint aber nichts anderes, als dass selbst im Falle der Feststel-

lung marktbeherrschender Stellungen die Auferlegung der Verpflichtungen nach § 38 Abs. 1 TKG-E nicht erfolgt, wenn der Dienstwettbewerb ansonsten dauerhaft („nachhaltig“) etabliert ist. Die vom TKG-E bereits vorgenommene Marktabgrenzung des „Mobilfunkendnutzermarktes“ ist außerdem problematisch, weil nach der europarechtlichen Systematik zunächst ein Marktanalyseverfahren durch die RegTP im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt erfolgen muss. Die in § 38 Abs. 1 TKG-E erfolgte gesetzliche Vorabfestlegung in Bezug auf die Marktanalyse für Mobilfunkmärkte ist ein nicht zu rechtfertigendes Abweichen von dieser Systematik.

### 4. Rechtssicherheit erhöhen: Konkretisierung der Beurteilungs- und Ermessensspielräume

Bezüglich der - durch den TKG-E erheblich erweiterten - Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde werden europarechtliche Vorgaben angeführt. Wie gutachterlich gezeigt (Koenig/Loetz/Neumann, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, Münster 2003), kann der nationale Gesetzgeber aber sehr wohl Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde determinieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn der RegTP aufgrund der nationalen Verwaltungsorganisation keine umfassende Unabhängigkeit eingeräumt wird, sie vielmehr eine weisungsabhängige Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit bleibt. Die jüngsten Regulierungsentscheidungen, beispielsweise bei der Umsetzung der sog. „kleinen TKG-Novelle“, haben bestätigt, dass die Regulierungsbehörde trotz eines eindeutigen politischen Willens des Gesetzgebers nicht in der Lage oder bereit ist, ihr gesetzlich eingeräumte Beurteilungsspielräume und ein weites Ermessen selbstständig auszufüllen; sie fordert im Gegenteil eine möglichst weitgehende Konkretisierung der EU-Richtlinien bei der Umsetzung in nationales Recht. Wir empfehlen daher, die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der RegTP wenigstens durch zusätzliche gesetzliche Regelbeispiele zu begrenzen.

#### Forderung:

§ 19 Abs. 1 wird wie folgt gefasst:

**„(1) Die Regulierungsbehörde verpflichtet auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, (...) insbesondere wenn damit die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 sichergestellt werden können.“**

### 5. Missbräuchliches Verhalten wirksam sanktionieren

Die bisher im TKG-E vorgesehenen Instrumente zur Sanktionierung missbräuchlichen Verhaltens erscheinen nicht ausreichend. So fehlt nach § 36 Abs. 4 TKG-E eine Aussage dazu, welche Korrektur für den Fall eines rechtswidrig zu niedrigen (Dumping-)Preises eines marktbeherrschenden Unternehmens erfolgen soll. Hier müsste nach Auffassung von BREKO die Korrektur ebenfalls auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses erfolgen. Die Unterkosten-Entgelte dürften nicht beim Kunden verbleiben. Die Preisdifferenz

müsste vom Kunden nacherhoben werden. Zur Sanktionierung dieses missbräuchlichen Verhaltens sollten die nacherhobenen Entgelte nicht beim missbräuchlich handelnden Unternehmen verbleiben, sondern den Wettbewerbsunternehmen zufallen.

Für den Fall der missbräuchlichen Gebührenübererhebung dürfen die „Früchte der verbotenen Tat“ ebenfalls nicht beim marktbeherrschenden Unternehmen verbleiben. Auch hier fehlt derzeit noch eine wirksame Sanktionierung – die RegTP wäre im Falle der ex-post-Kontrolle gem. § 36 Abs. 4 TKG-E lediglich ermächtigt, die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam zu erklären. Diese Sanktion ist unzureichend und beseitigt nicht die wirtschaftlichen Vorteile einer missbräuchlichen Preissetzung.

### 6. Rechtsschutz verbessern

Erhebliche Defizite in Bezug auf die Gewährung effizienten Rechtsschutzes von Wettbewerbsunternehmen bestehen derzeit bezüglich der Entgeltregulierungsentscheidungen der RegTP. Ein signifikantes Beispiel dazu ist das Entgeltregulierungsverfahren für Endnutzerentgelte für Rufnummernmitnahme. Während die RegTP in 1998 noch entschieden hatte, dass für die Erhebung dieser Entgelte keine Grundlage besteht, urteilte das VG Köln in 2002 zugunsten des marktbeherrschenden Unternehmens. Die RegTP verzichtete teilweise auf Rechtsmittel und ließ die Entscheidung des VG Köln insoweit rechtskräftig werden. Wettbewerbsunternehmen besaßen – trotz der wirtschaftlichen Betroffenheit aufgrund Überwälzung dieser Kosten auf die Unternehmen bzw. geringerer Wechselbereitschaft potenzieller Kunden – keine Beteiligungsrechte in diesem gerichtlichen Verfahren. Sie konnten sich dazu weder äußern noch selbst Rechtsmittel einlegen bzw. die Rechtskraft dieser Entscheidung verhindern. Das Verfahren zeigt sehr deutlich, dass der Rechtsschutz von Wettbewerbsunternehmen (sog. „Drittenschutz“) deutlich verbessert werden muss. Auch der TKG-E stellt dazu noch keine ausreichende Lösung bereit.

In diesem Zusammenhang ist auch der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für Fragen der Marktregulierung zugunsten des Kartellrechtswegs zu ändern. Der neue EU-Rechtsrahmen verstärkt – insbesondere durch das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren („SMP-Konzept“) – die Konvergenz zwischen allgemeinem Wettbewerbsrecht und sektorspezifischem Regulierungsrecht. Der neue EU-Rechtsrahmen verweist eindeutig auf Grundsätze und Anwendungspraxis des Wettbewerbsrechts und wünscht sich eine Annäherung zwischen sektorspezifischem Regulierungsrecht und allgemeinem Wettbewerbsrecht. Die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze und Anwendungspraxis lässt sich besser dadurch sichern, dass die Rechtsschutzverfahren vor den für die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts zuständigen Kartellgerichte geführt werden.

Insbesondere die Probleme der gerade aus verfahrensrechtlichen Gründen erforderlichen Abgrenzung zwischen TKG-Verfahren und GWB-Verfahren würden entfallen, wenn eine Rechtswegzuweisung für Verfahren der Marktregulierung an die Kartellgerichte erfolgte.

Das Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren erfordert künftig eine sehr viel stärkere Anwendung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Grundsätze als bisher üblich. Diese neuen Aufgaben würden die Verwaltungsgerichtsbarkeit überfordern und die Gefahr in sich bergen, dass sich unterschiedliche Rechtsprechung zu allgemein wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen etabliert.

Der Verwaltungsrechtsweg ist traditionell dadurch geprägt, dass durch staatliches Handeln „betroffene Bürger“ sich dagegen zur Wehr setzen. Im Eilrechtsverfahren wird das öffentliche Interesse (vertreten durch die RegTP) an der Vollziehung des Verwaltungsaktes gegen das Interesse des Betroffenen (zumeist die Deutsche Telekom AG) an der Aussetzung der Maßnahme abgewogen. Im Kartellrechtsweg sind die Interessen der drittbetroffenen Unternehmen dagegen ungleich besser berücksichtigt. Im behördlichen Verfahren beteiligte Unternehmen sind nach § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB ebenfalls im gerichtlichen Verfahren zu beteiligen. Traditionell ist die Kartellgerichtsbarkeit viel stärker gewohnt, Entscheidungen im Rahmen eines Mehrparteien-Streitverfahrens zu treffen.

Im Rahmen der TKG-Novelle ist außerdem zu berücksichtigen, dass ggf. weitere Netzindustrien künftig einer stärkeren sektorspezifischen Regulierung unterfallen können. Insbesondere betrifft dies die Märkte im Bereich Elektrizitäts- und Gasversorgung. Hierzu besteht bereits eine einschlägige Befassung und Spruchpraxis der Kartellbehörden und der Kartellgerichte. Viele Fallgestaltungen auf diesen Märkten sind mit Fallgestaltungen aus dem Telekommunikationsrecht vergleichbar. Die Einheitlichkeit des Rechtsweges sollte für die Regulierung auch dieser Netzindustrien vorgesehen werden.

Allein zukunftsfristig erscheint vor diesem Hintergrund, die Verantwortung für Fragen der Marktregulierung den dafür geschaffenen Kartellgerichten zuzuweisen. Damit wird der Gefahr einer Auseinanderentwicklung der Rechtsprechung zu Streitverfahren aus verschiedenen Wirtschaftsbereichen am besten vorgebeugt und die Einheitlichkeit der Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts als Grundlage jeder sektorspezifischen Regulierungsmaßnahme sichergestellt.

### Forderung:

BREKO fordert die Rechtswegzuweisung für Fragen der Marktregulierung zu den Kartellgerichten.

### 7. Angemessene Regulierung des Marktbeherrschers aufrechterhalten - keine unverhältnismäßige Regulierung der nicht marktbeherrschenden Teilnehmer-netzbetreiber einführen:

Der erreichte Stand der Marktliberalisierung rechtfertigt derzeit noch kein Rücknahme der Regulierungsintensität. BREKO hält daher Vorschriften für gefährlich, die es dem ehemaligen Monopolisten erlauben, frühzeitig aus der strengen Regulierung entlassen zu werden. Angesichts des erheblichen Verdrängungspotentials, über das die DTAG mit dem Angebot von Preisdumping-Tarifen im Endkundengeschäft verfügt, ist der frühzeitige Verzicht auf die ex-ante-Entgeltregulierung nicht akzeptabel. Auch birgt das

Verhältnis von § 19 zu § 18 des Entwurfs die Gefahr, dass die DTAG frühzeitig aus der strengen Regulierung entlassen wird.

Während der Entwurf auf der einen Seite die Option enthält, die Regulierungsintensität für das marktbeherrschende Unternehmen vorzeitig zu minimieren, führt er für nicht marktbeherrschende Teilnehmerbetreiber ein unverhältnismäßiges Maß an Regulierung ein. Das in § 18 Abs. 2 vorgesehene Diskriminierungsverbot soll gemäß der Zugangsrichtlinie nur für den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gelten. Eine Ausweitung des Gleichbehandlungsgebots auch auf alternative TNB schränkt diese in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit ein und stellt insoweit eine nicht richtlinienkonforme Umsetzung dar. Sachgerecht ist es, das Diskriminierungsverbot, entsprechend der Zugangsrichtlinie, in § 19 aufzunehmen.

Des Weiteren ist es im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht sachgerecht, Teilnehmerbetreiber zu verpflichten, für andere Unternehmen das Mahnverfahren durchzuführen. § 18 dient der Sicherstellung der Interoperabilität, d.h. der End-zu-End-Verbund von Diensten muss gewährleistet sein. Während hierfür die Abrechenbarkeit eine wichtige Voraussetzung darstellt, fällt das Mahnwesen eindeutig in den Verantwortungsbereich des Diensteanbieters. Insbesondere bei den Mehrwertdiensten, die mit einem vergleichsweise hohen Forderungsausfallrisiko behaftet sind, kann es dem TNB nicht zugemutet werden, Verpflichtungen über die Fakturierung und die Entgegennahme der Zahlung bzw. den Bankeinzug hinaus für einen fremden Geschäfts- und Risikobereich zu übernehmen. Dies gilt umso mehr, als das Mahnverfahren in der Regel negative Auswirkungen auf das Kundenverhältnis hat und die Gefahr besteht, dass Kunden aufgrund der Auseinandersetzung über die Forderung eines Dritten am Ende ihren gesamten Vertrag mit dem TNB kündigen. Reklamationen von unseriösen Diensten, z.B. Dialern, können zu nachhaltigen Imageschädigungen des TNB führen.

#### **Forderung:**

- Das Diskriminierungsverbot sollte von § 18 Abs. 2 Satz 1 auf § 19 verlagert werden.
- Die aus der Begründung hervorgehende Verpflichtung alternativer TNB, ggf. das Mahnwesen übernehmen zu müssen, ist zu streichen.

#### **8. Kostenbelastungen reduzieren: Rückführung staatlicher Auflagen**

Die Einführung eines „Telekommunikationsbeitrags“ ist abzulehnen. Die Finanzierung öffentlicher ordnungspolitischer Aufgaben ist wie bei anderen Marktaufsichtsbehörden wie z.B. Bundeskartellamt oder Gewerbeaufsicht steuerlich zu finanzieren. In Bezug auf die Einnahmen der RegTP ist zu vermissen, dass keine Überwälzung der Verfahrenskosten auf diejenigen Unternehmen erfolgt, die nach Beschluss der RegTP einen Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung vorgenommen haben.

Die Überwachungsvorschriften des geltenden TKG und der TKÜV belasten die Marktteilnehmer in verfassungswidriger Weise mit hohen Kosten für Maß-

nahmen, die der Wahrnehmung originär öffentlicher Aufgaben dienen. Die Kosten werden sich durch die Ausdehnung des TKG-Anwendungsbereichs auf sämtliche elektronische Kommunikationsnetze weiter erhöhen. Ohne eine angemessene Beteiligung der Überwachungsbehörden an den Kosten wird es kaum möglich sein, diese auf effiziente und verhältnismäßige Maßnahmen und technischen Lösungen zu beschränken.

#### **B. Detail-Änderungsvorschläge**

Nachfolgende Änderungsvorschläge basieren auf dem Entwurf des Telekommunikationsgesetzes, der vom Bundeskabinett am 15.10.2003 beschlossen wurde.

##### *Teil 1 Allgemeine Vorschriften*

#### **1. Änderungsvorschlag zu § 1**

(Zweck des Gesetzes)

Einfügen der Formulierung:

*„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch eine technologie neutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern, **eine leistungsfähige Telekommunikationsinfrastruktur zu schaffen** und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewähren.“*

Die Einfügung in § 1 TKG-E, die den Zweck des Gesetzes beschreibt, ist erforderlich, weil die Schaffung einer leistungsfähigen Telekommunikationsinfrastruktur hervorragendes Ziel der Gesetzgebung im Telekommunikationsbereich sein muss. Eine moderne und – auch international – wettbewerbsfähige Infrastruktur im Kommunikationsbereich ist unabdingbar für die sektorübergreifende Wettbewerbsfähigkeit einer Volkswirtschaft. Sie zu schaffen sollte ausdrücklicher Zweck des TKG sein.

#### **2. Änderungsvorschlag zu § 2 Abs. 2 Nr. 3**

(Regulierungsziele)

Ersetzen der Formulierung:

*„effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen“*

durch:

*„effiziente Infrastrukturinvestitionen zu schützen und zu fördern, soweit diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht unter dem Schutz eines staatlichen Monopols getätigt worden sind, und Innovationen zu unterstützen. Vorrangig sind effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern, welche für den Nutzer eine Erweiterung des Angebots von Netzzugängen ermöglichen.“*

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass der TKG-E in den Regulierungszielen die Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen betont. Dies entspricht Art. 8 Abs. 2 Nr. c der Rahmenrichtlinie. Der nationale Gesetzgeber hat darüber hinaus die Möglichkeit, ein Leitbild bzw. eine Interpretation zu formulieren, welche Art von Infrastrukturinvestitionen von ihm als besonders förderungswürdig angesehen werden. Angesichts der Notwendigkeit, dass sämtlicher Wettbewerb mit Netzen und auf den Netzen am Netzzugang des

Kunden beginnt, stellt die Förderung von Infrastrukturinvestitionen in Netzzugänge und die Ermöglichung größerer Wahlmöglichkeiten für Nutzer eine zentrale Aufgabe der Regulierung dar. Strukturell abgesicherter Wettbewerb wird nur dann hergestellt werden können, wenn in erheblich stärkerem Umfang als heute wettbewerbliche Angebote von Netzzugangsleistungen bestehen und genutzt werden können. Eindrücklich zeigt auch die Entwicklung bezüglich Breitbandzugängen, dass technische Innovationen stets den Netzzugang beim Nutzer beinhalten. Um ein Bild zu bemühen: breite Daten-Autobahnen nützen wenig, wenn die Zu- und Auffahrten für den Kunden nicht vorhanden oder unterdimensioniert sind und somit die Vorteile dem Nutzer nicht zur Verfügung gestellt werden können.

Investitionen, die vor der Öffnung der Telekommunikationsmärkte unter dem Schutz eines staatlichen Monopols finanziert wurden, können – da sie bereits durch Monopolpreise von Nutzern bezahlt wurden – nicht zu den Zielen einer zukunftsgerichteten Regulierung gehören, da Telekommunikationsdienstleistungen nach Art. 87 f Abs. 2 GG als „privatwirtschaftliche Tätigkeiten“ zu erbringen sind. Zur Vermeidung von Streitfragen sollte dies in dem Regulierungsziel unmissverständlich zum Ausdruck kommen.

### 3. Erweiterungsvorschlag zu § 2

(Regulierung und Ziele)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Absatz 5:

**(5) Teledienste im Sinne des Gesetzes über die Nutzung von Telediensten (Teledienstegesetz - TDG) unterfallen in Bezug auf die Übermittlung mittels Telekommunikation dem Geltungsbereich dieses Gesetzes.**

Es fehlt bisher eine klare Aussage zum Verhältnis zwischen Telekommunikationsgesetz und Teledienstegesetz. Der im TKG fehlende Begriff „Teledienst“ könnte intendieren, dass diese Kategorie von Diensten von den Vorschriften des TKG generell nicht erfasst werden. Insbesondere wird nicht deutlich, ob die im TKG angesprochenen „Dienste mit Zusatznutzen“ bzw. „Mehrwertdienste“ den Telediensten gleichgestellt sein können oder davon abgegrenzt werden müssen. Nach der Definition des § 2 Abs. 1 TDG sind Teledienste „elektronische Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bilder oder Töne bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt“. Insoweit sind nach unserer Auffassung Teledienste **auch** in den Geltungsbereich des TKG einzubeziehen; mit anderen Worten: TKG und TDG bleiben parallel anwendbar. Zur Vermeidung von Streitfragen sollte in § 2 oder in § 3 TKG-E eine entsprechende Klarstellung erfolgen.

### 4. Allgemeine Anmerkung zu § 3

(Begriffsbestimmungen)

In Bezug auf die Begriffsbestimmungen „Telefonnetz“ (§ 3 Nr. 16) oder „Telekommunikationsnetze“ (§ 3 Nr. 27) oder „Telekommunikationsdienste“ (§ 3 Nr. 25) und anderen „Telekommunikations-Begriffen“ möchten wir anmerken, dass die EU-Richtlinien diese Be-

grifflichkeiten generell durch „elektronische Kommunikation“ ersetzen, um den weiten Anwendungsbereich der Richtlinien zu verdeutlichen. Gerade etwa in Bezug auf die Begriffe „Telefonnetz“ oder „Telefondienst“ zeigt sich, dass ein historisches Begriffsverständnis anklingt, welches wiederum durch zusätzliche Begriffsbestimmung erweitert werden muss, um die „Zukunftsfähigkeit“ der Begriffe sicherzustellen. Der von den EU-Richtlinien aufgezeigte Weg einer kompletten Ersetzung der bisherigen Begrifflichkeiten durch den Begriff der „elektronischen Kommunikation“ erscheint uns insoweit konsequenter und überzeugender.

### 5. Erweiterungsvorschläge zu § 3

(Begriffsbestimmungen)

In § 3 sollten folgende, weitere Begriffe definiert werden:

#### „Betreiber“

(siehe §§ 19, 20, 21, 22 etc.). Der TKG-E stellt im Hinblick auf die Frage beträchtlicher Marktmacht bzw. der marktbeherrschenden Stellung ganz überwiegend auf „marktbeherrschende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze“ ab. Die EU-Richtlinien stellen jeweils auf „Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht“ ab. Die Änderungen des TKG-E gegenüber den EU-Richtlinien erfordern es, diesen wichtigen Begriff zu definieren.

#### „öffentlich“

(siehe nur §§ 4, 6 Abs. 1, 7, 16, 17, 18 Abs. 1 und Abs. 2, 19 Abs. 1 bis Abs. 3, 20 Abs. 1 bis Abs. 5, 21 Abs. 1, 2, 4, 5, 22 Abs. 1, 26 Abs. 1 und 2 und in vielen weiteren Regelungen - auch in Abgrenzung zur „geschlossenen Benutzergruppe nach §§ 89 Abs. 2, 95 Abs. 4, 97 Abs. 1 und Abs. 2, 99 Abs. 1, 100 Abs. 1, 101, 125 Abs. 1).

Da wichtige Verpflichtungen nur Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auferlegt sind, spielt die Abgrenzung des öffentlichen zum nicht-öffentlichen Bereich eine erhebliche Rolle. In der Vergangenheit hat die Auslegung des Begriffes bereits erhebliche Probleme bereitet, die sogar in einem Feststellungsverfahren der RegTP zum Gegenstand gemacht, aber nicht gelöst wurde. Zur Vermeidung weiterer Streitfragen sollte eine legislatorische Abgrenzung erfolgen. Vom Grundsatz ausgehend, dass Angebote für Dritte (d.h. keine Eigenversorgung etc.) als Angebote am Markt wahrgenommen werden, wäre eine entsprechende Regelung (siehe dazu auch die Vermutungsregel nach § 6 Abs. 3 des geltenden TKG) eine praktikable Lösung. Eine Formulierung könnte wie folgt lauten:

**...ist „öffentlich“ das geschäftsmäßige Bereitstellen von Telekommunikationsnetzen und das Angebot von Telekommunikationsdiensten für Dritte. Die Eigenversorgung sowie die Binnenkommunikation zwischen den Teilnehmern einer geschlossenen Benutzergruppe unterfällt nicht dieser Begriffsbestimmung.**

#### „Mehrwertdienste“

(siehe § 65 Abs. 1, 140 Abs. 1 Nr. 3, TNV-Entwurf)

sowie das noch zu implementierende Gesetz gegen Missbrauch von Mehrwertdiensternummern). Der TKG-E sollte aufgrund der Praxisbedeutung eine Begriffbestimmung der Mehrwertdienste beinhalten und eine klare Festlegung dazu treffen, inwieweit die Regelungen des TKG auf die Mehrwertdienste Anwendung finden. Zur Abgrenzung gegenüber den „Tele-diensten“ siehe oben. Eine Formulierung könnte wie folgt lauten:

**„...sind „Mehrwertdienste“ einheitliche Telekommunikationsdienstleistungen einschließlich von Diensten mit Zusatznutzen, bei denen neben der Übertragung von Signalen weitere Dienstleistungen erbracht und abgerechnet werden. Für die weiteren Dienstleistungen gelten die Vorschriften dieses Gesetzes entsprechend, soweit nicht ausdrücklich andere gesetzliche Bestimmungen vorgehen.“**

#### **„Netzabschlusspunkt“**

(siehe § 3 Nr. 21, § 108 Abs.6, § 147 Abs. 1 Nr. 27). Eine Definition sollte insbesondere vor dem Hintergrund der nach der Universaldienst-Richtlinie zugewiesenen Bedeutung erfolgen. Erwägungsgrund Nr. 6 der Universaldienstrichtlinie führt dazu aus: „Der Netzabschlusspunkt stellt zu Regulierungszwecken die Grenze dar zwischen dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste und der Regelung für Kommunikationsendeinrichtungen. Die nationale Regulierungsbehörde ist für die Festlegung des Standortes des Netzabschlusspunkts zuständig, die Festlegung erfolgt gegebenenfalls auf der Grundlage eines Vorschlags der betreffenden Unternehmen. Die Formulierung sollte nach unserer Auffassung der Definition nach Art. 2 e Universaldienst-Richtlinie entsprechen:

**...ist „Netzabschlusspunkt“ der physische Punkt, an dem einem Teilnehmer der Zugang zu einem öffentlichen Kommunikationsnetz bereitgestellt wird; in Netzen, in denen eine Vermittlung oder Leitwegbestimmung erfolgt, wird der Netzabschlusspunkt anhand einer bestimmten Netzadresse bezeichnet, die mit der Nummer oder dem Namen eines Teilnehmers verknüpft sein kann.“**

#### **6. Änderungsvorschlag zu § 3 Nr. 9**

(Begriffsbestimmung Frequenznutzung)

Ersetzen der Formulierung:

**„Nr. 9 ist "Frequenznutzung" jede gewollte Aussendung oder Abstrahlung elektromagnetischer Wellen zwischen 9 kHz und 3000 GHz zur Nutzung durch Funkdienste und andere Anwendungen elektromagnetischer Wellen. Frequenznutzung im Sinne dieses Gesetzes ist auch die Führung elektromagnetischer Wellen in und längs von Leitern, für die keine Freizügigkeit nach § 51 Abs. 2 Satz 3 gegeben ist,“**

durch:

**„Nr. 9 ist "Frequenznutzung" jede gewollte Aussendung oder Abstrahlung elektromagnetischer Wellen zwischen 9 kHz und 3000 GHz zur Nutzung durch Funkdienste und andere Anwendungen elektromagnetischer Wellen im Freiraum.“**

In § 3 Nr. 9 TKG-E wird definiert, dass Frequenznutzung in und längs von Leitern in den Geltungsbereich des Gesetzes einbezogen ist und folglich eine Frequenzverwaltung auch für „Kabelfrequenzen“ stattfindet. Die Regelung findet eine gewisse Entsprechung in § 45 Abs. 2 Satz 2 des geltenden TKG mit der Möglichkeit, dass im Frequenzbereichzuweisungsplan auch Bestimmungen über die Nutzung von Kabelfrequenzen enthalten sein können. Bekanntlich hat diese Regelung (und darauf basierend die sog. Nutzungsbestimmung 30 – NB 30) europarechtliche Einsprüche ausgelöst, da bereits das EU-Mandat 313 zur elektromagnetischen Verträglichkeit von Netzen existiert und damit die Regelungen („Standstill“) nicht hätten getroffen werden dürfen.

Es erscheint aus grundsätzlichen Erwägungen nicht richtig, die Regulierungsbehörde auch für die Frequenzverwaltung von „Kabelfrequenzen“ für zuständig zu erklären. Grundsätzlich sollte die Belegung und Nutzung von Kabelfrequenzen in der Hoheit des jeweiligen Netzbetreibers bleiben, die er grundsätzlich freizügig nutzen kann ohne prüfen zu müssen, ob die genutzten Frequenzbereiche einer Verwaltungsentscheidung der RegTP unterlegen sind.

Der ordnungspolitische Ansatz erscheint uns hier nicht zutreffend, dass zunächst die Kabelfrequenzen komplett in die Frequenzverwaltung einbezogen werden, um anschließend wieder – als Ausnahme – Festlegungen bezüglich der freizügigen Nutzung zu treffen. Vielmehr sollte Ansatz sein, generell eine freizügige Nutzung vorzusehen und lediglich für den Fall, dass Störsituationen eintreten sollten, eine Korrektur verlangen zu können und ein Einschreiten der RegTP möglich zu machen. Der aus unserer Sicht hierfür richtige und zutreffende Ausgangspunkt sind die Vorschriften über elektromagnetische Verträglichkeit. Diese sind als Regelungskomplex ausreichend – einer zusätzlichen Frequenzregulierung bedarf es insoweit nicht.

#### **7. Änderungsvorschlag zu § 3 Nr. 21**

(Begriffsbestimmungen)

Ersetzen der Formulierung:

**„Nr. 21 ist "Teilnehmeranschluss" die physische Verbindung, mit dem der Netzabschlusspunkt in den Räumlichkeiten des Teilnehmers an den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird,“**

durch:

**„Nr. 21 ist "Teilnehmeranschluss" die physische Verbindung, mit dem der Netzabschlusspunkt des Teilnehmers an den Hauptverteilerknoten oder mit einer gleichwertigen Einrichtung in festen öffentlichen Telefonnetzen verbunden wird,“**

Der Begriff „Räumlichkeit des Teilnehmers“ könnte vermuten lassen, dass lediglich die Anbindung teilnehmereigener Räumlichkeiten verlangt werden kann. Ein Teilnehmeranschluss liegt nach unserer Sicht jedoch auch vor, wenn Anschlüsse in Räumlichkeiten eines Vertragspartners des Teilnehmers (z.B. Vermieter) vorgenommen werden. Ein Teilnehmeranschluss muss zudem nicht immer in „geschlossenen“ Räumen

installiert sein, z.B. ist die Anbindung von öTel's ebenfalls ein Teilnehmeranschluss. Zwar benutzt Art. 2 e der Zugangs-Richtlinie den Begriff der „Räumlichkeiten des Teilnehmers“; eine Erweiterung im TKG-E erscheint allerdings möglich, da europarechtlich keine weiteren Rechtsfolgen an diesen Definitionsteil geknüpft werden.

#### 8. Änderungsvorschlag zu § 7, strukturelle Separierung

Ersetzen der Formulierung:

*„Unternehmen die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste anbieten und auf anderen Märkten als der Telekommunikation, innerhalb der Europäischen Union, besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Sektoren besitzen, sind verpflichtet, die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und -diensten strukturell auszugliedern.“*

durch:

*„Unternehmen die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben oder öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste anbieten und auf anderen Märkten als der Telekommunikation, innerhalb der Europäischen Union, besondere oder ausschließliche Rechte für die Erbringung von Diensten in anderen Sektoren besitzen, sind verpflichtet,*

- a. über die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze oder -dienste in dem Umfang getrennt Buch zu führen, der erforderlich wäre, wenn sie von rechtlich unabhängigen Unternehmen ausgeübt würden, so dass alle Kosten- und Einnahmebestandteile dieser Tätigkeiten mit den entsprechenden Berechnungsgrundlagen und detaillierten Zurechnungsmethoden, einschließlich einer detaillierten Aufschlüsselung des Anlagevermögens und der strukturbedingten Kosten, offen gelegt werden oder*
- b. die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und -diensten strukturell auszugliedern.“*

Die Beschränkung auf strukturelle Separierung gem. RegE entspricht nicht Art. 13 Abs. 1 Rahmenrichtlinie, die eine Wahlmöglichkeit zwischen getrennter Buchführung und struktureller Separierung vorsieht. Das mildere Mittel der getrennten Buchführung ist daher auch im TKG aufzunehmen.

### Teil 2 Marktregulierung

#### Abschnitt 1 Verfahren der Marktregulierung

#### 9. Änderungsvorschlag zu § 9 Abs. 1

(Grundsatz)

Ersetzen der Formulierung:

*„(1) Der Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils unterliegen Märkte, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb im Sinne des § 10 be-*

*steht und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.“*

durch:

*„(1) Der Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils unterliegen Märkte für elektronische Kommunikationsnetze- und -dienste, auf denen kein wirksamer Wettbewerb im Sinne des § 10 besteht und für die eine Marktanalyse nach § 11 ergeben hat, dass kein wirksamer Wettbewerb vorliegt.“*

In der Grundsatz-Regelung sollte der Begriff „Märkte“ entsprechend den EU-Richtlinien durch „Märkte für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste“ ersetzt werden. Damit werden auch Wiederholungen in den nachfolgenden Regelungen überflüssig.

#### 10. Änderungsvorschlag zu § 10 Abs. 1 und Abs. 2

(Marktabgrenzung)

Wir schlagen die Zusammenführung der Absätze 1 und 2 mit folgender geänderter Formulierung vor (bisheriger Absatz 3 wird Absatz 2):

*„(1) Die Regulierungsbehörde legt erstmals unverzüglich nach Inkrafttreten des Gesetzes die sachlich und räumlich relevanten Märkte fest, die nach den Vorschriften dieses Teils reguliert werden. Diese Märkte bestimmt die Regulierungsbehörde unter weitestgehender Berücksichtigung sowohl der Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstemärkte als auch der Leitlinien zur Marktanalyse und zur Bewertung beträchtlicher Marktmacht, die die Kommission nach Artikel 15 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) veröffentlicht, in ihrer jeweils geltenden Fassung“*

Aufgrund der Regelung in § 9 Abs.1 (Voraussetzungen einer Marktregulierung) wäre die im TKG-E enthaltende Regelung des § 10 Abs. 2 Satz 1 (Voraussetzungen der Regulierung) eine problematische Wiederholung, deren eigenständiger Regelungsgehalt fraglich ist und zu Auslegungsproblemen Anlaß geben könnte. Wir empfehlen deshalb die Streichung dieses Satzes und Zusammenfassung beider Absätze mit oben genannter Formulierung. Als weitere Änderung wird der Begriff „Telekommunikationsmärkte“ durch „Märkte“ ersetzt, da die Bezugnahme auf Märkte für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste bereits durch die vorgeschlagene Grundsatzregelung des § 9 Abs. 1 erfolgt.

Aus unserer Sicht nicht anzuerkennen ist ein Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde bei der Marktabgrenzung. Sowohl Art. 15 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie als auch die Grundsätze des allgemeinen Wettbewerbsrechts geben der Exekutive keinen – d.h. die gerichtliche Überprüfbarkeit weitgehend ausschließenden – Beurteilungsspielraum. Auch das Bundeskartellamt als nationale Wettbewerbsbehörde besitzt bei der Frage der Marktabgrenzung keinen Beurteilungsspielraum (vgl. nur als Beispiel: (OLG Düs-

seldorf [Kartellsenat], Beschluss vom 23. Dezember 2002 – Kart 40/01 (V) bezüglich der Frage der räumlichen Marktabgrenzung).

Ebenso wie die Einräumung eines Beurteilungsspielraums ist abzulehnen, dass selbst bei nicht funktionsfähigem Wettbewerb die betroffenen Märkte für eine Regulierung nur „in Betracht kommen“. Soweit funktionsunfähiger Wettbewerb existiert, muss zwingend eine Regulierung dieser Märkte erfolgen. Ein weiteres Entschließungs- oder Auswahlermessen der RegTP, das in der Verwendung des Begriffes „in Betracht kommen“ gesehen werden kann, ist nicht anzuerkennen.

### 11. Änderungsvorschlag zu § 11 Abs. 1 Satz 1

(Marktanalyse)

Ersetzen der Formulierung:

*„(1) Im Rahmen der Festlegung der nach § 10 für eine Regulierung nach diesem Teil in Betracht kommenden Märkte prüft die Regulierungsbehörde, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht.“*

durch:

***„(1) Im Rahmen der Festlegung der nach § 10 nach diesem Teil zu regulierenden Märkte prüft die Regulierungsbehörde innerhalb einer Frist von längstens vier Monaten, ob auf dem untersuchten Markt wirksamer Wettbewerb besteht.“***

Entsprechend § 10 Abs. 1 lässt die Formulierung „in Betracht kommen“ es zu, dass ein Entschließungs- und Auswahlermessen der RegTP anerkannt werden könnte. Die Klarstellung dieser Regelung – entsprechend der Formulierung nach § 9 des Referentenentwurfs vom 30.04.2003 – wird daher vorgeschlagen.

Eine angemessene Fristenregelung wird vorgeschlagen, damit das Verfahren zielgerichtet und mit einer klaren Zeitvorgabe durchgeführt werden kann. Die Fristenregelung dient dem Interesse aller Beteiligten am Erhalt von Planungssicherheit. Ohne Fristenregelung besteht die Gefahr einer „Verzettelung“, da ansonsten bereits durch Zeitablauf jeweils neue Daten zur aktuellen Wettbewerbssituation erhoben werden müssten (Dynamik der Entwicklung).

### 12. Änderungsvorschlag zu § 13 Abs. 1

(Rechtsfolgen der Marktanalyse)

Ersetzen der Formulierung:

*„(1) Soweit die Regulierungsbehörde auf Grund einer Marktanalyse nach § 11 Verpflichtungen nach den §§ 19, 28, 37, 38 oder 39 Abs. 1 auferlegt, ändert, beibehält oder widerruft (Regulierungsverfügung), gilt das Verfahren nach § 12 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2 und 4 entsprechend, sofern die Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat. Der Widerruf von Verpflichtungen ist den betroffenen Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist vorher anzukündigen. Das Verfahren nach Satz 1 führt die Regulierungsbehörde zusammen mit dem Verfahren nach § 12 durch. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Verpflichtungen nach § 18.“*

durch:

***„(1) Soweit die Regulierungsbehörde auf Grund einer Marktanalyse nach § 11 Verpflichtungen nach den §§ 19, 28, 37, 38 oder 39 Abs. 1 auferlegt, ändert, beibehält oder widerruft (Regulierungsverfügung), gilt das Verfahren nach § 12 Abs. 1 entsprechend. § 12 Abs. 1, 2 Nr. 1, 2 und 4 gilt entsprechend, sofern die Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten hat. Das Verfahren nach den Sätzen 1 und 2 führt die Regulierungsbehörde zusammen mit dem Verfahren nach § 12 durch. Der Widerruf oder die Änderung von Verpflichtungen ist den betroffenen Unternehmen innerhalb einer angemessenen Frist vorher anzukündigen. Die Regulierungsverfügung soll Regelungen für einen marktverträglichen Übergang beinhalten. Die Sätze 1 bis 4 gelten auch für Verpflichtungen nach § 18.“***

Nach der bisherigen Formulierung des § 13 Abs. 1 TKG-E könnte die Schlussfolgerung gezogen werden, dass auch das Verfahren nach § 12 Abs. 1 (Anhörung / Stellungnahmen) nur dann gilt, wenn die Maßnahme Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten hat. Zur Klarstellung des Gewollten wird vorgeschlagen, diesen Satz zu streichen und insoweit deutlich zu machen, dass das Verfahren nach § 12 Abs. 1 auf jeden Fall zur Anwendung kommt.

Erforderlich ist auch eine Ankündigung nicht nur für den Fall des Widerrufs von Verpflichtungen, sondern auch bei jeder Form der Änderung von Verpflichtungen.

Vorgeschlagen wird außerdem eine Verpflichtung der Regulierungsbehörde für ein geeignetes „Übergangsszenario“ zu sorgen, wenn Verpflichtungen widerrufen oder geändert werden sollten, damit ein marktverträglicher Übergang geschaffen werden kann. Beispiel dafür könnte sein, eine bestimmte Verpflichtung sukzessive zurückzuführen, statt lediglich über Bestehen oder Nicht-Bestehen einer Verpflichtung zu entscheiden.

### 13. Erweiterungsvorschlag zu § 13 Abs. 4

(Rechtsfolgen)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Absatz 4:

***„Regulierungsverfügungen nach Absätzen 1 bis 3 berühren die Interessen aller auf dem Markt tätigen Unternehmen.“***

Mit dieser oder einer ähnlichen, den sog. „Drittenschutz“ gewährenden Regelung ist eine bedeutende Rechtsschutzlücke zu schließen, die sich ohne Regelung ergeben könnte. Auch Zugangsverpflichtungen nachfragende und in ihrem Geschäftsansatz davon abhängigen Unternehmen muss die Möglichkeit gegeben werden (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), sich im Falle der Neubewertung der Marktverhältnisse, einer Veränderung oder Nicht-Auferlegung von Verpflichtungen gegen eine entsprechende Entscheidung der Regulierungsbehörde gerichtlichen Rechtsschutz nachfragen zu dürfen. Regulierungsverfügungen können existenzielle Belange dieser Unternehmen berühren; die Gewährung effektiven Rechtsschutzes ist damit - neben den ohnehin bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten

der Adressaten von Regulierungsverfügungen - verfassungsrechtlich geboten.

Auch nach den EU-Richtlinien (vgl. Art. 4 Abs. 1 der Rahmen-Richtlinie) reicht eine „Betroffenheit“, um wirksamen Rechtsschutz nachsuchen zu können. Da nach deutschem Verwaltungsprozessrecht das „rechtliche Interesse“ als Prozessvoraussetzung gilt, wäre das durch ein ausdrücklichen Hinweis im TKG-E deutlich zu machen.

## Abschnitt 2 Zugangsregulierung

### 14. Änderungsvorschlag zu § 18 Abs. 1 Satz 2

(Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern)

Ersetzen der Formulierung:

*„.....weitere Zugangsverpflichtungen auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erforderlich ist.“*

durch:

*„.....weitere Zugangsverpflichtungen auferlegen, soweit dies zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten erforderlich ist und soweit die Abrechenbarkeit der Dienste sichergestellt ist.“*

Weitere Verpflichtungen zur Gewährleistung des End-zu-End-Verbunds von Diensten würden möglicherweise darin bestehen, dass Endnutzern nicht marktbeherrschender Betreiber den Zugang zu Mehrwertdiensten am Netz anderer Betreiber zu ermöglichen ist. Gerade beim Zugang zu Diensten bestehen in der Praxis aber vielfältige Probleme der Abrechenbarkeit. Den nicht-marktbeherrschenden Betreibern ist nicht zuzumuten, eine Verpflichtung zum End-zu-End-Verbund von Diensten erfüllen zu müssen und gleichzeitig für die Erbringung dieser Leistung kein Entgelt zu erhalten. Daher sollte in der Norm klargestellt werden, dass die Abrechenbarkeit der Dienste auch Voraussetzung für die Auferlegung einer Zugangsverpflichtung bildet.

### 15. Änderungsvorschlag zu § 18 Abs. 2:

Das in § 18 Abs. 2 vorgesehene Diskriminierungsverbot soll gemäß der Zugangsrichtlinie nur für den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gelten. Eine Ausweitung des Gleichbehandlungsgebots auch auf alternative TNB schränkt diese in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit ein und stellt insoweit eine nicht richtlinienkonforme Umsetzung dar. Sachgerecht ist es, das Diskriminierungsverbot, entsprechend der Zugangsrichtlinie, in § 19 aufzunehmen.

Des weiteren ist es im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht sachgerecht, Teilnehmernetzbetreiber zu verpflichten, für andere Unternehmen das Mahnverfahren durchzuführen. § 18 dient der Sicherstellung der Interoperabilität, d.h. der End-zu-End-Verbund von Diensten muss gewährleistet sein. Während hierfür die Abrechenbarkeit eine wichtige Voraussetzung darstellt, fällt das Mahnwesen eindeutig in den Verantwortungsbereich des Diensteanbieters. Insbesondere bei den Mehrwertdiensten, die mit einem vergleichsweise hohen Forderungsausfallrisiko behaftet sind, kann es dem TNB nicht zugemutet werden, Verpflichtungen über die Fakturierung und die Entgegen-

nahme der Zahlung bzw. den Bankeinzug hinaus für einen fremden Geschäfts- und Risikobereich zu übernehmen. Dies gilt umso mehr, als das Mahnverfahren in der Regel negative Auswirkungen auf das Kundenverhältnis hat und die Gefahr besteht, dass Kunden aufgrund der Auseinandersetzung über die Forderung eines Dritten am Ende ihren gesamten Vertrag mit dem TNB kündigen. Reklamationen von unseriösen Diensten, z.B. Dialern, können zu nachhaltigen Imageschädigungen des TNB führen.

### Forderung:

- Das Diskriminierungsverbot sollte von § 18 Abs. 2 Satz 1 auf § 19 verlagert werden.
- Die aus der Begründung hervorgehende Verpflichtung alternativer TNB, ggf. das Mahnwesen übernehmen zu müssen, ist zu streichen.

### 16. Erweiterungsvorschlag zu § 19 Abs. 1 Satz 2

(Zugangsverpflichtung)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Satz 2 (der bisherige Satz 2 wird zu Satz 3):

*„Unabhängig von Zugangsverpflichtungen nach den Absätzen 1-4 soll die Regulierungsbehörde das ehemals staatsmonopolistische Unternehmen auf Antrag oder von Amts wegen verpflichten, anderen Unternehmen entbündelten Zugang zu den eigenen Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren.“*

(als Folgeregelung wird der bisherige Absatz 3 Nr. 1 gestrichen)

Wie bereits nach § 2 der geltenden NZV festgestellt, gehört der entbündelte Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen zu den wesentlichen Voraussetzungen für funktionsfähigen Wettbewerb. Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.04.2001 (BVerwG 6 C 6.00) bestätigt diesen Befund. Diese höchstrichterliche Rechtsprechung würde unterlaufen und neue Streitverfahren würden provoziert, falls durch § 19 Abs. 2 Nr. 1 in Abkehr zur bisherigen Rechtssetzung (§ 2 Satz 2 NZV enthält diesen Grundsatz) lediglich eine „Soll-Vorschrift“ aufgestellt würde und die Regulierungsbehörde erneut eine Abwägungsentscheidung über die Erforderlichkeit dieser Zugangsverpflichtung treffen müsste. Wir sprechen uns deshalb dafür aus, dass diese Zugangsverpflichtung aus dem Katalog des Absatzes 3 abgetrennt wird und unmittelbar Kraft Gesetzes angeordnet wird. Die konkrete Auferlegung an ein Unternehmen würde dann aus Gründen der Rechtsklarheit im Rahmen der Regulierungsverfügung nach § 13 TKG-E (deklaratorisch) erfolgen. Durch die gesetzliche Anordnung wird der Regulierungsbehörde aber keine Abwägungsentscheidung abverlangt (die auch bei einer Soll-Vorschrift zu treffen wäre, da die Prüfungskriterien nach Absatz 1 zu berücksichtigen wären). Damit würden neue langjährige Streitverfahren und Rechtsunsicherheit vermieden.

Auch unmittelbar geltendes Europäisches Recht – Verordnung Nr. 288//2000 des Europäischen Parlamentes und des Rates über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss – verlangt, dass diese Verpflichtung für die „gemeldeten Betreiber“ zwingend

aufzuerlegen ist. Die Verpflichtung ist unmittelbare Folge der Feststellung beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung öffentlicher Telekommunikationsnetze und Dienste im Sinne der genannten Richtlinien. Eine erneute Ermessensentscheidung der RegTP wäre daher systemfremd und in Bezug auf die EU-Verordnung Nr. 2887/2000 auch europarechtswidrig.

### 17. Änderungsvorschlag zu § 19 Abs. 1

(Zugangspflichten)

Ersetzen der Formulierung:

*„(1) Die Regulierungsbehörde kann auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten, (...) insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde.“*

durch:

*„(1) Die Regulierungsbehörde verpflichtet auf Antrag oder von Amts wegen Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, (...) insbesondere wenn damit die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 sichergestellt werden können.“*

Die Einräumung eines Ermessens der Regulierungsbehörde, das im Kontext als Entschließungsermessen gelesen werden kann, ist ungerechtfertigt, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Regelung (...Behinderung der Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs...) vorliegen.

Das Prüfungskriterium „Behinderung der Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt“ schafft aus unserer Sicht erhebliche Rechtsunsicherheit und einen rechtsstaatlich nicht zu verantwortenden und praktisch nicht konditionierten Beurteilungsspielraum (Einschätzungsprärogative) bei der RegTP. Die zu prüfende Behinderung der Entwicklung könnte nach Ansicht der RegTP bereits dann entfallen, wenn neben einem marktbeherrschenden Netzbetreiber einige Wiederverkäufer den Endnutzern Angebote unterbreiten. Es erscheint außerdem sehr bedenklich, mit dieser Formulierung quasi ein neues Regulierungsziel zu schaffen. Wir schlagen daher vor, zumindest auf die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 als maßgebliche Kriterien zu verweisen

### 18. Änderungsvorschlag zu § 19 Abs. 1 Nr. 3

(Zugangspflichten)

Ersetzen der Formulierung:

*3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken,“*

durch:

*„3. die Anfangsinvestitionen des Eigentümers der Einrichtung unter Berücksichtigung der Investitionsrisiken; hierbei dürfen Investitionsrisiken vor der vollständigen Öffnung der Telekommunikationsmärkte nicht berücksichtigt werden ,*

In Monopolzeiten vorgenommene Investitionen er-

folgten regelmäßig mit einem sehr viel geringeren Investitionsrisiko. Die Anerkennung dieses Interesses würde bedeuten, dass Zugangsverpflichtungen verwehrt würden, da sich die Risikobewertung in Wettbewerbsmärkten anders darstellt. Hier sollte gesetzlich klargestellt werden, dass eine Berücksichtigung der Investitionsrisiken nur dann erfolgt, wenn die Investitionen auch in einem wettbewerblichen Umfeld getätigt wurden.

### 19. Anmerkung zu § 19 Abs. 1 Nr. 4 – hier: Begründung

(Zugangspflichten)

Die Begründung zu § 19 Abs. 1 Nr. 4 führt aus Sicht von BREKO zwar zutreffend aus, dass das Ziel des funktionsfähigen Wettbewerbs nur dann zu erreichen ist, wenn zum Netz des vormaligen Monopolisten alternative Infrastrukturen entstehen. Die Problematik liegt allerdings in der Absolutheit dieser Aussage, da es volkswirtschaftlich und betriebswirtschaftlich nicht in jedem Fall sinnvoll ist, eine Netzdopplung (oder – vervielfachung) zum Netz des vormaligen Monopolisten entstehen zu lassen. Insbesondere im Hinblick auf Teilnehmeranschlussleitungen im Festnetz kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass alternative Infrastrukturen auch in der Fläche entstehen können. Eine entsprechende Klarstellung in der Begründung zu § 19 Abs. 1 Nr. 4 erscheint deshalb erforderlich.

### 20. Änderungsvorschlag zu § 19 Abs. 1 Nr. 7

(Zugangspflichten)

Ersetzen der Formulierung:

*„7. ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder freiwillige Angebote am Markt zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 genannten Regulierungsziele ausreichen.“*

durch:

*„7. ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach diesem zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 genannten Regulierungsziele ausreichen und ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach diesem Zweiten Teil im Interesse der Rechts- und Investitionssicherheit im Telekommunikationsmarkt für einen begrenzten weiteren Zeitraum beibehalten werden sollten.“*

„Freiwillige Angebote am Markt“ ist in den EU-Richtlinien nicht vorgesehen und ermöglicht vorzeitige Entlassung des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht aus der Regulierung. Dies stellt einen Widerspruch zu dem grundlegenden Ansatz dar, die ex-ante-Regulierung im Endkundenbereich durch eine strenge Vorleistungsregulierung zu kompensieren.

In den Prüfungskatalog der Regulierungsbehörde gehört aus unserer Sicht auch das Interesse von Rechts- und Investitionssicherheit gerade in dem Fall, dass bereits auferlegte Zugangsverpflichtungen künftig nicht mehr auferlegt werden sollen. Hier ist durch die Regulierungsbehörde ein Übergangsszenario zu schaffen, welche bisherige Wettbewerbsstrukturen nicht schlagartig entwerfen kann.

**21. Erweiterungsvorschlag zu § 19 Abs. 2 Nr. 3**

(Zugangspflichten)

Ziff. 3 wird wie folgt neu gefasst:

**„3. Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung nach Maßgabe des § 25 Abs. 2 zu ermöglichen. Sofern Verpflichtungen nach § 38 Abs. 1 auferlegt sind, soll die Zugangsverpflichtung nach Nr. 3 nicht auferlegt werden.“**

Für den Mobilfunkmarkt schafft § 38 Abs. 2 TKG-E folgenden Zusammenhang: nachhaltiger Dienstewettbewerb schließt die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl aus. Mit anderen Worten Betreiber(voraus)wahl wird im Mobilfunk dann eingeführt, soweit kein nachhaltiger Dienstewettbewerb existiert. Zwischen Betreiber(vor)auswahl und Dienstewettbewerb besteht nach § 38 Abs. 2 folglich ein Ausschlussverhältnis.

Diese Systematik muss auf den Festnetzmarkt übertragen werden, um eine Privilegierung des Mobilfunkmarktes bzw. Diskriminierung des Festnetzmarktes (technologieneutrale Regulierung !) auszuschließen. Da derzeit im Festnetzmarkt die Betreiber(vor)auswahl implementiert ist, besteht kein Raum für Dienstewettbewerb auf „Großhandelsbasis“. Die von uns vorgeschlagene Regelung stellt die Neutralität des regulatorischen Ansatzes zwischen Mobilfunk- und Festnetzmarkt her.

**22. Änderungsvorschlag zu § 19 Abs. 2 Nr. 6**

(Zugangspflichten)

Ersetzen der Nr. 6 (Kooperationsmöglichkeiten zwischen Unternehmen zulassen)

durch einen neuen Absatz 4 (bisheriger Absatz 4 wird Absatz 5):

**„(4) Im Rahmen der Erfüllung von Zugangspflichten nach Absätzen 2 und 3 sind Nutzungsmöglichkeiten von Zugangsleistungen sowie Kooperationsmöglichkeiten zwischen den zum Zugang berechtigten Unternehmen zuzulassen, es sei denn, ein marktbeherrschender Betreiber weist im Einzelfall nach, dass eine Nutzungsmöglichkeit oder Kooperation aus technischen Gründen nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.“**

Die Regelung in § 19 Abs. 2 Nr. 6 ist grundsätzlich zu begrüßen, sollte aus unserer Sicht jedoch als genereller Grundsatz bei der Gewährleistung von Zugangspflichten allerdings „vor die Klammer“ gezogen werden. Regelmäßig werden verschiedene praktische Möglichkeiten existieren, wie eine Leistung aufgrund einer Zugangsverpflichtung genutzt werden kann. So lässt sich beispielsweise der entbundene Teilnehmeranschluss für verschiedene Dienstangebote nutzen. Es bestehen vielfältige, heute vielleicht noch gar nicht absehbare Nutzungsmöglichkeiten. Auch Kooperationsmöglichkeiten zwischen Wettbewerbsunternehmen bei der Inanspruchnahme einer

Zugangsleistung sind denkbar. So wäre es möglich, dass ein Line-Sharing zwischen einem Unternehmen vereinbart wird, welches aufgrund der entsprechenden Verpflichtung den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss in Anspruch nimmt und einem weiteren Wettbewerbsunternehmen, welches nur einen Teil des Frequenzbereiches nutzen möchten. Auch diese Kooperationsmöglichkeiten sollten grundsätzlich nur dann eingeschränkt werden dürfen, wenn technische Gründe dem entgegenstehen.

**23. Erweiterungsvorschlag zu § 20 Abs. 3**

(Zugangsvereinbarungen)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Satz 2:

**„Ist für die Zusammenschaltung eine Heranführung über Leitungswege notwendig, so sind die Kosten der Herstellung sowie die laufenden Kosten der Zusammenschaltungsverbindung auf beide Betreiber angemessen aufzuteilen.“**

Diese – dem § 38 Abs. 3 des österreichischen TKG entlehnte – Regelung würde klarstellen und bestehende Auffassungsunterschiede ausräumen, dass eine Zusammenschaltung nicht nur einseitig dem Interesse eines Netzbetreibers sondern dem Interesse beider Netzbetreiber an der „any-to-any-Kommunikation“ dient. Während die Kosten für Anschlüsse derzeit zwar nach dem Standard-Zusammenschaltungsvertrag der DTAG zwischen den Vertragspartnern aufgeteilt werden können, müssen die Kosten der Herstellung des Verbindungsweges sowie der Kollokation vollständig vom dem Wettbewerbsunternehmen getragen werden. Dies ist aufgrund des Interesse beider Zusammenschaltungspartner an der Zusammenschaltung ungerechtfertigt. Die Regulierungsbehörde sieht sich bisher ohne gesetzliche Ermächtigung außer Stande, diesen vorhandenen Misstand zu beseitigen.

**24. Änderungsvorschlag zu § 21 Abs. 1 bis Abs. 3**

(Standardangebote)

Ersetzen der Absätze 1 bis 3 durch folgende Formulierungen:

**„(1) Unbeschadet des Rechts, den Inhalt von Vereinbarungen über Zugangsleistungen frei auszuhandeln, soll die Regulierungsbehörde einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt und dem eine Zugangsverpflichtung nach § 19 auferlegt worden ist, auffordern, ein Standardangebot für diese Zugangsleistung innerhalb von drei Monaten der Regulierungsbehörde vorzulegen. Die Regulierungsbehörde kann Bestandteile für Angebotsinhalte vorgeben, die im Standardangebot enthalten sein müssen. Das Standardangebot muss Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen einschließlich Entgelte enthalten und so umfassend sein, dass es von den Nachfragern ohne weitere Verhandlungen angenommen werden könnte. Die Aufforderung nach Satz 1 erfolgt, soweit die Regulierungsbehörde eine allgemeine Nachfrage nach dem Standardangebot erkennt. In Zweifelsfällen gibt die Regulierungsbehörde vor einer Aufforderung tatsächlichen und potentiellen Nachfragern sowie dem marktbeherr-**

*schenden Betreiber innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme, ob eine allgemeine Nachfrage nach dem Standardangebot besteht.*

*(2) Die Regulierungsbehörde veröffentlicht das vorgelegte Standardangebot und gibt tatsächlichen und potentiellen Nachfragern innerhalb einer angemessenen Frist Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Regulierungsbehörde prüft unter Berücksichtigung der Stellungnahmen das vorgelegte Standardangebot und nimmt Veränderungen vor, soweit dies in Bezug auf Fairness, Billigkeit und Rechtzeitigkeit erforderlich ist. Von der Regulierungsbehörde genehmigte Standardangebote werden von ihr mit einer Mindestlaufzeit versehen.*

*(3) Die Entscheidungen nach Absätzen 1 und 2 können nur insgesamt angegriffen werden. Für die Regulierung der Entgelte gelten die §§ 25 bis 35. Die Regulierungsbehörde veröffentlicht die Genehmigung des Standardangebots und wann und wo Nachfrager das Standardangebot einsehen können. Die Genehmigung berührt sowohl die Interessen des marktbeherrschenden Betreibers als auch die Interessen tatsächlicher und potentieller Nachfrager nach den Zugangsleistungen.*

Die vorgeschlagenen umfangreicheren Änderungen der in § 21 TKG-E enthaltenen Regelungen gehen von folgenden Überlegungen aus:

- Standardangebote sind eine wichtige Maßnahme zur Erhöhung der Effizienz der Zusammenarbeit zwischen Zugangsverpflichteten und Zugangsberechtigten. Mit dem Hinweis auf die Existenz von Standardangeboten darf jedoch die Möglichkeit individueller Verhandlungen und Vereinbarungen nicht beschränkt werden. Ansonsten würde auch die Fortentwicklung der Angebote im Keim ersticken. Entsprechend einer Formulierung aus dem Entwurf der NZV vom 03.06.1996, dort § 6 Abs.1 würden wir die Formulierung vorschlagen: „Unbeschadet des Rechts....frei auszuhandeln, (...)“
- Nach Art. 4 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie besteht eine Pflicht zu Verhandlungen, soweit diese nachgefragt wird. Die Verhandlungspflicht ist nicht – etwa durch Verweis auf ein Standardangebot – abdingbar.
- Die in § 21 Abs. 1 bis 3 enthaltenen Regelungen erscheinen uns zur Beschleunigung des Verfahrens verbesserungsfähig. Aus unserer Sicht ist der Regulierungsbehörde regelmäßig amtsbekannt, ob es für eine bestimmte Zugangsleistung eine allgemeine Nachfrage nach einem Standardangebot gibt. Die Abfrage im Markt und Einholung von Stellungnahmen (§ 21 Abs. 2) würde hier nur unnötig Zeit kosten. Lediglich in Zweifelsfällen (etwa bei neuen Zugangsleistungen) soll die Regulierungsbehörde eine Abfrage vornehmen.
- Im nächsten Schritt sollte das innerhalb einer Frist vorzulegende Standardangebot (§ 6 Abs. 3 NZV 1996 sah hierfür eine Frist von 2 Monaten vor), von der Regulierungsbehörde zur Kommentierung gestellt werden.

- Im letzten Schritt sollte eine Entscheidung über die ggf. seitens der RegTP zu modifizierenden Inhalte des Standardangebots erfolgen. Da das Standardangebot die Vertragsgrundlage für Zugangsberechtigten als auch Zugangsverpflichteten bildet, sollten auch grundsätzlich beide Parteien berechtigt sein, erforderlichenfalls Rechtsschutz nachzufragen. Daher wird eine Regelung vorgeschlagen, welche dies ausdrücklich zulässt.

#### 25. Erweiterungsvorschlag zu § 22 Abs. 3

(Getrennte Rechnungsführung)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Abs. 3:

*„(3) Die Regulierungsbehörde kann einem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Erleichterungen in den Verpflichtungen zur Rechnungsführung und der Vorlage von Informationen und Dokumente gewähren, wenn das Anschlussnetz strukturell separiert geführt wird und die Nachvollziehbarkeit der finanziellen Beziehungen zum marktbeherrschenden Unternehmen und zu anderen Nachfragern gewährleistet wird.“*

Es sollten gesetzliche Anreize aufgenommen werden, die eine vertikale Desintegration der DTAG unterstützen (siehe dazu die Vorschläge der Monopolkommission). Eine Möglichkeit wäre die Erleichterung im Hinblick auf die Anforderungen zur Kostenträgerrechnung.

#### 26. Änderungsvorschlag zu § 21 Abs. 6

(Anordnungen)

Ersetzen der Formulierung:

*„...soll die Regulierungsbehörde hinsichtlich der Bedingungen und der Entgelte jeweils Teilentscheidungen treffen.“*

durch:

*„...kann die Regulierungsbehörde hinsichtlich der Bedingungen und der Entgelte jeweils Teilentscheidungen treffen.“*

Es erscheint nicht sinnvoll, als Regel-/ Ausnahmeverhältnis vorzusehen, dass die Anordnung der für die Leistung zu entrichtenden Entgelte in einem weiteren Verfahrensschritt erfolgen soll. Als Konsequenz würde nur in Ausnahmefällen die Anordnung der Entgelte im selben Verfahrensschritt erfolgen. Wir sprechen uns dafür aus, dass die Anordnung der Entgelte zwar in einem weiteren Verfahrensschritt erfolgen kann – oftmals aber ein Verfahren dafür ausreichend ist – insbesondere dann, wenn die Anordnung einer Leistung lediglich deshalb erforderlich ist, weil eine Entgelteinigung zwischen den Parteien nicht möglich war.

### Abschnitt 3 Entgeltregulierung

#### Unterabschnitt 1 Allgemeine Vorschriften

#### 27. Änderungsvorschlag zu § 25 Abs. 2

(Konsistenzgebot)

Ersetzen der Formulierung:

„(2) Die Regulierungsbehörde hat darauf zu achten, dass....“

durch:

**(2) Die Regulierungsbehörde hat sicherzustellen, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot). Die Regulierungsbehörde nimmt insbesondere eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Entgeltregulierungsmaßnahmen vor. Sie wird hierzu insbesondere**

- 1. eine Verfahrensordnung aufstellen und veröffentlichen, die sicherstellt, dass jeder Beschlusskammer der Regulierungsbehörde, die für Entscheidungen nach dem Teil 2 dieses Gesetzes zuständig ist, bei Entscheidungen nach dem Teil 2 dieses Gesetzes rechtzeitig vorab ein Entscheidungsentwurf der entscheidenden Beschlusskammer vorgelegt und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird (formelles Konsistenzgebot);**
- 2. durch Allgemeinverfügung die Kostenrechnungsmodelle und-methoden festlegen, die der Entgeltregulierung auf dem jeweiligen Telekommunikationsmarkt im Sinne des § 10 Abs. 1 zugrunde zu legen sind;**
- 3. sicherstellen, dass bei sämtlichen Entscheidungen der Entgeltregulierung die Maßgaben des § 26 eingehalten werden. Zudem ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die regulierten Entgelte Wettbewerbern eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erlauben, in einen chancenreichen Wettbewerb mit dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht einzutreten (materielles Konsistenzgebot).“**

§ 25 Abs. 2 Satz 1 TKG-E sieht die Einführung eines sogenannten Konsistenzgebotes vor. Das Konsistenzgebot soll eine „in sich stimmige Entgeltregulierung“ sicherstellen. Durch eine koordinierte und aufeinander abgestimmte Entscheidungspraxis soll die RegTP dafür Sorge tragen, dass die von ihr regulierten Entgelte so aufeinander abgestimmt sind, dass Wettbewerbsverzerrungen, etwa durch das Auftreten von Preis-Kosten-Scheren, vermieden werden (Begründung zu § 25 TKG-E).

Damit wird zunächst deutlich, dass die Zweifel an der Konsistenz der bisherigen Praxis der Entgeltregulierung von der Bundesregierung geteilt werden. In der vorliegenden Fassung des § 25 Abs. 2 Satz 1 TKG-E ist das Konsistenzgebot aber in erster Linie als formelles Konsistenzgebot zu verstehen. Damit trägt der Gesetzentwurf den Bedenken des BREKO und anderer Wettbewerber aber nur unzureichend Rechnung. Hinzu treten muss das materielle Konsistenzgebot. Darunter versteht der BREKO die Verpflichtung der RegTP, bei Entgeltentscheidungen in jedem Einzelfall die Auswirkung der regulierten Entgelte auf den Wettbewerb, und dass heißt auf die Tätigkeit der Wettbewerber im Verhältnis zu dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, zu berücksichtigen.

Ein Entgelt, das nach Prüfung durch die RegTP den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne des § 29 Abs. 1 TKG-E entspricht, zugleich aber die Entstehung von Wettbewerb unmöglich macht, weil die Erzielung eines angemessenen Unternehmergewinnes objektiv nicht verwirklicht werden kann, darf nicht genehmigt werden. Die RegTP ist ausdrücklich zu verpflichten, die Auswirkungen einer geplanten Entgeltentscheidung auf den Wettbewerb zu berücksichtigen. Unzureichend ist insoweit die jetzige Formulierung des § 25 Abs. 2 S. 1 TKG-E („hat darauf zu achten“). Sie sollte wie vorgeschlagen durch eine Verpflichtung der RegTP, das Konsistenzgebot sicherzustellen, ersetzt werden.

Das Konsistenzgebot enthält eine formelle und eine materielle Komponente. Zur Durchsetzung des formellen Konsistenzgebotes ist gesetzlich vorzuschreiben, dass sämtliche Beschlusskammern der RegTP, die Entscheidungen im Rahmen der Entgeltregulierung nach dem TKG treffen, in jede Entgeltentscheidung vorab einbezogen werden. Die Erfahrungen der BREKO-Mitglieder haben gezeigt, dass eine solche Abstimmung in der Vergangenheit in vielen Fällen nicht – oder nur unzureichend - erfolgt ist.

Darüber hinaus ist durch Allgemeinverfügung eine Festlegung zu treffen, welche Kostenrechnungsmodelle und -methoden einer bestimmten Entgeltregulierungsmaßnahme zugrunde zu legen sind. Die Erfahrungen der BREKO-Mitglieder aus den letzten Jahren haben gezeigt, dass hier unterschiedliche Modelle und Methoden zum Ansatz kamen. So beruht die Regulierung der Entgelte für den Zugang zu Teilnehmeranschlussleitung im Wesentlichen auf dem sogenannten Analytischen Kostenmodell, während andere Entgelte im Wesentlichen auf der Basis eines Benchmarking-Konzeptes genehmigt werden.

Schließlich ist zur Umsetzung des materiellen Konsistenzgebotes von Gesetzes wegen eine Prüfung vorzusehen, die die Wettbewerbsmöglichkeiten alternativer Netzbetreiber unter Zugrundelegung des zu regulierenden Entgeltes und sämtlicher anderer relevanter Entgeltentscheidungen der RegTP in den Blick nimmt. Erweist diese Prüfung, dass ein Wettbewerb gegenüber dem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf der Grundlage der zu regulierenden Entgelte, die beispielsweise nach dem Maßstab der kosteneffizienten Leistungsbereitstellung ermittelt wurden, nicht möglich ist, ist dieses Entgelt zu versagen und stattdessen ein Entgelt festzulegen, das dem materiellen Konsistenzgebot genügt.

Auf diese Weise lassen sich Inkonsistenzen der gegenwärtigen Entgeltregulierung vermeiden, wie sie etwa im jüngsten Resale-Beschluss der BK der RegTP vom 23.06.2003 – BK 3a-03/010 - zu Tage treten. Dort heißt es (S. 27):

„Auf der Basis einer an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ausgerichteten Entgeltbemessung wird das TAL-Geschäftsmodell, wie die Erfahrung der Vergangenheit zeigt, auf die bisherigen meist großstädtischen Bereiche beschränkt bleiben.“

Zur Förderung der förderungswürdigen Geschäftsmodelle der BREKO-Mitglieder verlangt die BK 3 der RegTP eine „sachgerechte und konsistente Preisbil-

dung, die andere Vorleistungspreise berücksichtigt“. Gemeint sind andere Vorleistungspreise für den Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen der DTAG, wie sie von der BK 4 der RegTP genehmigt worden sind. Dieses Beispiel belegt, wie sehr die Konkretisierung des Konsistenzgebotes in der vorgeschlagenen Form erforderlich ist.

### 28. Erweiterungsvorschlag zu § 25 Abs. 3

(Konsistenzgebote)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Absatz 3:

**„(3) Sofern ein auf einem Endkundenmarkt tätiger Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, verpflichtet ist, Zugang zu einer entsprechenden Zugangsleistung nach § 19 zu gewähren, die Bestandteile enthält, die gleichermaßen für ein Angebot auf dem Endkundenmarkt wesentlich sind, ist das Unternehmen verpflichtet, gleichzeitig mit einer geplanten Entgeltmaßnahme im Endkundenbereich ein Angebot für die Vorleistung vorzulegen, das insbesondere den Vorgaben des § 26 genügt. Sofern das Unternehmen kein solches Vorleistungsangebot vorlegt, kann die Regulierungsbehörde die Forderung des Endkundenentgelts ohne weitere Prüfung untersagen.“**

Eine wichtige Ausformung des Konsistenzgebotes besteht Sicht von BREKO darin, dass eine konsistente Regulierung im Hinblick auf die Verfügbarkeit von Vorleistungsprodukten erfolgt, d.h. dass sichergestellt ist, dass bei der Einführung eines neuen Endkundenprodukts des regulierten Unternehmens auch alternative Anbieter die gleichen Chancen zur Teilnahme am Wettbewerb haben und zwar auf Grundlage eines zeitgleich zur Verfügung gestellten Vorleistungsproduktes.

Darüber hinaus regen wir an, dass das Konsistenzgebote durch die Regulierungsbehörde nicht nur in ihrer Geschäftsordnung verankert, sondern auch inhaltlich unter Beteiligung aller Marktparteien im Rahmen von Konsultationsverfahren näher ausgearbeitet wird. In diesem Zusammenhang sollte verankert werden, welche Prüfkriterien die Regulierungsbehörde anwendet und welche Maßnahmen ihr zur Verfügung stehen, um eine Konsistenz sicherzustellen. Dazu gehören u.a. Maßnahmen wie die Anwendung sogenannter Price-Squeeze-Tests, die Möglichkeit zu entgeltregulatorischen Eingriffen auf der Endnutzer- bzw. der Vorleistungsebene bei festgestellter Nicht-Konsistenz sowie regulatorische Eingriffe betreffend Preis-Kosten-Scheren bzw. zur Price-Cap-Regulierung von Vorleistungen.

### 29. Erweiterungsvorschlag zu § 25 Abs. 4

(Ziel der Entgeltregulierung)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Abs. 4:

**„(4) Entgeltregulierungsmaßnahmen dienen sowohl der Ordnung des Wettbewerbs und des Verbraucherschutzes im allgemeinen als auch dem Schutz der Unternehmen im besonderen, die mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem durch die Entgeltregulierungsmaßnahme**

**betroffenen Markt konkurrieren oder kurzfristig konkurrieren werden.“**

Vor dem Hintergrund der bisherigen negativen Erfahrungen, ist eine gesetzliche Klarstellung dringend erforderlich, welcher Adressatenkreis durch Entgeltregulierungsmaßnahmen rechtlich betroffen ist. Die eindeutige Regelung des sog. „Drittsschutzes“ ist ein zentrales Anliegen für die Novellierung des TKG. Wirtschaftlich durch Entgeltregulierungsmaßnahmen der Regulierungsbehörde betroffenen Unternehmen muss rechtlich die Möglichkeit offen stehen, die Entscheidungen überprüfen zu lassen. Das Phänomen der „Regulierung zu Lasten Dritter“ (Regulierungsbehörde und marktbeherrschendes Unternehmen sind sich einig) mit gleichzeitigen Rechtsschutzlücken für die wirtschaftlich betroffenen Wettbewerbsunternehmen würde damit verringert.

[siehe dazu auch unsere Kommentierung zu § 13 Abs. 3]

### 30. Änderungsvorschlag zu § 26 Abs. 1 Nr. 2

(Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)

Ersetzen der Formulierung:

**„2. die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, oder“**

durch:

**„2. die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt beeinträchtigen, oder“**

Nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E sollen nunmehr nur noch „erhebliche“ Beeinträchtigungen der Wettbewerbsmöglichkeiten alternativer Anbieter ein missbräuchliches Verhalten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht begründen können. Eine Rechtfertigung für diese substanzielle Einschränkung der Eingriffsmöglichkeiten der RegTP gegenüber der DTAG ist bei dem jetzigen Stand der Wettbewerbsentwicklung im Ortsnetz nicht erkennbar.

### 31. Änderungsvorschlag zu § 27 Abs. 1 und Abs. 1

(Anordnungen Kostenrechnung)

Ersetzen der Formulierung:

**„...kann....“**

durch:

**„...soll.....“**

Die Entgeltregulierung, die Vorgaben zur Orientierung an den Kosten und insbesondere die Analyse der zugrunde liegenden Kosten bleibt ein wesentliches Instrument einer wirkungsvollen und effektiven Regulierung auch nach Umsetzung des neuen EU-Rechtsrahmens. Aus diesem Grund sollte das TKG die Möglichkeiten in Bezug auf Vorgaben zur Kostenorientierung und zur Kostenrechnung eindeutig vorsehen und der RegTP klare Vorgaben machen. Soweit dieses Instrument nicht gegeben ist oder nicht genutzt wird

(s. z.B. T-DSL-Entgelte), drohen Verdrängungspreisstrategien durch das regulierte Unternehmen. Die vorgesehene „Kann-Bestimmung“ erfordert von der Regulierungsbehörde im Rahmen der Anordnungsentscheidung eine möglicherweise schwierige Rechtfertigung und wird Rechtsschutzverfahren des betroffenen Unternehmens provozieren. Wir sprechen uns dafür aus, dass der Gesetzgeber insoweit der RegTP eindeutige Vorgaben macht und das – in Bezug auf ein entgeltregulatorisches Eingreifen auch mildere - Mittel der Transparenzverpflichtungen konsequent umsetzt und für die RegTP verpflichtend macht.

## Unterabschnitt 2 Regulierung von Entgelten für Zugangsleistungen

### 32. Änderungsvorschlag zu § 28 Abs. 3

(Entgeltregulierung)

Ersetzen der Formulierung:

*„(3) Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für Zugangsleistungen, die nicht nach § 19 auferlegt worden sind, unterliegen der nachträglichen Regulierung nach § 36.“*

durch:

*„(3) Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für Zugangsleistungen, die nicht nach § 19 auferlegt worden sind, unterwirft die Regulierungsbehörde einer Genehmigungspflicht, wenn damit die Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 besser verwirklicht werden können. Für den Fall, dass diese Entgelte keiner Genehmigungspflicht unterworfen werden, unterliegen sie der nachträglichen Regulierung nach § 36.“*

Die Regulierungsbehörde sollte grundsätzlich entscheiden können, ob für bestimmte der „sonstigen Zugangsleistungen“ eine ex-ante Prüfung nicht zur besseren Verwirklichung der Regulierungsziele erforderlich ist. Insbesondere könnte sie berücksichtigen, ob eine größere Rechts- und Planungssicherheit auch im Interesse des regulierten Unternehmens dann gegeben ist, wenn die Zugangsleistung einer Genehmigungspflicht unterfällt. Bei einer erforderlichen Korrektur im Rahmen einer nachträglichen Entgeltregulierung ergeben sich vielfach kaum oder schwierig reversible Marktverhältnisse. Als Beispiel aus der Praxis kann die Einführung der sog. Payphone Access Charge genannt werden. Die missbräuchlich überhöhten Entgelte wurden zwar im Rahmen einer nachträglichen Entgeltregulierung abgesenkt. Bis zur Entscheidung der Regulierungsbehörde in diesem Verfahren der nachträglichen Entgeltprüfung haben sich bereits Marktaustritte von Anbietern sog. Calling-Cards vollzogen. Die ex-ante-Prüfung des Entgeltes wäre hier das weniger eingreifende Mittel gewesen.

### 33. Änderungsvorschlag zu § 28 Abs. 6 Satz 2

(Entgeltregulierung – „retail minus“)

Ersetzen der Formulierung:

*„Das Entgelt entspricht dabei mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.“*

durch:

*„Das Entgelt darf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht unterschreiten und muss einen ausreichenden Abstand zu den Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals enthalten, die bei einem effizienten Anbieter für das selbst erstellte Angebot des Dienstes entstehen.“*

Dumping-Angebote des marktbeherrschenden Betreibers könnten dazu führen, dass Entgelte zu Großhandelsbedingungen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterschreiten. Damit würde zwar ein Korrektiv zu der Dumping-Strategie des marktbeherrschenden Unternehmens geschaffen, zugleich aber auch andere Unternehmen in den Wettbewerbsmöglichkeiten nachhaltig geschädigt. Aber auch bei einer Entsprechung (Gleichsetzung) der Großhandelsentgelte mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, wäre das Konsistenzgebot gefährdet, da Eigenproduktion von Diensten und effiziente Infrastrukturinvestitionen nicht mehr lohnend wären. Insofern müssen zwischen Einkaufsentgelten für Wiederverkäufer und den Kosten, die bei einer effizienten Produktion der angebotenen Dienste entstehen, eine ausreichende Spanne liegen. Andernfalls würde die Wertschöpfung des Produzenten eines Dienstes nicht ausreichend berücksichtigt.

### 34. Ergänzungsvorschlag zu § 29 Abs. 1

(Entgeltgenehmigung)

Absatz 1 wird folgendermaßen gefasst

*„(1) Entgelte, die nach Maßgabe des § 28 genehmigungsbedürftig sind, sind genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten und mit § 25 Abs. 2 Nr. 3 und § 26 in Einklang stehen.“*

Die Änderung folgt aus der Konkretisierung des Konsistenzgebotes in § 25 TKG-Entwurf.

### 35. Erweiterungsvorschlag zu § 29 Abs. 2

(Entgeltgenehmigung)

Nach Satz 1 werden folgende neue Sätze eingefügt (bisheriger Satz 2 wird zu Satz 4):

*„Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dürfen die tatsächlich dem Unternehmen entstehenden Kosten nicht überschreiten. Bei den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht berücksichtigt werden kalkulatorische Abschreibungen von Wirtschaftsgütern, soweit die Wirtschaftsgüter bereits abgeschrieben wurden und die Investitionen vor der vollständigen Öffnung der Telekommunikationsmärkte erfolgt sind.“*

Ungerechtfertigt ist die Zuschlüsselung von Kostenpositionen bei der Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, soweit die Wirtschaftsgüter bereits in Zeiten des Telekommunikationsmonopols angeschafft und wirtschaftlich abgeschrieben wurden. Die (nochmalige) Berücksichtigung dieser Kosten hätte zur Folge, dass eine Doppel- (oder Mehrfach-) Vergütung erfolgt. Über die Endkundenpreise würden diese – kalkulatorischen – Kosten wieder auf

die Verbraucher überwälzt. Folge davon wäre: Monopolinvestitionen, die vom Endnutzer über Monopolerlöse bereits refinanziert wurden, würden erneut in Rechnung gestellt, wenn der Endnutzer von den Wettbewerbsmöglichkeiten Gebrauch macht und ein Wettbewerbsunternehmen auswählt. Aufgrund der kalkulatorisch überhöhten Vorleistungsentgelte müssten Endnutzer überhöhte Endkundenentgelte bezahlen.

Sollten die Ist-Kosten des regulierten Unternehmen zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals unterhalb der ermittelten Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, muss von den Ist-Kosten ausgegangen werden. Auch Art. 13 Abs. 3 der Zugangsrichtlinie weist diesen Weg: die Entgelte errechnen sich aus den gegebenen Kosten. Eine Anpassung (d.h. eine Korrektur nach unten !) erfolgt dann, wenn diese Kosten nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Eine Korrektur nach oben, d.h. eine Erhöhung der Entgelte zur Erreichung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erfolgt nicht.

### 36. Änderungsvorschlag zu § 29 Abs. 4 Nr. 2

Ersetzen der Formulierung:

*„2. die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung des regulierten Unternehmens auf diesen Märkten“*

durch:

*„2. die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung von Unternehmen auf Telekommunikationsmärkten“*

Die bisher gewählte Formulierung lässt die Möglichkeit zu, dass eine „Regulierung nach Telekom-Börsenkurs“ erfolgt. Die Regulierungsbehörde könnte sich damit bei ihren Entscheidungen auf den aktuellen Börsenkurs berufen. Bereits zur Vermeidung des bösen Anscheins sollte diese Regelung unbedingt geändert werden. Soweit überhaupt die Berücksichtigung einer Kapitalmarkt看wertung erfolgen sollte, wäre zumindest auf den Durchschnitt aller Telekommunikationsunternehmen auf nationalen und internationalen Kapitalmärkten abzustellen.

### 37. Erweiterungsvorschlag zu § 29 Abs. 4 Nr. 5 und Nr. 6

Einfügung folgender Regelungen:

*„5. die wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Förderung von Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten“*

und

*„6. die langfristige Stabilität dieser Rahmenbedingungen“*

Die vorgeschlagenen Regelungen entsprechen § 27 Abs. 4 Nr. 4 und Nr. 5 des Referentenentwurfs vom 30.04.2003. Die genannten Kriterien sind ein wichtiges Korrektiv zur Festsetzung eines „gerechten“ Zinssatzes, der nicht alleine von den Interessen des regulierten Unternehmens geprägt sein darf.

### 38. Änderungsvorschlag zu § 30 Nr. 2 und § 32

(Price-cap-Verfahren)

### **Streichung des § 30 Nr. 2 und § 32**

Das Price-cap-Verfahren hat sich – zumindest im Telekommunikationsbereich - nicht bewährt. Das Price-cap-Verfahren mag seine Berechtigung finden, wenn die Märkte einer relativ geringen Dynamik unterliegen. Insoweit können flexible Preissetzungsspielräume in einem gewissen Absenkungs- bzw. Erhöhungskorridor über die meist längere Laufzeit einer Price-Cap-Periode sinnvoll sein. Dies stellt sich bezüglich der Telekommunikationsmärkte völlig anders dar, in denen stark dynamische Entwicklungen mit weniger wettbewerblichen Entwicklungen in Zusammenhang gesetzt werden.

Die Entscheidung der RegTP vom 20.12.2002 über die beantragte Erhöhung der Endnutzer-Anschlussentgelte hat gezeigt, dass die RegTP durch das Price-Cap-Verfahren nicht in der Lage war, die entsprechenden Entgelterhöhungen zu genehmigen und damit einen Teil der bestehenden Preis-Kosten-Schere abzubauen. Innerhalb eines „normalen“ Genehmigungsverfahrens hätte diese Tarifmaßnahme dagegen genehmigt werden können. Die RegTP führt bezüglich ihrer Ablehnungsentscheidung aus: „Entgegen der Forderung der DT AG hat die Reg TP zum gegenwärtigen Zeitpunkt und mit den derzeitigen Rahmenbedingungen keine rechtliche Möglichkeit gesehen, der beantragten Erhöhung des monatlichen Anschlussentgeltes um 0,99 € (netto) außerhalb der geltenden Price-Cap-Bedingungen zuzustimmen. Eine derartige Genehmigung hätte zur Folge gehabt, dass das bislang austarierte Verhältnis zwischen den einzelnen Warenkörben, bei dem mögliche Preiserhöhungen im Anschlusskorb durch entsprechende Senkungsvorgaben in den übrigen Körben kompensiert werden, aus dem Gleichgewicht gebracht worden wäre.“

Dies beweist eindeutig, dass das Price-Cap-Verfahren entgegen der landläufig vertretenen Auffassung nicht das flexiblere, sondern das schwerfälligere und auf größere Veränderungen innerhalb der Price-Cap-Perioden nicht vorbereitete Genehmigungsverfahren darstellt. Auch im Falle struktureller Veränderungen wie etwa der Einführung von Carrier Selection im Ortsnetz konnten aufgrund der bestehenden Price-Cap-Regulierung nicht die erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um Preis-Kosten-Scheren abzubauen und alternativen Teilnehmernetzbetreibern eine ausreichende Sicherung der Wettbewerbschancen zu geben. Vielmehr werden derzeit ausschließlich die Wettbewerbschancen der Deutschen Telekom AG aufgrund der ihr in erheblicher Höhe zufließenden Zusammenschaltungsentgelte verbessert. Eine Verbesserung der Preis-Kosten-Situation bei den alternativen Teilnehmernetzbetreibern erfolgte dagegen nicht.

Für die Entgeltregulierung auf Telekommunikationsmärkten hat sich das Price-cap-Verfahren als untauglich erwiesen. Eine Verpflichtung zur Beibehaltung des Price-cap-Verfahrens aus EU-Richtlinie besteht nicht.

### **39. Hilfsweise zu oben: Änderungsvorschlag zu § 32 Abs.1 Satz 2**

(Price-Cap-Verfahren)

Ersetzen der Formulierung:

„Dabei dürfen Zugangsdienste nur insoweit in einem Korb zusammengefasst werden, als sich die erwartete Stärke des Wettbewerbs bei diesen Diensten nicht wesentlich unterscheidet.“

durch:

**„Zugangsdienste werden nicht in Körben zusammengefasst.“**

Die Korbbildung bei Zugangsdiensten ist ausgesprochen kritisch für Wettbewerbsunternehmen, da das regulierte Unternehmen sehr flexibel Geschäftsmodelle und Erfolg der Wettbewerbsunternehmen bestimmen kann. Eine ausreichende Sicherung ist durch das Gebot, nur wettbewerbsgleich starke Dienste zusammenzufassen, nicht gewährleistet. Wenn beispielsweise Zusammenschaltungsleistungen in einen Korb zusammengefasst würden, hätte es das regulierte Unternehmen in der Hand, etwa durch Veränderung der Struktur von Tarifzeiten oder Tarifzonen die Planungssicherheit und den Erfolg der darauf aufbauenden Geschäftsmodelle von Wettbewerbsunternehmen massiv zu gefährden. Bereits die Zulassung häufiger Veränderungen wäre ein ganz erheblicher Nachteil für Wettbewerbsunternehmen und beinhaltet ein hohes Diskriminierungspotenzial. Sofern – wogegen vieles spricht – die Zugangsleistungen einem Price-Cap-Verfahren unterstellt werden, so müssten zur Verhinderung nachteiliger Effekte sog. „1-Produkt-Körbe“ gebildet werden. Eine Price-Cap-Regulierung setzt zwar häufig aber nicht zwingend darauf auf, dass mehrere Produkte zu Körben zusammengefasst werden.

#### 40. Ergänzungsvorschlag zu § 33 Abs. 3

(Verfahren der Entgeltgenehmigung)

Ergänzen der Formulierung

(3) Die Genehmigung der Entgelte ist zu versagen, soweit die Entgelte mit diesem Gesetz, insbesondere mit **§ 25 Abs. 2 Nr. 3 und § 26**, oder anderen Rechtsvorschriften nicht im Einklang stehen. (...)

Die Änderung folgt aus der Konkretisierung des Konsistenzgebotes in § 25 TKG-Entwurf.

#### 41. Änderungsvorschlag zu § 36 Abs. 1 Satz 2

Ersetzen der Formulierung:

„Die Regulierungsbehörde untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 26 vereinbar wäre.“

durch:

Die Regulierungsbehörde untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme nicht mit § 26 vereinbar wäre.“

#### 42. Änderungsvorschlag zu § 36 Abs. 2

(nachträgliche Regulierung von Entgelten)

Ersetzen der Formulierung:

**„(2) Wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden,....“**

durch:

**„(2) Auf Antrag oder wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden,....“**

Die nachträgliche Regulierung von Entgelten soll erklärtermaßen die ex-ante-Prüfung ersetzen. Damit müssen die Regelungen effizient ausgestaltet werden, um auf missbräuchliche Entgeltsetzungen schnell und angemessen reagieren zu können. Nach Erfahrungen mit der bisherigen Regulierungspraxis ist ein eigenständiges Antragsrecht betroffener Unternehmen zur Gewährleistung eines effizienten Verfahrens unverzichtbar. Einem „Missbrauch von Überprüfungsanträgen“ kann durch geeignete Kostenregelungen bezüglich der Verfahrenskosten begegnet werden. Wir verweisen insoweit auf das Vorbild der beim BVerfG erhobenen „Missbrauchsgebühr“.

#### 43. Änderungsvorschlag zu § 36 Abs. 4

(nachträgliche Regulierung von Entgelten)

Ersetzen der Formulierung:

**„(4) Sofern die Regulierungsbehörde feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 26 genügen, untersagt sie das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten und erklärt die beanstandeten Entgelte ab dem Zeitpunkt der Feststellung für unwirksam. Gleichzeitig kann die Regulierungsbehörde Entgelte anordnen, die den Maßstäben des § 26 genügen.“**

durch:

**„(4) Sofern die Regulierungsbehörde feststellt, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 26 genügen, untersagt sie das nach diesem Gesetz verbotene Verhalten. Betrifft die Untersagung ein vertraglich bereits vereinbartes Entgelt, so wirkt diese zurück auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung. Gleichzeitig ordnet die Regulierungsbehörde Entgelte an, die den Maßstäben des § 26 genügen und das untersagte Entgelt ersetzen.“**

Die bisher vorgesehene Regelung in § 36 Abs. 4 TKG-E ist äußerst kritisch zu würdigen. Während ex-ante zu genehmigende Entgelte gem. § 33 Abs. 5 TKG-E auf den Zeitpunkt der erstmaligen Leistungsbereitstellung zurückwirken (ex-tunc-Wirkung), sollen die im Rahmen einer ex-post-Prüfung entdeckten, nach dem Gesetz verbotenen Entgelte nicht rückwirkend korrigiert werden. Dies ist zum einen ungerechtfertigt und bietet zum anderen keinerlei Anreize, lediglich gesetzlich zulässige Entgelte zu erheben.

Beispiele:

1. gesetzwidrig **zu niedriges** Entgelt (z.B. Dumping – vgl. TDN-/T-VPN-Beschluss II):

Nach der Regelung des § 36 Abs. 4 TKG-E ist mit Zeitpunkt der RegTP-Entscheidung das Entgelt unwirksam. Eine Gebührenerhebung erfolgt nicht. Das regulierte Unternehmen erhebt ein neues – höheres Entgelt. Vertrags-

partner des regulierten Unternehmens darf Differenzvorteil behalten.

2. gesetzwidrig **überhöhtes** Entgelt (z.B. Preishöhenmissbrauch – vgl. PAC-Beschluss):

wie unter 1. – nur darf hier das regulierte Unternehmen den Differenzvorteil behalten.

Es ist offensichtlich, dass diese Regelung einem missbräuchlichen Verhalten Vorschub leistet, da eine Sanktionierung nicht ausreichend vorhanden ist. Die marktverdrängende Wirkung missbräuchlich erhobener Entgelte wird hingenommen. Die vorgeschlagene Regelung einer rückwirkenden Anwendbarkeit besitzt eine verhaltenssteuernde Funktion: es kann einem regulierten Unternehmen nicht daran gelegen sein, eingestehen zu müssen, dass es zu hohe Preise gefordert hat und auch nicht daran, nachträglich ein erhöhtes Entgelt fordern zu müssen. Über § 28 Abs. 5 TKG-E ist diese Regelung mit Recht auch auf nichtmarktbeherrschende Unternehmen für deren Terminierungsentgelte anwendbar.

Sollten betroffene Unternehmen mit Entscheidungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der nachträglichen Regulierung nicht einverstanden sein, wäre die Möglichkeit gerichtlicher Eilmaßnahmen gegeben. Die entsprechende Erstreckung der Regelungen nach § 33 Abs. 5 Sätze 2 und 3 wäre zu diskutieren.

### **Unterabschnitt 3 Regulierung von Entgelten für Endnutzerleistungen**

#### **44. Anmerkung zu § 37**

(Entgeltregulierung Endnutzerleistungen)

§ 37 Abs. 1 Satz 2 („Die Regulierungsbehörde soll die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs zu rechnen ist“) ist zu streichen.

Die in § 37 enthaltenen Vorschriften für die Entgeltregulierung von Endnutzerleistungen entsprechen nach unserer Auffassung nicht vollständig den Vorgaben der EU-Richtlinien. Die Kommission hat in ihrer Empfehlung zu den relevanten Produkt- und Dienstleistungsmärkten sieben Endkundenmärkte definiert, die als Kandidatenmärkte für Vorabverpflichtungen zu gelten haben. Es ist daher Aufgabe der Regulierungsbehörde die Frage zu untersuchen, ob auf diesen Märkten wirksamer Wettbewerb vorliegt und ggf. festzustellen, welches bzw. welche Unternehmen über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Auf dieser Grundlage sind dann Vorabverpflichtungen zu erlassen.

In der Regelung nach § 37 Abs. 1 ist die Regelung kritisch zu würdigen, dass die Genehmigungspflicht auf solche Märkte zu beschränken sei, „auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs zu rechnen sei“. Der Entwurf sollte aus unserer Sicht auch bei Endnutzermärkten die gleiche Systematik anwenden wie bei jedem anderen Markt auch, der für eine Vorabverpflichtung grundsätzlich in Betracht kommt – siehe dazu die Regelungen zu den Märkten für Zugangsleistungen.

### **Abschnitt 4 Sonstige Verpflichtungen**

#### **45. Anmerkung zu § 38 Abs. 1**

(Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl)

siehe dazu unseren Änderungsvorschlag zu § 19 Abs. 2 Nr. 3

#### **46. Änderungsvorschlag zu § 38 Abs. 1 Satz 4 f.**

(Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl)

*Änderung und Erweiterung der Regelung:*

***Zur Förderung effizienter Infrastrukturinvestitionen, welche für den Nutzer eine Erweiterung des Angebots von Netzzugängen im Anschlussbereich ermöglichen, leisten alle vom Teilnehmer im Rahmen der Betreiber(vor)auswahl ausgewählten Netzbetreiber einen angemessenen, von der Regulierungsbehörde festzusetzenden und die Chancengleichheit im Wettbewerb zu wahrenen Beitrag. Der Beitrag wird von der Regulierungsbehörde bei der Entgeltfestsetzung für entsprechende Zugangsleistungen für das Angebot von Netzzugängen berücksichtigt.***

Die bisher in § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG geltende Regelung („Anschlusskostenbeitrag“) wird in der Praxis der Intention des Gesetzgebers nicht gerecht, das wettbewerbliche Angebot von Teilnehmernetzbetreibern zu fördern. Verbindungsnetzbetreiber zahlen einen Aufpreis ausschließlich an die Deutsche Telekom AG in der Höhe eines von der RegTP errechneten Anschlussdefizits. Damit wird der Marktzutritt von Verbindungsnetzbetreibern im Ortsnetz – etwas erschwert, ohne die Wettbewerbsmöglichkeiten alternativer Teilnehmernetzbetreiber wirklich zu verbessern. Die zusätzlichen Einnahmen der DTAG enthalten vielmehr ein Potenzial für mögliche Quersubventionierungen bzw. Kampfpreise, die zusätzlich Marktchancen alternativer Infrastrukturanbieter gefährden.

Bis zu einer aus Sicht von BREKO vorzugswürdigen Beendigung der Preis-Kosten-Schere in Bezug auf die Teilnehmeranschlussleitung sollte ein Mechanismus gefunden werden, der einen Anschlusskostenbeitrag (als Zusatzentgelt auf Zusammenschaltungsleistungen) bei Verbindungsleistungen vorsieht, welcher zweckgebunden zur Förderung des Ausbaus alternativer Angebote im Anschlussbereich eingesetzt werden sollte. Der Anschlusskostenbeitrag muss im Ergebnis dazu führen, dass die TAL-Entgelte abgesenkt werden können aufgrund der durch den Anschlusskostenbeitrag erwirtschafteten zusätzlichen Deckungsbeiträge. Die vorgeschlagene Regelung zu § 38 Abs. 1 Satz 4 f. TKG-E bringt aus Sicht von BREKO diese Zielsetzung zum Ausdruck – BREKO ist sich bewusst, dass ggf. weitere Einzelheiten dieser Regelung noch konkretisiert werden müssten.

#### **47. Anmerkung zu § 38 Abs. 2 Satz 2**

(Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl)

§ 38 Abs. 2 Satz 2 ist in der vorliegenden Fassung nur dann akzeptierbar, wenn durch die vorgeschlagene Fassung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 eine diskriminierungsfreie Gleichstellung mit dem Festnetzmarkt erfolgt.

In Bezug auf die Regelung des § 38 Abs. 2 TKG-E ist äußerst kritisch, dass damit das vorgesehene Marktanalyseverfahren umgangen wird. Lediglich für den Mobilfunkmarkt werden bereits gesetzliche Vorgaben gemacht und die Entscheidung bereits vorgegeben. Zudem wird der Begriff des „nachhaltigen“ Wettbe-

werbs eingeführt, der den europarechtlichen Vorgaben fremd ist und auch dann noch gegeben sein kann, wenn ein „wirksamer“ Wettbewerb fehlt.

#### **Abschnitt 5 Besondere Missbrauchsaufsicht**

#### **48. Erweiterungsvorschlag zu § 40 Abs. 4 Satz 3**

(Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Satz 3

**„Die Einleitung des Verfahrens erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag. Im Falle der Einleitung durch Antrag beginnt die Frist nach Satz 1 mit Eingang des Antrages.“**

(siehe dazu auch den Änderungsvorschlag zu § 36 Abs. 2)

Im Zusammenhang mit den Regelungen nach § 132 Abs. 1 TKG-E (Einleitung eines Beschlusskammerverfahrens von Amts wegen oder auf Antrag), besteht die Frage, ob sich daraus eine materielle Antragsberechtigung bereits ergibt. Soweit sich nach Auffassung des Entwurfsgebers die Antragsbefugnis nicht bereits aus § 132 Abs. 1 TKG-E ergeben sollte, wäre eine Erweiterung der materiell-rechtlichen Norm und Feststellung einer Antragsberechtigung in § 40 Abs. 1 TKG-E erforderlich.

Nach den Erfahrungen mit den nationalen und europäischen Marktaufsichtsbehörden ist eine klare Antragsberechtigung und der Beginn eines Fristenlaufes unerlässlich zur effizienten Aufnahme und Durchführung von Verfahren. Es muss auch ausgeschlossen werden, dass der Fristbeginn durch langwierige „Vorermittlungsverfahren“ unterlaufen werden.

#### **Teil 3 Kundenschutz**

#### **49. Änderungsvorschlag zu § 44 Abs. 3**

(Rufnummernübertragbarkeit)

Ersetzen der Regelung:

**„(3) Dem Teilnehmer können nur die Kosten in Rechnung gestellt werden, die einmalig beim Wechsel entstehen. Das gleiche gilt für die Kosten, die ein Netzbetreiber einem Diensteanbieter in Rechnung stellt. Etwaige Entgelte unterliegen einer nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 bis 4.“**

durch:

**„(3) Entgelte für die Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Nummernübertragbarkeit unterliegen der Regulierung nach § 29. Das die Nummer abgebende Unternehmen darf vom portierenden Teilnehmer kein Entgelt für die Übertragung der Nummer verlangen.“**

Dieser – dem österreichischen Telekommunikationsgesetz, § 23 öTKG entlehnte – Änderungsvorschlag setzt zum einen um, dass nach Art. 30 Abs. 2 UniversaldienstRL etwaige direkte Gebühren für die Verbraucher diese nicht abschrecken dürfen, diese Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen. Wechselkosten beim abgebenden Netzbetreiber sind grundsätzlich eine starke Hürde für die Ermöglichung der Wechselbereitschaft. Nach Erwägungsgrund 40 zur

Universaldienstrichtlinie ist die Nummernübertragbarkeit einer der Hauptfaktoren für die Wahlmöglichkeiten der Verbraucher und einen wirksamen Wettbewerb. Wechselentgelte sind (versteckten) Kündigungsentgelten gleichzusetzen und damit Gift für die Wechselbereitschaft der Verbraucher und wirksamen Wettbewerb. Die Beschränkung einer möglichen Entgelt-erhebung gegenüber Teilnehmern auf den aufnehmenden Netzbetreiber (Art. 30 Universaldienstrichtlinie spricht ausdrücklich nur von etwaig (!) zu erhebenden direkten Gebühren) ist auch deshalb gerechtfertigt, weil der abgebende Netzbetreiber für die Rufnummernmitnahme keine „Leistung“ erbringt und die Erfassung der Information eines Wechsels bereits deshalb vornimmt, weil seine Kunden diesen Teilnehmer auch nach der Portierung noch erreichen wollen.

In Deutschland wurde für die Rufnummernmitnahme aufgrund einer entsprechenden Entscheidung der Regulierungsbehörde von 1998 bis dato kein Endkundenentgelt genehmigt und von den Endkunden erhoben. Die Entscheidung der RegTP wurde vom Verwaltungsgericht Köln jedoch aufgehoben. Die Regulierungsbehörde hat dieses Urteil insoweit nicht angefochten. Die Erhebung von Endkundenentgelten für die Rufnummernmitnahme im Festnetz wurde von der Deutschen Telekom nunmehr bereits beantragt. Bei einer Genehmigungsentscheidung der RegTP wäre mit deren Einführung zu rechnen.

Die Erhebung eines Endkundenentgeltes ist im Festnetz bereits deshalb grob ungerecht, weil der Kunde aufgrund des früheren Fernmeldemonopols keinerlei Wahlmöglichkeiten hatte, einen Anbieter zu wählen, der ihm für den Fall eines Wechselwunsches keine oder nur geringe Hürden auferlegt. Insoweit bestehen auch Unterschiede zur Situation auf dem Mobilfunkmarkt. Ggf. könnte Satz 2 der vorgeschlagenen Regelung auch auf die festen öffentlichen Telekommunikationsnetze begrenzt werden.

Zudem wurde das frühere Monopolunternehmen auch noch dadurch begünstigt, das der gesamte genutzte Rufnummernbestand als zugeteilt gilt und der Wert dieser Nummern vom früheren Monopolunternehmen nicht über die Gebühren für die Rufnummernzuteilung bezahlt werden musste. Ein Gebührenbescheid von über 380 Mio. DM wurde vom VG Köln aufgehoben – diese Entscheidung (11 K 10380/99) ist aufgrund Rechtsmittelverzichts der RegTP rechtskräftig. Demgegenüber müssen die Wettbewerbsunternehmen Rufnummern beantragen und diese (teuer) über die Zuteilungsgebühren bezahlen.

#### **50. Erweiterungsvorschlag zu § 44 Abs. 5**

(Rufnummernübertragbarkeit)

Erweiterung der Regelung um einen neuen Abs. 5:

**„Zur Sicherstellung der Erreichbarkeit portierter Teilnehmer richtet die Regulierungsbehörde eine zentrale Datenbank ein, welche alle dafür erforderlichen Angaben enthält. Die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze sind verpflichtet, der Regulierungsbehörde die erforderlichen Informationen in der von ihr gewünschten Form zur Verfügung zu stellen. Mit den Aufgaben nach diesem Absatz kann ein Unternehmen oder eine Organisation beliehen werden, die der Aufsicht**

**der Regulierungsbehörde unterstehen. Der Umfang der zu erstattenden Auslagen wird in der Rechtsverordnung nach § 140 Abs. 2 geregelt.“**

Zur Sicherstellung der Erreichbarkeit der portierten Nummern besteht derzeit im Festnetz ein Portierungsdatenaustauschverfahren, das prinzipielle Schwächen enthält, da jeder Festnetzbetreiber mit jedem anderen Festnetzbetreiber Portierungsinformationen austauschen müsste. Mit einer zentralen Datenbank, welche aufgrund der Inhomogenität der Vielzahl von Netzbetreibern im Festnetz aber auch aufgrund möglicher kartellrechtlicher oder datenschutzrechtlicher Einwendungen legislatorisch vorgegeben werden sollte, würden viele weitere Vorteile erreicht:

- Eindeutige Zuordnungen für die zukünftigen Dienste, die im Offline-Billing abgerechnet werden.
- Eindeutige Zuordnung von Transitverkehr und somit eine Verbesserung der Prozesse bei der Abrechnung von Zusammenschaltungsleistungen.
- Vereinfachung der Prozesse im Rahmen einer Portierung.
- Reduzierung der Menge der ausgetauschten Daten.
- Vereinfachung von Prozessen, die im Rahmen von Fehleranalysen erforderlich sind.

## **Teil 5 Vergabe von Frequenzen, Nummern, Wegerechten**

### **Abschnitt 1 Frequenzordnung**

#### **51. Anmerkung zu § 51 Abs. 2**

(Frequenzbereichszuweisungsplan)

Bezüglich der Einbeziehung von „Kabelfrequenzen“ in die Frequenzverwaltung der RegTP bestehen erhebliche Bedenken – siehe dazu Änderungsvorschlag zu § 3 Nr. 9.

### **Abschnitt 2 Nummerierung**

#### **52. Anmerkung zu § 64 Abs. 1**

(Nummerierung)

Es entsprach guter Praxis der Regulierungsbehörde, basierend auf § 43 Abs. 1 TKG die wesentlichen Elemente der Strukturierung des Nummernraum und Ausgestaltung zu veröffentlichen. Eine entsprechende Veröffentlichungspflicht fehlt in § 64 TKG-E. Wir sehen hier Korrekturbedarf.

#### **53. Anmerkung zu § 64 Abs. 4 und 65**

(Nummerierungsverordnung / Befugnisse der Regulierungsbehörde)

Wir verweisen auf unsere Stellungnahme zum Gesetzentwurf zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190/0900er Mehrwertdiensternummern.

## **Teil 7 Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Öffentliche Sicherheit**

#### **54. Änderungsvorschlag zu § 107**

(Technische Schutzmaßnahmen)

#### **Streichung der Regelung:**

Die Regelungen haben sich in der Praxis nicht bewährt. Sie führen zu einem aufgeblähten und kosten-

treibenden Prüfungsapparat bei der Regulierungsbehörde, der durch den „Telekommunikationsbeitrag“ ausgeglichen werden müsste und sind – da ausreichende Vorkehrungen und Regelungen existieren – überflüssig. Insbesondere haben die Anbieter in der Vergangenheit bereits eigeninitiativ und aus Eigeninteresse ausreichende Schutzmaßnahmen getroffen. Dies gilt besonders für die BREKO-Mitgliedsunternehmen aufgrund ihres direkten Kundenzugangs.

- Zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses ist der Anbieter ohnehin verpflichtet.
- Anforderungen an höherer Sicherheit und technische Schutzmaßnahmen werden von den Vertragspartnern der Anbieter nachgefragt, vereinbart und entsprechend vergütet. Ein Kreditinstitut oder die öffentliche Verwaltung wird andere Anforderungen an Sicherheit und technische Schutzmaßnahmen anfragen als ein Endnutzer für ein Call by Call-Gespräch.
- Die Vorlage eines Sicherheitskonzepts ist ein reiner Papiertiger, der von Dienstleistern käuflich am Markt angeboten wird.
- Aufgaben, Rechte und Pflichten des „Sicherheitsbeauftragten“ sind unklar.
- Die berechtigten Ziele des Katastrophenschutzes werden bereits durch spezielle Regelungswerke umgesetzt: Post- und Telekommunikationssicherungsgesetz, TKSIV, Katastrophenschutzgesetze u.a.

#### **55. Anmerkung zu § 108**

(Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen)

Bereits der über fast zwei DIN-A4-Seiten sich erstreckende Regelungstext, der zusätzlich noch durch eine umfangreiche Verordnung sowie durch technische Richtlinien komplettiert werden muss, zeigt, dass hier aus unserer Sicht ein grundsätzliches Missverständnis über den Zweck von Rechtssetzung zu bestehen scheint. Es ist aus unserer Sicht nicht mehr gegeben, dass Normadressaten (trotz der Zwangsgeldandrohungen nach § 113 und der Sanktionsmaßnahmen nach § 147 Abs. 1 Nr. 23 ff.) diese Vorgaben noch verstehen und korrekt umsetzen können. Aus Sicht etwa eines Geschäftsführers eines Anbieters – dem eine Gesamtverantwortung für die Tätigkeiten des Unternehmens zukommt – dürfte nicht mehr deutlich werden, welchen Verpflichtungen sein Unternehmen unterfällt. Er wird dem Regelungstext noch entnehmen können, dass alles unentgeltlich zu leisten ist, ansonsten aber auf die Fähigkeiten technischer Experten für Überwachungsmaßnahmen (soweit sie gerade bei kleineren Anbietern überhaupt vorhanden sind) vertrauen müssen.

Gleichzeitig wird die Abhängigkeit und Nicht-Nachvollziehbarkeit erforderlicher Leistungen gegenüber Systemlieferanten steigen, da nur diese Unternehmen (zusammen mit einigen Experten der RegTP) über das erforderliche „Herrschaftswissen“ verfügen. Aus unserer Sicht müssen die Regelungen grundsätzlich vereinfacht und klarer gefasst werden. Detailregelungen sollen – soweit zwingend erforderlich – in einen Verordnungstext überführt werden. Auch dabei sollten die Regelungen grundsätzlich dahin überprüft

werden, ob eine Regelungsnotwendigkeit besteht. Die Textierung und Prüfung der Regelungen sollte insoweit nicht ausschließlich technischen Experten der Überwachungstechnik überlassen werden.

Die Sicht von BREKO zur Ablehnung der Überwälzung der Kosten auf die Anbieter ist bekannt. Sie braucht an dieser Stelle nicht erneut ausgeführt werden.

## Teil 8 Regulierungsbehörde

### Abschnitt 1 Organisation

#### 56. Anmerkung zu § 121

(Zusammenarbeit mit dem Bundeskartellamt)

Entgegen früheren Äußerungen aus dem BMWA wurde durch § 121 TKG-E die Rolle des Bundeskartellamts nicht gestärkt. § 119 TKG-E entspricht im wesentlichen unverändert § 82 TKG. Insbesondere wird das Bundeskartellamt in die Beschlussfassung der RegTP nicht stärker integriert, indem z.B. ausreichende Stellungnahmefristen vorgesehen werden bzw. die Verpflichtung der Beschlusskammer, sich mit jedem Argument des Bundeskartellamts in einer Entscheidungsbegründung auseinander zu setzen. Wir sehen hier Nachbesserungsbedarf.

### Abschnitt 2 Befugnisse

#### 57. Änderungsvorschlag zu § 125 Abs. 1 Satz 2

(Auskunftsverlangen)

Wir regen die Streichung des § 125 Abs.1 Satz 2 an.

Soweit im Rahmen der Rechte und Pflichten aus dem Telekommunikationsgesetz die Regulierungsbehörde gegenüber Betreibern und Diensteanbietern Auskünfte benötigt, die für den Vollzug des Gesetzes notwendig sind, sollte diese Verpflichtung grundsätzlich gegenüber allen Diensteanbietern bestehen. Es ist nicht nachzuvollziehen, dass „Anbieter für geschlossene Benutzergruppen“ keiner Verpflichtung unterfallen sollen. Zudem wird eine erhebliche Rechtsunsicherheit sich daraus ergeben, wie „geschlossene Benutzergruppen“ tatsächlich definiert werden. Als geschlossene Benutzergruppe könnte etwa ein Diensteanbieter im Mobilfunkmarkt die Teilnehmer eines Rabattprogrammes oder eines Automobilclubs definieren und würde damit der Verpflichtung entgehen.

#### 58. Erweiterungsvorschlag zu § 125 Abs. 4

(Auskunftsverlangen)

Erweiterung der Regelung um einen neuen § 125 Abs. 4 (die bisherigen Absätze verschieben sich entsprechend):

**„(4) Auskunftsverlangen der Regulierungsbehörde werden möglichst zeitlich zusammengefasst. Die sich aus der Erfüllung der Verpflichtungen ergebenden Belastungen müssen verhältnismäßig sein und sollen insbesondere die Belange kleinerer und mittlerer Unternehmen berücksichtigen.“**

Die Fülle der Auskunfts- und Berichtspflichten führt bereits heute zu einer großen Belastung insbesondere bei den kleineren und mittleren Unternehmen aufgrund begrenzter Personalressourcen. Vielfach wurden

bisher die Auskunftsersuchen der RegTP nicht miteinander koordiniert. Der Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit der Belastungen und die Berücksichtigung der Belange kleinerer und mittlerer Unternehmen soll die Regulierungsbehörde verpflichten, sich der Belastung für die Unternehmen bewusst zu machen und daher von den vorhandenen Instrumenten nur sparsamen Gebrauch zu machen.

### Abschnitt 3 Verfahren

#### 59. Anmerkung zu § 131

(Außergerichtliche Streitbeilegung)

Der Zusammenhang dieser Regelung mit § 23 TKG-E wird nicht hinreichend deutlich. Insbesondere wird nach § 131 Abs. 1 auf Antrag einer (!) Partei eine verbindliche Entscheidung getroffen. Wir sehen hierbei eine Kollision mit den Regelungen nach § 21 TKG-E. Wir sehen den Art. 20 der Rahmenrichtlinie insoweit durch § 23 TKG-E bereits umgesetzt. Der Regelungen des § 131 bedarf es somit nicht.

Aufgrund des ausdrücklichen Verwendung des Begriffs „Unternehmen“ kann sich § 131 auch nicht auf die Regelung nach Art. 34 der Universalienrichtlinie stützen. Dieses dort geregelte außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren soll ausdrücklich nur dann gelten, wenn an dem Streitverfahren „Verbraucher“ beteiligt sind.

### Unterabschnitt 2 Gerichtsverfahren

#### 60. Änderungsvorschlag zu § 135

(Rechtsmittel)

Ersetzen der Regelung des § 135 Absatzes 3 durch:

**„Im Fall des § 130 finden die Vorschriften der §§ 63, 65 bis 78 GWB entsprechende Anwendung“**

und Streichung der Regelung des § 136

Für Marktregulierungsverfahren (2. Teil des TKG) ergibt sich unter der Anforderung einer stärkeren Konvergenz zum Wettbewerbsrecht im Rahmen der vorliegenden TKG-Novelle eine einmalige Chance zur Zuweisung an den Kartellrechtsweg und somit einer Zusammenführung der Zuständigkeit für wettbewerbsrechtliche Rechtsschutzverfahren. Weitere Argumente sind:

- Anforderungen des neuen EU-Rechtsrahmens („SMP-Konzept“)
- Sicherstellung der Einheitlichkeit der Rechtsfortbildung in wettbewerbsrechtlichen Fragen
- Wegfall der Abgrenzungsprobleme nach § 2 Abs. 3 TKG
- (traditionell) stärkere Betonung von „Mehrparteien-Verfahren“/Marktregulierung im Kartellrechtsweg
- Verbesserung der Beteiligungsrechte (Beiladungsrechte)
- weitere sektorspezifische Regulierungsverfahren im gleichen Rechtsweg (z.B. Strom, Gas, etc.)

Der Verwaltungsrechtsweg ist traditionell dadurch geprägt, dass durch staatliches Handeln „betroffene Bürger“ sich dagegen zur Wehr setzen. Im Eilrechtsver-

fahren wird das öffentliche Interesse (vertreten durch die RegTP) an der Vollziehung des Verwaltungsaktes gegen das Interesse des Betroffenen (zumeist die Deutsche Telekom AG) an der Aussetzung der Maßnahme abgewogen. Regelmäßig kommen die Interessen drittbetroffener Unternehmen (systembedingt) nicht oder zu wenig zu Gehör. Eine Vielzahl der im Eilrechtsverfahren ausgesetzten RegTP-Entscheidungen:

- Aufhebung der Schmalband(ISDN)-Flatrate-Anordnung durch VG Köln u. OVG Münster
- Aufhebung der sog. „EBC I-Entscheidung“ durch VG Köln und OVG Münster
- Aufhebung der verbindlichen Bereitstellungsfristen und der Vertragsstrafenregelung bei Bereitstellung von Mietleitungen (CFV) durch VG Köln und OVG Münster
- Aufhebung der Vertragsstrafenregelung bei Bereitstellung von Teilnehmeranschlussleitungen (TAL) durch VG Köln und OVG Münster
- Inkassourteile des VG Köln v. 14.11.2002: Keine Fakturierung und Inkasso für Internet by Call und Mehrwertdienste; Kein Mahnwesen
- Aufhebung der Entgeltentscheidung wg. Gebührenfreiheit für Rufnummernmitnahme durch VG Köln
- Aufhebung der Preselection-Entgeltentscheidung VG Köln
- Aufhebungen der Genehmigungspflichtigkeit von Großkundenverträgen (TDN-Verträgen) durch VG Köln und OVG Münster
- Aufhebung der Untersagung von TDN- und T-VPN-Entscheidungen durch VG Köln

erklären sich dadurch, dass die Verwaltungsgerichte zunächst den Vollzug der Entscheidungen aussetzen und sich die Prüfung im Hauptsacheverfahren vorbehalten. Zu diesen Entscheidungen in der Hauptsache – welche sich über Verfahrensdauern von mehreren Jahren strecken – kommt es angesichts der Dynamik der Telekommunikationsmärkte nur in seltenen Ausnahmefällen.

Im Kartellrechtsweg sind die Interessen der drittbetroffenen Unternehmen dagegen ungleich besser berücksichtigt. Im behördlichen Verfahren beteiligte Unternehmen sind nach § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB ebenfalls im gerichtlichen Verfahren zu beteiligen. Traditionell ist die Kartellgerichtsbarkeit viel stärker gewohnt, Entscheidungen im Rahmen eines Mehrparteien-Streitverfahrens zu treffen.

§ 136 wäre zu streichen, da § 72 GWB ein eigenständiges Verfahren zur Vorlage- und Auskunftspflicht der Behörde vorsieht.

## Teil 9 Abgaben

### 61. Änderungsvorschlag zu § 142

(Telekommunikationsbeitrag)

#### Streichung der Vorschrift

Die Kosten der Regulierungsbehörde als nachgeordnete Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des

Bundesministeriums für Arbeit müssen durch Verwaltungsgebühren, Bußgelder und den Bundeshaushalt gedeckt werden. Die Erhebung eines Telekommunikationsbeitrages als Finanzierungsbeitrag der Aufsicht der RegTP unterworfenen Unternehmen ist abzulehnen. Auch andere Aufsichtsbehörden wie das Bundeskartellamt werden durch den Bundeshaushalt oder wie die Landesmedienanstalten durch die Rundfunkgebühren der Teilnehmer und nicht etwa durch die der Aufsicht unterworfenen Anbieter finanziert.

Nur dies sichert im übrigen auch die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde von den der Aufsicht unterworfenen Unternehmen. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass Unternehmen, welche den größten Finanzierungsanteil der Aufsichtsbehörde tragen, von dieser besonders begünstigt werden. Wir können insoweit auch die Bedenken der Deutschen Telekom AG mittragen, die sich bei einer Bemessung des Beitrages nach Umsatzvolumen als „Hauptfinanzierer“ der Regulierungsbehörde sehen könnte. Gleichzeitig wird die Regulierungsbehörde von diesem Hauptfinanzierer wirtschaftlich abhängig. Vor diesem Hintergrund kann keinesfalls die nach Art. 3 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie zwingend zu gewährleistende Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde gesichert werden. Auch die Unparteilichkeit der Amtsführung (Art. 3 Abs. 3 Rahmenrichtlinie) kann strukturell bedingt in Gefahr geraten.

Der Verweis der Begründung von § 142 auf Art. 12 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie übersieht, dass es sich hierbei nicht um eine zwingende Umsetzungsvorgabe handelt. Vielmehr werden die Mitgliedstaaten zur Erhebung von „Verwaltungsabgaben“ ermächtigt, ohne hierzu verpflichtet zu werden. In Deutschland ergeben sich verfassungsrechtliche Hindernisse gegen die Einführung des geplanten Telekommunikationsbeitrags. Hier ist zu berücksichtigen, dass nach heutiger Auffassung der Regulierungsbehörde deren Arbeit Gemeinwohlbelangen dient. Die RegTP sieht sich (so in Selbstdarstellungen) als „Anwalt des Verbrauchers“. Gemeinwohlbelange dürfen aber nicht durch Beiträge einzelner finanziert werden.

Es erscheint grob widersprüchlich, dass vor dem Hintergrund eines versagten Drittschutzes von Wettbewerbsunternehmen gegen Entgeltregulierungsentscheidungen der RegTP die Wettbewerbsunternehmen nach den Vorstellungen des TKG-E nunmehr ausgerechnet Maßnahmen der Entgeltregulierung mitfinanzieren sollen. Gerade die „Gruppennützlichkeits“-Entscheidungen der Entgeltregulierung wurde bisher mit dem Hinweis auf das öffentliche Interesse in Abrede gestellt. Auch die Tätigkeiten der Beschlusskammern haben vielfach keinen „Modellcharakter“, sondern wirkten sich regelmäßig in einem kontradiktorischen Verfahren lediglich zwischen den Verfahrensparteien aus. Bezüglich dieser Verfahren kann auch grundsätzlich eine Finanzierung durch Kostenentscheidung erfolgen. Die Kosten des Verfahrens werden der im Verfahren „unterlegenen“ Partei auferlegt.

Gänzlich unverständlich – vor der Argumentation des angeblichen Gruppennutzens – bleibt, warum nach § 142 Abs. 1 Satz 2 TKG-E auch die Kosten der internationalen Zusammenarbeit durch die Beitragsschuldner zu tragen sind, wenn Anbieter wie etwa

City- oder Regionalcarrier davon gar nicht betroffen sind.

Für Deutschland muss zudem berücksichtigt werden, dass der Gesetzgeber bereits heute eine Inpflichtnahme der Anbieter für originär staatliche Aufgaben vorgenommen hat (Beispiel: Überwachung), die mit erheblichen Belastungen für die Anbieter verbunden ist. Zudem müssen noch heute viele Unternehmen um die Rückerstattung zu Unrecht erhobener (bestandskräftiger) Lizenzgebühren gerichtlich kämpfen. Die RegTP lehnt jede Rückerstattung diese Gebühren ab und verweist auf den gerichtlichen Instanzenweg.

Zum weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Finanzierung der RegTP bereits durch die extremen Versteigerungserlöse möglich ist, welche im Zuge der UMTS-Versteigerung gezahlt werden mussten und zum Marktaustritt von Unternehmen aus dem UMTS-Markt mit beigetragen haben. Diese Einnahmen sowie Einnahmen aus Bußgeldern müssen zunächst dafür verwendet werden, die Kosten der RegTP auszugleichen. Es dürfte sich deshalb noch auf sehr lange Sicht keinerlei Deckungsbedarf für Kosten der RegTP ergeben.

Bei Einforderung eines Telekommunikationsbeitrags stellt sich im übrigen die Erklärungsnotwendigkeit bei der Regulierungsbehörde, warum bisher in Fragen der Marktregulierung – trotz abgeschlossener Verfahren, in denen ein Marktmissbrauch festgestellt wurde – ersichtlich noch kein Ordnungswidrigkeitenverfahren anhängig und ein Bußgeld erhoben wurde. Die RegTP scheint das Instruments des Bußgeldes in Fragen der Marktregulierung bisher nicht „entdeckt“ zu haben. Es ist zwar zutreffend, dass die Bußgeldhöhe derzeit bei vielen Tatbeständen mit max. Euro 10.000 sehr gering angesetzt ist. Allerdings kann nach § 17 Abs. 4 Satz 2 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG) bereits heute die RegTP diesen Rahmen überschreiten, wenn der wirtschaftliche Vorteil, den ein Betroffener aus dem Verstoß gezogen hat, die Bußgeldhöhe übersteigt.

Beispielhaft für den Fall der Erhebung von Bußgeldern zeigt sich, dass die RegTP in erhebliche Erklärungsnotwendigkeiten sowohl über die Verwirklichung von Einnahmen als auch die Berechtigung von Ausgaben kommen wird. Insgesamt wäre auch deshalb von der Einführung eines Telekommunikationsbeitrages abzuraten.

## 62. Hilfsweise zu oben: Änderungsvorschläge zu § 142

(Telekommunikationsbeitrag)

Erweiterung des § 142 Abs. 1 um folgenden neuen Satz 4:

**„Die Kosten für technische Maßnahmen nach §§ 107 und 108 sind, soweit keine Erstattung erfolgt, ebenfalls beitragsmindernd zu berücksichtigen.“**

Die Aufwendungen für technische Schutzmaßnahmen sowie Überwachung des Telekommunikationsverkehrs erfolgen nicht im Interesse des jeweiligen Betreibers sondern aufgrund hoheitlicher Anordnung. Die dafür unentgeltlich zu leistenden Aufwendungen sind zumindest beitragsmindernd zu berücksichtigen.

Änderung des § 142 Abs. 3 Satz 1 – die Formulierung wird ersetzt durch:

**„...zu zahlenden Gebühren für den Verwaltungsaufwand der Lizenzerteilung hinausgehen, mit dem zu erhebenden Betrag verrechnet. Ein sich ergebendes Guthaben wird dem Beitragschuldner unverzüglich erstattet. Die von Lizenznehmern geltend gemachten Ansprüche auf unmittelbare Rückerstattung geleisteter Gebühren werden von Abs. 3 nicht berührt.“**

Sollte „nur“ eine Anrechnung erfolgen, müsste der überschüssige Betrag ggf. über Jahre „abgestottert“ werden. Damit fehlt den Anbietern Liquidität – die RegTP erhielte weiterhin einen zinslosen Kredit für eine rechtswidrig erhobene Gebühr. Dieses Ergebnis ist grob ungerecht.

Im übrigen enthält § 142 Abs. 3 TKG-E eine Rechtsschutzverkürzung für die Lizenznehmer, welche derzeit gerichtlich die Rückerstattung geleisteter Gebühren verfolgen. Sollte die Regelung des § 142 Abs. 3 TKG-E in Kraft treten, würden sich die Gerichte – aufgrund der gesetzlichen „Anrechnungsregel“ – gehindert sehen, eine materiell-rechtliche Entscheidung zu treffen. Die darin liegende Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeiten und ein „Eingreifen des Gesetzgebers in die Rechtsschutzverfahren“ ist nicht gerechtfertigt.

Der Entwurf der Verordnung sollte unbedingt im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens vorgelegt werden. Viele wichtige Details der Regelungen können sich nur aus dem Verordnungstext erschließen. Nach den schlechten Erfahrungen etwa mit der Nummerengebührenverordnung erscheint es auch im Interesse des Verordnungsgebers ratsam, diesen Entwurf frühzeitig zu veröffentlichen.

## Teil 10 Straf- und Bußgeldvorschriften

### 63. Anmerkung zu § 147 Abs. 2

(Bußgeldvorschriften)

Die umsatzbezogene Geldbuße stellt ein wirksames und europarechtlich ebenfalls verwendetes Mittel zur effizienten Sanktionierung dar. Es wird vorgeschlagen, diese Möglichkeit – entsprechend den Regelungen des Referentenentwurfes – einzuführen, auf weitere Tatbestände zu erstrecken und eine Erhöhung auf 10 % des Jahresumsatzes vorzunehmen. Die in § 147 Abs. 2 eingeführte Regelung entspricht dem geltenden § 17 Abs. 4 OWiG und ist damit überflüssig. Das europarechtlich zulässige Instrument [Art.15 Abs.2 VO 17/1962 („Durchführungsverordnung“) bzw. Art.23 Abs.2 VO 01/2003 („neue Durchführungsverordnung“)] einer umsatzbezogenen Geldbuße ist ein rechtlich zulässiges Mittel das eine Entsprechung im nationalen Recht finden muss.

### 64. \*\*\*\*\* Sonstige Anmerkung \*\*\*\*\*

Wir regen an, im Rahmen der TKG-Novellierung die – noch aus Zeiten des Fernmeldemonopols stammende - Vorschrift des § 100 Abs. 2 lit k. GWB zu streichen. Wie vom Bundeskartellamt etwa im Verfahren VK 2 – 12/02 festgestellt, gilt das Vergaberecht des GWB nicht für Aufträge "über Fernsprecheinstellungen, Telexdienst, den beweglichen Telefondienst, Funkrufdienst und die Satellitenkommunikation." Mit anderen

Worten: Die Telekommunikationsbranche wird dem Anwendungsbereich des Vergaberechts entzogen. Die Vorschrift befreit u.a. die (öffentlichen) Telekommunikations-Auftraggeber von der Ausschreibungspflicht. Diese Regelung ist seit dem Zeitpunkt der vollständigen Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte nicht mehr zu rechtfertigen.

## Positionspapier zur Neufassung des TKG

### Infrastrukturwettbewerb im Telekommunikationsmarkt regulatorisch besser absichern!

Auf dem europäischen Markt der Telekommunikation wird vor allem die Verfügbarkeit einer modernen Netzinfrastruktur darüber entscheiden, ob dieser Markt mit neuen, innovativen Diensten wächst und ob die Unternehmen und die Bürger in Deutschland von den technologischen Innovationen der nächsten Jahre profitieren werden.

- In den Niederlanden beispielsweise richtet sich das Entwicklungsinteresse für die TK-Infrastruktur vor allem auf Einrichtungen der öffentlichen Verwaltung, des Gesundheitswesens, des Bildungswesens und der Kultur, aber auch auf die lokale Wirtschaft, private Organisationen und Privathaushalte. So sollen durch einen Ausbau der lokalen Netzinfrastruktur neue Dienstleistungen entstehen. Eine entsprechende Förderstruktur beschreibt der Bericht „Niederland Breedbandland“ der nationalen Breitband-Experten-Gruppe an das niederländische Kabinett aus dem Jahr 2002. Bereits 2004 werden 97 Prozent aller Niederländer über einen Breitbandanschluss verfügen können.
- Die technologische Entwicklung im TK-Markt lässt einen schnell steigenden Bedarf an Netzkapazitäten erwarten. Die von Picot, Broy und Hege- ring 2003 fortgeschriebene Studie des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) zu den künftigen Markttrends geht davon aus, dass Unternehmen spätestens in neun Jahren verbreitet auf Glasfasertechnologie zurückgreifen werden. Für xDSL fallen die Prognosen noch kürzer aus. Es ist aber zu erwarten, dass die durch xDSL verfügbare Bandbreite bereits in wenigen Jahren nicht mehr ausreichen wird. Bereits heute muss investiert werden, damit morgen die erwarteten Kapazitäten auch bereit stehen.
- In der Debatte zur ersten Lesung des TKG am 15. Januar haben sowohl der Bundeswirtschaftsminister wie auch die Vertreter der Bundestagsfraktionen deutlich gemacht, dass der Infrastrukturwettbewerb die Grundvoraussetzung für einen nachhaltigen Wettbewerb und Wachstum im TK-Markt ist. (breko plädiert dafür, dieses Faktum als Handlungsmaßstab und Auftrag im Gesetz festzuschreiben. Weil der Kommunikationsinfrastruktur in den nächsten Jahren große Bedeutung zukommt, müssen der erklärte politische Wille und das formulierte ökonomische Ziel folgerichtig klar und deutlich in den gesetzlichen Einzelregelungen zum Ausdruck kommen.
- Das von (breko) vorgelegte Rechtsgutachten zur rechtlichen Ausgestaltung von Resale belegt, dass die Wettbewerbsneutralität nur gewahrt bleibt, wenn der Gesetzgeber ein ausgewogenes „intermodales“ Verhältnis zwischen Infrastrukturwettbewerb und Dienstwettbewerb beachtet: „Werden Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale insbesondere mit Blick auf den Ortsnetzbe- reich nicht wettbewerbsneutral eingeführt, so wird der Infrastrukturwettbewerb zugunsten des Dienstwettbewerbs behindert.“

### 1. Infrastrukturwettbewerb muss als vorrangiges politisches Ziel festgeschrieben werden.

Die bisherige Regulierungspraxis zeigt eine Wettbewerbsentwicklung zu Lasten des Aufbaus einer nachhaltigen Telekommunikationsinfrastruktur. Die regionalen Telekommunikationsunternehmen brauchen zur Absicherung ihrer Investitionen Rechtssicherheit im TKG, dass die deutsche Politik an der Absicht festhält, Wettbewerb durch den Auf- und Ausbau alternativer Netze zu schaffen. In Infrastruktur wird nur investiert, wenn sich die getätigten Investitionen refinanzieren lassen. Ohne Infrastrukturwettbewerb wird es auf dem Telekommunikationsmarkt niemals einen sich selbst tragenden, nachhaltigen Wettbewerb geben. Dabei schafft vor allem der Infrastrukturwettbewerb die Voraussetzungen für neue Arbeitsplätze.

- Wir brauchen eine Leitentscheidung des Gesetzgebers, die sicherstellt, dass der Wettbewerb im Telekommunikationsmarkt tatsächlich Infrastrukturinvestitionen ermöglicht. Zweck des Gesetzes muss es demnach sein, Anreize für den Aufbau einer leistungsfähigen Telekommunikationsinfrastruktur zu schaffen. Der Markt soll möglichst früh und rechtzeitig der Gesellschaft die modernsten Kommunikationsdienste zur Verfügung stellen. Die Informationsgesellschaft braucht diese Infrastruktur.
- Wenn kein gesetzlicher, regulatorischer Ausgleich erfolgt, wird der neue Regulierungsrahmen Diensteanbieter bevorzugen und den weiteren Ausbau des Infrastrukturwettbewerbs verhindern. Um diese Entwicklung zu vermeiden, muss ein entsprechender Ausgleich durch eine Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um entsprechende Regelbeispiele vorgenommen werden. Dies formuliert auch das aktuelle Rechtsgutachten von Professor Christian Koenig zum Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers im Hinblick auf Resale. Danach sollte eine Zugangsverpflichtung nicht auferlegt werden, solange die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl (§ 38) auferlegt ist und solange sich der Nachfrager auf so genanntes reines „Anschluss-Resale“ beschränkt, also keine Verbindungsleistungen oder Anschlüsse in Verbindung mit Vorleistungen angeboten werden.

### 2. Die bestehende „Preis-Kosten-Schere“ kann über ein konsistentes Entgeltkonzept geschlossen werden. Dessen Prinzipien müssen im Gesetz eindeutig formuliert sein.

Die Politik der Regulierung soll die Marktkräfte stärken. Darum erwartet sie vom Wettbewerb mehr als einen reinen Preiskampf. Resale und Call-by-Call im Ortsnetz entziehen dagegen den regionalen Telekommunikationsunternehmen die bisherige Geschäftsgrundlage, wenn die Regulierung die Gefährdung, die Resale für den Infrastrukturwettbewerb bedeutet, nicht berücksichtigt.

Das Geschäftsmodell eines regionalen Telekommunikationsunternehmens, das auf nachhaltigen infrastrukturbasierten Wettbewerb ausgerichtet ist, braucht eine längere Re-Investitionszeit und ist damit in besonderem Maße auf Planungssicherheit angewiesen. Die Politik muss daher vermeiden, gerade den regionalen Telekommunikationsunternehmen durch regu-

latorische Änderungen die Investitionssicherheit zu entziehen. Dabei hat bereits die bisherige Wettbewerbspraxis unter dem Effekt einer „Preis-Kosten-Schere“ gelitten, d.h. die Endpreise der Deutschen Telekom AG für den Telefonanschluss lagen unter den Preisen, die Wettbewerber für die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) bezahlen mussten.

- Dem Geschäftsmodell der regionalen Telekommunikationsunternehmen darf nicht nachträglich durch die Politik der Regulierung der Boden entzogen werden.
- Der Gesetzentwurf zum TKG muss die Ist-Kosten zum Maßstab der Entgeltberechnung machen. Damit läge ein wirksames Instrument gegen Dumpingangebote marktbeherrschender Unternehmen vor.
- Sollte die Regulierungspolitik tatsächlich Resale-Produkte durch Diensteanbieter am Markt zulassen, so müssen sich die Entgelte für deren Bezug an den realen Kosten für die notwendige Infrastruktur orientieren (Kosten für eine effiziente Leistungsbereitstellung). Nur so kann sichergestellt werden, dass die Anreize für den Infrastrukturwettbewerb erhalten bleiben.

### **3. Infrastrukturförderung und Entgelte gehören zusammen. Ermessensentscheidungen der Regulierungsbehörde müssen für alle Wettbewerber juristisch überprüfbar sein.**

Konsistentes Entgeltkonzept und der Rechtsschutz von Wettbewerbern gehen Hand in Hand. Angesichts der hohen Marktdynamik muss bei unterschiedlichen Rechtsauffassungen einerseits schnell entschieden werden, andererseits müssen Entgeltentscheidungen der Regulierungsbehörde auch überprüfbar sein.

Ein signifikantes Beispiel aus der bisherigen Regulierungspraxis ist das der Rufnummermitnahme. Während die Regulierungsbehörde 1998 entschieden hatte, dass für die Mitnahme einer Rufnummer beim Wechsel der Telefongesellschaft kein Entgelt erhoben werden darf, urteilte das Verwaltungsgericht Köln 2002 zugunsten der Deutschen Telekom. Die Regulierungsbehörde verzichtete auf entsprechende Rechtsmittel. Das Urteil wurde rechtskräftig. Damit war eine Entscheidung gegen die Mitbewerber gefallen, ohne dass diese sich im Verfahren dagegen wehren konnten. Bislang fehlt im TKG-Entwurf für diesen rechtlichen „Drittenschutz“ eine zufriedenstellende Lösung.

- Das TKG braucht mit Blick auf Entgeltentscheidungen der Regulierungsbehörde eine Regelung zum Drittenschutz betroffener Wettbewerber.

- **(breko** hält einen Wechsel in der gerichtlichen Zuständigkeit für angezeigt. Künftig sollte auch für Verfahren zum Telekommunikationsmarkt der Kartellrechtsweg gelten.

### **4. Enge Margen vertragen keine neuen Kostenbelastungen. „Telekommunikationsbeitrag“ und Überwachungsmaßnahmen überdenken.**

Mit dem sogenannten „Telekommunikationsbeitrag“ und den – von den Ländern noch einmal ausgeweiteten – Plänen zur Überwachung des Telefonverkehrs kommen weitere finanzielle Belastungen auf die Telekommunikationsunternehmen zu. Sie schlagen für die regionalen Telekommunikationsunternehmen angesichts längerer Re-Investitionszeiten im Verhältnis zum Wettbewerb noch einmal stärker zu Buche. Die Überwälzung der Kosten hoheitlicher Aufgaben auf die TK-Unternehmen ist abzulehnen. Die Ausweitung der Überwachungsmaßnahmen ist überdies nicht geeignet, das Vertrauen der Kunden in die verschiedenen Dienste des Telekommunikationssektors zu stärken. Verschiedenste Untersuchungen belegen den Mangel an Vertrauen in Dienste der Telekommunikation.

- **(breko** plädiert aus ökonomischen, aber auch politischen Gründen für Zurückhaltung im Zusammenhang mit der Erweiterung der Überwachungsmaßnahmen.
- Der „Telekommunikationsbeitrag“ ist ordnungspolitisch nicht zu rechtfertigen und belastet zudem die regionalen Telekommunikationsunternehmen unverhältnismäßig.

03. Februar 2004

#### ***Ansprechpartner für weitere Informationen***

Rainer Lüddemann

(Geschäftsführer)

**(breko**

Bundesverband der regionalen und lokalen

Telekommunikationsgesellschaften e. V.

Königswinterer Straße 310

D-53227 Bonn

Tel. +49(0)228 2499970

Fax +49(0)228 2499972

eMail: [info@brekoverband.de](mailto:info@brekoverband.de)

**Rechtsgutachten**

zum gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Umsetzungsspielraum des nationalen Gesetzgebers im Hinblick auf Resale im Rahmen der TKG-Novelle

Im Auftrag des Bundesverbandes der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V., Bonn erstellt von

Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig LL.M.

Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn

28. Januar 2004

**Gliederung**

A. Zentrale Aussagen des Gutachtens

B. Ausgangslage

C. Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen

Gutachterliche Beantwortung der Rechtsfragen

**I. Die gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsgasse hinsichtlich der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen**

1. *Durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts geprägte primäre Umsetzungsgasse der Mitgliedsstaaten nach dem EG-Vertrag sowie der Zugangsrichtlinie*

*Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben an die Einräumung von Auferlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörde*

*Richtlinienkonforme Konditionierung von Resale-Verpflichtungen: Dispensermessen, intendiertes Ermessen, Regelbeispiele*

**II. Die verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse hinsichtlich der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen**

*Vorbehalt des Gesetzes*

*Parlamentsvorbehalt*

*Bestimmtheitsgebot*

**III. Umgekehrt proportionale Regulierungsinterdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale****IV. Risiken eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG bei einer legislativen Konditionierung des Resale**

*Funktion und Voraussetzungen des Vertragsverletzungsverfahrens*

*Risikoeinschätzung im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale*

**V. Keine Risiken einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland bei einer legislativen Konditionierung des Resale**

1. *Funktion und Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs*

**2. Risikoeinschätzung im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale**

a) Mitgliedstaatlicher Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht

b) Verleihung subjektiver Rechte

c) Keine hinreichende Qualifikation des hilfsweise unterstellten Verstoßes

**A. Zentrale Aussagen des Gutachtens**

Der Verfasser schätzt den regulatorischen Wert des Resale als Instrument zur Herstellung „effektiveren Wettbewerbs auf allen Zugangs- und Dienstleistungsmärkten“ hoch ein, um „den Nutzern mehr Wahlmöglichkeiten [zu] bieten“ (vgl. Erwägungsgrund 26 der Universaldienstrichtlinie). Art. 17 Abs. 1 Buchst. b Universaldienstrichtlinie statuiert den Grundsatz des Vorrangs der Vorleistungsregulierung gegenüber der Endkundenmarktregulierung. Im Sinne der Universaldienstrichtlinie müssen die kumulativen Effekte der verschiedenen Vorleistungsregulierungsmaßnahmen, einschließlich ihrer regulatorischen Interdependenz, insbesondere zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen, integral berücksichtigt werden, um eine Regulierung auf den Endkundenmärkten zu vermeiden.

Nur durch eine aktive Wahrnehmung der vom Richtlinienpaket selbst aufgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielräume vermag der mitgliedstaatliche Gesetzgeber das Regulierungsinstrument des Resale im Rahmen der TKG-Novelle auch mit Blick auf die Subsidiarität der Endkundenmarktregulierung zu optimieren.

Das Rechtsgutachten arbeitet die auszugestaltenden gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Umsetzungsspielräume heraus, damit der Gesetzgeber im Rahmen seiner Umsetzungsgasse die diskutierten Konditionierungsvorschläge zu Resale in der TKG-Novelle aufnehmen kann. Alle im Rechtsgutachten erörterten Konditionierungsvorschläge zu Resale sind als Beispiele für eine gemeinschafts- und verfassungsrechtskonforme Umsetzung zu verstehen. Ihre Auswahl sollte regulierungsökonomischem und -politischem Sachverstand folgen, den das Rechtsgutachten zu flankieren sucht. Das Rechtsgutachten beschränkt sich also in seinen operativen Aussagen auf eine konkrete Darstellung der gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Umsetzungsgasse des Gesetzgebers in bezug auf Resale.

Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie verlangt von den Mitgliedsstaaten gerade in bezug auf Resale eine aktive Wahrnehmung des von dieser Richtlinienvorschrift ausdrücklich aufgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielraumes, da die aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen danach auf „bestimmte“ Dienste begrenzt werden sollen, die aber in der Richtlinie selbst nicht definiert werden. Damit wird den Mitgliedsstaaten nicht nur ein Umsetzungsspielraum, sondern darüber hinaus eine aktive Gestaltungsaufgabe zugewiesen, den Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Re-

sale-Verpflichtungen zu definieren. Der mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetzgeber ist also von der Zugangsrichtlinie aufgefordert, bezogen auf die in den Mitgliedsstaaten jeweils sehr unterschiedlichen Wettbewerbssituationen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten jeweils konkret differenzierende, problemsprechende und angemessene Resale-Verpflichtungen bereitzustellen.

Zum Beispiel muss der Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen in einem Mitgliedstaat, in dem wie in Deutschland der Dienstwettbewerb im Festnetz stark durch die Betreiber(vor)auswahl geprägt ist, anders definiert werden als in einem Mitgliedstaat, in dem z.B. wie in Frankreich der Dienstwettbewerb im Festnetzbereich tatsächlich viel weniger durch entsprechende Interdependenzen strukturiert wird. Die Formulierung „Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten“ in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E, die lediglich den unbestimmten – mitgliedstaatlich gerade nach Maßgabe der jeweils vorherrschenden Marktlagen zu definierenden – Dienstumfang des Richtlinienwortlautes übernimmt, wird der von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie den Mitgliedsstaaten zugewiesenen aktiven Ausgestaltungsaufgabe kaum gerecht. Die Zugangsrichtlinie verlangt hier also mehr als eine bloß „getreue“ Übernahme des Richtlinienwortlautes.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat die Zugangsrichtlinie ausdrücklich an die Mitgliedsstaaten adressiert (Art. 20) und damit dem Leitbild der Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EG entsprochen:

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

Dieses Richtlinienleitbild entspricht zugleich den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen: Erst die mitgliedstaatlichen Umsetzungsgesetze schaffen grundrechtliche Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörden, etwa zur Auferlegung von Resale-Verpflichtungen, nicht aber die Zugangsrichtlinie selbst.

Selbst bei sehr weitgehenden, mitgliedstaatlich einzuräumenden Auferlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörden nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie fällt die Entscheidung über das Ob und zumindest das methodische Wie einer gesetzgeberischen Konditionierung in die mitgliedstaatliche „Verfassungszuständigkeit“, soweit nur die Richtlinienvorgaben eingehalten werden. Gemeinschaftsrechtlich ausgeschlossen ist nur eine legislative Lösung, welche die aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen so detailliert konditional vorgibt, dass damit die praktische Wirksamkeit der in den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenseite vorgesehenen Auferlegungsflexibilität der Regulierungsbehörden beeinträchtigt wird.

Im Rahmen dieser gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsgasse verweist Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie mit dem verwaltungs- und verfassungsrechtlichen terminus technicus „befugt“ („empowered“, „habilités“) selbst auf die nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen geordneten Ver-

fahren und legislativen Konditionierungsvoraussetzungen für die – in Deutschland dem Gesetzesvorbehalt unterliegende – Einräumung von Eingriffsbefugnissen der Verwaltung in die Grundrechte der Bürger und der grundrechtsfähigen Gesellschaften.

Dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber obliegt die Aufgabe, das in der Zugangsrichtlinie verankerte Optimierungsgebot, wonach problemsprechende, angemessene und gerechtfertigte Regulierungsmaßnahmen auf die konkreten Markt- und Wettbewerbslagen auszurichten sind, mit den Anforderungen des grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebots auszugleichen.

Soweit in den seit Jahren bereits regulierten Festnetzbereichen, insbesondere mit Blick auf die Teilnehmeranschlüsse und die Betreiber(vor)auswahl, gesicherte regulierungsökonomische Daten und Erfahrungssätze vorliegen, und damit – im Vergleich zu regulatorisch weniger erprobten Märkten wie etwa dem Mobilfunk – verfassungsrechtlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, vermag eine legislative Konditionierung von Resale-Verpflichtungen unter Verwendung der Regelbeispieltechnik die Anforderungen der Zugangsrichtlinie und des grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebots am besten miteinander in Einklang zu bringen.

So ist in einigen Telekommunikationsmärkten, insbesondere in dem nach wie vor weitgehend monopolisierten Anschlussmarkt im Festnetzbereich, keine schnelle Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zu erwarten. Soweit der Gesetzgeber auf empirisch vorhandene regulierungsökonomische Erkenntnisse zurückgreifen und Folgerungen aus diesen regelhaft in Gesetzesform gießen kann, müssen Einzelfallabwägungen legislativ eingerahmt werden. Jedenfalls für die bereits regulierten Bereiche, insbesondere für den Bereich der Festnetzteilnehmeranschlüsse, sind verfassungsrechtlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit des gesetzlichen Regelungsrahmens zu stellen. Besonders mit Blick auf das so genannte Anschluss-Resale ist zumindest eine legislative Entscheidungsvorstrukturierung verfassungsrechtlich geboten.

Die Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen sind gleichsam als zwei Enden kommunizierender Röhren zu begreifen. Das heißt, je strenger und damit belastender bereits die Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl auferlegt worden sind, desto weniger erfordern regelmäßig die Regulierungsziele, insbesondere der Universaldienstrichtlinie, eine entsprechend belastende Auferlegung von Resale-Verpflichtungen. Diese *umgekehrt proportionale Interdependenz beider Regulierungsinstrumente* wirkt sich auch auf den legislativen Bestimmtheitsmaßstab aus, an dem sich eine verhältnismäßige, insbesondere erforderliche, gesetzliche Regelung messen lassen muss. Da im Hinblick auf die Teilnehmeranschlüsse und die Betreiber(vor)auswahl verwertbare regulierungsökonomische Daten und Erfahrungssätze für das Festnetz vorliegen, gelten – im Vergleich zu regulatorisch weniger erprobten Märkten wie etwa dem Mobilfunk – verfassungsrechtlich strengere Anforderungen über den Bestimmtheitsgrundsatz auch beim gesetzlichen Kondi-

tionierungsmaßstab der Erforderlichkeit. Das heißt, je bestimmter der Beurteilungstatbestand und das Rechtsfolgernormen einer Koppelungsvorschrift verfassungsrechtlich zu gestalten sind, um so mehr müssen die am wenigsten belastenden (erforderlichen) Regulierungsoptionen gesetzgeberisch auf der Tatbestandsseite (z.B. in Form von sachlichen Regelbeispielvoraussetzungen) erfasst und auf der Rechtsfolgenseite vorstrukturiert werden.

Eindeutig von der gemeinschafts- und verfassungsrechtlichen Umsetzungsgasse des Gesetzgebers gedeckt wäre zum Beispiel die Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um Regelbeispiele, welche auch der von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie den Mitgliedsstaaten zugewiesenen aktiven Gestaltungsaufgabe gerecht würden. Die Regelbeispieltechnik räumt der Regulierungsbehörde zudem mehr Entscheidungsfreiheit ein als eine Norm, die ein intendiertes oder ein Dispensermessen vorsieht.

Um der regulatorischen Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen sowie der Investitionsanreiz-Philosophie gerecht zu werden, könnte § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um folgende Regelbeispiele ergänzt werden:

„In der Regel soll die Zugangsverpflichtung nach Nr. 3 nicht auferlegt werden, solange

– die Verpflichtungen zur Betreiber(auswahl) bzw. Betreiber(vor)auswahl (§ 38) auferlegt sind;

– sich der Nachfrager auf so genanntes reines Anschluss-Resale beschränkt, also keine Verbindungsleistungen oder Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen angeboten werden.“

Die umgekehrt proportionale Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen ist nicht zuletzt auch deshalb im Festnetzbereich durch den Gesetzgeber vorzustrukturieren, damit die politisch motivierte – weder regulatorisch noch gemeinschaftsrechtlich gebotene – Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E zumindest teilweise ausgeglichen wird. Ohne hier die Frage eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Technologiesneutralität (Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 Rahmenrichtlinie) beantworten zu können – dies ist ein anderes komplexes Thema – hätte die technologiespezifische Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E einerseits bei gleichzeitig bestehender Belastungskumulation aus den Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale im Festnetz andererseits gegenwärtig noch kaum abschätzbare Folgen zu Lasten des Wettbewerbs im Festnetzbereich.

Werden Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale insbesondere mit Blick auf den Ortsnetzbereich nicht wettbewerbsneutral eingeführt, so wird der Infrastrukturwettbewerb zugunsten des Dienstewettbewerbs behindert. Dies bedeutet nicht nur im *intramodalen* Verhältnis innerhalb des Festnetzbereichs, dass Netzbetreiber für die Zurverfügungstellung ihrer Netze im Vorleistungsbereich für die Dienstleistungsbereitstellung durch Dritte im Rahmen der Entgeltregulierung angemessen entschädigt werden müssen,

wenn negative Auswirkungen auf den Infrastrukturwettbewerb ausgeschlossen werden sollen.

Darüber hinaus gebietet es die Wettbewerbsneutralität im Hinblick auf ein ausgewogenes *intermodales* Verhältnis zwischen Infrastrukturwettbewerb und Dienstewettbewerb, dass nicht regulatorische Anreize zur Kapitalabwanderung aus Festnetzinfrastrukturmärkten in Mobilfunkmärkte mit kaum abschätzbaren Folgen zu Lasten von Infrastruktur- und *Dienstinnovationen* im Festnetzbereich gesetzt werden. Solche *intermodalen* Wettbewerbsverzerrungen, die auch die Erreichung der Ziele der Universaldienstrichtlinie gefährden, sind aber durch die Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E zu befürchten, wenn nicht im Festnetzbereich ein regulatorischer Ausgleich erfolgt. Wenn schon die Privilegierung des Mobilfunkmarktes Gesetz werden soll, so ist diese – normhierarchisch gleichwertig – mit Blick auf das Festnetz durch eine angemessene gesetzgeberische Berücksichtigung der umgekehrt proportionalen Interdependenz zwischen Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale auszugleichen.

Diesem Ausgleich würde etwa eine Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um die zuvor vorgeschlagenen Regelbeispiele gerecht. Damit könnte die Bundesregierung ihren jüngsten Vorschlag zu § 1 TKG-E, den sie in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates formuliert hat, substantiell unterfüttern:

„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch technologieneutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“

Die regulatorische Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen unterliegt dem Konsistenzgebot im Rahmen der Entgeltregulierung, welche das Rechtsgutachten nicht behandelt. Das Konsistenzgebot verpflichtet den Regulierer, nicht nur die jeweils zu beurteilende einzelne Entgeltregulierungsmaßnahme im Auge zu behalten, sondern die Auswirkungen auf verbundene, vor- und nachgelagerte Märkte in die Entscheidung mit einzubeziehen. Die gesetzgeberische Umsetzung dieses Prinzips sollte sich im vorliegenden Zusammenhang von regulierungsökonomischem Sachverstand leiten lassen. Insbesondere mit Blick auf die regulatorische Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen muss der Gesetzgeber bei der Fassung von § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E stets die komplementären Gesetzesbestimmungen zur Entgeltregulierung mitbedenken und insbesondere den Regulierer legislativ ausreichend an das Konsistenzgebot binden.

Schließlich legt das Rechtsgutachten dar, dass auch bei einer legislativen Konditionierung des Resale – unter Gewährleistung der gebotenen regulatorischen Spielräume wie etwa aufgrund von Regelbeispielen – die Risiken eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG beherrschbar sind und in diesem Zusammenhang keine begründeten Risiken einer

staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland bestehen.

Selbst unter der Hypothese eines *hilfsweise* unterstellten Verstoßes gegen die Zugangsrichtlinie wäre dieser nicht hinreichend qualifiziert, um einen Staatshaftungsanspruch zu begründen. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH fehlt es nämlich an einem hinreichend qualifizierten Gemeinschaftsrechtsverstoß, wenn die von einem Mitgliedstaat gefundene Auslegung einer Gemeinschaftsrechtsnorm vertretbar erscheint, etwa weil die Richtlinienbestimmung den Mitgliedsstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum belässt, ungenau ist oder *die angestellten Überlegungen nicht offensichtlich von der Hand zu weisen sind*. Dieser Rechtsprechungsmaßstab spricht entscheidend dafür, dass bei einer legislativen Konditionierung des Resale – unter Gewährleistung der gebotenen regulatorischen Spielräume wie etwa aufgrund von Regelbeispielen – keine begründeten Risiken einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Denn zumindest ist die in dem Rechtsgutachten begründete Auslegung von Art. 8 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vertretbar, also nicht offensichtlich von der Hand zu weisen.

## B. Ausgangslage

### I.

Die Vorgaben des im Wesentlichen am 24. April 2002 in Kraft getretenen<sup>4</sup> Richtlinienpakets der Europäischen Gemeinschaft (EG) zur Telekommunikation waren von den Mitgliedsstaaten bis zum 24. Juli 2003 in nationales Recht umzusetzen.<sup>5</sup> Der deutsche Gesetzgeber befindet sich gegenwärtig in der entscheidenden Umsetzungsphase, in der er eine umfassende Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG), die so genannte „große TKG-Novelle“, in Angriff genommen hat. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben legen die Schaffung weiter Beurteilungs- und Ermessensspielräume für die Regulierungsbehörde im Rahmen dieses Umsetzungsprozesses nahe. In diesem

<sup>4</sup> Art. 29 Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.04.2002, S. 33; Art. 19 Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.04.2002, S. 7; Art. 19 Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.04.2002, S. 21; Art. 39 Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie), ABl. EG L 108 vom 24.04.2002, S. 51. Abweichend davon ist die Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG L 201 vom 31.07.2002, S. 37, gemäß ihrem Art. 20 erst am 31.07.2002 in Kraft getreten.

<sup>5</sup> Art. 28 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Rahmenrichtlinie; Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Zugangsrichtlinie; Art. 18 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Genehmigungsrichtlinie; Art. 38 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 Universaldienstrichtlinie. Die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation ist nach ihrem Art. 17 Abs. 1 bis zum 31.10.2003 umzusetzen.

Sinne nimmt im Gesetzgebungsverfahren auch der Bundesrat in seinen Empfehlungen vom 9. Dezember 2003 zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG-E) Stellung<sup>6</sup>. In Ziffer 8 Nr. b der Bundesratsempfehlungen wird allgemein zu den §§ 9 bis 41 TKG-E ausgeführt, dass sicherzustellen sei,

„dass die nach EU-Recht vorgesehenen Regulierungsinstrumente in vollem Umfang in das Auswahlermessen der Regulierungsbehörde gestellt und Vorabfestlegungen, die die Anwendung von Regulierungsinstrumenten gesetzlich ausschließen, vermieden werden. Die einzelnen Regulierungsinstrumente müssen einen flexiblen, an den Ergebnissen der Marktdefinition und Marktanalyse orientierten differenzierten Einsatz erlauben und in sich konsistent sein.“

### II.

Die mögliche Schaffung weiter Beurteilungs- und Ermessensspielräume für die Regulierungsbehörde hat auch Auswirkungen auf den Bereich des Resale. § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E führt Resale als eine Zugangsverpflichtung auf, die die Regulierungsbehörde Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze mit beträchtlicher Marktmacht auferlegen kann:

„3. Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen.“

Nach Ziffer 17 der Bundesratsempfehlungen sollen nun in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E die Wörter „wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden“ gestrichen werden. Dies begründet der Bundesrat wie folgt: „Diese Beschränkung ist in Art. 12 Abs. 1 Buchst. d EU-Zugangsrichtlinie nicht vorgesehen und sollte daher gestrichen werden. Mit dieser Einschränkung, die die Diensteanbieter lediglich als Vertriebsnetz fertiger AGB-Produkte der Netzbetreiber ansieht, findet eine Diversifikation der Dienste nur innerhalb der begrenzten Zahl der Netzbetreiber statt. Das aus Sicht der Endnutzer wichtige Innovationspotenzial der Diensteanbieter wird dadurch beschränkt.“ Darüber hinaus bittet der Bundesrat in Ziffer 18 seiner Empfehlungen auf Antrag Bayerns, „im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob hinsichtlich der Resale-Verschuldung dem Erwerber die Erbringung eines Mehrwertes auferlegt werden kann. Der bloße Ankauf und Weiterverkauf von Diensten unter Ausnutzung der Differenz zwischen Großhandels- und Einzelhandelspreis würde den Infrastrukturwettbewerb behindern, ohne einen volkswirtschaftlichen Mehrwert zu erzeugen. Ggf. wäre daher in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E nach den Wörtern „auf eigene Rechnung“ die Wörter „unter Erbringung eines Mehrwertes“ einzufügen und der Begriff des Mehrwertes in § 3 TKG-E so zu definieren, dass der Erwerber einer Resale-Leistung die eingekaufte Leistung vor der Weiterveräußerung veredeln muss.“

<sup>6</sup> Bundesrats-Drucksache 755/2/03.

### III.

Ein Änderungsantrag Nordrhein-Westfalens zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E, wonach der Kreis der von der Regulierungsbehörde auferlegten Resale-Verpflichtungen auf Verbindungsleistungen oder Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen beschränkt werden soll, fand im Bundesrat keine Mehrheit (Änderungsvorschläge unterstrichen):

„3. Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten Verbindungsleistungen oder Anschlüssen in Verbindung mit Verbindungsleistungen wie sie Endnutzern (...)“

Der Änderungsantrag Nordrhein-Westfalens zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E wird damit begründet, dass die Zugangsrichtlinie in Art. 12 Abs. 1 Buchstabe d Resale-Verpflichtungen auf „bestimmte“ Dienste zu begrenzen sucht und damit dem Gesetzgeber ausdrücklich einen Umsetzungsspielraum einräumt, den dieser auch nutzen sollte. Durch den Änderungsantrag Nordrhein-Westfalens soll vermieden werden, „dass ein so genanntes reines Anschluss-Resale auferlegt werden kann. Ein solches Anschluss-Resale hätte jedenfalls mittel- bis langfristig zur Folge, dass Anreize für Wettbewerber zur Investition in Alternativeinrichtungen, namentlich in den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss gemäß der VO/EG/2887/02, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, entfallen. Denn die im Vergleich zum Angebot von reinem Anschluss-Resale wesentlich höheren Investitionskosten der Teilnehmernetzbetreiber in ihre Netze würden sich nicht mehr lohnen, wenn als Alternative das wesentlich günstigere reine Anschluss-Resale zur Verfügung stünde. Eben dieser Effekt soll gemäß Erwägungsgrund 19 Satz 5 der Zugangsrichtlinie vermieden werden.“

### IV.

Inzwischen hat die Bundesregierung in einer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates dessen Resale betreffende Vorschläge mit folgender Begründung abgelehnt:

„Das Innovationspotenzial der Diensteanbieter wird dadurch [durch Resale] jedoch in keiner Weise beschränkt, da neben dem reinen Resale andere Zugangsansprüche im Rahmen des § 19 TKG-E bestehen können, auf deren Basis die Diensteanbieter eigene Wertschöpfung aufsetzen können. (...) Die gewählte Formulierung entspricht wörtlich den europarechtlichen Vorgaben, wonach keine eigene Wertschöpfung des Nachfragers erforderlich ist.“

### V.

Weder der TKG-E noch die Empfehlungen des Bundesrates behandeln die regulatorische Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiberorauswahl bzw. Betreiberorauswahl (§ 38 TKG-E) einerseits und der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E) andererseits. Nach der Gegenäußerung der Bundesregierung zu den Bundesratsempfehlungen zeichnet sich nunmehr eine Nichtberücksichtigung dieser regulatorischen Interdependenz ab. Verstärkt durch die aus-

drückliche Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E könnte dies gegenwärtig noch kaum abschätzbare Folgen zu Lasten des Festnetzbereichs entfalten. § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E lautet: „Insofern nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht, sollen die Verpflichtungen nach Absatz 1 [Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiberorauswahl bzw. Betreiberorauswahl] für den Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden.“

### C. Die gutachterlich zu klärenden Rechtsfragen

- 1.) Welche Umsetzungsspielräume lässt das Gemeinschaftsrecht dem nationalen Gesetzgeber für eine legislative Konditionierung des Resale, welche die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde im Rahmen der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 2 TKG-E strukturiert? (*durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts geprägte primäre Umsetzungsgasse*)
- 2.) Inwieweit muss der deutsche Gesetzgeber bei der – aufgrund der EG-Richtlinien – umsetzungsbedingten Zuweisung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen an die Regulierungsbehörde die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Rahmen der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen aktiv ausgestalten und damit das Resale legislativ konditionieren? (*die verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse wird durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts eingerahmt*)
- 3.) Gebietet die regulatorische Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiberorauswahl bzw. Betreiberorauswahl (§ 38 TKG-E) einerseits und der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E) andererseits eine legislative Konditionierung? Ist in diesem Zusammenhang die Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E zu berücksichtigen?
- 4.) Ist bei einer legislativen Konditionierung des Resale ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EG zu befürchten? Besteht in diesem Zusammenhang das (abstrakte) Risiko einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland?

### D. Gutachterliche Beantwortung der Rechtsfragen

#### I. Die gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsgasse hinsichtlich der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen

*1. Durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts geprägte primäre Umsetzungsgasse der Mitgliedstaaten nach dem EG-Vertrag sowie der Zugangsrichtlinie*

Bevor die verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse hinsichtlich der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen beschrieben werden kann, ist die durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts geprägte primäre Umsetzungsgasse der Zugangsrichtlinie zu markieren.

Die gemeinschaftsrechtliche Umsetzungsgasse markiert die Pflicht des Mitgliedstaates, innerstaatlich des nationalen Gesetzgebers, bei der Richtlinienumsetzung in nationales Recht die von der Zugangsrichtlinie aufgegebenen und begrenzten Gestaltungsspielräume zu wahren. Vorliegend geht es also um die gemeinschaftsrechtliche Definition der Umsetzungsbreite des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers hinsichtlich einer legislativen Konditionierung der Beurteilungs- und Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde im Rahmen der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu beantworten, ob etwa eine in der Zugangsrichtlinie den Mitgliedsstaaten zugewiesene aktive Ausgestaltungsaufgabe vom mitgliedstaatlichen Gesetzgeber mehr verlangt als eine bloß „getreue“ Übernahme des Richtlinienwortlautes.

Nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie stellen die Mitgliedsstaaten „sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen“.<sup>7</sup> Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie richtet sich ausdrücklich an die Mitgliedsstaaten, die auch nach Art. 20 Zugangsrichtlinie die Adressaten der Richtlinie sind. Die Artikel 9 bis 13 Zugangsrichtlinie nehmen dann nicht mehr auf die Mitgliedsstaaten Bezug, sondern beschreiben die – vom Umsetzungsgesetzgeber einzuräumenden – Befugnisse der nationalen Regulierungsbehörden. Art. 9-13 Zugangsrichtlinie beschreiben mithin lediglich den Zustand, den die Mitgliedsstaaten als Folge der Richtlinienumsetzung sicherzustellen haben. Dabei entspricht die Zugangsrichtlinie insoweit genau dem Leitbild der Richtlinie nach Art. 249 Abs. 3 EG:

„Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.“

Das primäre Gemeinschaftsrecht sieht mithin ein zweistufiges Verfahren vor, nach dem die Gemeinschaftsorgane mit der Richtlinie eine Rahmenregelung und die Mitgliedsstaaten die erforderlichen Durchführungsmaßnahmen erlassen.<sup>8</sup> Dass einzelne Richtlinienvorschriften bei isolierter Betrachtung unmittelbar das mitgliedstaatliche Recht zu gestalten scheinen, bei genauer Betrachtung aber eben nur den zu erreichenden Zielzustand beschreiben, ist nicht ungewöhnlich, ändert aber nichts an der primärrechtlich angeordneten Zweistufigkeit des Umsetzungsverfahrens.

Da das primäre Gemeinschaftsrecht (Art. 249 Abs. 3 EG) gegenüber dem sekundären Gemeinschaftsrecht (Richtlinien, Verordnungen, Entscheidungen) mit Geltungsvorrang ausgestattet ist, muss auch für die Umsetzung der Zugangsrichtlinie das zweistufige Verfahren gelten. Davon geht offenbar auch Art. 12

Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie aus, der Resale-Verpflichtungen auf – nicht näher definierte – „bestimmte“ Dienste begrenzt und damit dem nationalen Gesetzgeber ausdrücklich einen Umsetzungsspielraum einräumt, den Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen zu beschränken. Insoweit ist der Änderungsantrag Nordrhein-Westfalens zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E, wonach der Kreis der von der Regulierungsbehörde auferlegten Resale-Verpflichtungen auf Verbindungsleistungen oder Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen beschränkt werden soll, vom gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielraum gedeckt.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat die Zugangsrichtlinie nach deren Art. 20 so auch ausdrücklich an die Mitgliedsstaaten adressiert und damit deren Verfassungsordnungen entsprochen, dass erst die mitgliedstaatlichen Umsetzungsakte grundrechtliche Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörden, etwa zur Auferlegung von Resale-Verpflichtungen, zu schaffen vermögen, nicht aber die Zugangsrichtlinie selbst.<sup>9</sup>

## 2. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben an die Einräumung von Auferlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörde

Weniger einfach als die Adressaten – die Mitgliedsstaaten – ist der Umfang der gemeinschaftsrechtlich – durch die Mitgliedsstaaten – einzuräumenden Auferlegungsbefugnisse der Regulierungsbehörden, also der Inhalt der Umsetzungsverpflichtung zu bestimmen.

Diese Frage ist ihrerseits scharf von der legislativen Konditionierung der einzuräumenden administrativen Auferlegungsbefugnisse zu unterscheiden. Selbst bei sehr weitgehenden, mitgliedstaatlich einzuräumenden Auferlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörden nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie, fällt die Entscheidung über das Ob und zumindest das methodische Wie einer gesetzgeberischen Konditionierung in die mitgliedstaatliche „Verfassungszuständigkeit“, soweit nur die Richtlinienvorgaben eingehalten werden.

Nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie stellen „die Mitgliedsstaaten“ sicher, „dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen“.

Für das Wort „befugt“ verwendet die englische Fassung den Begriff „empowered“, also „ermächtigt“,

<sup>7</sup> Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren auf der Grundsatzuntersuchung von Koenig/Loetz/Neumann, K&R-Beilage 2/2003, 3 ff.

<sup>8</sup> Siehe hierzu Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Auflage 2002, Art. 249 EG Rn. 43; Koenig/Haratsch, Europarecht, 3. Auflage 2000, Rn. 256. Dies ist losgelöst von der Frage nach dem Umfang des den Mitgliedsstaaten eingeräumten Umsetzungsspielraums zu betrachten. Dieser kann im Einzelfall minimal sein, vgl. Ruffert, a. a. O., Art. 249 EG Rn. 44; Koenig/Haratsch, a. a. O., Rn. 693 und 695; Oppermann, Europarecht, 2. Auflage 1999, Rn. 551 ff.

<sup>9</sup> Im Gegensatz zu den Kompetenzen mitgliedstaatlicher Stellen, die eben nur vermittelt über den Umsetzungsakt eingeräumt werden können, wendet sich die Umsetzungsverpflichtung unmittelbar an die innerstaatlich zuständigen Stellen – also gegebenenfalls auch an Verwaltungsbehörden –, vgl. EuGH, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (1909), Rn. 26; Rs. 103/88, Slg. 1989, 1839 (1870 f.), Rn. 30 f.; Classen, EuZW 1993, 83; Geiger, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Auflage 2002, S. 248; Klein, FS-Everling, Band 1, S. 641 (643). Die Zuständigkeit der innerstaatlichen Stellen bestimmt sich dabei ausdrücklich nach den jeweiligen innerstaatlichen Regeln, vgl. deutlich auch Classen, EuZW 1993, 83 (84); Jarass, EuR 1991, 211 (216), und wird gerade nicht unmittelbar durch die Richtlinie begründet.

„befugt“ bzw. „bevollmächtigt“.<sup>10</sup> In der französischen Sprachfassung wird das Adjektiv „habilitées“, also „ermächtigt“, verwendet.<sup>11</sup> Allen vorstehend genannten Begriffen ist die aktive *gesetzgeberische* Einräumung (Ermächtigung der Exekutive zu) rechtlicher Gestaltungsmacht eigen.<sup>12</sup> Auch der angesichts der Verbindlichkeit aller Sprachfassungen erforderliche, vorliegend auf drei Sprachen beschränkte Vergleich der einzelnen Fassungen<sup>13</sup> ergibt damit, dass nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie die Regulierungsbehörden über bestimmte Befugnisse verfügen müssen. Nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie sind die Mitgliedsstaaten mithin verpflichtet, den Regulierungsbehörden diese Befugnisse einzuräumen.

Einerseits sind die Mitgliedsstaaten daran gehindert, die den Regulierungsbehörden einzuräumenden Auferlegungsbefugnisse gesetzlich oder auf andere Weise derart zu beschränken, dass die praktische Wirksamkeit der in den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgen-seite vorgesehenen Auferlegungsflexibilität der Regulierungsbehörden beeinträchtigt wird. Andererseits verweist Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie mit dem verwaltungs- und verfassungsrechtlichen terminus technicus „befugt“ („empowered“, „habilitées“) auf die nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen geordneten Verfahren und legislativen Konditionierungsvoraussetzungen für die – in Deutschland dem Gesetzesvorbehalt unterliegende – Einräumung von Eingriffsbefugnissen der Verwaltung in die Grundrechte der Bürger und der grundrechtsfähigen Gesellschaften.

Der Umfang der Auferlegungsbefugnisse, die den Regulierungsbehörden eingeräumt werden müssen, ergibt sich nicht aus einer isolierten Betrachtung des Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie, da der Wortlaut insoweit unvollständig ist. Vielmehr enthält diese Vorschrift einen Verweis auf die Art. 9-13 Zugangsrichtlinie. Die Bestimmung der durch Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie auferlegten Umsetzungsverpflichtung setzt somit die Auslegung des vollständigen Wortlauts dieser Verpflichtung voraus, also die Einbeziehung der in Bezug genommenen Vorschriften.

Die Normen, auf die Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie verweist, enthalten jeweils im ersten Absatz (bzw. im ersten Unterabsatz des ersten Absatzes) eine Beschreibung des Umfangs der Verpflichtungen, welche den regulierten Unternehmen auferlegt werden können (*sektorspezifische Zugangsverpflichtungen*). Die folgenden Absätze (bzw. Unterabsätze) enthalten jeweils

vor allem nähere Konkretisierungen dieser Verpflichtungen.<sup>14</sup> Partiiell werden auch Mindestvorgaben normiert, die sich ihrerseits auch innerhalb des jeweils allgemein gezogenen Rahmens bewegen.<sup>15</sup> Des Weiteren werden Gesichtspunkte vorgegeben, welche bei der Auferlegung von Vorabverpflichtungen zu berücksichtigen sind.<sup>16</sup> Und schließlich finden sich noch vereinzelt sonstige Vorgaben, welche mit dem Umfang der Befugnisse, die den Regulierungsbehörden einzuräumen sind, nicht in Zusammenhang stehen.<sup>17</sup>

Für die Interpretation des Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie ist auf die jeweils ersten Absätze (bzw. deren erste Unterabsätze) der Art. 9-13 Zugangsrichtlinie abzustellen. Diese stecken den Rahmen der regulierungsbehördlichen Befugnisse ab, welche die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben. Löst man den in Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie enthaltenen Verweis auf diese Weise auf, ergibt sich im Wesentlichen folgende an die Mitgliedsstaaten in Bezug auf Resale gerichtete Verpflichtung:

Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind,

- gemäß Artikel 8 Betreiber dazu zu verpflichten, berechtigten Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben, unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden und dabei (wenn diese Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 1 UAbs. 1 erfüllt sind)
- unter anderem die Verpflichtung aufzuerlegen, *bestimmte* – von den Mitgliedsstaaten selbst zu definierende – Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitertrieb durch Dritte anzubieten (Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. d)

Stets wird ausdrücklich eine Verpflichtung „gemäß Artikel 8“ vorgesehen. In den Blick geraten folglich gerade auch die Absätze 2 bis 4 dieser Vorschrift:

Nach Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie „erlegt die nationale Regulierungsbehörde“ einem „Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt“ „im erforderlichen Umfang die in den Artikeln 9 bis 13 der vorliegenden Richtlinie genannten Verpflichtungen auf“. Aus der Wortwahl („erlegt [...] auf“) ergibt sich, dass die Regulierungsbehörden nicht nur befugt sein müssen, die in Art. 9-13 Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen (im erforderlichen Umfang) aufzuerlegen, sondern dass sie hierzu auch verpflichtet sein müssen.<sup>18</sup> Dieser Befund wird

<sup>10</sup> Siehe PONS-Großwörterbuch für Experten und Universität, Deutsch-Englisch, Englisch-Deutsch, 4. Auflage 1999, „to be empowered to do sth“.

<sup>11</sup> Siehe PONS-Großwörterbuch für Experten und Universität, Französisch-Deutsch, Deutsch-Französisch, 1999, „qn est habilité(e) à faire qc“.

<sup>12</sup> In den Fällen der Begriffe „ermächtigt“ und „bevollmächtigt“ ergibt sich dies bereits aus dem Wortlaut selbst, zum etymologischen Zusammenhang des Begriffs „befugt“ mit dem ebenfalls auf Einräumung von Rechtsmacht gerichteten Begriff „berechtigt“ vgl. Kluge, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Auflage 1999, „befugt“.

<sup>13</sup> EuGH, Rs. 19/67, Slg. 1967, 461 (473); Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999 (2010), Rn. 13/14; Rs. 9/79, Slg. 1979, 2717 (2724), Rn. 6 f.; Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415 (3430), Rn. 18; Rs. C-36/98, Slg. 2001, I-779 (826), Rn. 47; Wegener, in: Calliess/Ruffert (Fn. 5), Art. 220 EG Rn. 11; Wicher, in: Calliess/Ruffert (Fn. 5), Art. 290 EG Rn. 12; Lutter, JZ 1992, 593 (599).

<sup>14</sup> Vgl. namentlich Art. 9 Abs. 2 S. 1, Art. 10 Abs. 2, Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 Zugangsrichtlinie, wo die konkretisierende Funktion durch das Wort „insbesondere“, sowie Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Zugangsrichtlinie, wo sie durch die Wendung „unter anderem“ zum Ausdruck gebracht wird.

<sup>15</sup> So Art. 9 Abs. 4, Art. 13 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 Zugangsrichtlinie.

<sup>16</sup> Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 Zugangsrichtlinie.

<sup>17</sup> So Art. 9 Abs. 5 Zugangsrichtlinie.

<sup>18</sup> Hammer, Journal of Network Industries 3 (2002), 39 (67); Klotz, K&R-Beilage 1/2003, 3 (7); Kurth, MMR-Beilage 1/2003, 3 (9); Scherer, K&R 2002, 329 (339); Schütz/Attendor, MMR-Beilage 4/2002, 1 (16)

auch vom Wortlaut des Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie gestützt.<sup>19</sup>

Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie legt fest, dass grundsätzlich die Regulierungsbehörden Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht auf einem bestimmten Markt „die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen nicht auferlegen“.<sup>20</sup>

Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie gibt vor, dass die auferlegten Verpflichtungen „der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und (...) im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) angemessen und gerechtfertigt sein“ müssen.

Damit ergibt sich in Bezug auf Resale folgende komplettierte Umsetzungsverpflichtung:

Die Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht die Verpflichtung aufzuerlegen, *bestimmte* – mitgliedstaatlich zu definierende – Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertrieb durch Dritte anzubieten. Solche Verpflichtungen müssen Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt in erforderlichem Umfang auferlegt werden. Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht dürfen solche Resale-Verpflichtungen nicht auferlegt werden. Die auferlegten Resale-Verpflichtungen müssen der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und im Hinblick auf die Ziele des Art. 8 Rahmenrichtlinie angemessen und gerechtfertigt sein.

Keineswegs müssen die Regulierungsbehörden die Befugnis erhalten, in jeder Situation alle der in Art. 9-13 Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen aufzuerlegen.<sup>21</sup> Vielmehr wird die einzuräumende Befugnis zunächst durch die in Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie vorgesehene Rechtspflicht ergänzt, Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht Verpflichtungen in *erforderlichem* Umfang aufzuerlegen. Zugleich wird durch Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie (grund-

sätzlich) ausgeschlossen, Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht Verpflichtungen aufzuerlegen. Den Regulierungsbehörden ist folglich keine Entscheidungsbefugnis über das „Ob“ regulatorischer Maßnahmen einzuräumen, sondern nur hinsichtlich des „Wie“ der regulatorischen Maßnahmen.

Sodann wird auch der Umfang dieser Befugnisse durch Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie dahin gehend begrenzt, dass die Verpflichtungen problemsprechend, angemessen und gerechtfertigt sein müssen. Die Auferlegung anderer Verpflichtungen wäre mithin genauso richtlinienwidrig wie (grundsätzlich) die Auferlegung von Verpflichtungen gegenüber Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht oder die Nichtauferlegung von Verpflichtungen gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht.

Die Mitgliedsstaaten müssen nach Art. 8 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. d Zugangsrichtlinie sicherstellen, dass die Regulierungsbehörden gesetzlich befugt sind, Resale-Verpflichtungen bezogen auf – mitgliedstaatlich zu definierende – „bestimmte“ Dienste aufzuerlegen, und dabei gewährleisten, dass diese Resale-Verpflichtungen problemsprechend, angemessen und gerechtfertigt sind.<sup>22</sup> Der nationale Gesetzgeber kann danach den Regulierungsbehörden die Auferlegung bestimmter Verpflichtungen in bestimmten Marktsituationen vorgeben.

Damit räumt die Zugangsrichtlinie dem nationalen Gesetzgeber nicht nur einen Umsetzungsspielraum ein, den Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen legislativ zu konditionieren. Im Gegenteil, Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie verlangt von den Mitgliedsstaaten gerade in Bezug auf Resale eine aktive Wahrnehmung des von dieser Richtlinienvorschrift ausdrücklich aufgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielraumes, da die aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen auf „bestimmte“ Dienste begrenzt werden sollen, die aber in der Richtlinie selbst nicht definiert werden. Damit wird dem nationalen Gesetzgeber nicht nur ein Umsetzungsspielraum, sondern darüber hinaus eine aktive Ausgestaltungsaufgabe zugewiesen, den Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen zu definieren und damit zu beschränken. Der mitgliedstaatliche Umsetzungsgesetzgeber ist also von der Zugangsrichtlinie aufgefordert, bezogen auf die in den Mitgliedsstaaten jeweils sehr unterschiedlichen Wettbewerbssituationen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten jeweils konkret differenzierende, problemsprechende und angemessene Resale-Verpflichtungen bereitzustellen. Zum Beispiel muss der Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen in einem Mitgliedstaat, in dem wie in Deutschland der Dien-

(vgl. aber auch – mit Blick auf Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie – a. a. O., S. 15); Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, TKG-Novellierung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität, 2002, S. 5. Mit Blick auf Art. 16 Abs. 4 Rahmenrichtlinie ebenso *Cave/Prosperetti*, *Oxford Review of Economic Policy* 17 (3) (2001), 416 (428), sowie in dankenswerter Klarheit auch die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG C 165 vom 11.07.2002, S. 6 (nachfolgend „Leitlinien“ genannt), Ziff. 21 und 114, zu Unrecht für „im Ergebnis unzutreffend“ erklärt von *Immenga/Kirchner*, *TKMR* 2002, 340 (355).

<sup>19</sup> *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, S. 157 Fn. 583; *dies.*, *K&R* 2003, 8 (14). Siehe auch Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Leitlinien (Fn. 15), Ziff. 21; *Scherer*, *K&R* 2002, 273 (286).

<sup>20</sup> Dies übersieht *Franzius*, *EuR* 2002, 660 (673), möglicherweise, wenn er konstatiert, dass die Regulierung der Netzzugangs- und Netzzusammenschaltungsentgelte nicht mehr an das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht geknüpft werde.

<sup>21</sup> In der Tendenz anders insbesondere auch noch *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (Fn. 16), S. 167 f., dort aber ausdrücklich nur auf Grundlage einer ersten Einschätzung und im Ergebnis offen gelassen: „Ob diese Auslegung von Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie letzten Endes zwingend ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden.“ (a. a. O., S. 168). Siehe des Weiteren den expliziten Hinweis auf den bloß kursorischen Charakter der Untersuchung, a. a. O., S. 173.

<sup>22</sup> In diese Richtung implizit wohl auch Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, TKG-Novellierung im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität, 2002, S. 5, wenn dort z. B. empfohlen wird, die Transparenzverpflichtung und das Diskriminierungsverbot nicht ins Ermessen der Regulierungsbehörde zu stellen. Im Ergebnis ähnlich wohl auch die Auffassungen, denen zufolge gemeinschaftsrechtlich nur ein geringer materiell-rechtlicher Novellierungsbedarf besteht, vgl. die dahin gehenden Einlassungen von *Scheurle* und *Klotz*, in: *Neumann/Stamm* (Hrsg.), *Wettbewerb in der Telekommunikation – Wie geht es weiter?*, 2002, S. 259 und 261.

stewettbewerb im Festnetz stark durch die Betreiber(vor)auswahl geprägt ist, anders definiert werden als in einem Mitgliedstaat, in dem z.B. wie in Frankreich der Dienstewettbewerb im Festnetzbereich tatsächlich viel weniger durch entsprechende Interdependenzen strukturiert wird. Die Formulierung „Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten“ in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E, die lediglich den unbestimmten, mitgliedstaatlich gerade nach Maßgabe der jeweils vorherrschenden Marktlagen zu definierenden Dienstumfang des Richtlinienwortlautes übernimmt, wird der von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie den Mitgliedsstaaten zugewiesenen aktiven Gestaltungsaufgabe kaum gerecht. Die Zugangsrichtlinie verlangt hier also mehr als eine bloß „getreue“ Übernahme des Richtlinienwortlautes.

Trotz der von der Zugangsrichtlinie sehr weit definierten mitgliedstaatlich einzuräumenden Auferlegungsbefugnisse, fällt die Entscheidung über das Ob und zumindest das methodische Wie einer gesetzgeberischen Konditionierung von Resale-Verpflichtungen in die mitgliedstaatliche Verfassungszuständigkeit, soweit nur die Richtlinienvorgaben eingehalten werden

Gemeinschaftsrechtlich ausgeschlossen ist nur eine legislative Lösung, welche die aufzuerlegenden Vorabverpflichtungen so detailliert konditional vorgibt, dass damit die praktische Wirksamkeit der in den Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtsfolgenrechtsseite vorgesehenen Auferlegungsflexibilität der Regulierungsbehörden beeinträchtigt wird.

### 3. Richtlinienkonforme Konditionierung von Resale-Verpflichtungen: Dispensermessen, intendiertes Ermessen, Regelbeispiele

Das der Regulierungsbehörde eingeräumte Auswahlermessen ließe sich gemeinschaftsrechtskonform dahingehend gesetzlich vorstrukturieren<sup>23</sup>, indem die nach den Richtlinien einschlägigen wettbewerblichen Problemlagen, die in den Mitgliedsstaaten sehr unterschiedlich sein können, tatbestandlich erfasst und mit einer Auferlegungsoption für – gesetzlich auf „bestimmte“ Dienste (Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. d Zugangsrichtlinie) bezogenen – Resale-Verpflichtungen verknüpft würden, ohne dass es sich insoweit um zwingende (konditionale) Wenn-Dann-Verbindungen handeln dürfte. Rechtstechnisch ist dies

<sup>23</sup> So auch Bundesregierung, Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, 2002 (nachfolgend „Stellungnahme 2002“ genannt), S. 9; Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Eckpunkte Telekommunikation des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie für eine Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 2000/2001 und zum Sondergutachten der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand“, 2002 (nachfolgend „Eckpunkte 2002“ genannt), S. 7; Knauth, K&R-Beilage 1/2003, 24 (26); Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann, K&R 2003, 8 (14); Schreiter/Kind, MMR 2002, 788 (789); Schütz/Attendorf, MMR-Beilage 4/2002, 1 (34). Ausführlich zur Möglichkeit der gesetzlichen Vorstrukturierung des Ermessens Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann (Fn. 16), S. 168 ff.

durch die Einräumung von Dispensermessen oder eines so genannten intendierten Ermessens zu bewerkstelligen. Dabei versteht man unter Dispensermessen die der Behörde gesetzlich eingeräumte Möglichkeit, von einer für den Regelfall vorgesehenen Rechtsfolge bei Vorliegen atypischer Umstände abzusehen.<sup>24</sup> Bei der Rechtsfigur des intendierten Ermessens gibt das Gesetz die präferierte Richtung der Ermessensausübung vor.<sup>25</sup> Beiden Rechtsfiguren<sup>26</sup> ist gemein, dass der Behörde zwar Ermessen eingeräumt wird, das Gesetz jedoch einer bestimmten Ermessensentscheidung grundsätzlich den Vorrang vor etwaigen anderen Entscheidungsmöglichkeiten gibt.<sup>27</sup> Räumte man zur Umsetzung der Richtlinienvorgaben der Regulierungsbehörde also ein Dispens- oder ein intendiertes Ermessen in vorbeschriebenem Sinne ein, würde die Regulierungsbehörde demnach grundsätzlich die gesetzliche Vorstrukturierung nachvollziehen, wäre aber rechtlich nicht daran gehindert, eine abweichende Entscheidung zu treffen<sup>28</sup> – beispielsweise wenn sich dies aufgrund neuer Marktentwicklungen oder mit Blick auf die Harmonisierung im Konsolidierungsverfahren nach Art. 7 Rahmenrichtlinie als geboten erweisen würde. Eine besondere Form der Ermessensvorstrukturierung ist die Verwendung so genannter Regelbeispiele. Darunter versteht man tatbestandlich umschriebene Konstellationen, bei deren Vorliegen üblicherweise die gesetzlich vorgesehene Rechtsfolge eintreten soll.<sup>29</sup> Man spricht insoweit von der Indizwirkung des Regelbeispiels.<sup>30</sup> Diese Wirkung ist im Einzelfall jedoch widerlegbar, so dass die Rechtsfolge bei Vorliegen eines Regelbeispiels nicht zwingend eintreten muss.<sup>31</sup> Zugleich sind Regelbeispiele aber auch nur Beispiele. Sie sind folglich nicht abschließend formuliert, d. h. die Rechtsfolge kann auch dann eintreten, wenn keines der genannten Regelbeispiele gegeben ist, die Gesamtumstände aber den in den Regelbeispielen vertypen Konstellationen entsprechen.<sup>32</sup> Diese vor allem im Strafrecht verbreit-

<sup>24</sup> Bullinger, JZ 1984, 1001 (1007 f.); Ossenbühl in: Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 10 Rn. 10; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Auflage 1999, § 31 Rn. 34. Vgl. auch die nicht unter dem Stichwort „Dispensermessen“, sondern mit Blick auf Sollvorschriften getroffenen Ausführungen bei Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2002, S. 140; Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage 1997, Rn. 68. Bisweilen wird der Begriff des Dispensermessens auch auf einen gesetzlich vorgesehenen Dispens bezogen, dessen Erteilung in das Ermessen der Behörde gestellt wird, vgl. etwa Kaffenberger, Das intendierte Verwaltungsermessen, 2002, S. 120.

<sup>25</sup> BVerwGE 72, 1 (6); 91, 82 (90); 105, 55 (57); Battis (Fn. 21), S. 140; Deiterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, Rn. 322 f.; Kaffenberger (Fn. 21), S. 3; Ossenbühl (Fn. 21), § 10 Rn. 13; Selmer, JuS 1998, 764; Volkmann, DÖV 1996, 282 (283 ff.); Wolff/Bachof/Stober (Fn. 21), § 31 Rn. 34a.

<sup>26</sup> Vgl. zum Verhältnis dieser beiden Rechtsfiguren Ossenbühl (Fn. 21), § 10 Rn. 13; Wolff/Bachof/Stober (Fn. 21), § 31 Rn. 34a. Siehe auch Battis (Fn. 21), S. 140.

<sup>27</sup> Siehe allgemein auch BVerwGE 72, 1 (6); Weyreuther, DÖV 1997, 521 (527).

<sup>28</sup> Vgl. auch Deiterbeck (Fn. 22), Rn. 323.

<sup>29</sup> Siehe etwa Graul, JuS 1999, 852 (853); Horn, Die besonders schweren Fälle und Regelbeispiele im Strafrecht, Dissertation, 2001, S. 3.

<sup>30</sup> Braunsteffner, NJW 1976, 736; Graul, JuS 1999, 852; Horn (Fn. 26), S. 3.

<sup>31</sup> Braunsteffner, NJW 1976, 736; Calliess, NJW 1998, 929 (935); Graul, JuS 1999, 852 (853); Horn (Fn. 26), S. 3.

<sup>32</sup> Braunsteffner, NJW 1976, 736; Calliess, NJW 1998, 929 (935); Graul, JuS 1999, 852 (853); Horn (Fn. 26), S. 3 f.

tete<sup>33</sup> und diskutierte<sup>34</sup> Regelbeispieltechnik kann auch im vorliegenden Kontext fruchtbar gemacht werden. Zu denken ist mithin an eine Vorschrift, mit welcher die Regulierungsbehörde zur Auferlegung „bestimmter“ Resale-Verpflichtungen ermächtigt wird, und die dabei auf Regelbeispiele zurückgreift. Aus öffentlich-rechtlicher Sicht stellt sich eine derartige Norm als eine Koppelungsvorschrift<sup>35</sup> dar. Ein offener, d. h. auf einem unbestimmten Rechtsbegriff basierender Tatbestand (die Behörde kann auch in anderen als den in den Regelbeispielen vertypen Fällen die vorgesehene Maßnahme ergreifen) wird mit Dispensermessen (ist ein Regelbeispiel erfüllt, ist das Ermessen im Normalfall in Richtung der vorgesehenen Rechtsfolge auszuüben) auf der Rechtsfolgenseite verknüpft. Regelbeispiele räumen damit der Regulierungsbehörde noch mehr Entscheidungsfreiheit ein als eine Norm, die ein intendiertes oder ein Dispensermessen vorsieht. Die Regelbeispieltechnik lässt sich hervorragend an der Resale-Vorschrift des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E illustrieren.

Um der regulatorischen Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor-)auswahl und von Resale-Verpflichtungen sowie der Investitionsanreiz-Philosophie gerecht zu werden, könnte § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um folgende Regelbeispiele ergänzt werden:

„In der Regel soll die Zugangsverpflichtung nach Nr. 3 nicht auferlegt werden, solange

- die Verpflichtungen zur Betreiberauswahl bzw. Betreibervorauswahl (§ 38) auferlegt sind;
- sich der Nachfrager auf so genanntes reines Anschluss-Resale beschränkt, also keine Verbindungsleistungen oder Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen angeboten werden.“

## II. Die verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse hinsichtlich der Auferlegung von Resale-Verpflichtungen

*Verfassungsrechtliche Vorgaben an die Einräumung von Auferlegungsbefugnissen der Regulierungsbehörde*

Die verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse markiert die Pflicht des deutschen Umsetzungsgesetzgebers, bei der Zuweisung von Beurteilungs- und Ermessensspielräumen an die Regulierungsbehörde verfassungsrechtliche Prinzipien und Regeln im Hinblick auf die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen im

Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsgasse aktiv auszugestalten. Hierdurch wird der verfassungsrechtlich gebotene Umfang sowie die Art und Weise der legislativen Konditionierung des Resale bestimmt.

Die verfassungsrechtliche Umsetzungsgasse wird zwar durch den Anwendungsvorrang des zuvor markierten gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielraumes eingerahmt. Die Auslegung von Art. 12 Abs. 1 Buchst. d im Lichte von Art. 8 Zugangsrichtlinie hat bereits im Abschnitt I. ergeben, dass den Mitgliedsstaaten gerade in Bezug auf Resale eine aktive Wahrnehmung des gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielraumes aufgegeben ist, nämlich bezogen auf die in den Mitgliedsstaaten jeweils sehr unterschiedlichen Wettbewerbssituationen auf den Vorleistungs- und Endkundenmärkten jeweils konkret differenzierende, problemsprechende und angemessene Resale-Verpflichtungen bereitzustellen. Da dieses gemeinschaftsrechtliche Auslegungsergebnis dem verfassungsrechtlichen Gebot einer verhältnismäßigen (geeigneten, erforderlichen und angemessenen) Regulierung entspricht, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf den Vorbehalt des Gesetzes, den Parlamentsvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot<sup>36</sup> mit Blick auf eine verfassungsrechtlich gebotene legislative Konditionierung des Resale.

### 1. Vorbehalt des Gesetzes

Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG ist die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden. Dies setzt voraus, dass die Verwaltung nur auf der Grundlage eines Gesetzes tätig werden darf,<sup>37</sup> da sie anderenfalls jenseits der Bindung an eine gesetzliche Ermächtigung handeln könnte.<sup>38</sup> Man spricht insoweit vom Vorbehalt des Gesetzes.<sup>39</sup> Die Reichweite dieses Vorbehalts ist in Art. 20 Abs. 3 GG jedoch nicht geregelt.<sup>40</sup> Es bedarf daher insoweit der Heranziehung anderer verfassungs-

<sup>36</sup> Die Ausführungen in diesem Abschnitt basieren auf der Grundsatzuntersuchung von *Koenig/Loetz/Neumann* (Fn. 4), S. 17 ff.

<sup>37</sup> BVerfGE 40, 237 (248 f.); 48, 210 (221); 49, 89 (126); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Band II: Artikel 20-82, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 95; *Degenhart*, Staatsrecht I, 17. Auflage 2001, Rn. 319; *Katz*, Staatsrecht, 15. Auflage 2002, Rn. 192; *Maurer*, Staatsrecht I, 2. Auflage 2001, S. 219. Die normative Herleitung ist allerdings umstritten, vgl. *Schnapp*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 20 bis Art. 69), 5. Auflage 2001, Art. 20 Rn. 53. Zu abweichenden Auffassungen vgl. etwa *Maurer*, a. a. O., S. 220, der den Vorbehalt des Gesetzes in allgemeinerer Form aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip ableitet. Auch *Schulze-Fielitz*, a. a. O., verortet den Vorbehalt des Gesetzes ergänzend im Demokratieprinzip.

<sup>38</sup> *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 319.

<sup>39</sup> BVerfGE 8, 155 (166); 48, 210 (221); *Schnapp* (Fn. 34), Art. 20 Rn. 46; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 319; *Katz* (Fn. 34), Rn. 192. Die Frage, inwieweit synonym zu diesem Begriff vom „Gesetzesvorbehalt“ gesprochen werden kann, ist umstritten, vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, 2. Auflage 1996, § 62 Rn. 12. Generell ist die Terminologie uneinheitlich und nicht zwingend, vgl. auch *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 340 (zu den Begriffen „Parlamentsvorbehalt“ und „Gesetzesvorbehalt“). Zum Vorbehalt des Gesetzes als einem allgemeinen Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts siehe EuGH, *Verbundene Rs. 46/87 und 227/88*, Slg. 1989, 2859 (2924), Rn. 19; *Wegener*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 5), Art. 220 EG Rn. 34.

<sup>40</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 95; *Sommerrmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 2: Art. 20-78 Art. 20 Rn. 263; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 319; *Maurer* (Fn. 34), S. 220.

<sup>33</sup> Vgl. etwa § 69 Abs. 2, § 113 Abs. 2 S. 2, § 240 Abs. 4 S. 2, § 243 Abs. 1, § 253 Abs. 4 S. 2, § 263 Abs. 3 S. 2, § 267 Abs. 3 S. 2 StGB. Es gibt Regelbeispiele aber auch in anderen Rechtsgebieten, namentlich auch im öffentlichen Recht, vgl. etwa § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG und hierzu *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl. 2001, § 48 Rn. 146. Entgegen *Haus*, NVwZ 2002, 432, handelt es sich bei § 19 Abs. 4 Nr. 1-4 GWB allerdings nicht um *Regelbeispiele*.

<sup>34</sup> Vgl. etwa *Braunsteffer*, NJW 1976, 736; *Calliess*, NJW 1998, 929; *Graul*, JuS 1999, 852; *Horn* (Fn. 26), *passim*. In der strafrechtlichen Literatur werden Regelbeispiele im Bereich der Strafzumessung bisweilen für verfassungswidrig gehalten. Insoweit geht es aber nicht um die Anlegung allgemeiner verfassungsrechtlicher Anforderungen, sondern um das besondere Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, vgl. etwa *Calliess*, NJW 1998, 929 (934); *Horn* (Fn. 26), S. 66.

<sup>35</sup> Zum Begriff *Kaffenberger* (Fn. 21), S. 94 m. w. Nachw.

rechtlicher Vorgaben.<sup>41</sup> Solche Vorgaben ergeben sich insbesondere aus den Grundrechten. Diese vermitteln einen Schutz gegenüber belastenden Maßnahmen, die nicht auf eine gültige Grundlage in einem formellen Gesetz zurückgeführt werden können.<sup>42</sup> Damit gilt der Vorbehalt des Gesetzes als „Minimalvorbehalt“ jedenfalls für den Bereich der Eingriffsverwaltung.<sup>43</sup>

Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie sieht die Auferlegung regulatorischer Verpflichtungen vor. Legt die nationale Regulierungsbehörde den regulierten Unternehmen Resale-Verpflichtungen auf, beschränkt sie deren grundrechtlich gewährleistete Freiheit.

In die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG<sup>44</sup> wird eingegriffen, wenn die Modalitäten einer beruflichen Tätigkeit festgelegt werden.<sup>45</sup> Die in Art. 9-13 Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen beziehen sich in erster Linie auf diese Modalitäten der Berufsausübung und greifen, indem sie diese Modalitäten festlegen, folglich in die Berufsausübungsfreiheit der regulierten Unternehmen ein.

Ergänzend kommen Eingriffe in das Eigentum der regulierten Unternehmen und damit in deren Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht. Dies ergibt sich daraus, dass das Grundrecht auf Eigentum grundsätzlich auch die bisherige Funktion und Nutzung des legal geschaffenen Bestands an Produktionsmitteln schützt.<sup>46</sup> Dabei konkretisieren die Maßnahmen der Regulierungsbehörde die Funktions- und Nutzungsbeschränkungen, die sich bereits aus dem novellierten TKG ergeben und schon für sich Inhalt und Reichweite des Eigentums bestimmen – und damit auch seine Funktion und seine Nutzung (smöglichkeiten). Einer vertiefteren Auseinandersetzung mit Art. 14 GG bedarf es vorliegend jedoch schon aufgrund des regelmäßigen Gleichlaufs der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Eingriffe in Art. 12 Abs. 1 GG und korrespondierende Inhaltsbestimmungen im Sinne von bzw. Eingriffe in Art. 14 Abs. 1 GG<sup>47</sup> nicht.

Die von Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie vorgesehenen Maßnahmen der Regulierungsbehörde stellen jedenfalls aufgrund ihres berufsausübungsregelnden Charakters Eingriffsakte dar, so dass der Vorbehalt des Gesetzes zu beachten ist.

<sup>41</sup> Degenhart (Fn. 34), Rn. 319. Aus diesem Grund wird der Vorbehalt des Gesetzes zum Teil verfassungsrechtlich an anderer Stelle verortet, vgl. etwa Maurer (Fn. 34), S. 219 f., ohne dass dies vorliegend zu anderen Ergebnissen führen würde.

<sup>42</sup> BVerfGE 17, 306 (313 f.); 20, 150 (158); Sommermann (Fn. 37), Art. 20 Rn. 267; Degenhart (Fn. 34), Rn. 319; Maurer (Fn. 34), S. 220; Ossenbühl (Fn. 36), § 62 Rn. 16.

<sup>43</sup> BVerfGE 9, 137 (147); BVerfG, NJW 1981, 242; Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 97; Degenhart (Fn. 34), Rn. 319; Katz (Fn. 34), Rn. 192; Maurer (Fn. 34), S. 221; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 18. Auflage 2002, Rn. 261.

<sup>44</sup> Zur Geltung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG für juristische Personen gemäß Art. 19 Abs. 3 GG vgl. BVerfGE 21, 261 (266); 74, 129 (148 f.); Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Auflage 2000, Art. 12 Rn. 10; Manssen, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1-19, 4. Auflage 1999, Art. 12 Rn. 261 ff.

<sup>45</sup> Jarass (Fn. 41), Art. 12 Rn. 11.

<sup>46</sup> BVerfGE 47, 126 (128); 50, 49 (57); Koenig, MMR-Beilage 1/2002, 11 (26).

<sup>47</sup> Manssen (Fn. 41), Art. 12 Abs. 1 Rn. 283; Koenig, MMR-Beilage 1/2002, 11 (16). Vorsichtiger Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Auflage 2000, Art. 12 Rn. 18 („häufig“).

Die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen unterfällt wegen des damit bewirkten Grundrechtseingriffs stets dem Vorbehalt des Gesetzes. Sie muss folglich auf ein formelles Gesetz zurückzuführen sein.

## 2. Parlamentsvorbehalt

Verfassungsrechtlich können jedoch noch erheblich weitergehende Anforderungen in Richtung eines Verbots der Regelungsübertragung an die Verwaltung ohne entsprechende legislative Konditionierung bestehen. Der Verfassungsgrundsatz des Parlamentsvorbehaltes<sup>48</sup> stellt den Primat des Willens des Gesetzgebers sicher,<sup>49</sup> bezieht sich also auf die starke demokratische Legitimation des Parlaments<sup>50</sup> einerseits und auf die Machtverteilung im durch Gewaltenteilung gekennzeichneten Rechtsstaat andererseits.<sup>51</sup> Aus dem so konstituierten Parlamentsvorbehalt ergibt sich, dass in grundlegenden normativen Bereichen, soweit sie staatlicher Entscheidung zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen vom parlamentarischen Gesetzgeber selbst zu treffen sind.<sup>52</sup> Besondere Bedeutung kommt dem Parlamentsvorbehalt im Bereich der Grundrechtsausübung zu („Grundrechtswesentlichkeit“).<sup>53</sup> Ist der Grundrechtsträger von einer Entscheidung intensiv betroffen, handelt es sich bei dieser daher um eine (grundrechts-)wesentliche Entscheidung, die dem Parlamentsvorbehalt unterfällt.<sup>54</sup>

Im Ergebnis ist allerdings festzuhalten, dass es keine eindeutigen Abgrenzungskriterien gibt.<sup>55</sup> Insbesondere ist es damit praktisch unmöglich, die verfassungsgerichtliche Einschätzung zu prognostizieren.<sup>56</sup> Für die vorliegend zu beantwortende Rechtsfrage empfiehlt

<sup>48</sup> BVerfGE 49, 89 (126); Degenhart (Fn. 34), Rn. 335; Katz (Fn. 34), Rn. 195; Ossenbühl (Fn. 36), § 62 Rn. 32. Die Terminologie ist auch hier uneinheitlich. Verbreitet wird der Parlamentsvorbehalt sprachlich nicht vom Vorbehalt des Gesetzes unterschieden, vgl. etwa BVerfGE 49, 89 (126).

<sup>49</sup> Baader, JZ 1992, 394 (397).

<sup>50</sup> Zu diesem „Legitimationsvorsprung“ siehe Dreier (Fn. 34), Art. 20 (Demokratie) Rn. 109; Kube, NVwZ 2003, 57 (59); Lübbe-Wolff, ZG 1991, 219 (238). Kritisch Gassner, ZG 1996, 37 (48).

<sup>51</sup> Lübbe-Wolff, ZG 1991, 219 (238). Zur ergänzenden Verankerung des Parlamentsvorbehalts in den Grundrechten Lübbe-Wolff, ZG 1991, 219 (238 f.).

<sup>52</sup> BVerfGE 33, 303 (346); 40, 237 (249 f.); 49, 89 (126); 61, 260 (275); 77, 170 (230 f.); 80, 124 (132); 83, 130 (142); 84, 212 (226); 88, 103 (116); BVerfGE 47, 194 (197); 65, 323 (325); 68, 69 (72); Brockmeyer, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. 1999, Art. 20 Rn. 26; Dreier (Fn. 34), Art. 20 (Demokratie) Rn. 110; Schnapp (Fn. 34), Art. 20 Rn. 56; Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103; Degenhart (Fn. 34), Rn. 335; Katz (Fn. 34), Rn. 189, 193 und 195.

<sup>53</sup> BVerfGE 34, 165 (192 f.); 49, 89 (126); 88, 103 (116); Brockmeyer (Fn. 49), Art. 20 Rn. 26; Schnapp (Fn. 34), Art. 20 Rn. 56; Degenhart (Fn. 34), Rn. 335 f.; Katz (Fn. 34), Rn. 195; Pieroth/Schlink (Fn. 40), Rn. 265 ff.

<sup>54</sup> Degenhart (Fn. 34), Rn. 336. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass die Kriterien der Grundrechtsrelevanz und der intensiven Betroffenheit nicht per se fassbarer sind als der Begriff der Wesentlichkeit, vgl. Baader, JZ 1992, 394 (395).

<sup>55</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 109; Ossenbühl (Fn. 36), § 62 Rn. 44. Vorsichtiger Sommermann (Fn. 37), Art. 20 Rn. 265 („nicht immer leicht zu treffen“).

<sup>56</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 109. Vgl. auch Gassner, DÖV 1996, 18 (23), der auf einen „nicht unerhebliche(n) Verlust an Rechtssicherheit“ als Folge der Wesentlichkeitsdoktrin hinweist. Ähnlich auch Ossenbühl (Fn. 36), § 62 Rn. 44 f.

sich daher ein pragmatischer Ansatz. Auch wenn der Parlamentsvorbehalt nicht auf den Bereich der Eingriffsverwaltung beschränkt ist, sondern generell gilt,<sup>57</sup> ergibt sich die Notwendigkeit einer parlamentsgesetzlichen Rechtsgrundlage hier schon aus dem Vorbehalt des Gesetzes.<sup>58</sup> Offen bliebe daher nur, welchen Anforderungen diese Rechtsgrundlage mit Blick auf den Parlamentsvorbehalt genügen müsste.<sup>59</sup> Damit ist aber ein anderes rechtsstaatliches Prinzip angesprochen – das Bestimmtheitsgebot. Da Unbestimmtheit in der Gesetzgebung zu einer Verlagerung von Entscheidungsmacht auf die Verwaltung führt,<sup>60</sup> dienen Bestimmtheitsanforderungen der Steuerung der Aufgabenverteilung zwischen Legislative und Exekutive<sup>61</sup> und sind insoweit mit dem Parlamentsvorbehalt untrennbar verbunden.<sup>62</sup> Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und ihr folgend auch diejenige des Bundesverwaltungsgerichts gehen davon aus, dass der Parlamentsvorbehalt an die inhaltliche Konkretisierung der vom Gesetzgeber zu treffenden wesentlichen Entscheidungen keine strengeren Anforderungen stellt als das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot.<sup>63</sup> Um die vagen Kriterien, welche die Lehre vom Parlamentsvorbehalt zur Bestimmung der Wesentlichkeit einer Entscheidung zur Verfügung stellt, zu ergänzen und zu konkretisieren, bietet es sich daher an, die Perspektive um die Anforderungen zu erweitern, die sich insoweit aus dem Bestimmtheitsgebot ergeben.<sup>64</sup>

Aufgrund ihres Eingriffscharakters erfordert die Auferlegung von Resale-Verpflichtungen eine parlamentsgesetzliche Grundlage. Im Geltungsbereich des Parlamentsvorbehalts kommt es damit nur mehr auf die Anforderungen an die inhaltliche Konkretisierung der vom Gesetzgeber zu treffenden wesentlichen Entscheidungen an. Diese Anforderungen entsprechen denjenigen aus dem Bestimmtheitsgebot.

### 3. Bestimmtheitsgebot

Das Bestimmtheitsgebot ergibt sich aus verschiedenen Unterprinzipien des Rechtsstaatsprinzips.<sup>65</sup> Zu nennen

<sup>57</sup> BVerfGE 40, 237 (249); *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 270 ff.; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 334 ff.

<sup>58</sup> Zu diesem Zusammenhang siehe auch *Gassner*, DÖV 1996, 18 (22).

<sup>59</sup> Der Parlamentsvorbehalt gilt nicht nur für die Frage, ob ein Gegenstand gesetzlich geregelt werden muss, sondern auch für die Frage, wie weit diese Regelungen im Einzelnen zu gehen haben, vgl. *Brockmeyer* (Fn. 49), Art. 20 Rn. 34; *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 268; *Gassner*, DÖV 1996, 18 (23).

<sup>60</sup> *Ossenbühl* (Fn. 36), § 62 Rn. 23.

<sup>61</sup> BVerfGE 49, 89 (138); 87, 234 (263 f.); *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 119; *Gassner*, DÖV 1996, 18 (21); *Lehner*, NJW 1991, 890 (892); *Rengeling*, NJW 1978, 2217 (2221).

<sup>62</sup> *Gassner*, DÖV 1996, 18 (21); *Ossenbühl* (Fn. 36), § 62 Rn. 23.

<sup>63</sup> BVerfGE 79, 174 (195 f.); BVerwGE 80, 270 (275). Ähnlich auch *Lübbe-Wolff*, ZG 1991, 219 (241) (soweit für eine bestimmte Regelungsmaterie eine inhaltliche gesetzliche Regelung existiere, folge aus der Wesentlichkeitslehre darüber hinaus nichts weiter, als dass die fragliche gesetzliche Regelung auch hinreichend bestimmt sein muss). Zu abweichenden Auffassungen aus dem Schrifttum vgl. überblicksartig *Gassner*, DÖV 1996, 18 (20 f.).

<sup>64</sup> Vgl. auch *Gassner*, DÖV 1996, 18 (23), der das Bestimmtheitsgebot „gegenüber dem Parlamentsvorbehalt als das präziser arbeitende Werkzeug“ bezeichnet. Dies schließt freilich nicht aus, dass auch die Kriterien bei der praktischen Anwendung des Bestimmtheitsgebots noch deutlicher herausgearbeitet werden könnten.

<sup>65</sup> BVerfGE 26, 338 (367); 79, 106 (120); 86, 90 (106); 89, 69 (84); *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179 ff.). Generell skeptisch hinsichtlich der Zuordnung des Bestimmtheitsgebots zu einem Verfassungsgrund-

ist hierbei vor allem das Unterprinzip der Rechtssicherheit.<sup>66</sup> Es gehört zum Wesensmerkmal des Rechtsstaats, dass die staatliche Gewalt im Rahmen der Rechtsordnung ausgeübt wird und der Grundrechtsträger sich in einer rechtlich gegenüber dem Staat gesicherten Sphäre entfalten kann.<sup>67</sup> Damit sich der Grundrechtsadressat in seinem Verhalten auf diese Entfaltungsmöglichkeit einrichten kann, ist eine hinreichend sichere Abgrenzung seiner Rechtssphäre erforderlich.<sup>68</sup> Staatliches Verhalten muss daher messbar und – in gewissem Umfang<sup>69</sup> – für den Einzelnen voraussehbar sein, so dass dieser sich darauf einstellen kann.<sup>70</sup> Gerade auch aus diesem Aspekt der Rechtssicherheit ergibt sich daher das Gebot der Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen.<sup>71</sup> Bestimmtheit in diesem Sinne bedeutet, dass die Rechtslage erkennbar ist.<sup>72</sup> Sie fordert also die hinreichend klare Fassung des Wortlauts der Norm(en).<sup>73</sup>

Das Bestimmtheitsgebot stellt dabei allerdings nur Mindestanforderungen im Sinne einer Optimierung verschiedener (divergierender) rechtsstaatlicher Interessen<sup>74</sup> auf.<sup>75</sup> Es steht weder der Auslegungsbedürftigkeit von Gesetzen entgegen<sup>76</sup> noch der Verwendung von Generalklauseln, die erst durch die Rechtsprechung zu konkretisieren sind<sup>77</sup>. Auch die Verwendung unbestimmter<sup>78</sup> Rechtsbegriffe<sup>79</sup> und die Einräumung

satz *Gassner*, ZG 1996, 37 (54 ff.). Zum Gebot der Klarheit und Bestimmtheit als einer gemeinschaftsrechtlichen Anforderung an die Umsetzung von Richtlinien vgl. EuGH, Rs. C-417/99, Slg. 2001, I-6015 (6038 f.), Rn. 38 ff.; *Koenig/Haratsch* (Fn. 5), Rn. 258.

<sup>66</sup> BVerfGE 80, 103 (108); *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 347; *Katz* (Fn. 34), Rn. 199; *Maurer* (Fn. 34), S. 232; *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (179).

<sup>67</sup> *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 278; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 347.

<sup>68</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 116; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 347; *Katz* (Fn. 34), Rn. 198.

<sup>69</sup> *Brockmeyer* (Fn. 49), Art. 20 Rn. 34.

<sup>70</sup> BVerfGE 83, 130 (145); 84, 133 (149); 87, 234 (263); BVerwGE 77, 214 (219); 92, 196 (207); *Brockmeyer* (Fn. 49), Art. 20 Rn. 34; *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 117; *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 278; *Katz* (Fn. 34), Rn. 199; *Maurer* (Fn. 34), S. 232; *Pie-roth/Schlink* (Fn. 40), Rn. 312.

<sup>71</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 116; *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 347; *Katz* (Fn. 34), Rn. 199; *Maurer* (Fn. 34), S. 232; *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (184).

<sup>72</sup> *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 349.

<sup>73</sup> BVerfGE 17, 306 (314); *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 347.

<sup>74</sup> *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 118.

<sup>75</sup> *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 349.

<sup>76</sup> BVerfGE 4, 352 (357 f.); 11, 234 (237); 41, 314 (319 f.); 78, 205 (212); 81, 70 (88); 84, 133 (149); 89, 69 (84 f.); 92, 262 (272 f.); 93, 213 (238); *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 349; *Schnapp* (Fn. 34), Art. 20 Rn. 29.

<sup>77</sup> BVerfGE 8, 274 (326); 13, 153 (161); 56, 1 (12); 90, 1 (16); 94, 372 (394); BVerwG, NJW 1987, 1435; *Brockmeyer* (Fn. 49), Art. 20 Rn. 34; *Schnapp* (Fn. 34), Art. 20 Rn. 29; *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 349; *Katz* (Fn. 34), Rn. 199; *Maurer* (Fn. 34), S. 232.

<sup>78</sup> Die – allgemein gebräuchliche – Terminologie ist insoweit etwas unglücklich, als sie den Anschein erweckt, als könnten unbestimmte Begriffe hinreichend bestimmt sein, vgl. hierzu *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (184 Fn. 27).

<sup>79</sup> BVerfGE 3, 225 (243); 8, 274 (326); 21, 73 (79); 31, 255 (264); 37, 132 (142); 78, 214 (226); 80, 103 (108); 87, 234 (263); BVerwGE 80, 270 (275); 92, 196 (206 f.); *Brockmeyer* (Fn. 49), Art. 20 Rn. 34; *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 121; *Sommerrmann* (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; *Degenhart* (Fn. 34), Rn. 349; *Katz* (Fn. 34), Rn. 199; *Maurer* (Fn. 34), S. 232; *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (184).

von Ermessen an die Verwaltung<sup>80</sup> sind mit dem Bestimmtheitsgebot grundsätzlich vereinbar – und das auch im grundrechtsrelevanten Bereich.<sup>81</sup> Die notwendige Bestimmtheit kann sich dabei auch aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelung ergeben.<sup>82</sup>

Zielrichtung und Rahmen der gesetzlichen Regelung müssen allerdings erkennbar sein.<sup>83</sup> Der Gesetzgeber hat die von der Verwaltung im Einzelfall zu treffende Entscheidung nach den zu verfolgenden Zielen allgemein vorzubestimmen.<sup>84</sup> Im Falle der Einräumung von Beurteilungs- oder Ermessensspielräumen müssen die äußeren Grenzen dieser Spielräume abgesteckt werden, damit die Einhaltung dieser Grenzen richterlicher Überprüfung zugeführt werden kann.<sup>85</sup> Zweifel an der Einhaltung des Bestimmtheitsgebots können sich mithin insbesondere bei einer Kombination von unbestimmten Rechtsbegriffen auf Tatbestands- und weitem Ermessen auf der Rechtsfolgenseite ergeben.<sup>86</sup> Dabei hängt der Grad der verfassungsrechtlich geforderten

Bestimmtheit von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts und dem Normzweck ab.<sup>87</sup> Maßgrößen sind insoweit die Möglichkeit einer dem Gesetzeszweck entsprechend sprachlich exakten Fassung<sup>88</sup> und die Art und Intensität der Auswirkungen für den Betroffenen.<sup>89</sup> Daher sind konkret die Regelungsgegenstände ins Auge zu fassen, die von der Umsetzung des neuen EG-Rechtsrahmens in deutsches Recht betroffen sind. Da es sich bei der von Art. 8 Abs. 1

Zugangsrichtlinie vorgesehenen Auferlegung von Vorabverpflichtungen um Maßnahmen im Bereich der Eingriffsverwaltung handelt, muss vom Ausgangspunkt her durchaus besonders auf die Bestimmtheit der Umsetzungsnormen geachtet werden, da staatliche Eingriffe in die Rechte des Einzelnen grundsätzlich präziser normiert sein müssen als beispielsweise staatliche Leistungen.<sup>90</sup> Dennoch sprechen viele Aspekte dafür, dass der Bestimmtheitsgrundsatz dem Gesetzgeber bei der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Bereich der Vorleistungsregulierung grundsätzlich nur sehr weite Grenzen steckt. So geben schon nach Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie die Regulierungsziele der Rahmenrichtlinie die von der Regulierungsbehörde zu verfolgenden Ziele vor. Auch stecken Art. 9-13 Zugangsrichtlinie ausdrücklich die Obergrenze der möglichen Regulierungseingriffe ab.<sup>91</sup> Beides führt im Falle der Umsetzung in deutsches Recht dazu, dass das staatliche Handeln jedenfalls in seinen Grundzügen kalkulierbar wird. Geringere Anforderungen sind grundsätzlich dann an die Bestimmtheit zu stellen, wenn es um die Regelung vielgestaltiger Sachverhalte geht. In diesen Fällen könnte eine zu bestimmte gesetzliche Regelung überdies zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit<sup>92</sup> gehen, die insoweit in einem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zum Bestimmtheitsgebot steht. Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie betrifft eine Vielzahl von – auch künftig erst entstehenden – Märkten. Außerdem erfasst die Regulierungsverpflichtung mit dem Merkmal des Fehlens wirksamen Wettbewerbs eine kaum prognostizierbare Vielzahl von Wettbewerbskonstellationen. Die Umsetzung der Vorgaben der Zugangsrichtlinie erfordert mithin die Regelung vielgestaltiger Sachverhalte. Ein in der verfassungsgerichtlichen Judikatur besonders bedeutsamer Fall vielgestaltiger Sachverhalte knüpft an die Herausbildung neuer Sachverhalte im Zeitverlauf an. So ist ein eher geringes Maß an Bestimmtheit auch in Bereichen zulässig, in denen die geregelte Materie schnellen und unvorhersehbaren Änderungen unterliegt.<sup>93</sup> Damit soll es dem Gesetzgeber ermöglicht werden, auch längerfristig angelegte gesetzliche Regelungen zu schaffen, die nicht aufgrund des schnellen Wandels der tatsächlichen Verhältnisse einem stetigen Novellierungserfordernis unterliegen. Der Telekommunikationssektor zeichnet sich aber gerade durch eine im vorstehenden Sinne starke Dynamik und erhebliche technische Innovation aus,<sup>94</sup> so dass insoweit ge-

<sup>80</sup> BVerfGE 8, 274 (326); 9, 137 (149); BVerwG, NJW 1987, 1435; Sommermann (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; Schnapp (Fn. 34), Art. 20 Rn. 29; Degenhart (Fn. 34), Rn. 349; Katz (Fn. 34), Rn. 199; Maurer (Fn. 34), S. 232.

<sup>81</sup> BVerwGE 80, 270 (275).

<sup>82</sup> BVerwGE 80, 270 (276); Degenhart (Fn. 34), Rn. 350. Angesichts der Tatsache, dass es vorliegend um die Schaffung eines neuen Rechtsrahmens geht und auch nicht der Rückgriff auf bewährte wirtschaftsverwaltungsrechtliche Begriffe wie „Zuverlässigkeit“ in Rede steht, kann das Bestimmtheitsgebot allerdings nicht dadurch gewahrt werden, dass die – ja erst neu zu schaffende – gesetzliche Regelung in der Rechtsprechung eine hinreichende Konkretisierung erfahren hat, vgl. hierzu BVerfGE 49, 89 (134); 76, 1 (74); Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 121; Degenhart (Fn. 34), Rn. 350; Katz (Fn. 34), Rn. 199.

<sup>83</sup> Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 121; Maurer (Fn. 34), S. 232. Vgl. etwa BVerfGE 88, 366 (380 f.).

<sup>84</sup> BVerwGE 80, 270 (276); Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 122.

<sup>85</sup> BVerfGE 21, 73 (78); Schnapp (Fn. 34), Art. 20 Rn. 29. Diese verfassungsrechtliche Anforderung ergibt sich auch aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Erfordernis der Effektivität gerichtlichen Rechtsschutzes, vgl. BVerfGE 8, 274 (325 f.); 13, 153 (161); Schnapp (Fn. 34), Art. 20 Rn. 29.

<sup>86</sup> Degenhart (Fn. 34), Rn. 351. Die polizeirechtlichen Generalklauseln rettet insoweit nur die durch Rechtsanwendung und -praxis erfolgte Konkretisierung, vgl. BVerfGE 54, 143 (144 f.); Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 121.

<sup>87</sup> BVerfGE 49, 168 (181); 59, 104 (114); 84, 133 (149); 87, 234 (263); 89, 69 (84); 93, 213 (238); BVerwGE 80, 270 (275); Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 117; Katz (Fn. 34), Rn. 199; Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (185).

<sup>88</sup> BVerfGE 56, 1 (12 f.); 59, 104 (114); 78, 205 (212); 84, 133 (149); 87, 234 (263); Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 123; Katz (Fn. 34), Rn. 199; Maurer (Fn. 34), S. 232; Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (185).

<sup>89</sup> BVerfGE 48, 210 (221 f.); 56, 1 (13); 59, 104 (114); 83, 130 (145); 86, 288 (311); 93, 213 (238); BVerwGE 80, 270 (275); Brockmeyer (Fn. 49), Art. 20 Rn. 34; Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 123; Sommermann (Fn. 37), Art. 20 Rn. 281; Katz (Fn. 34), Rn. 199; Maurer (Fn. 34), S. 232.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu Maurer (Fn. 34), S. 232. Dabei steigen die Anforderungen an die Bestimmtheit mit der Intensität des durch die Vorschrift oder aufgrund ihr erfolgenden Grundrechtseingriffs, vgl. BVerfGE 83, 130 (145); Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (187). Bedenken gegen die Bestimmtheit von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB daher bei Haus, NVWZ 2002, 432 (435) (der Gesetzgeber habe den verfassungsrechtlichen „Spielraum ausgereizt, wenn nicht überschritten“).

<sup>91</sup> Siehe Erwägungsgrund 14 S. 3 Zugangsrichtlinie. Vgl. auch Koenig/Loetz, in: Koenig/Bartosch/Braun (Hrsg.), EC Competition and Telecommunications Law, 2002, S. 359 (430).

<sup>92</sup> Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des Gebots der Einzelfallgerechtigkeit vgl. Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 49.

<sup>93</sup> BVerfGE 8, 274 (326); 14, 245 (251); 49, 89 (133); 56, 1 (12); BVerwGE 80, 270 (275 f.); Sommermann (Fn. 37), Art. 20 Rn. 279; Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (185).

<sup>94</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Leitlinien (Fn. 15), Ziff. 33. Siehe des Weiteren Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Eckpunkte 2002 (Fn. 20), S. 10; Knauth, K&R-Beilage 1/2003, 24 (26). Zur besonderen Dynamik, welche die Tele-

ringere Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen zu stellen sind.<sup>95</sup> Zurückgenommen sind die Erfordernisse an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen auch bei Entscheidungen, die Prognosen oder Abwägungen zwischen im Einzelfall widerstreitenden Interessen voraussetzen und deshalb abstrakt und allgemein nur nach Zielsetzung und Tendenz vorgegeben werden können.<sup>96</sup> Die Regulierung der Telekommunikationsmärkte setzt aber gerade in vielerlei Hinsicht Prognoseentscheidungen voraus. Außerdem muss sie widerstreitende Interessen der regulierten Unternehmen, der Wettbewerber und der Endnutzer mit gesamtgesellschaftlichen Erfordernissen in Einklang bringen. Im neuen Rechtsrahmen der EG werden diese Zielkonflikte in dem äußerst heterogenen Zielkatalog des Art. 8 Rahmenrichtlinie<sup>97</sup> normativ abgebildet. Für den Bereich der Zugangsregulierung findet sich eine Zuspitzung dieser Abwägungsproblematik, die den Blick auf den Einzelfall erzwingt, in den beiden Absätzen des Art. 12 Zugangsrichtlinie.<sup>98</sup> Auch diese Eigenart der Telekommunikationsregulierung führt mithin dazu, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen grundsätzlich eher gering sind.

Allerdings wird diese grundsätzliche Tendenz, der zufolge sich für die Umsetzung der EG-rechtlichen Vorgaben nur geringe Anforderungen aus dem Bestimmtheitsgebot ergeben,<sup>99</sup> in mehrerlei Hinsicht durchbrochen.

So ist die ganz überwiegende Zahl der Märkte, deren sektorspezifische Regulierung die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt alles andere als neu,<sup>100</sup> die wettbewerblichen Probleme mitnichten unbekannt. Jedenfalls soweit es um die gemeinschaftsrechtlich zulässige Fortschreibung bestehender Regulierung geht, ist der Gesetzgeber durchaus in der Lage, die generellen Vorgaben des Art. 8 Zugangsrichtlinie zu konkretisieren und den Regulierungsrahmen damit für die betroffenen Marktteilnehmer vorhersehbar zu ge-

telekommunikationsmärkte auszeichnet, vgl. auch *Schreiter/Kind*, MMR 2002, 788 (792); *Zwach*, MMR-Beilage 12/2002, 15.

<sup>95</sup> So auch *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 2001, § 1 Rn. 14.

<sup>96</sup> BVerfGE 80, 270 (276).

<sup>97</sup> Vgl. auch *Koenig/Loetz* (Fn. 88), S. 428; *Scherer*, K&R 2002, 273 (278) („der bunte Zielkatalog“). Siehe zu den Schwierigkeiten, die mit breit gefächerten Zielkatalogen einhergehen, auch allgemein *van Dijk*, *Journal of Network Industries* 2 (2001), 93 (98).

<sup>98</sup> Vgl. auch die Kritik an der mangelnden Bestimmtheit dieser Vorschrift bei Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Fn. 15), S. 5 f.

<sup>99</sup> Für diese Tendenz könnte auch noch die aufgabenverteilungssteuernde Funktion des Bestimmtheitsgebots angeführt werden. In ihrem Sinne liegt es grundsätzlich, dass für die Bestimmtheitsanforderungen in einem Sach- und Regelungsbereich das dort herrschende funktionell-rechtliche Verständnis von Gesetzgebung und Verwaltung bedeutsam werden kann, siehe *Schulze-Fielitz* (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 119. Entnimmt man dem neuen EG-Rechtsrahmen, dass Entscheidungsmacht vom Gesetzgeber auf die Regulierungsbehörden, deren Flexibilität erhöht werden soll, verlagert wird, dann spräche dies auch für geringere Bestimmtheitsanforderungen an die gesetzlichen Vorgaben. Allerdings ergibt die gemeinschaftsrechtliche Untersuchung insoweit gerade kein klares Ergebnis.

<sup>100</sup> Damit betritt der Gesetzgeber insoweit auch kein Neuland, was grundsätzlich eine geringere Normbestimmtheit rechtfertigen könnte, vgl. hierzu *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (200).

stalten. Obwohl es grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers steht, einen Kreis von Sachverhalten durch Verwendung unbestimmter Tatbestandsbegriffe zusammenzufassen,<sup>101</sup> ist er insoweit verfassungsrechtlich gehalten, einzelne Teilbereiche abzugrenzen.<sup>102</sup>

Überspitzt formuliert: Mit dem Hinweis auf die Vielgestaltigkeit der zu erfassenden Lebenssachverhalte könnte sich der Gesetzgeber theoretisch auch auf eine kaum konturierte Generalklausel im Sinne einer rein administrativen Lösung zur Regulierung des gesamten Bereichs der freien Wirtschaft zurückziehen. Damit hätte er es in der Hand, durch die Bestimmung des Regelungsgegenstands die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebots nach Belieben zu modifizieren.

Wenn ein Gesetz so viele Sachverhalte betrifft, dass es nicht mehr präzise formuliert werden kann, sind diese vom Gesetzgeber deshalb mit mehreren, bestimmte(re)n Normen zu erfassen.<sup>103</sup> Diese Besonderheit setzt sich aber auch in temporärer Hinsicht fort, da es Telekommunikationsmärkte gibt, in denen keine schnelle Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zu erwarten ist. Angesprochen ist damit insbesondere der nach wie vor weitgehend monopolisierte Anschlussmarkt im Festnetzbereich.<sup>104</sup> Hier wird überwiegend davon ausgegangen, dass Stagnation in der wettbewerblichen Entwicklung herrscht, dass also auch mittelfristig keine nennenswerte Belebung des Wettbewerbs eintreten wird.<sup>105</sup> In diesen Bereichen sieht sich der Gesetzgeber mithin keinem stetigen Novellierungserfordernis ausgesetzt, so dass verfassungsrechtlich ein höheres Maß an Bestimmtheit geboten ist.

Erst wenn sich diese tatsächliche Ausgangssituation ändert, wenn also in absehbarer Zeit mit einer erheblichen Änderung der Wettbewerbssituation auf den betroffenen Märkten zu rechnen ist, ist verfassungsrechtlich auch hier ein geringeres Maß an Bestimmtheit zulässig.<sup>106</sup>

Des Weiteren kann der Gesetzgeber bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte auf einige empirisch abgesicherte regulierungsökonomische Erkenntnisse zurückgreifen.<sup>107</sup> Soweit Folgerungen aus derar-

<sup>101</sup> BVerfGE 21, 73 (79).

<sup>102</sup> In diesem Sinne allgemein auch *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (186 und 200).

<sup>103</sup> *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (186 und 200).

<sup>104</sup> Siehe hierzu Bundesregierung, Stellungnahme 2002 (Fn. 20), S. 4 f.

<sup>105</sup> Monopolkommission, Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz und § 44 Postgesetz – Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, BT-Drs. 14/7901, S. 211 (nachfolgend „Sondergutachten 2001“ genannt), Ziff. 81 ff., 181 und 186; *Doyle*, *Journal of Network Industries* 1 (2000), 33 (54); *Geradin/Humpe*, *Journal of Network Industries* 3 (2002), 99 (109); *Helwig*, in: *Neumann/Stamm* (Fn. 19), S. 171 (179); *Stumpf*, in: *Neumann/Stamm* (Fn. 19), S. 103 (105).

<sup>106</sup> Spiegelbildlich zu dieser Situation kann der Gesetzgeber die Herstellung der hinreichenden Bestimmtheit einer neu geschaffenen Vorschrift in gewissem Umfang der Rechtsprechung überlassen, muss dann aber die Rechtsentwicklung im Auge behalten und gegebenenfalls selbst die Bestimmtheit der Vorschrift herstellen, vgl. *Papier/Möller*, AöR 122 (1997), 177 (190).

<sup>107</sup> Über den tatsächlichen Umfang eines derartigen Bestands solcher im Wesentlichen außer Streit stehenden regulierungsökonomischen Er-

tigen Erkenntnissen einer regelhaften Ausformulierung zugänglich sind, ist auch das Ergebnis der grundsätzlich im Einzelfall erforderlichen Prognose- und Abwägungsentscheidung vorgezeichnet. Wenn ein bestimmtes wettbewerbliches Problem mittels bestimmter regulatorischer Maßnahmen gelöst werden kann, sind diese im Regelfall nach Art. 8 Abs. 4 S. 1 Zugangsrichtlinie problemementsprechend, angemessen und gerechtfertigt. Dann ist der Gesetzgeber aber (gemeinschaftsrechtlich und faktisch) in der Lage, diese Gesetzmäßigkeiten zu normieren. Mangelnde Normierungsfähigkeit lässt sich also insoweit nicht als Begründung eines geringen Grads an Bestimmtheit anführen.

Diese tatsächlichen Aspekte sind von besonderer Bedeutung, da im Bereich der Grundrechtseingriffe jedes Zurückbleiben des Gesetzgebers hinter dem praktisch erreichbaren Grad der Bestimmtheit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.<sup>108</sup>

Der Gesetzgeber darf der Regulierungsbehörde keine beliebigen Entscheidungen erlauben, sondern muss diese rechtsstaatlich disziplinieren.<sup>109</sup> Hierfür sind Gesetzeszwecke oder tatbestandliche Bindungen vorzugeben. Das Maß der verfassungsrechtlich erforderlichen Bestimmtheit gesetzlicher Vorschriften hängt indes von einer Vielzahl von Faktoren ab. Dabei sprechen vorliegend mehrere Faktoren dafür, dass bei der Umsetzung der Vorgaben des Art. 8 Zugangsrichtlinie grundsätzlich nur ein geringes Maß an Bestimmtheit verfassungsrechtlich geboten ist. So sind die von Art. 8 Zugangsrichtlinie erfassten Wettbewerbskonstellationen vielgestaltig und in weiten Teilen des von starker Dynamik und technischer Innovation geprägten Telekommunikationssektors auch noch nicht prognostizierbar. Die Entscheidung über die Auferlegung von sektorspezifischen Zugangsverpflichtungen erfordert Prognosen und Abwägungen zwischen im Einzelfall widerstreitenden Interessen. Damit bestehen grundsätzlich verfassungsrechtlich nur geringe Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Vorschriften in diesem Bereich.

Diese grundsätzlichen Aussagen werden jedoch in einigen praktisch besonders bedeutsamen Fällen widerlegt: Vor allem in den bereits regulierten Märkten sind die Wettbewerbskonstellationen bekannt und zumindest mittelfristig prognostizierbar.

So ist in einigen Telekommunikationsmärkten, insbesondere in dem nach wie vor weitgehend monopolisierten Anschlussmarkt im Festnetzbereich, keine schnelle Änderung der tatsächlichen Verhältnisse zu erwarten. Soweit der Gesetzgeber auf empirisch vorhandene regulierungsökonomische Erkenntnisse zurückgreifen und Folgerungen aus diesen regelhaft in Gesetzesform gießen kann, müssen Einzelfallabwägungen legislativ eingerahmt werden. Jedenfalls für die bereits regulierten Bereiche, insbesondere für den Bereich der Festnetzteilnehmeranschlüsse, sind verfassungsrechtlich strengere

kennnisse kann im Rahmen dieses rechtswissenschaftlichen Gutachtens nicht abschließend geurteilt werden.

<sup>108</sup> Papier/Möller, AöR 122 (1997), 177 (200).

<sup>109</sup> Zum Begriff vgl. Schulze-Fielitz (Fn. 34), Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 122.

Anforderungen an die Bestimmtheit des gesetzlichen Regelungsrahmens zu stellen. Besonders mit Blick auf das so genannte Anschluss-Resale ist zumindest eine legislative Entscheidungsvorstrukturierung verfassungsrechtlich geboten.

Dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber obliegt die Aufgabe, das in der Zugangsrichtlinie verankerte Optimierungsgebot, wonach problemementsprechende, angemessene und gerechtfertigte Regulierungsmaßnahmen auf die konkreten Markt- und Wettbewerbslagen auszurichten sind, im Wege der praktischen Konkordanz mit den Anforderungen des grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebots weitestmöglich auszugleichen. Soweit in den seit Jahren bereits regulierten Festnetzgebieten, insbesondere mit Blick auf die Teilnehmeranschlüsse und die Betreiber(vor)auswahl, gesicherte regulierungsökonomische Gesetzmäßigkeiten auszumachen sind, und damit – im Vergleich zu regulatorisch unerprobten Märkten – verfassungsrechtlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, vermag eine legislative Konditionierung von Resale-Verpflichtungen unter Verwendung der Regelbeispieltechnik die Anforderungen der Zugangsrichtlinie und des grundgesetzlichen Bestimmtheitsgebots am besten miteinander in Einklang zu bringen.

### III. Umgekehrt proportionale Regulierungsinterdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale

Art. 17 Abs. 1 Buchst. b Universaldienstrichtlinie statuiert den Grundsatz des Vorrangs der Vorleistungsregulierung gegenüber der Endkundenmarktregulierung:

Artikel 17

Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Dienste für Endnutzer

(1) Die Mitgliedsstaaten tragen dafür Sorge, dass

(...)

b) wenn die nationale Regulierungsbehörde zu der Schlussfolgerung kommt, dass die Verpflichtungen nach der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) oder nach Artikel 19 der vorliegenden Richtlinie nicht zur Erreichung der in Artikel 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) vorgegebenen Ziele führen würden, die nationale Regulierungsbehörde den Unternehmen, die auf diesem Endnutzermarkt gemäß Artikel 14 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt.

Im Sinne der Universaldienstrichtlinie müssen die kumulativen Effekte der verschiedenen Vorleistungsregulierungsmaßnahmen, einschließlich ihrer regulatorischen Interdependenz, insbesondere zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen, integral berücksichtigt werden, um eine Regulierung auf den Endkundenmärkten zu vermeiden. Nur durch eine aktive Wahrnehmung der vom Richtlinienpaket selbst aufgegebenen gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsspielräume vermag der mitgliedstaatliche Gesetzgeber das Regulierungsinstrument des Resale im Rahmen

der TKG-Novelle auch mit Blick auf die Subsidiarität der Endkundenmarktregulierung zu optimieren.

Bei der Fassung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E muss damit auch die Effektivität in Bezug auf die Erreichung der Ziele der Universaldienstrichtlinie, mithin die Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen im Blick behalten werden.

Die Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen sind gleichsam als zwei Enden kommunizierender Röhren zu begreifen. Das heißt, je strenger und damit belastender bereits die Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl auferlegt worden sind, desto weniger erfordern regelmäßig die Regulierungsziele, insbesondere der Universaldienstrichtlinie, eine entsprechend belastende Auferlegung von Resale-Verpflichtungen. Diese *umgekehrt proportionale Interdependenz beider Regulierungsinstrumente* wirkt sich auch auf den legislativen Bestimmtheitsmaßstab aus, an dem sich eine verhältnismäßige, insbesondere erforderliche, gesetzliche Regelung messen lassen muss. Da im Hinblick auf die Teilnehmeranschlüsse und die Betreiber(vor)auswahl verwertbare regulierungsökonomische Daten und Erfahrungssätze für das Festnetz vorliegen, gelten – im Vergleich zu regulatorisch weniger erprobten Märkten wie etwa dem Mobilfunk – verfassungsrechtlich strengere Anforderungen über den Bestimmtheitsgrundsatz auch beim gesetzlichen Konditionierungsmaßstab der Erforderlichkeit. Das heißt, je bestimmter der Beurteilungstatbestand und das Rechtsfolgenmessen einer Koppelungsvorschrift verfassungsrechtlich zu gestalten sind, um so mehr müssen die am wenigsten belastenden (erforderlichen) Regulierungsoptionen gesetzgeberisch auf der Tatbestandsseite (z.B. in Form von sachlichen Regelbeispielvoraussetzungen) erfasst und auf der Rechtsfolgenseite vorstrukturiert werden. Insbesondere muss der Gesetzgeber die Kumulation von grundrechtsintensiven Regulierungslasten aus den Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen integral in Form einer legislativen Konditionierung von administrativen Beurteilungs- und Ermessensspielräumen berücksichtigen, um zu gewährleisten, dass die auferlegten Verpflichtungen „der Art des aufgetretenen Problems entsprechen und (...) im Hinblick auf die Ziele des Artikels 8 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) angemessen und gerechtfertigt“ sind (Art. 8 Abs. 4 Zugangsrichtlinie).

Die umgekehrt proportionale Interdependenz zwischen der Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und von Resale-Verpflichtungen ist nicht zuletzt auch deshalb im Festnetzbereich durch den Gesetzgeber vorzustrukturieren, damit die politisch motivierte – weder regulatorisch noch gemeinschaftsrechtlich gebotene – Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E<sup>110</sup> zumindest teilweise ausgeglichen wird. Ohne hier die Frage eines Verstoßes gegen den Grundsatz der

Technologieneutralität (Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 Rahmenrichtlinie) beantworten zu können – dies ist ein anderes komplexes Thema<sup>111</sup> – hätte die technologie-spezifische Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E einerseits bei gleichzeitig bestehender Belastungskumulation aus den Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale im Festnetz andererseits gegenwärtig noch kaum abschätzbare Folgen zu Lasten des Wettbewerbs im Festnetzbereich.

Werden Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale insbesondere mit Blick auf den Ortsnetzbereich nicht wettbewerbsneutral eingeführt, so wird der Infrastrukturwettbewerb zugunsten des Dienstewettbewerbs behindert. Dies bedeutet nicht nur im *intramodalen* Verhältnis innerhalb des Festnetzbereichs, dass Netzbetreiber für die Zurverfügungstellung ihrer Netze im Vorleistungsbereich für die Dienstleistungsbereitstellung durch Dritte im Rahmen der Entgeltregulierung angemessen entschädigt werden müssen, wenn negative Auswirkungen auf den Infrastrukturwettbewerb ausgeschlossen werden sollen.<sup>112</sup>

Darüber hinaus gebietet es die Wettbewerbsneutralität im Hinblick auf ein ausgewogenes *intermodales* Verhältnis zwischen Infrastrukturwettbewerb und Dienstewettbewerb, dass nicht regulatorische Anreize zur Kapitalabwanderung aus Festnetzinfrastukturmärkten in Mobilfunkmärkte mit kaum abschätzbaren Folgen zu Lasten von Infrastruktur- und *Dienstinnovationen* im Festnetzbereich gesetzt werden. Solche *intermodalen* Wettbewerbsverzerrungen, die auch die Erreichung der Ziele der Universaldienstrichtlinie gefährden, sind aber durch die Privilegierung des Mobilfunkmarktes nach § 38 Abs. 2 Satz 2 TKG-E zu befürchten, wenn nicht im Festnetzbereich ein regulatorischer Ausgleich erfolgt. Wenn schon die Privilegierung des Mobilfunkmarktes Gesetz werden soll, so ist diese – normhierarchisch gleichwertig – mit Blick auf das Festnetz durch eine angemessene gesetzgeberische Berücksichtigung der umgekehrt proportionalen Interdependenz zwischen Verpflichtungen zur Betreiber(vor)auswahl und zu Resale auszugleichen. Diesem Ausgleich würde etwa eine Ergänzung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E um die zuvor vorgeschlagenen

<sup>110</sup> „Insofern nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht, sollen die Verpflichtungen nach Absatz 1 [Auferlegung von Verpflichtungen zur Betreiberauswahl bzw. Betreibervorauswahl] für den Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden.“

<sup>111</sup> Der Grundsatz der Technologieneutralität steht weder Regulierungsmaßnahmen auf der Basis spezifischer Netz- oder Produkttechnologien noch der Einstufung verschiedener Netze als getrennter Märkte entgegen (Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Kommunikationsbericht 1999, S. 17; Klotz, K&R-Beilage 1/2003, 3 (4 f.)). Es ist daher mit einem technologieneutralen Regulierungsansatz vereinbar, wenn auf bestimmte wettbewerbliche Probleme, die aufgrund der tatsächlichen Besonderheiten eines Netzes bzw. einer Technologie auftreten, Regulierungsinstrumente angewandt werden, die für andere Netze oder Technologien ohne diese Besonderheiten nicht zur Anwendung kommen (Schütz/Attendorf, MMR-Beilage 4/2002, 1 (5)). Ähnlich auch die Schlussfolgerung bei *Naftel*, Journal of Network Industries 3 (2002), 231 (237). Der US-amerikanische Regulierungsansatz war aufgrund dieser Notwendigkeit der Differenzierung anhand der tatsächlichen Verhältnisse jedenfalls bislang nicht technologieneutral, vgl. *Naftel*, Journal of Network Industries 3 (2002), 231 (236 f.).

<sup>112</sup> Die Gewährleistung von Dienstewettbewerb behindert nicht zwangsläufig die Entwicklung des Infrastrukturwettbewerbs. Vielmehr ist für das Verhältnis zwischen Infrastruktur- und Dienstewettbewerb die entsprechende Feinststeuerung insbesondere durch Preiskontrolle für Vorleistungen, also die Entgeltregulierung, entscheidend; so auch die *Monopolkommission*, Wettbewerb bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, 33. Sondergutachten vom 6.12.2001, Ziff. 36 f.

Regelbeispiele gerecht. Damit könnte die Bundesregierung ihren jüngsten Vorschlag zu § 1 TKG-E, den sie in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates formuliert hat, substantiell unterfüttern:

„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch technologie-neutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“

#### IV. Risiken eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG bei einer legislativen Konditionierung des Resale

In den vorangehenden Abschnitten dieses Gutachtens ist dargelegt worden, dass im Rahmen der gemeinschaftsrechtlichen Umsetzungsgasse und der darin aufgezeigten legislativen Konditionierungsmöglichkeiten des deutschen Gesetzgebers kein Verstoß gegen die Zugangsrichtlinie begründet werden kann. Gleichwohl werden im Folgenden die politischen Risiken der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission abgeschätzt.

##### 1. Funktion und Voraussetzungen des Vertragsverletzungsverfahrens

Der *Kommission* wird durch Art. 226 EG die Möglichkeit eingeräumt, *mitgliedsstaatliche Vertragsverstöße* zu rügen und der gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Als Vertragsverletzungen im Sinne von Art. 226 EG gelten auch Verstöße der Mitgliedsstaaten gegen das Sekundärrecht, insbesondere gegen Richtlinienvorgaben. Ohnehin stellt jeder Verstoß gegen eine sekundärrechtliche Richtlinie zugleich eine Verletzung von Art. 249 EG i. V. m. Art. 10 EG, mithin eine primärrechtliche Vertragsverletzung dar.

Die aktive Parteifähigkeit, also die Fähigkeit, klagende Partei eines Rechtsstreits zu sein, besitzt im Aufsichtsklageverfahren die Kommission (Art. 226 Abs. 2 EG). Das Vertragsverletzungsverfahren verlangt vor der Klageerhebung die *Durchführung eines Vorverfahrens*, um die mit dem Vertragsverletzungsverfahren einhergehende „Anprangerung“ des vertragsbrüchigen Mitgliedsstaates nach Möglichkeit zu verhindern (Art. 226 Abs. 1 und 2 EG). Das Vorverfahren soll die einvernehmliche Beseitigung des beanstandeten Verhaltens unter möglicher Schonung der Souveränität der Mitgliedsstaaten und die Vermeidung von gerichtlichen Auseinandersetzungen ermöglichen. Hierzu sieht das Anhörungsverfahren den Austausch der gegenseitigen Standpunkte und die Einräumung von Fristen zur Wiederherstellung eines vertragsgemäßen Zustandes vor. Neben der Souveränitätsschonung der Mitgliedsstaaten kommt dem Vorverfahren die wichtige Funktion der Eingrenzung des gerichtlichen Streitgegenstandes zu: Scheitert eine einvernehmliche Streitbeilegung, so bestimmt der Gegenstand des Vorverfahrens den Streitgegenstand des anschließenden Gerichtsverfahrens. Beide Verfahrensabschnitte sind also über die *Identität des vorgerichtlichen Verfahrensgegenstandes mit dem späteren gerichtlichen Streitgegenstand* verbunden. Spätere Erweiterungen des Verfahrens- bzw. Streitgegenstandes sind unzuläs-

sig<sup>113</sup>; dagegen ist es in jedem Verfahrensstadium möglich, den Verfahrens- bzw. Streitgegenstand einzuschränken.

Das förmliche Vorverfahren im Rahmen der *Aufsichtsklage* nach Art. 226 Abs. 1 EG gliedert sich in drei Abschnitte:

- das Mahnschreiben der Kommission,
- die Gegendarstellung des betroffenen Mitgliedstaates und
- die begründete Stellungnahme der Kommission.

Die Zulässigkeit der Klageerhebung nach Art. 226 EG setzt die Zustellung eines substantiierten, d. h. die ordnungsgemäße Verteidigung des betroffenen Mitgliedstaates ermöglichenden Mahnschreibens und die abschließende Stellungnahme der Kommission voraus. Die Gegendarstellung des Mitgliedstaates ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage.

Der EG-Vertrag sieht für die Kommission nach Abgabe der begründeten Stellungnahme keine *Frist* zur Anrufung des EuGH vor. Das Entschließungsermessen der Kommission, ob sie ein Vertragsverletzungsverfahren einleitet, erstreckt sich damit auch auf den Zeitpunkt der Klageerhebung.<sup>114</sup> Der betroffene Mitgliedstaat kann nicht etwa darauf vertrauen, dass mit einer Klageerhebung nicht mehr zu rechnen sei, wenn der Stellungnahme der Kommission nicht binnen kurzer Zeit die Klageerhebung folgt.<sup>115</sup> Ausnahmsweise kommt eine *Verwirkung* des Klagerechts in Betracht, wenn die Kommission nach Abschluss des Vorverfahrens unangemessen lange und somit rechtsmissbräuchlich mit der Klageerhebung wartet, ohne dass ein sachlicher Grund, insbesondere die Suche nach einer diplomatischen Lösung, die Verzögerung der Klageerhebung rechtfertigt.<sup>116</sup>

Die Zulässigkeit der Vertragsverletzungsklage setzt voraus, dass der betroffene Mitgliedsstaat bis zum Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Abhilfefrist das beanstandete Verhalten nicht vollständig abgestellt hat.<sup>117</sup> Sofern der Vertragsverstoß hingegen vor Ablauf der in der begründeten Stellungnahme gesetzten Frist *vollständig* beseitigt wurde, etwa durch eine wirksame Richtlinienumsetzung im nationalen Recht, ist das Ziel des Verfahrens erreicht. Die Kommission muss dann das Verfahren mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses einstellen. Zweifel können aber auftreten, wenn der beklagte Mitgliedstaat den Vertragsverstoß erst *nach* Fristablauf vollständig beseitigt. In diesen Fällen verlangt der EuGH ein spezifisches Rechtsschutzbedürfnis für die Klageerhebung. Dieses ist gegeben, wenn für das vertragswidrige Verhalten eine Wiederholungsfahr besteht oder wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu klären ist.<sup>118</sup> In seiner Rechtsprechung erkennt der EuGH ein spezifisches Rechtsschutzbedürfnis auch dann an, wenn die Verurteilung des Mitglied-

<sup>113</sup> EuGH, Slg. 1986, S. 599, Rn. 14 – *Kommission/Italien*.

<sup>114</sup> EuGH, Slg. 1968, S. 633, 642 – *Kommission/Italien*.

<sup>115</sup> EuGH, Slg. 1994, S. I-2039, Rn. 4 – *Kommission/Deutschland*.

<sup>116</sup> EuGH, Slg. 1984, S. 1861, Rn. 11 – *Kommission/Belgien*.

<sup>117</sup> EuGH, Slg. 1978, S. 1749, Rn. 7/8 – *Kommission/Italien*.

<sup>118</sup> EuGH, Slg. 1970, S. 565, Rn. 11/13 – *Kommission/Frankreich*; EuGH, Slg. 1986, S. 1759, Rn. 6 f. – *Kommission/Italien*.

staates die Grundlage für seine Haftung etwa gegenüber der Gemeinschaft oder einem Einzelnen begründen kann.<sup>119</sup>

Die Vertragsverletzungsklage ist begründet, wenn der beklagte Mitgliedstaat die ihm vorgeworfene Vertragsverletzung objektiv begangen und innerhalb der gesetzten Frist nicht abgestellt hat.<sup>120</sup> Der Mitgliedstaat kann sich demgegenüber nicht mit dem Einwand mangelnden Verschuldens exkulpieren, da sich Verschuldensfragen im Vertragsverletzungsverfahren grundsätzlich nicht stellen. Vielmehr hat der EuGH den Mitgliedsstaaten alle aus den nationalen Rechtsordnungen abgeleiteten Entschuldigungsgründe, vor allem den Einwand, die Durchführung einer Gemeinschaftsnorm stoße auf verfassungsrechtliche, institutionelle oder politische Hindernisse, in ständiger Rechtsprechung abgeschnitten.<sup>121</sup> Der beklagte Mitgliedstaat kann daher zur Verteidigung nur den ihm zur Last gelegten Sachverhalt bestreiten, sich mit Rechtsansichten, aufgrund derer sein Verhalten keinen Vertragsverstoß begründet, verteidigen.

Ist die Vertragsverletzungsklage zulässig und begründet, so stellt der EuGH fest (*Feststellungsurteil*), dass der beklagte Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem Gemeinschaftsrecht verstoßen hat (Art. 228 EG). Der EuGH ist aus diesem Grund weder befugt, die mit dem Vertragsverletzungsverfahren angegriffene Maßnahme für rechtswidrig zu erklären oder aufzuheben, noch den Mitgliedstaat förmlich zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustands zu verurteilen. Der verurteilte Mitgliedstaat ist aber gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem stattgebenden Urteil ergeben (Art. 228 Abs. 1, Art. 10 EG).

Die Gemeinschaft verfügt allerdings über keine Befugnis, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen einen Mitgliedsstaat einzuleiten, der sich weigert, die sich aus dem Urteil ergebenden Konsequenzen zu ziehen. Die Nichtbefolgung des Urteils stellt allerdings eine erneute Vertragsverletzung dar, die eine zweite Vertragsverletzungsklage nach sich ziehen kann (Art. 228 Abs. 2 Satz 3 EG). In dem aufgrund einer zweiten Aufsichtsklage ergehenden Urteil kann der Gerichtshof gegen den Mitgliedstaat dann die Zahlung eines Pauschalbetrags oder Zwangsgelds verhängen (Art. 228 Abs. 2 Satz 4 EG).<sup>122</sup>

## 2. Risikoeinschätzung im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale

In den Diskussionen zur Umsetzung des Richtlinienpaketes machen interessierte Kreise gerne von der Drohung mit einem Vertragsverletzungsverfahren Gebrauch. Regelmäßig wird lediglich eine rechtspolitische Drohkulisse aufgebaut, die gerade in Deutschland im Gegensatz zu anderen Mitgliedsstaaten auf dem fruchtbaren Boden preußischer Rechtstugend gedeiht. Würde beispielsweise in Frankreich ein Rechtsanwalt

der Regierung bzw. dem Gesetzgeber mit einem Vertragsverletzungsverfahren drohen, hätte er jeden Kredit, in der Folgediskussion ernst genommen zu werden, verspielt. Dagegen müssen Drohungen oder gar Ankündigungen aus Kommissionskreisen, ein Vertragsverletzungsverfahren für den Fall von Umsetzungsdefiziten einzuleiten, durchaus ernst genommen werden, auch wenn diese mittlerweile vor allem in der Generaldirektion Informationsgesellschaft geradezu in Mode gekommen sind.

Allerdings haben die obigen Ausführungen zum Ablauf eines Vertragsverletzungsverfahrens dargelegt, dass es selbst im worst case einer Verfahrenseinleitung im Rahmen des zwingend vorgeschalteten Vorverfahrens genügend Zeit und Raum für die vorliegend wohlbegründete Überzeugungsarbeit gegenüber der Kommission oder für eine diplomatische Erarbeitung einer richtlinienkonformen Kompromisslösung auf untergesetzlicher, regelmäßig regulatorischer Ebene gibt.

Sind die Fronten auch in einem Vorverfahren so verhärtet, dass sich keine Lösung abzeichnet, so ist der Mitgliedstaat gut beraten, der Kommission seine Bereitschaft deutlich zu machen, die wohlbegründete Rechtsauffassung notfalls auch vor dem EuGH zu verteidigen. Die Kommission kann nämlich durchaus im Rahmen ihres Einleitungsermessens von einer Klageerhebung absehen, wenn sie erkennt, dass der Mitgliedstaat seine substantiierte Rechtsauffassung vehement vor dem EuGH vertreten wird. Es gibt Fallkonstellationen, in denen die Kommission gut beraten ist, von einer Klageerhebung abzusehen, um ein für sie nachteiliges Grundsatzurteil zu vermeiden, auf das sich dann alle Mitgliedsstaaten berufen können. Gerade die Umsetzung des Richtlinienpaketes weist meines Erachtens einige solcher Konstellationen auf:

So sind vereinzelte Stimmen aus der Kommission zu vernehmen, die jedes Abweichen von der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte mit einem Vertragsverletzungsverfahren sanktionieren wollen. In der Empfehlung der Kommission sind achtzehn Märkte aufgeführt, für die die Kommission derzeit davon ausgeht, dass auf diesen Märkten eine sektorspezifische Regulierung generell erforderlich ist. Zum Beispiel wird der Markt Nr. 9 in der Empfehlung als eigener relevanter Markt für die Anrufzustellung (Terminierung) in jedes einzelne öffentliche Telefonnetz an festen Standorten mit der Folge definiert, dass jedes einzelne Netz – gleich welcher Größe – einen eigenen Terminierungsmarkt begründet („Ein Netz, ein Markt“). Gibt es aber gute Gründe für die Regulierungsbehörde auf nationaler Ebene von der Empfehlung der Kommission bezüglich der dort vorgegebenen Marktabgrenzung, z.B. hinsichtlich lokaler oder regionaler Netze, abzuweichen, so sollte grundsätzlich auch ein gerichtliches Vertragsverletzungsverfahren nicht gescheut werden, zumal eine Abweichung sogar erforderlich sein kann. Gemäß Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie müssen die Regulierungsbehörden die relevanten Märkte entsprechend den nationalen Gegebenheiten und „unter weitestgehender Berücksichtigung der Empfehlung und der Leitlinien“ festlegen. Dass eine Abweichung von den Empfehlungen möglich ist, ergibt sich ferner aus Art. 15 Abs. 3 Satz 2 Rahmenrichtlinie, wonach in einem solchen Fall das

<sup>119</sup> EuGH, Slg. 1988, S. 1835, Rn. 14 – *Kommission/Griechenland*; EuGH, Slg. 1991, S. I-4069, Rn. 28 – *Kommission/Niederlande*.

<sup>120</sup> EuGH, Slg. 1994, S. I-1896, Rn. 7 – *Kommission/Luxemburg*.

<sup>121</sup> EuGH, Slg. 1970, S. 961, Rn. 8 f. – *Kommission/Italien*; EuGH, Slg. 1988, S. 2271, Rn. 10 – *Kommission/Italien*.

<sup>122</sup> EuGH, Slg. 2000, S. I-5047, Rn. 79 ff. – *Kommission/Griechenland*.

Verfahren der Art. 6 und 7 Rahmenrichtlinie einzuhalten ist. Die Möglichkeit und gegebenenfalls auch Erforderlichkeit einer Abweichung von der Marktdefinition der Empfehlung wird also davon abhängen, ob nationale Gegebenheiten es rechtfertigen, den relevanten Terminierungsmarkt in einer anderen Weise abzugrenzen. Ist eine Abweichung von der statischen Marktdefinition der Kommissionsempfehlung gerechtfertigt, so sollte dies – unbeirrt durch Verfahrensandrohungen – vertreten und notfalls auch gerichtlich durchgefochten werden.

Die Rechtsprechungspraxis des EuGH zeigt gerade in letzter Zeit, dass der Gerichtshof zunehmend gewillt ist, den Kommissionsvortrag eines mitgliedstaatlichen Gemeinschaftsrechtsverstößes auf einen kritischen Prüfstand zu stellen. Wie zuvor dargelegt wurde, besteht allenfalls das Risiko eines Feststellungsurteils, dem immer noch Folge geleistet werden kann, ohne dass substantielle Sanktionen drohen.

Als Fazit lässt sich zusammenfassen, dass ein Mitgliedstaat, dem die Kommission mit einem Vertragsverletzungsverfahren droht und der überzeugende Rechtsargumente vorbringen kann, diese auch vor dem EuGH mit der Aussicht auf Erfolg vertreten sollte. Wird dies im Falle verhärteter Fronten schon vorab durch den Mitgliedstaat freundlich, aber bestimmt kommuniziert, so könnte die Kommission sich gar veranlasst sehen, von einer Klageerhebung abzusehen, um ein für sie nachteiliges Grundsatzurteil zu vermeiden, auf das sich dann alle Mitgliedsstaaten berufen können.

## V. Keine Risiken einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland bei einer legislativen Konditionierung des Resale

Auf der Grundlage – der durch dieses Gutachten widerlegten – Hypothese eines Verstoßes gegen die Zugangsrichtlinie im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale, werden im Folgenden *hilfsgutachterlich* die Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs geprüft.

### 1. Funktion und Voraussetzungen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs

Seit der Entscheidung des Gerichtshofs im Fall „Francovich“<sup>123</sup> ist anerkannt, dass die Mitgliedsstaaten für Schäden haften, die Einzelne dadurch erleiden, dass ein Mitgliedsstaat seiner Pflicht zur Beachtung des Gemeinschaftsrechts nicht nachgekommen ist. Es handelt sich dabei um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts, wonach eine rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Verpflichtung zum Ersatz des verursachten Schadens nach sich zieht. Seine Grundlage hat das vom EuGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte Haftungsinstitut in der sich aus Art. 10 EG ergebenden Verpflichtung der Mitgliedsstaaten, die volle Wirksamkeit der Normen des Gemeinschaftsrechts zu sichern und einen effektiven Schutz

der dem Einzelnen durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte zu gewährleisten.<sup>124</sup>

Der Schadensersatzanspruch findet seine Grundlage unmittelbar im Gemeinschaftsrecht. Ein Mitgliedstaat hat die Folgen eines von ihm verursachten Schadens jedoch „im Rahmen des nationalen Haftungsrechts“ zu beheben.<sup>125</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die Anwendung der vom EuGH aufgestellten Grundsätze mangels einer einschlägigen innerstaatlichen Rechtsgrundlage zu einem gemeinschaftsrechtlichen Schadensersatzanspruch.<sup>126</sup> Die mitgliedstaatliche Staatshaftung ist als ein in das nationale Recht implantiertes gemeinschaftsrechtliches Haftungsinstitut zu charakterisieren.

Ein Schadensersatzanspruch besteht nach der Rechtsprechung des EuGH, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- (1) Ein Organ oder Amtsträger eines Mitgliedstaates verstößt gegen eine primär- oder sekundärrechtliche *Norm des Gemeinschaftsrechts*, welche die *Verleihung von Rechten an Einzelne bezweckt*.
- (2) Der *Verstoß ist hinreichend qualifiziert*.
- (3) Zwischen dem Verstoß und dem eingetretenen Schaden besteht ein unmittelbarer *Kausalzusammenhang*.

#### 1. Risikoeinschätzung im Falle einer legislativen Konditionierung des Resale

##### a) Mitgliedstaatlicher Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht

Eine Nichtumsetzung oder eine fehlerhafte Umsetzung der Zugangsrichtlinie könnte eine staatshaftungsrechtlich relevante Verletzung des Gemeinschaftsrechts begründen, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen.

##### b) Verleihung subjektiver Rechte

Die verletzte Gemeinschaftsrechtsnorm muss die Verleihung subjektiver Rechte bezwecken. Die Verleihung subjektiver Rechte kann auch durch sekundäres Gemeinschaftsrecht, also durch eine Richtlinie, erfolgen. Da Richtlinien nur hinsichtlich des in ihnen bezeichneten Ziels verbindlich sind und regelmäßig einer innerstaatlichen Umsetzung bedürfen, ist hier zu fordern, dass erstens das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel die Verleihung von Rechten an Einzelne beinhaltet und zweitens der Inhalt dieser Rechte auf der Grundlage der Richtlinie bestimmt werden kann.<sup>127</sup> Den nach Art. 8 i.V.m. Art. 12 Zugangsrichtlinie aufzuerlegenden, in der Richtlinie hinreichend bestimmten formulierten Zugangsverpflichtungen stehen subjektive Zugangsrechte der Zugangspetenten gegenüber, auf deren Grundlage

<sup>123</sup> EuGH, Slg. 1991, S. I-5357 – *Francovich*.

<sup>124</sup> Vgl. *Böhm*, JZ 1997, S. 53 ff.; von *Danwitz*, DVBl. 1997, S. 1 ff.; *Detterbeck*, VerwArch 85 (1994), S. 160 ff.; *Ehlers*, JZ 1996, S. 776 ff.; *Gundel*, DVBl. 2001, S. 95 ff.; *Hermes*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 371 ff.; *Jarass*, NJW 1994, S. 881 ff.; *Reich*, EuZW 1996, S. 709 ff.; *Streinz*, EuZW 1996, S. 201 ff.; *Weber*, NVwZ 2001, S. 287 ff.

<sup>125</sup> EuGH, Slg. 1991, S. I-5357, Rn. 42 – *Francovich*; EuGH, Slg. 1997, S. I-2163, Rn. 33 – *Sutton*.

<sup>126</sup> BGHZ 134, 30, 33.

<sup>127</sup> EuGH, Slg. 1991, S. I-5357, Rn. 40 – *Francovich*.

letztenannte ihre Dienste erst anbieten können. Die Mitgliedsstaaten müssen nach Art. 8 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 Buchst. d Zugangsrichtlinie sicherstellen, dass die Regulierungsbehörden gesetzlich befugt sind, Resale-Verpflichtungen aufzuerlegen, und dabei gewährleisten, dass diese Resale-Verpflichtungen problemensprechend, angemessen und gerechtfertigt sind. Wenn vorliegend ein Gemeinschaftsrechtsverstoß durch eine legislative Konditionierung des Resale als Prüfungshypothese (hilfsweise) unterstellt wird, so könnte darin zugleich auch die Verkürzung subjektiver Zugangsrechte von Diensteanbietern gesehen werden. Würde ein Diensteanbieter z.B. sein Geschäftsmodell auf reines Anschluss-Resale bauen, ihm aber ein entsprechendes Zugangsbegehren auf der Grundlage eines Regelbeispiels zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E

– hilfsweise unterstellt: gemeinschaftsrechtswidrig – versagt, läge eine Verkürzung subjektiver Zugangsrechte vor.

c) Keine hinreichende Qualifikation des hilfsweise unterstellten Verstoßes

In Anlehnung an die Voraussetzungen der Haftung der Gemeinschaft im Rahmen der außervertraglichen Haftung (Art. 288 Abs. 2 EG) fordert der EuGH, dass ein *hinreichend qualifizierter* Verstoß gegen eine gemeinschaftsrechtliche Norm vorliegt. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass die mitgliedstaatlichen Organe und Amtsträger bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, insbesondere bei Rechtsetzungsakten, die wirtschaftspolitische Entscheidungen erfordern, oftmals über einen weiten Handlungsspielraum verfügen. Gleich der Gemeinschaft sollen auch die Mitgliedsstaaten nicht jedes Mal durch die Möglichkeit von Schadensersatzklagen behindert werden, wenn das allgemeine Interesse den Erlass von Maßnahmen gebietet, welche die Interessen Einzelner beeinträchtigen können.<sup>128</sup>

Ein Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht ist hinreichend qualifiziert, wenn ein Mitgliedsstaat die Grenzen, die seinem Ermessen beim Vollzug oder bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts gesetzt sind, *offenkundig und erheblich* überschreitet.<sup>129</sup> Dies ist zu bejahen, wenn die verletzte Norm in ihrer Rechtsfolge das gebotene Verhalten so eindeutig aufgibt, dass kein vernünftiger Zweifel über das erlaubte und unerlaubte mitgliedstaatliche Verhaltensspektrum mehr besteht. Zu den entscheidenden Gesichtspunkten gehören das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift und der Umfang des Ermessensspielraums, den die verletzte Norm den nationalen Organen belässt. Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, ob der Verstoß vorsätzlich oder nicht vorsätzlich begangen oder der Schaden vorsätzlich oder nicht vorsätzlich zugefügt

wurde, die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit eines etwaigen Rechtsirrtums sowie der Umstand, dass die Verhaltensweisen eines Gemeinschaftsorgans möglicherweise dazu beigetragen haben, dass nationale Maßnahmen oder Praktiken in gemeinschaftsrechtswidriger Weise unterlassen, eingeführt oder aufrechterhalten wurden.<sup>130</sup>

So ist z.B. ein Verstoß offenkundig, wenn er trotz des Erlasses eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs, welches diesen Verstoß im konkreten Fall festgestellt hat, oder entgegen gefestigter einschlägiger gemeinschaftsgerichtlicher Rechtsprechung fortbestanden hat. Das Erfordernis eines hinreichend qualifizierten Verstoßes gegen eine Bestimmung des Gemeinschaftsrechts gilt gleichermaßen für die nicht erfolgte oder unzulängliche Umsetzung von Richtlinien, auch wenn diese Voraussetzung in der *Francovich*-Entscheidung noch nicht explizit genannt wird.<sup>131</sup> Trifft etwa ein Mitgliedstaat unter Verstoß gegen Art. 249 Abs. 3 EG innerhalb der in einer Richtlinie festgesetzten Frist keinerlei Maßnahmen, obwohl dies zur Erreichung des durch diese Richtlinie vorgeschriebenen Zieles erforderlich wäre, so überschreitet er offenkundig und erheblich die Grenzen, die der Ausübung seiner Befugnisse gesetzt sind.<sup>132</sup> Ein hinreichend qualifizierter Verstoß ist auch anzunehmen, wenn nur eine Richtlinienbestimmung, die den Mitgliedsstaaten keinen Entscheidungsspielraum bei der Umsetzung belässt, nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden ist, selbst wenn der Mitgliedstaat ansonsten alle übrigen Vorschriften der Richtlinie korrekt durchgeführt hat.<sup>133</sup>

An einem hinreichend qualifizierten Gemeinschaftsrechtsverstoß fehlt es hingegen, wenn die von einem Mitgliedstaat gefundene Auslegung einer Gemeinschaftsrechtsnorm vertretbar erscheint, etwa weil die Richtlinienbestimmung den Mitgliedsstaaten einen weiten Umsetzungsspielraum belässt, ungenau ist oder *die angestellten Überlegungen nicht offensichtlich von der Hand zu weisen sind*.<sup>134</sup> Dieser Rechtsprechungsmaßstab spricht entscheidend dafür, dass bei einer legislativen Konditionierung des Resale – unter Gewährleistung der gebotenen regulatorischen Spielräume wie etwa aufgrund von Regelbeispielen – keine begründeten Risiken einer staatshaftungsrechtlichen Inanspruchnahme der Bundesrepublik Deutschland bestehen. Denn zumindest ist die in diesem Rechtsgutachten begründete Auslegung von Art. 8 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 Buchst. d Zugangsrichtlinie im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nicht offensichtlich von der Hand zu weisen, wonach Resale-Verpflichtungen auf – von der Zugangsrichtlinie nicht näher definierte – „bestimmte“ Dienste be-

<sup>128</sup> EuGH, Slg. 1996, S. I-1029, Rn. 45 ff. – *Brasserie du pêcheur*.

<sup>129</sup> EuGH, Slg. 1996, S. I-1029, Rn. 57 – *Brasserie du pêcheur*, EuGH, Slg. 1996, S. I-5063, Rn. 50 – *Denkavit II*.

<sup>130</sup> EuGH, Slg. 1996, S. I-1029, Rn. 56 – *Brasserie du pêcheur*, EuGH, Slg. 1999, S. I-3499, Rn. 50 – *Rechberger*.

<sup>131</sup> EuGH, Slg. 1996, S. I-4845, Rn. 22 ff. – *Dillenkofer*, EuGH, Slg. 1997, S. I-2163, Rn. 32 f. – *Sutton*.

<sup>132</sup> EuGH, Slg. 1996, S. I-4845, Rn. 26 – *Dillenkofer*.

<sup>133</sup> EuGH, Slg. 1999, S. I-3499, Rn. 51 ff. – *Rechberger*.

<sup>134</sup> EuGH, Slg. 1996, S. I-1631, Rn. 43 – *British Telecommunications*.

grenzt werden können und damit dem nationalen Gesetzgeber ausdrücklich ein Umsetzungsspielraum eingeräumt wird, den Kreis der von der Regulierungsbehörde aufzuerlegenden Resale-Verpflichtungen im Einklang mit dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht zu konditionieren.

Die letzte Voraussetzung des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs, die rechtliche Kausalität zwischen Gemeinschaftsrechtsverstoß und Schaden, wird nicht mehr geprüft, da ein solcher Anspruch schon mangels hinreichend qualifiziertem Gemeinschaftsrechtsverstoß ausscheidet.

Bonn, den 28. Januar 2004



Univ.-Prof. Dr. iur. Christian Koenig

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)951**

2. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Arcor AG & Co. KG

**Zusammenfassung**

1. Die überragende Bedeutung der Teilnehmeranschlussleitung (TAL), das dauerhafte Angewiesensein auf die TAL sowie die erhöhte Sozialpflichtigkeit erfordern es, einen **unbedingten und dauerhaften gesetzlichen Anspruch auf Zugang zur TAL** vorzusehen. (Einzelheiten nachfolgend S. 2)
2. Eine Mehrerlösabschöpfungsbefugnis bei missbräuchlichem Verhalten ist erforderlich. Unabdingbar ist es zudem, die Mehrerlösabschöpfung zwingend gesetzlich vorzusehen und den **gesamten Mehrerlös** abschöpfen zu können, der **von Beginn des missbräuchlichen Verhaltens** bis zu dessen Beendigung erzielt wurde. (Einzelheiten nachfolgend S. 3 f.)
3. Die zügige und nachhaltige Schaffung von Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation sowie die Vermeidung oder zumindest Reduzierung von Wettbewerbsbehinderungen erfordern **Antragsrechte** für Wettbewerber im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung und der besonderen Missbrauchsaufsicht. (Einzelheiten nachfolgend S. 4 f.)
4. Der Regulierer prüft bei regulierten Entgelten die **Angemessenheit der Verzinsung des eingesetzten Kapitals**. Die Kriterien für diese Prüfung können und dürfen nicht abschließend gesetzlich festgelegt werden. Ein benchmarking mit EU-Incumbents ist nicht sachgerecht und daher abzulehnen. (Einzelheiten nachfolgend S. 5 f.)
5. Eine teilweise **Erhöhung des Bußgeldrahmens** ist erforderlich, um missbräuchliches Verhalten zu verhindern und **ökonomisch relevante Verhaltensanreize zur Normbefolgung** zu setzen. (Einzelheiten S. 6 f.)
6. Es ist gesetzlich sicherzustellen, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seinen Wettbewerbern **zeitgleich mit der Einführung eines neuen Endnutzerproduktes ein entsprechendes Vorleistungsprodukt** zur Verfügung

stellt. Andernfalls werden -wie bei DSL- neue Märkte faktisch neu monopolisiert. (Einzelheiten S. 7 f.)

7. Es ist sachgerecht, auch unter der Geltung eines neuen TKG die **Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte beizubehalten**. Die Einführung des Zivilrechtsweges ist abzulehnen, insbesondere weil es dadurch zu einer **Zersplitterung des Rechtsweges** innerhalb der telekommunikationsrechtlichen Regulierung sowie zu **Rechtsunsicherheit** käme und erworbenes telekommunikationsspezifisches Wissen der Verwaltungsgerichte bei den Zivilgerichten mühsam neu aufgebaut werden müsste. (Einzelheiten nachfolgend S.8 ff.)

**1. Dauerhafter und unbedingter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (§ 19 TKG-E)**

Neben der Netzzusammenschaltung ist der entbündelte Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen („blanker Draht“) der DTAG das wichtigste Vorleistungsprodukt für nachhaltigen Wettbewerb in der Telekommunikation. Dies liegt zum einen daran, dass eine Kundenbeziehung langfristig nur dann tragfähig sein wird, wenn man dem Kunden auch den Anschluss zur Verfügung stellen kann. Zum anderen bietet die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) die Grundlage für Produktinnovationen (Stichwort „DSL“). Schließlich ist der entbündelte Zugang zur TAL deshalb so wichtig, weil es betriebs- und volkswirtschaftlich unsinnig und unmöglich wäre in Deutschland ein zweites Anschlussnetz flächendeckend aufzubauen. Die Entscheidung „make or buy“ stellt sich bei der TAL nicht, allenfalls in Neubaugebieten. Demnach hängt nachhaltiger Wettbewerb in der Telekommunikation gerade auch davon ab, dass der entbündelte Zugang zur TAL für Wettbewerber dauerhaft und unbedingt möglich ist. Dies gilt umso mehr, als dass die im wesentlichen aus Kupferdoppeladern bestehenden Teilnehmeranschlussleitungen nahezu ausschließlich vor der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes errichtet und infolge des Staatsmonopols mit öffent-

lichen Geldern bezahlt wurden. Nicht zuletzt deshalb weisen die Teilnehmeranschlussleitungen einen -wie das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich festgestellt hat (BVerwGE 114,160, 192 f.)-intensiven sozialen Bezug auf.

Der TKG-Gesetzentwurf trägt dieser essentiellen Bedeutung der Teilnehmeranschlussleitung nicht hinreichend Rechnung. Der Entwurf sieht vor, dass die Regulierungsbehörde der Deutschen Telekom AG den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss auferlegen „soll“ (§ 19 Abs. 3 Nr.1 TKG-E). Die skizzierte Bedeutung der TAL erfordert es hingegen, den Zugang zur TAL für während des Telefondienstmonopols errichtete Teilnehmeranschlussleitungen (also bis zum 31.12.1997) durch einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch dauerhaft und unbedingt zu ermöglichen, also keinen behördlichen Umsetzungsakt mehr dazwischen zu schalten.

**§ 19 Abs. 3 wird um folgenden Satz 2 ergänzt:**

*„Soweit ein Teilnehmeranschluss zu Zeiten des Telefondienstmonopols errichtet wurde gilt Satz 1 Nr. 1 mit der Maßgabe, dass ein Betreiber unabhängig von seiner Marktmacht, und auch ohne Auferlegung durch die Regulierungsbehörde verpflichtet ist, vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss zu gewähren.“*

**2. Wirksame Mehrerlösabschöpfung vorsehen (§ 41 Abs. 1 TKG-E)**

Der Gesetzentwurf sieht zu Recht eine Mehrerlösabschöpfungsmöglichkeit vor, wenn ein Unternehmen schuldhaft gegen eine Missbrauchsverfügung der Regulierungsbehörde verstößt (§ 41 TKG-E).

Äußerst kontraproduktiv und nachdrücklich abzulehnen ist es jedoch, ggf. nur den Mehrerlös abschöpfen zu können, der „nach Zustellung der Verfügung“, die ein missbräuchliches Verhalten untersagt und/oder ein rechtskonformes Verhalten auferlegt, erlangt wurde (Ausschluss rückwirkender Mehrerlösabschöpfung). Vielmehr ist es unabdingbar, auch rückwirkend Mehrerlöse abschöpfen zu können, die infolge eines missbräuchlichen Verhaltens erlangt wurden. Der größte Mehrerlös wird in aller Regel vor der Zustellung der Missbrauchsverfügung erlangt worden sein, so dass die Sanktionsmöglichkeit einer Mehrerlösabschöpfung in ihrer jetzigen Form faktisch leer läuft und auch kein vernünftiges Drohpotenzial mehr beinhaltet.

Dies gilt umso mehr, wenn man zum einen die vorgesehene Regelverfahrensfrist solcher Missbrauchsverfahren betrachtet (vier Monate, § 40 Abs. 4 TKG-E), zum anderen die potenziell langwierigen Vorermittlungsphasen berücksichtigt und den Wettbewerbern kein Antragsrecht einräumt (siehe hierzu auch nachfolgend Punkt 3). Demnach vergehen viele Monate in denen das Unternehmen risikolos durch missbräuchliches Verhalten Erträge erwirtschaften kann. Der Ausschluss der Möglichkeit rückwirkender Mehrerlösabschöpfung kann nicht durch den Hinweis gerechtfertigt werden, auch die kartellrechtliche Vor-

schrift zur Mehrerlösabschöpfung (§ 34 GWB) sehe lediglich eine Abschöpfungsmöglichkeit ab Zustellung der Missbrauchsverfügung vor. In Wettbewerbsmärkten, in denen kein Unternehmen mit 100 % Marktanteil gestartet ist, mag es verhältnismäßig sein, einen Mehrerlös nur und erst ab Zustellung der Verfügung abschöpfen zu können, weil wegen der vergleichsweise intakten Marktmechanismen keine erhöhte Gefahr für ein Wirksamwerden solcher Verhaltensweisen besteht. Dies sieht im Telekommunikationsmarkt aber vollkommen anders aus, weil hier unstreitig ein in vielen Bereichen äußerst marktmächtiges, teilweise noch mit faktischen Monopolstellungen ausgestattetes Unternehmen (namentlich TAL, DSL, Ortsverbindungen) auftritt und eine Wettbewerbsbehinderung oder -verzögerung für dieses eine offenkundig rationale, und damit für den Wettbewerb potenziell gefährliche Verhaltensweise darstellt. Dieser offenkundigen Gefahr kann nur so vorgebeugt werden, dass sich missbräuchliches Verhalten für den marktmächtigen Betreiber von Anfang an nicht lohnt, er mithin auch denjenigen Mehrerlös abführen muss, den er seit Beginn seines missbräuchlichen Verhaltens erzielt hat. Anders ausgedrückt: Es muss ein positiver Anreiz zu gesetzeskonformen Verhalten geschaffen werden.

Darüber hinaus ist es notwendig, die Durchführung der Mehrerlösabschöpfung gesetzlich zwingend anzuordnen und nicht in das Ermessen der Regulierungsbehörde zu stellen.

§ 41 TKG-E ist wegen der Möglichkeit bei unbilliger Härte oder nur geringem Mehrerlös (§ 41 Abs. 2 TKG-E) oder in Fällen des § 41 Abs. 3 TKG-E von einer Abschöpfung absehen zu können, zudem so ausgestaltet, dass die Regulierungsbehörde Einzelfälle auch angemessen behandeln kann.

Demnach ist § 41 Abs. 1 TKG-E so zu fassen, wie es der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 19.12.2003 (Drucksache 755/03) unter Nr. 39 bereits vorgeschlagen hat.

**3. Antragsrechte im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung und der besonderen Missbrauchsaufsicht (§§ 36, 40 TKG-E)**

Begrüßenswert an dem Gesetzentwurf ist, dass Verfahren der besonderen Missbrauchsaufsicht vor der Regulierungsbehörde nunmehr innerhalb von vier Monaten „nach Einleitung des Verfahrens getroffen werden“ sollen (§ 40 TKG-E). Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung müssen -wie bereits nach geltendem TKG- „innerhalb von zwei Monaten nach Einleitung der Überprüfung“ entschieden werden. Bei der hiermit beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung bleibt der Gesetzentwurf aber auf halbem Weg stehen. Wie bereits in der Vergangenheit, so ist auch bei den hier vorgesehenen Regelungen zu befürchten, dass viel wertvolle Zeit vor Einleitung entsprechender Verfahren („Vorermittlungen“) verloren geht. Es nützt dem Wettbewerb nichts, wenn sechs Monate für Vorermittlungen ins Land gehen und dann erst nach weiteren vier Monaten entschieden wird. Die Tendenz langfristige „Vorermittlungen“ vor Verfah-

renseinleitung zu führen wird möglicherweise gerade dann noch verstärkt, wenn nach Eröffnung eine Entscheidungsfrist zu beachten ist. Ganz entscheidend ist daher, dass die Verfahrenseinleitung nicht im Ermessen der Regulierungsbehörde liegen darf, sondern durch Wettbewerber verbindlich initiiert werden kann. Dies kann durch entsprechende Antragsrechte für Wettbewerber erreicht werden, die Verfahrensfristen beginnen dann mit Antragsstellung zu laufen. Vor einer „Antragsflut“ oder gar missbräuchlichen Anträgen braucht sich der Regulator nicht ernstlich zu fürchten, weil bereits nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Anträge abgelehnt werden können, die unschlüssig oder erkennbar missbräuchlich sind.

Eine verbindliche Entscheidung innerhalb von zwei bzw. vier Monaten kann auch ohne langwierige Vorermittlungen sachgerecht gefällt werden, denn die Tatsachen für einen Missbrauch werden in der Regel mit Antragsstellung vorgetragen sein (schlüssiger Antrag), so dass die Regulierungsbehörde den Sachverhalt nicht noch komplett ermitteln muss, sondern im Kern „nur“ noch Rechtsfragen zu entscheiden hat.

Vor diesem Hintergrund unterstützen und begrüßen wir den Vorschlag des Bundesrates (siehe Nrn. 32 und 38 der Stellungnahme des Bundesrates, Drucksache 755/03 vom 19.12.2003), Verfahren der nachträglichen Entgeltregulierung (§ 36 TKG-E) und Verfahren der besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 40 TKG-E) auch auf Antrag einzuleiten.

#### 4. Angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals (§ 29 Abs. 4 TKG-E)

Bereits nach geltendem Recht (vgl. § 3 Abs. 2 TEntGV) hat das entgeltregulierte Unternehmen einen Anspruch darauf, das eingesetzte Kapital angemessen verzinst zu bekommen und diese angemessene Verzinsung in seinen Entgelten entsprechend einzukalkulieren. Gegen eine angemessene Verzinsung ist nichts einzuwenden und auch ein neues TKG sollte daran nichts ändern. Der Gesetzentwurf (§ 29 Abs. 4 TKG-E) ist jedoch in zweierlei Richtung äußerst bedenklich und stellt eine grobe Benachteiligung der Wettbewerber dar.

Zum einen legt der Gesetzentwurf abschließend vier Kriterien fest, anhand derer eine angemessene Kapitalverzinsung zu bestimmen ist. Dies ist nicht nachvollziehbar, weil die Bewertung einer „Angemessenheit“ nicht durch einen abschließenden Katalog von Punkten bestimmt werden kann, sondern gerade wertungsoffen ist und nur durch eine umfassende Berücksichtigung aller einschlägigen Argumente sachgerechte Ergebnisse erzielt werden können.

Zum anderen sieht der Gesetzentwurf als einen dieser abschließenden Kriterien ein benchmarking vor, und zwar die Berücksichtigung der durchschnittlichen kapitalmarktüblichen Verzinsung vergleichbarer Anbieter in anderen EU-Mitgliedsstaaten (§ 29 Abs. 4 Nr. 4 TKG-E). Damit wird eine Orientierung an Effizienzkriterien aufgegeben und der Grund dafür gelegt, Äpfel mit Birnen zu vergleichen. In anderen EU-Staaten herrschen regelmäßig andere ökonomische, unter-

nehmerische und sonstige Rahmenbedingungen vor als in Deutschland, die zu unterschiedlichen Verzinsungen führen. Gerade die unterschiedlichen Zinssätze zeigen, dass eben keine Vergleichbarkeit gegeben ist, jeder EU-Mitgliedsstaat weist z. T. deutlich unterschiedliche Verzinsungen auf.

Noch gravierender ist, dass mit einer verpflichtenden Bezugnahme auf einen EU-Incumbent-Benchmark überhöhte, und damit nicht mehr dem marktmächtigen Unternehmen angemessene Kapitalverzinsungen die Folge wären, die wiederum die Wettbewerber und Verbraucher zu bezahlen hätten.

#### § 29 Abs. 4 TKG-E erhält folgende Fassung:

„(4) Bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals berücksichtigt die Regulierungsbehörde insbesondere

1. die Kapitalstruktur des regulierten Unternehmens,
2. die Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung des regulierten Unternehmens auf diesen Märkten,
3. die langfristigen Erfordernisse hinsichtlich der Rendite für das eingesetzte Eigenkapital, wobei auch die leistungsspezifischen Risiken des eingesetzten Eigenkapitals gewürdigt werden können,
4. die wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Förderung von Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten,
5. die langfristige Stabilität dieser Rahmenbedingungen.“

Die vorstehend ergänzte Nr. 4 soll gewährleisten, dass unternehmerische Fehlentscheidungen eines regulierten Unternehmens nicht auf die Wettbewerber verlagert werden. Die Verwirklichung von Risiken ist dort zuzuordnen, wo diese Risiken dem Grunde nach angelegt sind.

Die vorstehend ergänzte Nr. 5 ist erforderlich, da kurzfristige Kapitalmarktschwankungen langfristige Investitionsentscheidungen von Wettbewerbern nicht gefährden dürfen.

#### 5. Teilweise Erhöhung des Bußgeldrahmens nötig (§147 TKG-E)

Noch der Referentenentwurf des TKG sah vor, dass bei schuldhaften Verstößen gegen Anordnungen im Rahmen der nachträglichen Entgeltkontrolle sowie gegen Anordnungen im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht Geldbußen bis zu € 1 Mio. oder über diesen Betrag hinaus bis zu 5 % des vom Unternehmen im letzten Geschäftsjahr erzielten Umsatzes verhängt werden konnten (§ 144 Abs. 2 S. 2 TKG-RefE). Diese potenzielle Bußgelddrohung war und ist vollkommen sachgerecht, weil sie als Stärkung der Ex-post-Kontrolle eine notwendige -wenn allein auch nicht hinreichende- Bedingung dafür ist, die Ex-ante-Regulierung faktisch abzuschaffen. Dies gilt umso mehr, als dass es sich hierbei nur um einen Bußgeldrahmen handelt, also keinesfalls ein Automatismus dergestalt

entreten kann, dass stets Bußgelder in maximaler Höhe verhängt werden. Vielmehr eröffnet gerade ein erhöhter Bußgeldrahmen die Möglichkeit, auch schuldangemessene höhere, und damit sachgerechtere Bußgelder zu verhängen als dies nach dem Gesetzentwurf zulässig wäre. Der jetzige Gesetzentwurf sieht für die hier angesprochenen Zuwiderhandlungen nur noch Bußgelder bis zu € 500.000,- vor und bleibt damit eindeutig hinter den gebotenen Möglichkeiten zurück. Es darf nicht sein, dass marktmächtigen Unternehmen infolge des Wegfalls der Ex-ante-Regulierung Spielräume für Missbrauch eröffnet werden, die Sanktionsmöglichkeiten bei Missbrauchsfällen aber auf einem Niveau verharren, das bereits heute gilt und sich als wirkungslos erwiesen hat. Auch insoweit muss das Gesetz ökonomische Anreize zu gesetzeskonformen Verhaltensweisen schaffen. Bei der missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere bei der TAL konnte die DTAG erst zu Maßnahmen bewegt werden, nachdem die EU-Kommission ein Bußgeld von € 12,6 Mio. verhängt hatte.

Das EU-Recht kennt noch durchgreifendere Bußgeldtatbestände, so dass insoweit nur eine Annäherung statt findet (Art. 23 Abs. 2 VO 01/2003 „neue Durchführungsverordnung“ ermöglicht Geldbußen bis zu 10 % des Jahresumsatzes!). Gleiches gilt für das nationale Kartellrecht in vergleichbaren Missbrauchsfällen (§§ 81 Abs. 1 Nr. 6a, 32, 81 Abs. 2 GWB, bis zur dreifachen Höhe des durch die Zuwiderhandlung erlangten Mehrerlöses).

Nachdrücklich unterstützt wird darüber hinaus die Forderung des Bundesrates, bereits ein missbräuchliches Verhalten als solches mit einer Bußgeldandrohung zu belegen (Stellungnahme vom 19.12.2003, Nr. 89, Drs. 755/03) und nicht erst den Verstoß gegen eine vollziehbare Anordnung. Die vom Bundesrat angeführten Argumente sind zutreffend. Zur Missbrauchsprävention ist ein frühes Ansetzen einer Sanktionsdrohung geeignet und angemessen.

## 6. Gleichzeitiges Vorleistungsangebot bei neuem Endnutzerangebot (§ 37 TKG-E)

Das Gesetz muss gewährleisten, dass bei der Einführung neuer Endnutzerprodukte durch ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, dieses den Wettbewerbern zeitgleich entsprechende Vorleistungsprodukte anbietet, die es den Wettbewerbern ermöglichen, entsprechende Endnutzerprodukte anzubieten. Es wäre diskriminierend und wettbewerbschädlich, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht seinen Innovationsvorteil nur dadurch ausbauen könnte, indem es seinen Wettbewerbern die anderweitig nicht verfügbaren Vorleistungen vorenthält oder nur zeitlich verzögert zugänglich macht. Wenn die Ex-ante-Regulierung im Endnutzerbereich schon aufgegeben wird, dann muss chancengleicher Wettbewerb zumindest durch (zeit)gleichen Zugang zu solchen wesentlichen Vorleistungen sicher gestellt sein.

Beispiele aus der Vergangenheit zeigen, dass eine zeitgleiche Bereitstellung einer, für eine geplante Endnutzermaßnahme des Unternehmens mit be-

trächtlicher Marktmacht wesentlichen Vorleistung, von hoher Bedeutung für die Wettbewerber ist:

- „DSL“: Die nicht zeitgleiche Einführung eines Endkundenproduktes und eines adäquaten -für das Endkundenprodukt wesentlichen- Vorleistungsproduktes hat bei den Breitbandanschlüssen (x-DSL) dazu geführt, dass die DTAG auch und gerade in diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung mit heute noch über 90 % Marktanteil erlangen konnte. Seit dem Jahr 1999 bietet die DTAG den Endkunden T-DSL-Anschlüsse an. Wollte nun ein Wettbewerber in dieser Zeit ebenfalls DSL-Anschlüsse anbieten, so konnte er dies nur realisieren, indem er entweder (a) selbst eine Leitung bis zum Endkunden verlegte oder (b) die Teilnehmeranschlussleitung (TAL) bei der DTAG mietete. Ein Vorleistungsprodukt für die Zuführung von breitbandigem DSL-Verkehr, auch in Form eines Bitstromzuges, existierte überhaupt nicht. Das von der DTAG bereitgestellte Vorprodukt (TAL) war jedoch insoweit ungeeignet für die Wettbewerber, weil dies für ein bundesweites Angebot die Erschließung aller 8000 DTAG-Hauptverteiler erfordert hätte. Keinem Wettbewerber standen und stehen hierfür die finanziellen Mittel zur Verfügung. Für die Verlegung eigener Leistungen zum Endkunden (Fall a) gilt dies erst recht. Das Fehlen eines Zuführungsproduktes war also entscheidend. Auch das 2001 von der DTAG eingeführte Produkt „T-Online Connect DSL“ war kein adäquates Zuführungsprodukt, weil dieses Produkt keine Netzkopplung erforderte, also keine Zuführungsleistung erbracht wurde. Erst im Jahre 2003 hat die RegTP Entgelte für die Zuführung von DSL-Verkehr festgelegt (T-DSL-ZISP basic). Dieses Vorleistungsprodukt erfüllt jedoch immer noch nicht alle Forderungen der Wettbewerber.

Letztlich wurde das Entstehen von Wettbewerb in diesem Marktsegment wirksam unterbunden. Wäre die DTAG bereits hier verpflichtet gewesen, ein entsprechendes Vorleistungsprodukt zeitgleich anzubieten, wäre an dieser Stelle ohne mögliche Einflussnahme der DTAG ein Wettbewerb entstanden.

Vor diesem Hintergrund sollte § 37 TKG-E um folgenden Absatz 4 ergänzt werden:

„(4) Ein Unternehmen, das auf einem Markt für Endnutzerleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist verpflichtet, gleichzeitig mit einer geplanten Entgeltmaßnahme für Endnutzerleistungen ein entsprechend erforderliches Angebot für eine wesentliche Vorleistung vorzulegen. Andernfalls kann die Regulierungsbehörde die Einführung der Entgeltmaßnahme ohne weitere Prüfung untersagen.“

## 7. Verwaltungsrechtsweg beibehalten (§135 TKG-E)

Der Gesetzentwurf sieht vor (§ 135 TKG-E), dass für sämtliche Klagen gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde wie bislang auch der Verwaltungsrechtsweg offen steht. Nach dem TKG-E wären für Klagen sämtlicher Marktteilnehmer ge-

gen Entscheidungen der RegTP in erster Instanz das VG Köln und in der Revisionsinstanz das Bundesverwaltungsgericht zuständig.

Die Beibehaltung des Verwaltungsrechtsweges ist sachgerecht und wird ausdrücklich befürwortet. Hierfür sprechen eine Reihe von Gründen, insbesondere die nachfolgend angeführten:

**a.** Der Zivilrechtsweg würde zu einer Zersplitterung innerhalb der telekommunikationsrechtlichen Regulierung führen.

Nach dem TKG-E obliegt der RegTP nicht nur die sektorspezifische Marktregulierung, bei der sie Entscheidungen im Wege eines justizförmig ausgestalteten Beschlusskammerverfahrens trifft. Sie ist auch zuständig für technische oder allgemein wirtschaftsverwaltungsrechtliche Fragestellungen wie beispielsweise die Frequenzvergabe oder die Einhaltung der Vorschriften über die öffentliche Sicherheit. Diese Regulierung ist nicht wettbewerbsbezogen, sondern dem klassischen Verwaltungsrecht zuzuordnen. Aus diesem Grund schlagen auch die Befürworter einer Rechtswegänderung vor, dass der Zivilrechtsweg nur für solche Klagen einschlägig sein soll, die sich gegen Beschlusskammer-Entscheidungen der RegTP richten. Alle sonstigen Entscheidungen der RegTP wie beispielsweise die Frequenzvergabe sollen weiterhin im Verwaltungsrechtsweg überprüft werden können. Damit führt der Zivilrechtsweg zu einer Zersplitterung der telekommunikationsspezifischen Sonderregulierung des TKG.

**b.** Darüber hinaus bewirkt die Verpflichtung zur Fortführung alter Verfahren im Verwaltungsrechtsweg eine weitere Zersplitterung über Jahre hinaus.

Gegenwärtig sind beim VG Köln, beim OVG Münster sowie beim BVerwG noch zahlreiche telekommunikationsrechtliche Verfahren anhängig. Allein beim VG Köln beläuft sich ihre Zahl auf über 600 (Holznagel/Schulz/Werthmann/Grünhoff, Gerichtliche Kontrolle im Lichte der Novellierung des TKG, 2003, S. 47). Die meisten dieser Verfahren werden bis zum Inkrafttreten des neuen TKG letztinstanzlich nicht abgeschlossen sein. Diese Verfahren erledigen sich auch nicht durch das Inkrafttreten des neuen TKG, da sie sich nicht gegen gesetzliche Verpflichtungen, sondern gegen konkrete Verwaltungsakte der RegTP richten. Diese haben auch nach Inkrafttreten des neuen TKG noch Rechtswirkung. Beispielsweise können Klageverfahren gegen Entgeltgenehmigungen auch nach Ablauf des Genehmigungszeitraums noch zu erneuten Genehmigungsentscheidungen führen, die Rück- oder Nachzahlungsverpflichtungen begründen. Darüber hinaus sollen nach § 148 Abs. 1 Satz 1 TKG-E die bisherigen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen ohnehin solange wirksam bleiben, bis sie durch neue Entscheidungen der Regulierungsbehörde ersetzt werden. Diese bereits rechtshängigen Klagen sind auch nach Inkrafttreten des neuen TKG auf dem Verwaltungsrechtsweg weiterzuführen. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG wird die Zulässigkeit des Rechtswegs durch eine nachträgliche gesetzliche

Änderung des Rechtswegs nicht verändert (sog. *perpetuatio fori*, vgl. auch § 263 Abs. 1 Nr. 2 ZPO; hierzu BGH NJW 2002, 1351). Dies gilt nicht nur für die jeweilige Instanz, sondern für den gesamten Instanzenzug (Pant, VersR 1989, 1006). Aus diesem Grund prüft das Rechtsmittelgericht nach § 17 a Abs. 5 GVG die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht. Bei einer Änderung des Rechtswegs würden daher über einen langen Zeitraum hinweg sämtliche Streitigkeiten, die vor Inkrafttreten des TKG rechtshängig waren, von den Verwaltungsgerichten entschieden, während Verfahren, die sich gegen Beschlusskammerentscheidungen nach dem neuen TKG richten, den Zivilgerichten zugewiesen wären. Dies hätte eine Parallelität der Rechtswege über Jahre hinweg zur Folge und trüge das Risiko divergierender Entscheidungen bei gleich gelagerten Rechtsfragen.

**c.** Die Einführung des Zivilrechtsweges würde die Kontinuität der Regulierung zerstören und zu unnötigen Rechtsunsicherheiten beim Übergang vom alten zum neuen TKG führen.

Der Gesetzentwurf enthält eine Vielzahl an unbestimmten Rechtsbegriffen und Regulierungsmechanismen, deren Anwendungsbereich mit Hilfe gerichtlicher Auseinandersetzungen nach und nach präzisiert werden muss (vgl. z.B. § 19 TKG-E). Für das geltende TKG hat das BVerwG in jüngerer Zeit für bemerkenswerte Klärungen gesorgt, die zu mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten geführt haben. Bis zum Inkrafttreten des neuen TKG stehen weitere wichtige Entscheidungen an, mit denen das BVerwG für eine zusätzliche Klärung der Rahmenbedingungen sorgen wird. Viele dieser Entscheidungen – beispielsweise zu den Maßstäben der Entgeltregulierung – werden bei Beibehaltung des Verwaltungsrechtswegs auch nach Erlass des neuen TKG für Rechtssicherheit sorgen. Diese mühsam erworbene Rechts- und Planungssicherheit wird durch eine Rechtswegänderung in stärkerem Maß gefährdet, als dies durch die EU-Vorgaben notwendig ist. Der EU-Rechtsrahmen zwingt zwar zu einer Umsetzung seiner materiellen Vorgaben. Er zwingt aber nicht zu einer Änderung des Rechtswegs.

**d.** Eine sektorspezifische Ex-ante-Regulierung ist keine kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht.

Die Kartellgerichte sind bislang mit der Überprüfung von Missbrauchsentscheidungen der Kartellbehörden vertraut. Bei der Missbrauchsaufsicht haben die Kartellbehörden lediglich die Möglichkeit, auf bereits geschehene Verstöße gegen das Kartellrecht zu reagieren und missbräuchliches Verhalten zu sanktionieren. Eine Verhaltenskontrolle findet lediglich nachträglich (*ex post*) statt. Im Gegensatz dazu ist die Regulierung im TKG insbesondere im Vorleistungsbereich präventiv ausgerichtet. Nach dem TKG-E hat die RegTP eine Vielzahl von Mitteln, mit denen sie in verhältnismäßiger Weise Verhalten von Marktteilnehmern steuern und für chancengleichen Wettbewerb sorgen soll. Diese Möglichkeiten reichen von einfachen Veröffentlichungspflichten oder der Anordnung getrennter Rechnungsführung (§ 22 TKG-E) über die Anordnung von verschiedenen Zu-

gangsverpflichtungen (§ 19 TKG-E) bis zur Entgeltgenehmigung für Endkundenentgelte eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht (§ 37 Abs. 1 TKG-E). Bei der Anwendung dieser Mittel stehen nicht nur allgemeine Fragen der Marktbeherrschung im Vordergrund, für die die Kartellgerichte über langjährige Erfahrung verfügen. Insbesondere bei der wesentlichen Festnetzregulierung im Vorleistungsbereich wird die marktbeherrschende Stellung des regulierten Unternehmens auch auf längere Sicht unproblematisch sein.

Entscheidungserheblich sind vielmehr zum einen telekommunikationsspezifische Fragen. Für diese haben sich die Verwaltungsgerichte innerhalb der letzten Jahre eine sowohl technische als auch wirtschaftliche telekommunikationsspezifische Kom-

petenz aufgebaut, die nicht leichtfertig aufs Spiel gesetzt werden sollte. Für eine Lernphase der Zivilgerichte ist in einem Markt, der sich erst langsam wieder erholt, keine Zeit. Zum anderen sind bei der sektorspezifischen Regulierung in hohem Maße verwaltungsrechtliche und verfassungsrechtliche Fragestellungen relevant, beispielsweise die rechtmäßige Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Auswahl der zur Verfügung stehenden Mittel oder die Abwägung zwischen den Grundrechten der betroffenen Parteien. Für diese Fragen sind ebenfalls die Verwaltungsgerichte prädestiniert.

Arcor AG & Co. KG

Januar 2004

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)957**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

O2 (Germany) GmbH & Co. OHG

Die Stellungnahme der Sachverständigen O<sub>2</sub> Germany erfolgt zur Vorbereitung der Anhörung als geladener Sachverständiger durch den Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit am 9. Februar 2004 zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (BT-Drs. 15/2316) sowie zu den Bundestagsdrucksachen BT-Drs. 15/2329 und BT-Drs. 15/2345.

Die vorliegende Stellungnahme entspricht in Ihrem Aufbau der in der Tagesordnung zur 49. Sitzung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit genannten Themengliederung.

Zusammenfassung der relevanten Punkte der Sachverständigen O<sub>2</sub> Germany für den Bereich Mobilfunk:

**1. Markt- und Entgeltregulierung****1.1. Flexibilisierung der Regulierungsinstrumentarien**

Die EU-Richtlinien geben der nationalen Regulierungsbehörde die Möglichkeit, den Markterfordernissen entsprechend weiche Regulierungsinstrumente anzuwenden. Derzeit besteht ein Umsetzungsdefizit bei den weichen Formen der Regulierung wie Transparenzverpflichtung und Nichtdiskriminierung.

**1.2. Doppelte Marktbeherrschung in § 28 Abs. 4 TKG-E**

Die Vorschrift des § 28 Abs. 4 TKG-E ist richtlinienkonform im Hinblick auf die europäische Zugangsrichtlinie im Regierungsentwurf umgesetzt worden, da die EU-Vorschriften der Entgeltregulierung sich im Vorleistungsbereich ausdrücklich auf Nachteile im Endkundenmarkt beziehen.

**1.3 Diensteanbieterregelung**

- Im Hinblick auf Zugangsansprüche von Diensteanbietern gegenüber Mobilfunknetzbetreibern geht der Regierungsentwurf über die EU-Richtlinien hinaus und gewährt auch Zugangsansprüche gegenüber Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht. Der bislang bestehende Zugang zu 3 GSM und allen UMTS-Netzen stellt insoweit einen Kompromiss dar, welcher in § 148 Abs. 4 TKG-E fortgeschrieben wird.

- Der Regierungsentwurf berücksichtigt noch nicht, dass durch die Verzögerung der Überarbeitung der Telekommunikationskundenschutzverordnung (TKV) mit Inkrafttreten des TKG eine widersprüchliche Gesetzeslage in Bezug auf § 4 TKV und § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E besteht. Nur durch ein Außerkrafttreten von § 4 TKV bei Inkrafttreten des TKG-E kann eine erhebliche Rechtsunsicherheit vermieden werden.

**2. Befugnisse/ Aufsicht/ Struktur der Regulierungsbehörde**

Grundsätzliche Entscheidungen wie die einmalige Festlegung der zu regulierenden Märkte sollen ausschließlich in der Zuständigkeit der Präsidentenkammer der RegTP getroffen werden, um die Konsistenz grundsätzlicher Entscheidungen für den Markt sicherzustellen.

**3. Kundenschutz**

Zu § 44 Abs. 1 S. 2 TKG-E Rufnummernübertragbarkeit

Die Kundenschutzvorschriften zur Numerierung sollen innovative Produkte, welche ein Zusammenwachsen von Mobil- und Festnetz ermöglichen, nicht unterbinden. Der Regierungsentwurf verhindert das weitere Fortbestehen von innovativen Produkten wie o<sub>2</sub> Genion mit derzeit 2,5 Mio. Kunden.

**4. Datenschutz und Sicherheit****4.1. Zu § 93 TKG-E Vertragsverhältnisse**

Der Regierungsentwurf enthält derzeit ein sog. Opt-In-Verfahren, d.h. ein Erfordernis der Einwilligung des Kunden für die Verwendung von Bestandsdaten zur Kundenansprache, -beratung und für Marketing. Durch diese Regelung werden Telekommunikationsunternehmen gegenüber anderen Industriezweigen bzgl. der Betreuung von Kunden und Bewerbung ihrer Produkte ohne sachlichen Grund benachteiligt.

**4.2.Zu § 94 Abs. 2, 95 Abs. 3, 4, § 95 Abs. 1 TKG-E, Verkehrsdatenspeicherung für sechs bzw. zwölf Monate**

Die debattierte Einführung einer Vorratsdatenspeicherung für Verbindungsdaten würde zu einer verfassungswidrigen Kostenbelastung der Telekommunikationsunternehmen.

**4.3.Zu § 106 Notruf**

Der derzeitige Entwurf des TKG-E geht hinsichtlich der Anforderungen an die Übermittlung von Standortdaten und Kennungen an die Notrufstellen über die Anforderungen des Europarechts hinaus. Die Vorschrift ist dahingehend zu ändern, dass nur solche Standortdaten zu übermitteln sind, welche im Rahmen der kommerziellen Dienste des jeweiligen Netzbetreibers erhoben werden. Die Übermittlung darf nur im Falle des konkreten Bedarfs im Rahmen eines sog. PullDienstes erfolgen.

**4.4.Zu § 109 Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden**

Die Erweiterung der Verpflichtung zur Erhebung von Kundendaten sowie die Erstreckung auch auf Pre-Paid-Produkte muß aus dem TKG-E gestrichen werden, da sie nicht mit dem Gebot der Datensparsamkeit vereinbar ist. Eine Pflicht zur Überprüfung von Ausweisoriginalen käme einem Verbot von Online-Vertriebskanälen gleich, was zu erheblichen Umsatzeinbußen führen würde.

**5. Universaldienst/ Inkasso/ Sonstiges****5.1.Zu § 60 Frequenzhandel**

Das Gesetz ist dahingehend zu präzisieren, dass ein Handel mit Frequenzen nicht rückwirkend ermöglicht werden darf, da andernfalls in bestehende Lizenzrechte eingegriffen (UMTS-Lizenz) und der Bestandschutz verletzt werden würde. Sachgerecht ist eine Einführung des Frequenzhandels für Frequenzen, die nach Inkrafttreten des TKG-E zugeteilt werden.

**5.2.Zu § 135 TKG-E Rechtsweg**

Der Regierungsentwurf beläßt die Zuständigkeit für Rechtsmittel richtigerweise auf dem Verwaltungsrechtsweg, um einen Bruch nach sechs Jahren Rechtsprechung zu allen wesentlichen Fragen des TKG zu vermeiden. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die wesentlichen Entscheidungen im Rahmen des TKG wie Gebühren, Frequenzen, Wegerechte und Numerierung dem Verwaltungsrecht vorbehalten sind.

**5.3.Zu § 142 TKG-E Telekommunikationsbeitrag**

Die Vorschrift im Regierungsentwurf schafft eine doppelte Rechtsgrundlage zur Finanzierung der RegTP. Alle wesentlichen Amtshandlungen der RegTP sind bereits im Rahmen von § 140 TKG-E berücksichtigt. Eine weitergehende Kostenverpflichtung der Marktteilnehmer für staatliches Handeln wäre insoweit einzigartig und benachteiligt die TK-Branche gegenüber allen anderen Industriebranchen.

**1. Markt- und Entgeltregulierung****1.1. Flexibilisierung der Regulierungsinstrumentarien****• Empfehlung**

Der Regulierungsbehörde sind solche flexibleren Instrumentarien für die Auferlegung von ex-ante-Verpflichtungen in Umsetzung der Artt. 9 und 10 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG gesetzlich vorzugeben, welche bisher nicht im TKG-E umgesetzt wurden. Dies sollte durch eine Änderung des § 20 TKG-E erfolgen.

**• welche bisher**

Die Zugangsrichtlinie 2002/19/EG sieht bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung vor, dass die Nationale Regulierungsbehörde aus den diversen, in den Artt. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen die dem Marktversagen entsprechenden Verpflichtungen auferlegt. Der TKG-E läßt hier die Umsetzung der Artt. 9 und 10 Zugangsrichtlinie vermissen und ermöglicht der RegTP bei Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung nur Zugangs- und Zusammenschaltungsverpflichtungen aufzuerlegen. Um der RegTP den nach dem europäischen Recht vorgesehenen Entscheidungsspielraum und die notwendige Flexibilität bei Auferlegung der verhältnismäßigen Regulierungsinstrumentarien zu gewährleisten, sind auch die Transparenzverpflichtungen und Nichtdiskriminierungsverpflichtungen der Artt. 9,10 in das TKGE aufzunehmen. Eine Umsetzung wäre durch eine Ergänzung bzw. Änderung des § 20 TKG-E vorzunehmen, in dem hier diese Verpflichtungen wie folgt aufgenommen werden. Ferner ist § 13 Abs. 1 S. 1 TKG-E hinsichtlich der Auflistung der aufzuerlegenden Verpflichtungen als Rechtsfolge der Marktanalyse entsprechend zu ergänzen.

- **Formulierungsvorschlag**

**§ 20**

**Zugangsvereinbarungen-Weitere Verpflichtungen**

(2) Die Regulierungsbehörde kann einen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, **unbeschadet der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach §§ 18 und 19 zum Zwecke der Herbeiführung wirksamen Wettbewerbs dazu** verpflichten, ~~für die zum Zugang berechtigten Unternehmen die~~ für die Inanspruchnahme von Zugangsleistungen benötigten Informationen zu veröffentlichen, insbesondere Informationen zur Buchführung, technische Spezifikationen, Netzmerkmale, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie die zu zahlenden Entgelte. Die Regulierungsbehörde ist befugt, einem Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht vorzuschreiben, welche Informationen in welcher Form zur Verfügung zu stellen sind, soweit dies verhältnismäßig ist.

(3) **Die Regulierungsbehörde kann unbeschadet von der Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach §§ 18 und 19 dem Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, zum Zwecke der Herbeiführung wirksamen Wettbewerbs dazu verpflichten, die Zusammenschaltung und den Zugang nachfragende Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze nicht ohne sachlichen Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln. Vereinbarungen eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes mit beträchtlicher Marktmacht über Zugänge müssen auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.**

### 1.2. Zu § 28 Abs. 4 TKG-E Entgeltregulierung

- **Empfehlung**

Kein Erfordernis für eine Abänderung des § 28 Abs. 4 S. 2 TKG-E hinsichtlich der Voraussetzung der „doppelten Marktbeherrschung“.

- **Begründung**

Die Vorschrift des § 28 Abs. 4 S. 2 TKG-E ist durchaus mit den Regelungen des europäischen Rechts vereinbar und setzt die Vorgaben des Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie 2002/19/EG ausreichend um. Auch Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie stellt nicht nur auf eine marktbeherrschende Stellung auf einem Vorleistungsmarkt ab. Vielmehr ist maßgeblich, dass ein Mangel an wirksamem Wettbewerb zu einem Funktionsdefizit auf dem Endkundenmarkt führt, d.h. Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau gehalten werden können. Dies ist jedoch nur gegeben, wenn auch auf dem Endkundenmarkt kein wirksamer Wettbewerb besteht, da es ansonsten dem Betreiber nicht möglich wäre, seine Preise zum Nachteil der Endnutzer mißbräuchlich zu bilden. Somit setzt § 28 Abs. 4 S. 2 TKG-E den Regelungsgehalt des Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie in richtiger Weise um.

### 1.3. Diensteanbieterzugang

- **Empfehlung**

In die Aufhebungsvorschrift des § 149 Abs. 2 TKG-E muß § 4 TKV mit einbezogen werden.

- **Begründung**

Nach dem neuen Europäischen Rechtsrahmen, insbesondere Art. 12 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG, kann der Resaleanspruch von Diensteanbietern nur gegenüber marktbeherrschenden Betreibern von öffentlichen Telekommunikationsnetzen geltend gemacht werden. Eine entsprechende Regelung sieht der § 19 TKG-E vor. In der Übergangsregelung des § 149 Abs. 2 TKG-E, durch den diverse derzeitige mit den Regelungen des TKG-E kollidierende Normen außer Kraft gesetzt würden, ist jedoch die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung, insbesondere § 4 der TKV, nicht enthalten. § 4 TKV sieht nach dem Wortlaut keine Beschränkung des Diensteanbieterzugangs auf marktbeherrschende Netzbetreiber vor, so dass er mit den Regelungen des § 19 TKG-E und den diesem zugrunde liegenden europäischen Vorschriften im Widerspruch steht.

Von den GSM-Netzbetreibern sind drei der vier Betreiber aus ihrer GSM-Lizenz rechtlich verpflichtet, den Diensteanbieterzugang zu gewähren. Bei der Erteilung der E2-Lizenz von O2 Germany, damals noch firmierend unter VIAG Interkom, wurde gewollt auf eine solche lizenzrechtliche Verpflichtung verzichtet, um den Markteintritt des letzten der vier Netzbetreiber nicht mit einer Diensteanbieterverpflichtung zu belasten. Die in § 148 Abs. 4 TKG-E enthaltene Regelung, die die bestehenden Diensteanbieterverpflichtungen aus den GSM-Lizenzen und bzgl. der UMTS-Lizenzen fortschreibt, stellt einen Kompromiß zugunsten

der Diensteanbieter in Deutschland dar, um deren Geschäftsmodell im bisherigen Umfang zu sichern, obwohl das neue europäische Recht Diensteanbietern diesen Anspruch nur gegenüber marktbeherrschenden Netzbetreibern gewähren will. Eine Berufung auf die

Vorschrift des § 4 TKV ist daher seit dem Erlass des neuen europäischen Rechtsrahmens wegen Verstoßes gegen diesen nunmehr mißbräuchlich. § 4 TKV ist mit Inkrafttreten des TKG durch § 149 Abs. 2 TKG-E aufzuheben.

- **Formulierungsvorschlag**

<b>§ 149</b> <b>Inkrafttreten, Außerkrafttreten</b>
<p>(2) Das Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120), zuletzt geändert durch Artikel 1 und 3 des Gesetzes vom 9. August 2003 (BGBl. I S. 1590), das Fernsehsignalübertragungsgesetz vom 14. November 1997 (BGBl. I S. 2710), zuletzt geändert durch Art. 20 des Gesetzes vom 7. Mai 2002 (BGBl. I S. 1529), die Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung vom 1. Oktober 1996 (BGBl. I S. 1492), die Netzzugangsverordnung vom 23. Oktober 1996 (BGBl. I S. 1568), die Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung vom 30. Januar 1997 (BGBl. I S. 141), <b>§ 4 der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung vom 11. Dezember 1997 (BGBl. I S. 2910)</b>, die Telekommunikations-Datenschutzverordnung vom 18. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1740), die Frequenzuteilungsverordnung vom 26. April 2001 (BGBl. I S. 829) und die Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung 2002 vom 9. September 2002 (BGBl. I S. 3542) treten am Tag nach der Verkündung dieses Gesetzes außer Kraft.</p>

## 2. Befugnisse/ Aufsicht/ Struktur der Reguli- rungsbehörde

- **Empfehlung:**

Aufnahme von § 13 TKG-E als Regelbeispiel in § 130 Abs. 3 TKG-E.

- **Begründung:**

Die Sachverständige O2 Germany teilt die Auffassung des Bundesrats gemäß Antrag 82 (BT-Drucksache 15/2316), dass Verfügungen gemäß § 13 TKG-E ausschließlich durch die Präsidentenkammer der RegTP getroffen werden sollen. Die Regulierungsverfügung gemäß § 13 TKG-E umfaßt in einer einheitlichen Entscheidung die Marktabgrenzung, die Marktanalyse und die aufzuerlegende Verpflichtung in einem einzigen Verwaltungsakt. Alle weiteren Entscheidungen der RegTP gegenüber einem Unternehmen beruhen auf dieser grundsätzlichen Entscheidung.

## 3. Kundenschutz

### 3.1. Zu § 44 Abs. 1 S. 2 TKG-E Rufnummerübertrag- barkeit

Im Rahmen der parlamentarischen Diskussion über den Entwurf des neuen TKG hat der Bundesrat in seiner Sitzung am 19.12.2003 einen Prüfantrag zu § 44 Abs. 1 Satz 2 TKG-E an den Bundestag übermittelt. Dieser Antrag beinhaltet die Aufforderung zu prüfen, dass Wettbewerbsnachteile verhindert werden und insbesondere die Rufnummernportabilität auch für Produkte möglich ist, die Festnetz und Mobilfunk kombinieren.

- **Empfehlung**

§ 44 Abs. 1 Satz 2 muß angepaßt werden, um bereits am Markt bestehende und sich in Entwicklung befindliche innovative Produkten, weiter anbieten zu können.

- **Begründung**

§ 44 Abs. 1 TKG-E bezweckt eine Aufrechterhaltung der klaren Unterscheidung von ortsgebundenen und mobilen Rufnummern. Der Anrufende soll bei geographischen Rufnummern wissen, wohin er telefoniert. Dies ist z.B. für die Taktung, Gebührenhöhe und damit unmittelbar für die Frage der eventuellen Benutzung eines Call-by-Call-Verfahrens entscheidend.

Für den Mobilfunk wurde auf die Möglichkeit der Rufnummernportierung zwischen den Netzen durch die Einrichtung von kostenfreien Auskunftsdiensten reagiert, über die der Kunde erfragen kann, in welches Netz er telefoniert. Im Mobilfunk ist der Gebührenunterschied nicht vom Aufenthaltsort des Telefons abhängig, sondern lediglich vom Netz in dem das Telefon eingebucht ist.

Durch den derzeitigen, sehr allgemein gehaltenen Wortlaut des § 44 TKG-E besteht die Gefahr, dass Geschäftsmodelle, welche die Verbindung von Festnetzmerkmalen im Bereich der Tarifierung und Mobilfunk in einem einheitlichen Vertrag bezwecken und so eine beschränkte Mobilität des Festnetzanschlusses erreichen, zu Lasten des Kunden, der dadurch einen Festnetztarif in einem weiteren Bereich um seinen Anschluß nutzen kann, behindert würden. Durch solche Produkte wird dem Kunden eine Alternative zum klassischen Festnetz sowie eine attraktive Lösung für

Festnetz und Mobiltelefonie „aus einer Hand“ geboten, welche bislang nur durch die Deutsche Telekom AG zu verwirklichen war. Diese Produkte führen deshalb zu einer Erhöhung des Wettbewerbs zugunsten des Endverbrauchers. Der Antrag zu § 44 Abs. 1 Satz 2 schafft die erforderliche Klarstellung, dass durch den derzeitigen Text des TKG-E zur Rufnummerportierung nicht die Mitnahme einer Festnetznummer eines Endnutzers zu der geographische Rufnummer des

O2-Genion-Produktes unterbunden werden könnte. Dieses stellt hinsichtlich der Zustellung des Anrufes (über die Luftschnittstelle) ein Mobilfunkprodukt dar, ist jedoch aufgrund der Tarifierung und der örtlichen Gebundenheit im Bezug auf die Erreichbarkeit unter einer geographischen Rufnummer einem Festnetzdienst vergleichbar und geeignet einen solchen zu substituieren.

- **Formulierungsvorschlag**

#### § 44

##### *1.1.1.1.1.1.1.1 Rufnummernübertragbarkeit, Europäischer Telefonnummernraum*

(1) Betreiber öffentlich zugänglicher Telefonnetze, haben in ihren Netzen sicherzustellen, dass Teilnehmer ihre Rufnummer unabhängig von dem Unternehmen, das den Telefondienst erbringt, wie folgt beibehalten können:

1. im Fall geographisch gebundener Rufnummern an einem bestimmten Standort und
2. im Fall nicht geographisch gebundener Rufnummern an jedem Standort.

Die Regelung in Satz 1 gilt nicht für die Übertragung von Rufnummern von Netzen, die Dienste an festen Standorten erbringen, zu Mobilfunknetzen, **ausgenommen das Festnetz substituierenden Dienste und umgekehrt.**

#### 4. Datenschutz und Sicherheit

Die wiederholt geäußerte, grundsätzliche Kritik an der Belastung der Telekommunikationsunternehmen mit den Kosten der Überwachungsmaßnahmen ohne hinreichende Entschädigung, wird ausdrücklich beibehalten. Es handelt sich hierbei um eine Inanspruchnahme Privater für die Erfüllung staatlicher Aufgaben, welche unangemessen und verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Das TKG muß dahingehend geändert werden, dass den Telekommunikationsanbietern die Kosten zur Bereitstellung der notwendigen technischen Anlagen ersetzt und die Arbeitsleistung im Zusammenhang mit den konkreten Auskunftersuchen und Überwachungsmaßnahmen der Sicherheitsbehörden hinreichend entschädigt werden.

##### 4.1. Zu § 93 TKG-E Vertragsverhältnisse

- **Empfehlung**

Die Telekommunikationsbranche darf bei der Verwendung eigener Kundendaten nicht schlechter gestellt werden als andere Wirtschaftszweige – Opt-In versus Opt-Out Verfahren. Das in § 93 Abs. 2 TKG-E enthaltene Einwilligungserfordernis (Opt-In) für die Verwendung von Bestandsdaten zu Marketingzwecke ist zu streichen.

- **Begründung**

§ 93 Abs. 2 TKG-E stellt eine Belastung für die TK-Unternehmen gegenüber dem Referentenentwurf vom 30.04.03, der über den Verweis auf § 28 BDSG ein Opt-Out beinhaltete, sowie gegenüber Unternehmen anderer Wirtschaftszweige dar.

Mit dieser Regelung wird grundlos über die Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 der europäischen Datenschutzrichtlinien 2002/58/EG hinausgegangen, wonach ein Unternehmen, das die Kontaktdaten eines Kunden anlässlich eines geschäftlichen Kontaktes erlangt hat, diesen zu Werbezwecken etc. ansprechen kann. Die Richtlinie enthält keinen Umsetzungsspielraum für eine einschränkende (Opt-In) Regelung, so weist Art. 13 Abs. 2 letzter Satz explizit auf einen Widerspruch des Kunden und nicht auf ein fehlendes Einverständnis hin.

Aufgrund der europarechtskonformen Umsetzung im derzeit zu novellierenden UWG, in dem die Verwendung von Kundendaten zum Direkt-Marketing bei bestehenden Vertragsbeziehungen als grundsätzlich zulässig erklärt wird (Opt-Out), käme es zu einem Widerspruch zwischen den Regelungen des UWG und denen des TKG. Als *lex specialis* für TK-Unternehmen ist das TKG vorrangig vor dem UWG anzuwenden, so dass die TK-Unternehmen gegenüber sonstigen Unternehmen anderer Branchen benachteiligt würden.

Das TKG würde somit eine Mehrbelastung für die TK-Unternehmen begründen, die unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 GG des Vorliegens eines sachlichen Grundes bedürfte. Dieser ist nicht erkennbar, da die Kunden von TK-Unternehmen von den allgemeinen Bestimmungen ausreichend geschützt werden. Eine Rechtfertigung einer sektorspezifischen, über das allgemeine Datenschutzrecht hinausgehenden Regulierung ist nicht gegeben.

**4.2. Zu § 94 Abs. 2, 95 Abs. 3, 4, § 95 Abs. 1 TKG-E, Verkehrsdatenspeicherung für sechs bzw. zwölf Monate**• **Empfehlung**

§§ 94, 95 TKG-E sollten in der Fassung des Kabinettdentwurfs vom 15.10.2003 bestehen bleiben. Die vom Bundesrat debattierte Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten zur Beauskunftung an Ermittlungsbehörden darf nicht umgesetzt werden, da sie enorme finanzielle Belastungen für die Netzbetreiber verursacht und mit dem Gebot der Datensparsamkeit aus BDSG und TDSV nicht vereinbar ist.

• **Begründung**

Die durch den Bundesrat adressierte Änderung von § 94 Abs. 2, § 95 TKG-E mit dem Ziel einer Speicherpflicht für Verkehrsdaten für eine Dauer von 6 bzw. 12 Monaten stellt eine erhebliche Verschlechterung des TKG-E zu Lasten der Netzbetreiber dar. Eine solche Pflicht ist unverhältnismäßig und verfassungsrechtlich bedenklich, da private Unternehmen zur vorsorglichen Speicherung von Daten in die Pflicht genommen werden und mit den entstehenden Kosten belastet werden, ohne dass dafür eine ausreichende Entschädigung gewährt wird. Die Kosten für die Bereitstellung des Speicherplatzes, dessen Pflege und Administration belaufen sich alleine bei den Mobilfunkunternehmen auf mehrere Millionen Euro im Jahr. Die Speicherkapazitäten müßten bei verschiedenen Unternehmen verdoppelt werden.

Eine solche Verpflichtung wird dabei auch nicht zu einer effektiveren Ermittlung von Straftätern führen, da durch die Verwendung ausländischer Telefone und der Verwendung von Strohmannern bei Vertragsabschluss die Überwachung umgangen werden kann. Erfolge wären deshalb nur dort zu erwarten, wo die Täter „unprofessionell“ sind oder über eine geringe kriminelle Energie verfügen. Solche zusätzlichen Erfolge im Bereich der Kleinkriminalität rechtfertigen jedoch nicht den erheblichen Eingriff in die Rechte des Bürgers und der Netzbetreiber.

**4.3. Zu § 106 Notruf**• **Empfehlung**

Regelungen, die unverhältnismäßige Belastungen der Netzbetreiber in Bezug auf die Bereitstellung von Notrufeinrichtungen vorsehen, sind nicht sachgerecht.

• **Begründung**

Für Mobilfunknetzbetreiber ist die Berücksichtigung des technisch Machbaren in den vorhandenen Telekommunikationsnetzen von entscheidender Bedeutung. Gerade in Mobilfunknetzen würde die Einführung von technischen Funktionalitäten für die Übertragung von Standortdaten je nach Anforderungsgrad, die über das derzeit technisch Vorhandene hinaus gehen, unverhältnismäßig hohe Kosten zur Folge haben.

• **Formulierungsvorschlag****§ 106****Notruf**

(1) Wer Telefondienste für die Öffentlichkeit erbringt, ist verpflichtet, für jeden Nutzer unentgeltlich Notrufmöglichkeiten unter der europaeinheitlichen Notrufnummer 112 und den in der Rechtsverordnung nach Absatz 2 Satz 1 Nr. 1 festgelegten zusätzlichen nationalen Notrufnummern bereit zu stellen. Wer Telekommunikationsnetze betreibt, die für Telefondienste für die Öffentlichkeit genutzt werden, ist verpflichtet, Notrufe einschließlich

1. der Rufnummer .....
2. der Daten, die zur Ermittlung des Standortes erforderlich sind, von dem die Notrufverbindung ausgeht, *soweit dies nach dem in dem jeweiligen Telekommunikationsnetz vorhandenen und tatsächlich genutzten Stand der Lokalisierungstechnik möglich ist,*

**an die örtlich zuständige Notrufabfragestelle unverzüglich zu übermitteln.**

(2) **Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium des Innern und dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung durch Rechtsverordnung Regelungen zu treffen**

1. , zur Festlegung der .....,
2. zur Herstellung von Notrufverbindungen, .....,
3. **zum Umfang der von .....,**
4. zur *nachträglichen* Bereitstellung und Übermittlung von Daten, die geeignet sind, ~~der Notrufabfragestelle~~ die Verfolgung von Missbrauch des Notrufs zu ermöglichen,

#### 4.4. Zu § 109 Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden

- **Empfehlung**

Keine Ausweitung der Pflicht zur Erhebung von Kundendaten gegenüber dem derzeit gültigen TKG. Insbesondere die Pflicht, Daten von Pre-Paid Kunden zu erheben ist verfassungsrechtlich bedenklich. Eine Pflicht zur Überprüfung dieser Daten im Bereich Pre-Paid durch ein Ausweisoriginal erschwert den Vertrieb dieser Produkte und würde insbesondere den Vertrieb über das Internet de facto verbieten.

- **Begründung**

Die bereits im TKG-E vorhandene Ausweitung der Pflicht zur Erhebung von Kundendaten ist datenschutzrechtlich bedenklich, führt zu hohen Kosten für die Anpassung der Prozesse und die erhöhten Speicherkapazitäten und ist deshalb wieder auf die nach der derzeitigen Praxis zu erhebenden Daten zu begrenzen. Die nach jetziger Gesetzesfassung zusätzlich zu erhebenden Daten werden vom Anbieter nicht benötigt, so dass eine Erhebung der Zweckbindung und damit dem Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit aus § 3a BDSG zuwiderläuft.

Insbesondere eine Verpflichtung, Daten auch bei dem Verkauf von PrePaidProdukten zu erheben ist völlig unverhältnismäßig. Die erhobenen Daten werden von den TKUnternehmen nicht benötigt, da der Kunde durch Aufladen der Guthabekarte in Vorleistung tritt und somit keine Rechnung erstellt werden muss. Die Erhebung dient ausschließlich den Auskunftsbedürfnissen der Sicherheitsbehörden und stellt schon damit eine nach Rechtsprechung des BVerfG unzulässige Vorratsdatenspeicherung und somit einen Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Kunden dar. Außerdem zeigt die Realität, dass die erhobenen und nach Möglichkeit aktualisierten Daten wenig Beweiswert für die Ermittlungsbehörden enthalten, da die Pre-Paid-Karten häufig von den Erwer-

bern an Dritte weitergegeben und von diesen nicht nachregistriert werden. Eine Registrierungsspflicht bei Pre-Paid besteht dazu in den meisten europäischen Ländern nicht, so dass anonymes Telefonieren auch durch Benutzung einer ausländischen Karte ermöglicht wird. In Europa bestehen in der Regel Roaming-Vereinbarungen im Bereich Pre-Paid mit zumindest einem Anbieter in jedem Land, so dass ein Telefonieren in Deutschland mit im europäischen Ausland erworbenen Pre-Paid-Telefonen möglich ist. Die für die Ermittlung von Straftätern so weitgehend wirkungslose Verpflichtung zur Vorhaltung der Daten führt aber dazu, dass deutsche Unternehmen im europäischen Vergleich durch die faktische Beschneidung der Absatzverfahren (z.B. Supermarktverkauf) benachteiligt werden. Die zusätzliche Forderung des Wirtschaftsausschusses, dass die Kundendaten bei Pre-Paid durch eine Ausweiskontrolle überprüft werden sollen, wobei sogar eine vom Kunden übersandte Ausweiskopie nicht genügen soll, führt zu einer de facto Untersagung der Vertriebsmöglichkeiten über Fernabsatzkanäle, wie z.B. Tele-Shops und das Internet. Der Verzicht auf diese effektiven Vertriebskanäle würde für die Unternehmen einen wirtschaftlichen Schaden in Millionenhöhe bedeuten.

Auch der Umregistrierungsprozeß würde durch das Erfordernis, ein Ausweisoriginal vorzulegen erschwert und entwertet. Der Kunde müsste zu einer Umregistrierung einen Händler aufsuchen, anstatt wie bisher eine Kopie des Ausweises nebst Umregistrierungsformular zu schicken. Die ohnehin geringe Bereitschaft der Kunden sich umzuregistrieren, würde damit weiter geschwächt, was unmittelbar die Aktualität und Richtigkeit der Daten in der Kundendatenbank negativ beeinträchtigt.

Eine Verpflichtung zur Aufbewahrung und Beauskunftung der Ausweiskopien würde zu erheblichen Mehrkosten aufgrund erhöhtem Speicherbedarf und Administration führen.

- **Formulierungsvorschlag**

### § 109

#### 1.1.1.1.1.1.2 Daten für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden

(1) Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste für die dem Kunden eine Rechnung gestellt wird erbringt oder daran mitwirkt und dabei Rufnummern vergibt oder Telekommunikationsanschlüsse für von anderen vergebene Rufnummern bereitstellt, hat für die Auskunftsverfahren nach den §§ 110 und 111 die Rufnummern, den Namen und die Anschrift des Rufnummerninhabers zu speichern.

## 5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

### 5.1 Zu § 60 Frequenzhandel

- **Empfehlung**

In § 60 Abs. 1 Nr. 3 TKG-E muß klargestellt werden, dass der Handel mit den im Rahmen der UMTS-

Lizenzvergabe aus dem Jahre 2000 vergebenen Frequenzen hiervon nicht umfasst ist.

- **Begründung**

Eine Freigabe der im Jahre 2000 vergebenen UMTS-Frequenzen für den Handel könnte eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung und eine Benachteiligung der

derzeitigen Frequenzinhaber mit sich bringen. Diese haben in Europa einmalige Gebühren für den Erhalt der entsprechenden Frequenzen im Versteigerungsverfahren geleistet. Die Freigabe des Handels dieser Fre-

quenzen würde eine erhebliche Benachteiligung gegenüber neu in den Markt eintretenden Unternehmen bedeuten.

- **Formulierungsvorschlag**

§ 60
<p>1.1.1.1.1.1.1.3 <i>Frequenzhandel</i></p> <p>(1) Die Regulierungsbehörde kann nach Anhörung der betroffenen Kreise Frequenzbereiche für den Handel freigeben sowie die Rahmenbedingungen und das Verfahren für den Handel festlegen, wenn</p> <p>....</p> <p>3. <del>das ursprüngliche Vergabeverfahren einer Frequenzzuteilung nach Frequenzhandel nicht entgegensteht</del> die Zuteilung der Frequenzen zeitlich nach Inkrafttreten dieses Gesetzes erfolgt ist</p>

## 5.2. Zu § 135 TKG-E Rechtsweg

- **Empfehlung**

Der Rechtsweg für Klagen gegen die Entscheidungen der Beschlusskammern der RegTP sollte auch weiterhin bei den Verwaltungsgerichten verbleiben.

- **Begründung**

Die gelegentlich gestellte Forderung, die Entscheidungen der Beschlusskammern der RegTP sollten im Wege des Zivilrechtsweges (Kartellrechtsweg) angefochten werden können, so dass eine dem § 63 GWB entsprechende Regelung in das TKG-E aufgenommen werden sollte, ist abzulehnen, da der dafür erforderliche Aufwand unverhältnismäßig ist. Die für die Entscheidungen der RegTP zuständigen Gerichte des Verwaltungsrechtsweges haben in den seit Erlass des TKG vergangenen mehr als sieben Jahre eine Sachkompetenz zu den Fragen der Regulierung der Telekommunikationsmärkte entwickelt, die bei einer Umstellung auf den Kartellrechtsweg zunächst verloren ginge. Auch gibt die bisherige Erfahrung mit dem Verwaltungsrechtsweg keinen Anlaß, die bestehende Praxis ändern zu müssen. Vielmehr sollte hier vermieden werden, durch unnötige Änderungen, Verzögerungen durch gesetzlich bedingte Umstrukturierungen herbeizuführen.

Desweiteren ist zu berücksichtigen, dass bei einer Vielzahl von Entscheidungen der RegTP, wie:

- Frequenzzuteilungen
- Numerierung
- Gebühren für Amtshandlungen
- Wegerechte
- Standortbescheinigungen

der Kartellrechtsweg nicht möglich und sinnvoll erschiene, da es sich um klassische Verwaltungsentscheidungen im Verhältnis von Unternehmen zum Staat handelt.

## 5.3. Zu § 142 TKG-E Telekommunikationsbeitrag

- **Empfehlung**

Die Erhebung eines Telekommunikationsbeitrages i.S. des § 142 TKG-E ist abzulehnen, § 142 TKG-E sollte daher gestrichen werden.

- **Begründung**

Die Auferlegung wirtschaftlicher Belastungen für Aufgaben, die hoheitlichen Charakter haben, muß unterbleiben. Ferner besteht kein ausreichend rechtfertigender Grund, warum die sektorspezifische Aufsichtsbehörde durch einen Beitrag der Marktteilnehmer mit finanziert wird, das Bundeskartellamt als Aufsichtsbehörde des allgemeinen Wettbewerbsrecht jedoch aus Steuermitteln unterhalten wird. Es besteht ferner die Gefahr, dass sich die RegTP mit den Gebühren aus § 140 TKG-E und zusätzlich § 142 TKG-E zwei teilweise überlappende Parallelatbestände zur Finanzierung schafft.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)958**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Deutscher Gehörlosen-Bund e.V.

**1. Zugang zur Informationsgesellschaft für Hörbehinderte – Unzureichende Umsetzung europä- und verfassungsrechtlicher Vorgaben im Kabinettsentwurf zum TKG**

**Bundesregierung zur Schaffung eines Vermittlungsdienstes zur Gewährung gleichwertigen Zugangs für Hörbehinderte verpflichtet.** Die Bundesregierung hat am 15. Oktober 2003 im Rahmen der Umsetzung diverser EG-Richtlinien<sup>135</sup> einen Regierungsentwurf zur Neuregelung des TKG (RegE TKG) vorgelegt. Hierbei hat die Bundesregierung zur Gewährleistung gleichwertigen Zugangs für behinderte Menschen zu Telekommunikationsdienstleistungen bestimmte Pflichten zu erfüllen. Dazu gehört insbesondere die Schaffung der erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen zur Errichtung eines bundesweiten und flächendeckenden Vermittlungsdienstes für Hörbehinderte.

**Unzureichende Umsetzung im neuen Telekommunikationsgesetz (TKG).** Die Bundesregierung ist nur einen Teil des Weges gegangen. Im Ergebnis bleibt sie hinter den Vorgaben sowohl des Europarechts als auch des Grundgesetzes deutlich zurück. Weder die in der Begründung zu § 3 RegE TKG anklingende Verhandlungslösung im Wege von sogenannten Zielvereinbarungen zwischen Betroffenen- und Unternehmensverbänden, noch die mit § 43 RegE TKG vorgenommene Verlagerung der Einrichtung eines Vermittlungsdienstes in die Telekommunikationskundenschutzverordnung, bieten eine ausreichende Grundlage dafür, die geforderte *Gleichwertigkeit* des Zugangs hörbehinderter Menschen zu Telekommunikationsdienstleistungen sicherzustellen.

Der derzeitige Stand der Umsetzung begegnet folgenden gravierenden Bedenken:

- **Erlass einer Kundenschutzverordnung ohne hinreichende gesetzliche Grundlage und klare Zielvorgabe greift zu kurz.** Die in § 43 RegE TKG für den Erlass einer Telekommunikations-Kundenschutzverordnung enthaltene Auflage, "die Interessen behinderter Nutzer besonders zu berücksichtigen", wird den europarechtlichen und grundgesetzlichen Anforderungen nicht gerecht. Es fehlen jegliche weiteren Zielvorgaben; die nähere Ausgestaltung im Hinblick auf die Einrichtung eines Vermittlungsdienstes für Hörbehinderte wird komplett dem Verordnungsgeber überlassen. Die vorgesehene Regelung wirft demnach erhebliche Bedenken im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG auf und verstößt gegen die europarechtlichen Vorgaben der EU Universaldienstrichtlinie. Denn in Bezug auf das "Ob" eines gleichwertigen Zugangs behinderter Nutzer hat der nationale Gesetzgeber nach Art. 7 der Universaldienstrichtlinie keinen Beurteilungsspielraum -- und nur mit einer eindeutigen Zielvorgabe kann hörbehinderten Menschen ein gleichwertiger Zugang zu Telekommunikationsdienstleistungen ermöglicht werden.
- **Verhandlungszwang, aber kein Abschlusszwang aus BGG.** Der in der Begründung zu § 3 RegE TKG zusätzlich enthaltene Verweis auf § 4 ff. BGG geht ebenfalls am Problem vorbei. Das BGG enthält lediglich eine Aufforderung an die Parteien, sogenannte Zielvereinbarungen zur Erreichung von „Barrierefreiheit“ zu verhandeln. Ein unmittelbarer Abschluss- oder Ergebniszwang ist indes nicht vorgesehen. Die §§ 4, 5 BGG können eine „harte“ Regelung zum gleichwertigen Zugang für Hörbehinderte im Universaldienstregime des TKG nicht ersetzen, sondern diese lediglich ergänzen. Entscheidend für die Umsetzung der Richtlinie ist die Zielerreichung, nicht die Zielbeschreibung.
- **Verortung von Pflichten der Telekommunikationsanbieter im Kundenschutzrecht ist nicht sinnvoll und kann zu Wettbewerbsbeschrän-**

<sup>135</sup> Rahmenrichtlinie (2002/21/EG); Genehmigungsrichtlinie (2002/20/EG); Zugangsrichtlinie (2002/19/EG); Universaldienstrichtlinie (2002/22/EG); Datenschutzrichtlinie (2002/58).

**kungen führen.** Schließlich ist zu beachten, dass die Verortung des gleichwertigen Zugangs für Hörbehinderte im Bereich des Kundenschutzes auch aus rechtssystematischen und wettbewerbspolitischen Gründen problematisch ist. Die Kundenschutzverordnung trifft grundsätzlich jedes Unternehmen, unabhängig von seiner Marktstellung, gleichermaßen. Allerdings ist die eigenständige Schaffung eines Vermittlungsdienstes für Hörbehinderte durch jeden Telekommunikationsanbieter gar nicht erforderlich. Vielmehr reicht es völlig aus, wenn ein oder mehrere Dienste die Leistung für alle anbieten. Die Telekommunikationsanbieter oder der Bund müssen lediglich sicherstellen, dass die Leistungen durch die Hörbehinderten für ein angemessenes Entgelt zu erwerben sind. Gleichzeitig muss verhindert werden, dass nur die marktbeherrschenden Anbieter verpflichtet werden, da ansonsten Wettbewerbsverzerrungen entstehen können.

**Regelung im Rahmen des Universaldienstregimes klar vorzugswürdig.** Vor diesem Hintergrund ist die Aufnahme einer Verpflichtung zur Errichtung eines Vermittlungsdienstes für Hörbehinderte im Rahmen des Universaldienstregimes klar vorzugswürdig.

Eine solche Regelung könnte wie folgt aussehen:

#### § 71 Universaldienstleistungen

(1) [...]

(2) Als Universaldienstleistungen werden bestimmt:

1. – 5. [...]

6. die Bereitstellung eines fortwährend zur Verfügung stehenden Dolmetscher- und Vermittlungsdienstes (Relay Service), der hörbehinderten Menschen eine angemessene Nutzung öffentlicher Telefondienste, einschließlich der Notruf- und Aus-

kunftsdienste, gewährleistet und der nach Maßgabe der individuellen Bedürfnisse des Behinderten wahlweise unter Verwendung von - Deutscher Gebärdensprache im Wege der Bildübertragung bzw. - Schriftzeichen im Wege der Textübertragung in Anspruch genommen werden kann.

(3) [...]

(4) [...]

Die hier vorgeschlagene Lösung fügt sich gut in die Systematik des RegE TKG ein: Die Verpflichtung der Telekommunikationsunternehmen zu ausreichender und angemessener Bereitstellung des Universaldienstes ergibt sich bereits aus § 73 Satz 1 in Verbindung mit § 74 Absatz 1 RegE TKG. Die Kosten können über eine Umlage gem. § 76 Absatz 1 Satz 1 RegE TKG als Beitrag zum möglichen Ausgleich nach § 75 Abs. 1, Abs. 2 finanziert werden, falls sich der Universaldienst nicht durch Entgelte der Nutzer des Dienstes trägt. Die Obergrenze des Entgeltes wird durch die RegTP in Abwägung der ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe "erschwingliche [...] Nutzung" (§ 72 RegE TKG ) unter Berücksichtigung der Begrenzung auf eine "angemessene Nutzung" festgelegt.

**Jedenfalls: Hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage für Gewährleistungsregelung in der TK-Kundenschutzverordnung erforderlich.** Sollte sich der Gesetzgeber trotz dieser Einwände für eine Regelung für gleichwertigen Zugang für Hörbehinderte zu Telekommunikationsdienstleistungen im Bereich des Kundenschutzregimes entscheiden, erscheint es zwingend, dass die gesetzliche Regelung hinreichend bestimmt formuliert ist, um die Telekommunikationsunternehmen im Rahmen der TK-Kundenschutzverordnung zu einem (anteiligen) Beitrag für die Schaffung eines oder mehrerer Vermittlungsdienste zu verpflichten.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)953**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Deutsche Telekom

**Inhalt**

(Gliederung entsprechend dem vorgegebenen Themenkatalog des Bundestagsausschuss)

**I. Markt und Entgeltregulierung**

1. Funktionsfähiger Wettbewerb, § 3 Nr. 10
2. Übertragung von Marktmacht, § 11 Abs. 1 Satz 4
3. Regelmäßige Überprüfung der Marktanalyse § 14, Abs. 2
4. Flexibilität bei der Auferlegung von Verpflichtungen
5. Schutz neuer Märkte, insb. § 19 Abs. 2 Nr. 2; Zeitgleiche Bereitstellung von Vorleistungen § 37
6. Automatische Vorleistungsverpflichtung, § 19, Abs. 3
7. Resale, § 19 Abs. 2 Nr. 3
8. Entgeltkriterium für Resale-Angebote, § 28 Abs. 6
9. Anordnung von Tarifsystemen, § 27 Abs. 3
10. Kostenorientierung, § 29 Abs. 1
11. Angemessene Verzinsung, § 29 Abs. 4
12. Prüffristen bei der ex-post Regulierung, § 36
13. Regulierung von Endkundenentgelten, § 37 Abs. 2
14. Besondere Missbrauchaufsicht, Mehrerlösabschöpfung §§ 40f
15. Telefonnahe Dienste, § 3 Nr. 23, § 18 Abs. 2, § 19 Abs. 2 Nr. 7 und § 40 Abs. 1

**II. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde**

16. Beurteilungsspielräume, insbes. § 10 Abs. 2

17. Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen, § 33 Abs. 5

18. Geheimnisschutz in Gerichtsverfahren, insb. § 136 Abs. 2 und 4

19. Keine Drittantragsrechte

**III. Kundenschutz**

20. Bereitstellung von Teilnehmerdaten, § 45

**IV. Datenschutz und Sicherheit**

21. Datenschutz, §§ 90, 93, 103
22. Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung, §§ 94 ff
23. Öffentliche Sicherheit, §§ 106 ff (Umfang der Auflagen)
24. Öffentliche Sicherheit, §§ 106 ff (Kostentragung)

**V. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges**

25. Billing und Inkasso, § 19 Abs. 2 Nr. 7, § 18, § 3 Nr. 23
26. Wegerecht, § 66 Abs. 3
27. Nummerierung § 3 Nr. 13 und 18 sowie §§ 64, 125 Abs. 1 und 140 Abs. 2
28. Telekommunikationsbeitrag, § 142

**1. Funktionsfähiger Wettbewerb bei Marktdefinition § 3 Nr. 10****Problem**

Für die zentrale Frage, ob ein Telekommunikationsmarkt der Regulierung nach dem 2. Teil des neuen Gesetzes unterfallen soll, knüpft der Entwurf der Bundesregierung in § 10 Abs. 2 an das Konzept des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ an. Die Definition von funktionsfähigem Wettbewerb in § 3 Nr. 10 des Regierungsentwurfs entspricht aber nicht den von der EU-Kommission vorgegebenen Kriterien zur Prüfung des Regulierungsbedarfs. Dadurch wird erhebliche

Rechtsunsicherheit geschaffen. Der Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ muss daher zwingend anhand der EU-Kriterien neu definiert werden.

Der Bundesrat hat eine Angleichung der Definition von „funktionsfähigem Wettbewerb“ an die EU-Kriterien als Teil seines Prüfauftrags zu Marktregulierung gefordert. Die Bundesregierung hat sich in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrats grundsätzlich positiv zu einer Aufnahme der EU-Kriterien in die Definition geäußert. Die Kommission selbst sieht hier entsprechenden Handlungsbedarf. Es ist von großer Bedeutung, dass die bisherige restriktive und nicht EU-konforme Definition nicht lediglich durch die EU-Kriterien ergänzt, sondern durch diese ersetzt wird.

### Regelungsvorschlag Telekom

In § 3 ist die Nr. 10 daher wie folgt zu fassen:

*10. "funktionsfähiger Wettbewerb" ein Wettbewerb auf Märkten, die nicht durch beträchtliche und anhaltende strukturelle oder rechtliche bedingte Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind oder die in absehbarer Zeit zu wirksamem Wettbewerb tendieren oder auf denen die Anwendung des Wettbewerbsrechts allein ausreicht, um dem identifizierten Marktversagen entgegenzuwirken.*

#### Begründung

- Nur die Aufnahme der von der EU-Kommission in ihrer Empfehlung zu relevanten Märkten entwickelten drei ökonomischen Kriterien für die Anwendung sektorspezifischer Regulierung in die Definition von „funktionsfähigem Wettbewerb“ führt die Vereinbarkeit der Vorschriften zur Festlegung zu regulierender Märkte (§§ 9, 10 Abs. 2 RegE) mit den Vorgaben des EU-Rahmens herbei. Die Definition des funktionsfähigen Wettbewerbs im Regierungsentwurf widerspricht dagegen EU-Vorgaben. Sie stellt nur auf eines der drei kumulativ geltenden EU-Kriterien ab. Die Definition ist zudem zu unbestimmt und enthält sachfremde Kriterien, die zu erhöhter Unsicherheit für die Marktteilnehmer über mögliche staatliche Eingriffe auf den TK-Märkten führen würden.

## 2. Übertragung von Marktmacht, § 11 Abs. 1 Satz 4

### Problem

Das Konzept der Übertragung von Marktmacht (‘Leveraging’) aus der EU-Rahmenrichtlinie ist durch die EU-Kommission nach Erlass der Richtlinien maßgeblich eingeschränkt worden. Insbesondere soll es nicht auf neu entstehende Märkte Anwendung finden, um Innovation und Investition in neue Dienste zu schützen. Auch soll dort, wo z.B. auf einem Vorleistungsmarkt bereits Regulierung Anwendung findet, nicht weitere Regulierung damit begründet werden können, dass Marktmacht vom regulierten Markt auf einen anderen Markt ‘übertragen’ werde. Diese Einschränkungen müssen in das TKG übernommen werden. Andernfalls wird das Leveraging-Konzept zum Freifahrtsschein für Regulierung auf Endkundenmärkten und neu entstehenden Produkt- und Dienstleistungsmärkten.

### Regelungsvorschlag Telekom

In § 11 Abs. 1 sind daher ein neuer Satz 5 und Satz 6 einzufügen:

*„Eine Marktmachtübertragung gilt als ausgeschlossen, wenn das betreffende Unternehmen auf dem Ausgangsmarkt der Regulierung nach diesem Teil des Gesetzes unterliegt. Satz 4 findet keine Anwendung auf neu entstehende Märkte.“*

#### Begründung

- Das Leveraging-Konzept wurde für Fälle des Missbrauchs nach allgemeinem Wettbewerbsrecht entwickelt. In regulierten Sektoren gilt die Besonderheit, dass angemessene Regulierung auf einem Markt, auf dem beträchtliche Marktmacht besteht, eine missbräuchliche Übertragung der Marktmacht in Nachbarmärkte gerade ausschließt (s. Kommissionsleitlinien zur Marktanalyse, Randziffer 84). Diese Einschränkung sollte in Form einer Vermutungsregel in das neue TKG übernommen werden.
- Die Begründung zum Regierungsentwurf enthält derzeit den Hinweis, je geringer die Regulierungsintensität auf dem Ausgangsmarkt (dort, wo beträchtliche Marktmacht vorliegt) sei, „desto eher kann eine Regulierung des Nachbarmarktes als Folge der Marktmachtübertragung in Betracht kommen“. Die Aussage der EU wird damit in ihr Gegenteil verkehrt und der Eindruck erweckt, bei geringer Regulierung auf dem Ausgangsmarkt sei die Übertragung von Marktmacht wahrscheinlicher. Diese Aussage verschärft noch die Gefahr der Überregulierung, die dem Leveraging-Konzept innewohnt, und sollte durch die vorgeschlagene Klarstellung im Gesetz ersetzt werden.
- Eine Anwendung des Leveraging-Konzepts auf neu entstehende Märkte muss wie in den Leitlinien der Kommission explizit ausgeschlossen werden. Der Referentenentwurf enthält keine solche Einschränkung und leistet damit einer Regulierung neuer und innovativer Märkte Vorschub.

## 3. Regelmäßige Überprüfung beträchtlicher Marktmacht § 14 Abs. 2

### Problem

Um der Dynamik der TK-Märkte gerecht zu werden, sieht die EU-RahmenRL in Art. 15 und 16 ein Marktanalyseverfahren vor, in dessen Rahmen die Regulierungsbehörde die Marktdefinition und die Bestimmung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vornimmt. § 14 Abs. 2 RegE sieht vor, dass alle zwei Jahre „die Ergebnisse der Marktdefinition“ zu überprüfen seien.

In seinem Änderungsantrag zu § 14 Abs. 2 fordert der Bundesrat die Klarstellung, dass auch die Ergebnisse der Marktanalyse nach § 11 RegE, d.h. die Frage des Vorliegens von beträchtlicher Marktmacht, zumindest alle zwei Jahre zu überprüfen seien. Der Antrag wird von der Bundesregierung in Ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates abgelehnt. Einer regelmäßigen Überprüfung beträchtlicher Marktmacht bedürfte es nicht.

**Regelungsvorschlag Telekom**

Annahme des Änderungsantrages des Bundesrates zu § 14 Abs. 2.:

In § 14 Abs. 2 sind nach den Wörtern "*Marktdefinition nach § 10*" die Wörter "*und der Marktanalyse nach § 11*" einzufügen.

**Begründung**

- Die regelmäßige Überprüfung des Bestehens beträchtlicher Marktmacht auf TK-Märkten ist erforderlich, da sich aufgrund technologischer oder werbetreiblicher Entwicklungen die Marktverhältnisse in kurzen Zeiträumen verändern. Das zweijährige Prüfintervall erscheint vor diesem Hintergrund bereits als eher zu lang bemessen.
- Eine solche regelmäßige Überprüfung gänzlich zu verweigern und das regulierte Unternehmen auf die „anlassbezogene“ Überprüfung in § 14 Abs. 1 RegE zu verweisen, deren Eröffnung von einer Vorprüfung durch die Regulierungsbehörde abhängt, ist vor diesem Hintergrund nicht angemessen.
- Die Aufspaltung der Überprüfung in Marktdefinition und Bestimmung beträchtlicher Marktmacht erscheint zudem praxisfern. Immer wenn Märkte neu abgegrenzt werden, muss selbstverständlich auch eine erneute Prüfung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht stattfinden. In der Praxis werden beide Prüfungen durch einen einheitlichen Fragebogen der Regulierungsbehörde eingeleitet.

**4. Flexibilität bei der Auferlegung von Verpflichtungen****Problem**

Es herrscht Einigkeit bei allen Beteiligten, dass der Mobilfunkmarkt in Deutschland funktioniert. Deshalb gibt es keinen Regulierungsbedarf. Auch im TKG-Entwurf ist daher vorgesehen, dass Vorleistungsentgelte im Mobilfunk grundsätzlich lediglich einer Missbrauchskontrolle unterworfen werden (§ 28 Abs. 4 TKG RegE). Dies wurde auch vom Bundesrat bestätigt.

Zusätzlich zum § 28 Abs. 4 ist es im Gesetz erforderlich, eine Flexibilisierung der Regulierungsinstrumente vorzusehen. Eine solche Flexibilisierung des Instrumentariums ist notwendig, um sicherzugehen, dass der Mobilfunk nicht der harten Kostenregulierung, wie sie für den ehemaligen Monopolbereich im Festnetz Standard ist, unterworfen werden kann.

**Regelungsvorschlag Telekom**

Der Gesetzgeber sollte die Regelung des § 28 Abs. 4 weiter unterstützen und zusätzlich flankierend eine Flexibilisierung des Regulierungsinstrumentariums vorsehen.

**Begründung**

- Die EU-Richtlinien selbst sehen eine flexible Handhabung des Regulierungsinstrumentariums vor; starre Regelungen sind mit den EU-Richtlinien nicht vereinbar.

**5. Schutz neuer Märkte (§§ 10, 19, 28), Zeitgleiche Bereitstellung (§ 37)****Problem**

Das TKG differenziert bei Regulierungsinstrumenten und den Kriterien zu ihrer Anwendung nicht zwischen ehemaligen Monopolmärkten, etablierten und neu entstehenden Netzen und Diensten.

Wettbewerber fordern zudem, dass Telekom zukünftig kein innovatives Endkundenprodukt auf den Markt bringen darf, ohne das Telekom ihnen alles zur Verfügung stellt, um selber gleichzeitig entsprechende Produkte am Markt anzubieten.

**Regelungsvorschlag Telekom**

Keine Aufnahme einer Verpflichtung zu gleichzeitigem Angebot von Vor- und Endkundenleistung, wie sie vom Bundesrat für § 37 gefordert wurde.

Streichung § 19 Abs. 2 Nr. 2 (Fortführung einmal gewährter Zugangsleistungen). Stattdessen Aufnahme in § 23 durch Änderung des Abs. 1:

„Kommt eine Zugangsvereinbarung nach § 20 oder eine Vereinbarung über eine Zusammenschaltung nach § 18 ganz oder teilweise nicht zustande *oder wird bereits gewährter Zugang zu Einrichtungen nachträglich verweigert*, und liegen die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Zugangsgewährung vor, *kann* die Regulierungsbehörde, nach Anhörung der Beteiligten *anordnen*. ...“

Neuer § 10 Abs. 2 Satz 3:

„*Neu entstehende Märkte sollen grundsätzlich keiner Regulierung nach dem Zweiten Teil unterworfen werden. Dies gilt auch für neu entwickelte, innovative Produkte und Dienste.*“

Neu einzufügen in § 28 Abs. 2:

„Abweichend von Abs. 1 unterliegen Entgelte für Zugangsleistungen *nach § 19 Abs. 2 Nr.1 soweit sie für neu entwickelte und innovative Produkte auferlegt wurden und für Zugangsleistungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 7 einer nachträglichen Entgeltregulierung nach § 36 Abs. 2 bis 4.*“

**Begründung**

- Eine scharfe Regulierung neuer Märkte würde jegliche Anreize für Innovationen und Investitionen im Keim ersticken. Regulierung würde als drastische Innovationsbremse wirken, da „Vorstoßwettbewerb“ in jeder Marktwirtschaft erforderlich ist. Beispiel: Für den wirtschaftlich und politisch gewollten Breitbandausbau wird nur investiert, wenn regulatorisch „genügend Luft zum Atmen“ da ist und Vorstoßwettbewerb möglich bleibt. Verfassungsrechtlich stößt die gleichzeitige Bereitstellung auf schwere Bedenken.
- Auch die EU-Vorgaben lassen auf neuen, innovativen Märkten, wenn überhaupt, nur eine moderate Regulierung zu (Erwägungsgrund 27 RahmenRL und Erwägungsgrund 15 der Empfehlung der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte).
- Die Begründung des Regierungsentwurfes zu § 14 TKG führt diesen Gedanken auch ausdrücklich an.

Dieser zentrale Gedanke der EU-Regeln gehört jedoch in das Gesetz selbst und nicht lediglich in die Begründung zu § 14.

- Eine Innovationsbremse schwächt Deutschland im internationalen Wettbewerb. Beispiel Frankreich: dort ist gerade ein Gesetz verabschiedet worden, dass innovative Dienste offenbar gänzlich von der sektorspezifischen Regulierung ausschließt, um Marktneuheiten schnell zum Durchbruch zu verhelfen.

## 6. Automatische Vorleistungsverpflichtung, § 19 Abs. 3

### Problem

§ 19 Abs. 3 sieht eine „Soll-Vorschrift“ für den Zugang zu TAL, Zusammenschaltung, Kollokation und technischen Schnittstellen vor. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Abs. 1 wird damit faktisch ausgehebelt. Dies entspricht nicht dem flexiblen Ansatz des EU-Rahmens.

### Regelungsvorschlag Telekom

Die in § 19 Abs. 3 genannten Verpflichtungen sind unter die „Kann“-Regelung in § 19 Abs. 2 zu fassen.

### Begründung

- Art. 12 ZugangsRL ist ausdrücklich als „Kann“-Vorschrift ausgestaltet und sieht für alle Zugangsverpflichtungen zwingend eine detaillierte Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.
- Auch Art. 8 Abs. 2 ZugangsRL sieht vor, dass Verpflichtungen nur in erforderlichem Umfang auferlegt werden dürfen.
- Beide Prüfungen würden nach dem RegE unterbleiben.
- Die „Soll“-Vorschrift des § 19 Abs. 2 ist in Europa bislang einmalig - keines der bislang in anderen EU-Staaten zur Umsetzung der Richtlinien erlassenen Gesetze weicht für einzelne Vorleistungsprodukte von der in Art. 12 Abs. 2 ZugangsRL vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsprüfung ab.
- Befürchtungen, dass Bottleneck-Leistungen wie die TAL von der Deutschen Telekom bei einer durchgängigen Verhältnismäßigkeitsprüfung in Frage gestellt werden, sind unbegründet. ULL-Produkte müssen nach EU-Verordnungen ohnehin durch den SMP-Anbieter angeboten werden.
- Hiervon unabhängig können Bottlenecks im Zeitablauf durch technische Entwicklungen verschwinden. In diesem Falle muss gewährleistet sein, dass auch ohne Gesetzesänderung die Zugangsregulierung modifiziert werden kann.

## 7. Resale § 19 Abs. 2 Nr. 3

### Problem

- Der Reg-E sieht eine generelle und gesetzlich kaum eingeschränkte Möglichkeit vor, marktbeherrschenden Unternehmen Resale als Zugangsverpflichtung aufzuerlegen. Der Regierungsentwurf sieht ein isoliertes, sog. „entbündeltes“ Anschluss-Resale vor. Auch der Bundesrat hat dies

im Ergebnis - wenn auch nur knapp - bestätigt. Resellern würde ein „Rosinenpicken“ bei investitionsintensiven Anschlussprodukten erlaubt, ohne dass für die Reseller ein eigenes wirtschaftliches Risiko bestünde.

- Konsequenz: In der vorliegenden Form bewirkt die Resale-Regelung, dass Investitionen in Anschlussnetze gestoppt, vorhandene Investitionen und Geschäftsmodelle nachträglich entwertet werden und der Infrastrukturwettbewerb zum Erliegen kommt. Dies, obwohl in Deutschland - anders als in allen anderen EU-Staaten der infrastrukturbasierte Anschlusswettbewerb auf Basis der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung weit vorangeschritten ist.
- Darüber hinaus fordert der Bundesrat die Aufnahme von Produkten mit Sondervereinbarungen in Resale-Angebote. Da es sich bei diesen Produkten i.d.R. um neue und innovative Lösungen im Rahmen von höherwertigen, d.h. nicht als Basisleistungen einzustufenden Systemlösungen handelt, würde bei der Entwicklung solcher Dienste ebenfalls das wirtschaftliche Risiko allein durch den Erstanbieter getragen werden.

### Regelungsvorschlag Telekom

Änderung des TKG im Sinne eines Vorschlages von NRW, der trotz wachsender Zustimmung Mitte Dezember noch keine Mehrheit im Bundesrat fand:

§ 19 Abs. 2 Nr. 3 ist wie folgt zu ändern:

- a) Das Wort "bestimmten" ist zu streichen.
- b) Das Wort "Diensten" ist durch die Wörter "Verbindungsleistungen oder Anschlüssen in Verbindung mit Verbindungsleistungen" zu ersetzen.

### Begründung

- Resale ist die zentrale Weichenstellung für zukünftige Innovationen und Investitionen in der TK-Branche. Isoliertes Anschluss-Resale produziert nur „Wettbewerb um des Wettbewerbs Willen“, volkswirtschaftlich wird nichts generiert. Die heutigen Investoren in Anschlussnetze werden „bestraft“. Die Teilnehmernetzbetreiber müssen befürchten, dass die in den vergangenen Jahren geleisteten Milliardeninvestitionen der Anschlussnetzbetreiber schlagartig entwertet würden. Kommt Resale in der bisher von Regierung und Bundesrat vorgesehenen unkonditionierten Form, wird es zu einem reinen Wettbewerb der Vertriebskanäle von Anschlüssen der Telekom kommen.
- Auf der anderen Seite wird von der Deutschen Telekom erwartet, dass sie in Deutschland flächendeckend eine Telekommunikationsinfrastruktur und Telekommunikationsdienste auf hohem Qualitätsniveau zu erschwinglichen Preisen bereitstellt. Ob dieses auch in Zukunft gewährleistet bleiben kann, ist durch die vorgesehene Resale-Regelung ernsthaft in Frage gestellt. Für die Deutsche Telekom ergibt sich vielmehr das Risiko, dass ihr die Luft als Global Player und für den Auf- und Ausbau moderner Breitbandnetze genommen wird.

- Unstrittig ist, dass Resale aufgrund der EU-Richtlinien im neuen Gesetz als mögliche Regulierungsoption zu verankern ist. Gutachterlich ist zwischenzeitlich eindeutig und mehrfach bestätigt, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der EU-Richtlinien eine Resale-Verpflichtung gesetzlich konditionieren darf, wenn nicht sogar muss. (Prof. Koenig, Prof. Kirchner) Die EU-Richtlinien bieten auch für die gebündelte Lösung ausreichend Spielraum, der gesetzlich genutzt werden kann und sollte.
- Im Ausland ist Anschluss-Resale die Ausnahme (bisher nur in 3 der übrigen 14 EU-Mitgliedstaaten; ausgerechnet in Schweden - Tele2 aus Schweden hat bei der RegTP das isolierte Anschluss-Resale beantragt - gibt es kein isoliertes Anschluss-Resale). In Finnland, das den zuständigen EU-Kommissar stellt, ist im neuen Gesetz überhaupt kein Resale vorgesehen.
- Die Deutsche Telekom ist nicht gegen Resale. Mit einem gebündelten Resale von Basisleistungen werden Wettbewerber in die Lage versetzt, durch entsprechende Investitionen eigene höherwertige Produkte im Markt anzubieten. Auch mit einem gebündelten Resale von Anschlüssen und Verbindungen kann das politische Ziel - mehr Dienstewettbewerb bei den Anschlüssen - erreicht werden. Die Service Provider im Mobilfunk haben dies eindrucksvoll - ohne Entbündelung! - unter Beweis gestellt.
- Es fehlen empirische Belege im In- oder Ausland, dass Anschluss-Reseller „nur“ mit Resale einsteigen, später aber nach Erreichen einer „kritischen Masse“ ihrerseits in eigene Anschlussnetze auf Basis der TAL investieren (sog. „Leiter-Theorie“). Reseller werden ihre heutigen, extrem schlanken Firmenstrukturen mit wenigen Angestellten und Call-Centern nicht umstellen und weder in Netze noch in technisches Personal investieren. Reseller werden sich auch lediglich gezielt auf das Segment der Vieltelefonierer konzentrieren und unattraktive Kunden in der Fläche weiter der Telekom überlassen.

## 8. Entgeltkriterium für Resale-Angebote, § 28 Abs. 6

### Problem

Der Kabinettsentwurf sieht für Resale-Angebote eine „Retail minus“-Logik vor. Dabei wird der Resale-Tarif anhand eines Abschlags auf den Endkundertarif ermittelt, der einem effizienten Anbieter eine angemessene Verzinsung seines eingesetzten Kapitals ermöglicht. Der Resale-Tarif darf aber die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht unterschreiten.

Der Bundesrat fordert die Bundesregierung dagegen auf zu prüfen, ob die im Gesetz festgelegte Preisuntergrenze für Resale-Tarife nicht zu Dumpingstrategien des marktbeherrschenden Unternehmens im Endkundenmarkt führen können.

### Regelungsvorschlag Telekom

Der Prüfauftrag des Bundesrates ist abzulehnen.

### Begründung

- Die Frage, inwiefern ein marktbeherrschendes Unternehmen im Endkundenmarkt Dumpingstrategien über einen zu geringen Abstand zwischen Vorleistungs- und Endkundertarifen verfolgt oder nicht, ist im Gesetz eindeutig und ausreichend in § 26 Abs. 2 Nr. 2 geregelt. Eine zusätzliche, in ihrer Wirksamkeit umstrittene Absicherung durch die Aufhebung der Preisuntergrenze in § 28 Abs. 6 ist hierfür nicht erforderlich.
- Die mit dem Prüfauftrag implizit angeregte Streichung der Preisuntergrenze bei Resale-Angeboten des marktbeherrschenden Unternehmens kann aber dazu führen, dass das Unternehmen per Gesetz eine Vorleistung unter den effizienten Kosten anbieten muss. Grund: Der für den Resale-Preis relevante Abschlag vom Endkundenpreis wird nicht anhand der vom Unternehmen eingesparten Kosten ermittelt, sondern ergibt sich aus einer Margengarantie („...Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt.“) für den Reseller. In Märkten mit geringen bzw. kaum vorhandenen Margen wie z.B. dem Anschlussmarkt, bei dem die Preissetzungsmöglichkeiten im Endkundenmarkt auch nur eingeschränkt gegeben sind, würde eine solche Regelung zwangsläufig zur einer gesetzlich erzwungenen Abgabe eines Resale-Angebotes unter Kosten führen.
- Dies wäre nicht nur per se volkswirtschaftlich ineffizient, sondern würde auch zu einer Wettbewerbsverzerrung zu Lasten des TAL-basierten Geschäftsmodells führen. Grund: Die TAL-basierten Wettbewerber beziehen ihre Vorleistungen zu Preisen, die einer kostenbasierten Regulierung unterliegen. Reseller würden dagegen „subventioniert“, da sie nicht die tatsächlichen Kosten der von ihnen bezogenen Vorleistung tragen müssten. Die Relationen der Vorleistungspreise untereinander wären damit zu Gunsten der Reseller verzerrt.

## 9. Anordnung von Tarifsystemen, § 27 Abs. 3

### Problem

Der Kabinettsentwurf sieht eine weitreichende Befugnis der RegTP zur Auferlegung von Tarifsystemen (z.B. Flatrate) vor, die noch tiefer in den Kern der unternehmerischen Freiheit bei der Preissetzung eingreift als dies aus Sicht des regulierten Unternehmens ohnehin bereits der Fall ist. Die vorgesehene Befugnis geht auch weit über das hinaus, was nach den EU-Richtlinien vorgesehen ist. Sie führt letztlich dazu, dass die RegTP die Produktgestaltung samt Pricing übernimmt. Dies stellt einen verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Freiheit dar (ständige Rechtsprechung). Die Anordnungsbeugnis ist statt dessen auf Missbrauchsfälle zu beschränken. Dem Unternehmen ist sein Initiativrecht bei Produkt- und Preisgestaltung zu belassen.

### Regelungsvorschlag Telekom

Annahme des Änderungsantrages Nr. 24 des Bundesrates zu § 27 Abs. 3.:

In § 27 ist der Absatz 3 wie folgt zu fassen:

*"(3) Die Regulierungsbehörde kann im Rahmen eines Verfahrens der Entgeltregulierung ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch gesonderte Entscheidung verpflichten, die Entgelte für Zugangsleistungen auf der Grundlage bestimmter Tarifsysteme zu erheben, soweit dies erforderlich ist zur Abstellung eines missbräuchlichen Verhaltens nach § 26 oder zur Sicherstellung der Genehmigungsvoraussetzungen nach § 33 Abs. 3 und diese Verpflichtung der Erreichung des Regulierungsziels nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 dient. Die Regulierungsbehörde hat bei Auferlegung dieser Verpflichtungen sicherzustellen, dass die wirtschaftliche Effizienz und ein nachhaltiger Wettbewerb gefördert wird und die Verpflichtungen möglichst vorteilhaft für den Endnutzer sind. Trifft die Regulierungsbehörde eine Entscheidung nach Satz 1, hat der Anbieter mit beträchtlicher Marktmacht innerhalb von zehn Wochen einen entsprechenden Entgeltantrag vorzulegen. Die RegTP entscheidet über den Antrag innerhalb der Frist des § 29 Abs. 6 Satz 3."*

#### Begründung

Zur Begründung sei auf die Begründung des Bundesrates verwiesen:

„Die im Vergleich zu Artikel 13 Abs. 2 Satz 1 der Zugangsrichtlinie präzisere Formulierung gewährleistet, dass die rechtsstaatlich (Artikel 20 Abs. 3 GG) gebotenen Anforderungen an eine hinreichend bestimmte gesetzliche Eingriffsgrundlage eingehalten werden. Die Verpflichtungsbefugnis der RegTP muss darüber hinaus mit dem Maßstab der Entgeltregulierung in den §§ 26, 33 Abs. 3 TKG-E in Übereinstimmung gebracht werden, damit für eine Verpflichtung zu bestimmten Tarifsystemen die gleichen Voraussetzungen gelten wie für die sonstige Entgeltregulierung. In den Fällen, in denen ein Tarifsystem weder missbräuchlich ist noch – im Falle der Genehmigungspflicht nach § 28 TKG-E – im Widerspruch zu den Genehmigungsvoraussetzungen des § 33 Abs. 3 TKG-E steht, muss die Preisgestaltungsfreiheit des regulierten Unternehmens gewahrt bleiben. Die Verpflichtung auf ein bestimmtes Tarifsystem ist durch eine gesonderte Entscheidung vorzunehmen, um dem regulierten Unternehmen die verfassungsrechtlich garantierten Initiativrechte bezüglich Gestaltung und Umsetzung des nachfolgenden Entgeltantrages zu gewährleisten. Dem Unternehmen muss die Gelegenheit eingeräumt werden, nach Ergehen einer Verpflichtung zu einem bestimmten Tarifsystem die zuvor auf anderer Grundlage beantragten Entgelte anzupassen.“

#### 10. Kostenorientierung, § 29 Abs. 1 (Entgelte ≤ KeL)

##### Problem

Der Maßstab für die Kostenregulierung soll nach dem Regierungsentwurf weiter verschärft werden. Nach § 29 Abs. 1 dürfen ex-ante genehmigungspflichtige Preise die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) nicht überschreiten. Über den Verweis von § 37 auf die §§ 29 bis 35 können hiervon sogar Endkundenleistungen betroffen sein. In der EU-Zugangsrichtlinie sowie im heutigen TKG ist jedoch ausschließlich eine Kostenorientierung vorgesehen,

die auch Preise über den KeL zulässt, sofern sie nicht missbräuchlich sind.

#### Regelungsvorschlag Telekom

Annahme des Änderungsantrages Nr. 27 des Bundesrates zu § 29 Abs. 1:

*In § 29 Abs. 1 sind die Wörter "sind genehmigungsfähig, wenn sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht überschreiten." durch die Wörter "haben sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren." zu ersetzen.*

#### Begründung

- Eine Gleichsetzung von Preisen und Kosten ist nicht mit den EU-Richtlinien vereinbar: Hierzu hat der Bundesrat in seiner Begründung zum Änderungsantrag ausgeführt: „Die gesetzliche Festlegung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Obergrenze für genehmigungsfähige Entgelte ist nicht mit Artikel 13 der Zugangsrichtlinie zu vereinbaren. Diese sieht lediglich als eine Möglichkeit die Verpflichtung zu kostenorientierten Preisen vor. Darüber hinaus ist durch Artikel 3 Abs. 3 der Entbündelungsverordnung Nr. EG 2887(2000) Kostenorientierung als vorrangiges, unmittelbar geltendes Recht vorgegeben.“
- Kostenorientierung ist auch nach dem heutigen TKG maßgeblich. Inzwischen ist hierzu auch eine Rechtssprechung seitens der Verwaltungsgerichte entwickelt worden, deren Aufhebung unnötig zu Rechtsunsicherheit führen würde.
- Die vermeintliche Unschärfe des Worts „Orientierung“ ist in der Praxis nicht als Nachteil empfunden worden.

#### 11. Angemessene Verzinsung, § 29 Abs. 4

##### Problem

Die Bestimmung der Kapitalverzinsung ist eine zentrale Stellgröße bei der kostenorientierten Entgeltregulierung. Die Zinsfestlegung durch die RegTP muss sich dabei an den Gegebenheiten des Kapitalmarktes orientieren, damit die Wettbewerbsfähigkeit des regulierten Unternehmen nicht gefährdet wird.

§ 29 Abs. 4 des Regierungsentwurfes sieht vor, dass die Regulierungsbehörde die Frage der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals anhand eines Katalogs von vier Kriterien prüft. Der Bundesrat beantragt eine Prüfung, inwieweit eine Öffnung der Prüfkriterien notwendig ist, damit auch weitere als die im Gesetz genannten Kriterien von der RegTP zur Prüfung herangezogen werden können. Hierzu hält der Bundesrat außerdem einen Abwägungs- und Beurteilungsspielraum zugunsten der Regulierungsbehörde (Antrag Nr. 28) für notwendig. Bei den vom Bundesrat erwogenen Abänderungen des § 29 IV ist jedoch die Kapitalmarktorientierung nicht sichergestellt.

#### Regelungsvorschlag Telekom

Der Prüfauftrag des Bundesrates ist abzulehnen.

#### Begründung

- Die Mindestverzinsung des eingesetzten Kapitals, die einen erheblichen Teil der Netzkosten aus-

macht, ist kein durch die Regulierungsbehörde zu regulierendes Entgelt, sondern wird durch die Kapitalmärkte vorgegeben. Wenn die Mindestverzinsungsansprüche der Eigen- und Fremdkapitalgeber nicht erfüllt werden, werden dem regulierten Unternehmen Finanzmittel entzogen. Ein Beurteilungsspielraum der RegTP in dieser wichtigen Frage ist daher unangemessen.

- Bei der Zinsbestimmung dürfen daher zum Schutz des regulierten Unternehmen nur sachgerechte Kriterien Verwendung finden, wie sie auch von den Kapitalmärkten nach wissenschaftlich anerkannten Methoden akzeptiert werden. Das Kriterium „Förderung des Wettbewerbes“ ist sachfremd und kein wissenschaftlich fundierter Maßstab für die Zinsbestimmung.
- Die bisherige, davon abweichende Vorgehensweise der RegTP hat dazu geführt, dass die Deutsche Telekom eine Mindestverzinsung von 8% zugestanden bekommt, die deutlich unter dem europäischen Durchschnitt vergleichbarer regulierter Unternehmen von etwa 13% liegt.
- Durch die Einführung eines Beurteilungsspielraums zugunsten der RegTP würde die Zinsermittlung einer inhaltlichen Überprüfbarkeit durch die Gerichte vollständig entzogen.
- Für die vom Bundesrat angeführte Diskussion der Methoden und Parameter zur Zinsbestimmung bedarf es keiner zusätzlichen Prüfkriterien im Gesetz. Dies zeigen die Regulierungsdiskussionen in UK und den USA.

## 12. Prüffristen bei der ex-post Regulierung, § 36

### Problem

Nach § 37 Abs. 3 Satz 2 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die Regulierungsbehörde hat sodann innerhalb von 2 Wochen zu entscheiden, ob sie die Einführung der Entgelte bis zum Abschluss ihrer Prüfung aussetzen will (Satz 3). Bislang fehlt allerdings eine gesetzliche Regelung darüber, wie die Prüfung der Regulierungsbehörde nach Entscheidung über die vorläufige Aussetzung der Einführung von Entgelten ausgestaltet sein soll. Weder Prüfungsmaßstab, noch Verfahrensablauf und -fristen ergeben sich aus § 37 Abs. 3

### Regelungsvorschlag Telekom

Einfügen eines neuen Satzes 4 nach Satz 3 des § 37 Abs. 3.

§ 37 Abs. 3 Satz 4 (neu) sollte wie folgt gefasst werden:

*Die Untersagungsverfügung gilt gleichzeitig als Mitteilung über die Einleitung einer nachträglichen Überprüfung; § 36 Abs. 2 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend.*

### Begründung

- Die fehlenden Regelungen über das weitere Verfahren nach vorläufiger Untersagung im Notifizierungsverfahren stellen eine Regelungslücke

dar, die zur Rechtsunsicherheit im Verfahren führt.

- Eine gesetzliche Regelung über das anschließende Verfahren sowie dessen Prüfungsmaßstäbe ist unbedingt notwendig. Ohne eine solche Regelung könnte die Regulierungsbehörde nach von ihr festgelegten Maßstäben bis in ultimo prüfen. Dies wäre eine unverhältnismäßige Belastung für das regulierte Unternehmen, die nicht gewollt sein kann.
- Der in einem neuen Satz 4 vorgeschlagene Verweis auf die Einleitung des ex-post Verfahrens bewirkt, dass sowohl Prüfungsfrist, als auch Prüfungsmaßstab die des ex-post Verfahrens sind (2 Monatsfrist und § 26 TKG-E als Prüfungsmaßstab). Durch diesen Verweis kann die nötige Rechtsklarheit herbeigeführt werden.
- Da die Notifizierung als milderes Mittel im Vergleich zur ex-ante Regulierung zu sehen ist, ist eine Anschlussprüfung unter den Voraussetzungen der nachträglichen Regulierung konsequent und angemessen. Die Regulierungsziele können auf diese Weise gewahrt werden.

## 13. Regulierung von Endkundenentgelten: Vorlagepflicht, § 37 Abs. 3

### Problem

Nach § 37 Abs. 3 kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf einem Markt für Endnutzerleistungen im Rahmen der ex-post-Regulierung zur Vorlage von Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten verpflichten. Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen sollen unmittelbar nach Vertragsabschluss der RegTP zur Kenntnis gegeben werden.

Damit mutiert die ex-post-Regulierung wieder zur ex-ante-Regulierung. Im Sinne der EU-Vorgabe einer differenzierten, in unterschiedlichen Marktversagensfällen angemessenen Regulierung sollte die ex-post Prüfung aber konsequent gegenüber der ex ante Kontrolle abgegrenzt werden. Daraus folgt zum einen, dass die Vorlagepflicht zu streichen ist, wo sie mit Marktgegebenheiten unvereinbar ist. Daraus folgt zum anderen aber auch, dass es kein ex post-Verfahren auf Antrag geben darf.

### Regelungsvorschlag Telekom

Streichung des § 37 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 insgesamt.

Zwingend erforderlich ist die Streichung jedenfalls für individuelle Verträge. Dafür muss § 37 Abs. 3 Satz 4 gestrichen und § 37 Abs. 3 Satz 2 wie folgt gefasst werden:

“Darüber hinaus kann die Regulierungsbehörde unter Beachtung von Absatz 1 Satz 1 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, Entgeltmaßnahmen mit Ausnahme von Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben.“

*Begründung*

- Art. 17 der Universaldienstrichtlinie sieht die Subsidiarität der Entgeltregulierung für Endnutzerleistungen vor. Die Vorleistungsregulierung ist bereits für sich genommen ausreichend, um Wettbewerb zu sichern. Die Einführung einer 2-monatigen Vorab-Information stellt eine neue Variante von ex-ante-Regulierung dar, womit das betroffene Unternehmen im Vergleich zu heutigen ex-post-Verfahren gegenüber seinen Wettbewerbern unverhältnismäßig benachteiligt wird, da diese schneller und flexibler auf Bewegungen im Markt reagieren dürfen.
- Die Vorlage individueller Verträge ist unverhältnismäßig und führt bei der Kontrolle von mehreren Hundert komplexen Verträgen, die in jedem Jahr abgeschlossen werden, zu unüberschaubarem bürokratischen Aufwand.
- Die grundsätzliche Möglichkeit zur nachträglichen Regulierung ist zur Sicherung des funktionsfähigen Wettbewerbs vollständig ausreichend, da bereits jetzt sowie auch zukünftig eine hohe Wettbewerbsintensität auf den Endkundenmärkten besteht. Die vorherige Anzeige von Entgeltmaßnahmen ist für die Sicherstellung funktionsfähigen Wettbewerbs nicht notwendig und bedeutet eine unverhältnismäßige, von der Universaldienstrichtlinie nicht getragene Belastung.

**14. Besondere Missbrauchsaufsicht, Mehrerlösabschöpfung, §§ 40,41****Problem**

Über die Bestimmungen zu Zugangsverpflichtungen und Entgeltregulierung hinaus sieht der Regierungsentwurf als zusätzliche Auffangregelung eine an das GWB angelehnte allgemeine Missbrauchsaufsicht mit Möglichkeit zur Mehrerlösabschöpfung vor.

Der Bundesrat fordert, diese ohnehin schon scharfen Regelungen in zwei Punkten noch weiter zu verschärfen. Zum einen wird gefordert, schon dann einen Missbrauch zu vermuten, wenn Telekom sich Leistungen zeitlich früher zur Verfügung stellt als ihren Wettbewerbern. Dadurch würde Innovationswettbewerb verhindert. Zum anderen soll die Mehrerlösabschöpfung auch rückwirkend möglich sein.

**Regelungsvorschlag Telekom**

Keine weitere Verschärfung der §§ 40, 41 RegE, d.h.

- keine Einfügung von „zeitlich früher“ in § 40 II
- keine rückwirkende Mehrerlösabschöpfung in § 41

*Begründung*

- Die Regelungen zur Zugangs- und Entgeltregulierung garantieren bereits hinreichend, dass Wettbewerber im erforderlichen Umfang und diskriminierungsfrei alle Vorprodukte der Deutschen Telekom erhalten, die sie zum Angebot eigener konkurrierender TK-Produkte benötigen.
- Die geforderte Missbrauchsvermutung für den Fall, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen sich selbst den Zugang zu Leistungen „zeitlich

früher“ als anderen Unternehmen einräumt, ist nicht richtlinienkonform. Eine Einfügung von „zeitlich früher“ ist in der EU- Zugangsrichtlinie weder vorgesehen noch geboten und nach dem Grundsatz der Vollharmonisierung unzulässig. Nach dem Grundsatz der Vollharmonisierung bilden die Richtlinien für den nationalen Gesetzgeber die zulässige Obergrenze für die Umsetzung. Der Gesetzgeber darf über die Regelungen der Richtlinienvorgaben insofern nicht hinausgehen.

- Die Einfügung des Tatbestandsmerkmals „zeitlich früher“ verhindert zudem jeglichen Innovationswettbewerb. Würde die Vorschrift wirksam, müsste die Deutsche Telekom mit der Einführung von Produkten jeweils warten, bis Mitwettbewerber zu den für die entsprechenden Produkte erforderlichen (Vor-)Leistungen Zugang haben. Dies würde jeglichen Leistungs- und Innovationswettbewerb unterdrücken und damit die in § 2 festgeschriebenen Ziele der Regulierung (Wettbewerb, Unterstützung von Innovationen, Interessen der Kunden) konterkarieren.
- Eine rückwirkende Mehrerlösabschöpfung wäre unverhältnismäßig und verfassungsrechtlich bedenklich. Die Parallelvorschrift im geltenden GWB sieht die Möglichkeit einer rückwirkenden Mehrerlösabschöpfung nicht vor. Keinesfalls sollte eine rückwirkende Mehrerlösabschöpfung schon bei bloßer Fahrlässigkeit erfolgen (in aktueller UWG-Novelle ebenfalls nicht vorgesehen).

**15. Telefonnahe Dienste §§ 3 Nr. 23, 18 Abs. 2, 19 Abs. 2 Nr. 7, 40 Abs. 1****Problem**

Der Begriff „telefonnahe Dienste“ erfasst vom Wortlaut her nicht nur Telekommunikations-, sondern auch (Internet-)Content-Dienste. Zu diesen Diensten werden an drei Stellen Regelungen ins TKG aufgenommen, obwohl diese Dienste nicht in den Regelungsbe- reich des TKG fallen.

Der Bundesrat hat zwar eine klarere Abgrenzung von TK-Diensten und telefonnahen Diensten gefordert, gleichzeitig aber angeregt, den Begriff „telefongestützte Dienste“ zu verwenden und damit Content-Dienste noch stärker in die Regulierung einzubeziehen.

Die umzusetzenden EU-Richtlinien nehmen dagegen Content-Dienste ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich aus (siehe insbes. Erwägungsgrund 5 und Art. 1 Abs. 1 RahmenRL).

**Regelungsvorschlag Telekom**

Der Begriff „telefonnahe Dienste“ wird in § 3 Nr. 23, in § 18 Abs. 1, in § 19 Abs. 2 Nr. 7 und in § 40 Abs. 1 gestrichen. An Stellen im TKG, wo anderes als die reinen Telekommunikationsdienste erfasst werden soll, sollten dieses unmittelbar und eng abgegrenzt beschrieben werden.

*Begründung*

- Gemäß EU-RL ist keine Anwendung der sektor-spezifischen Regulierung des TK-Marktes auf Content- oder Online-Dienste vorgesehen. In den 18 empfohlenen Märkten sind diese Dienste auch nicht im Ansatz enthalten.

- angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelungen für Tele-, Medien- und Rundfunkdienste fehlt jeder Regulierungsbedarf und die Regelungskompetenz im TKG.
- Der Inhalt des im deutschen Recht vollkommen neuen Begriffs der „telefonnahen Dienste“ sorgt für erhebliche Rechtsunsicherheit. Inhalt und Umfang werden absehbar erst wieder durch die Gerichte geklärt werden können.
- Wenn in erster Linie darauf gezielt wird, dass in § 19 Abs. 2 Nr. 7 (Billing/Inkasso-Vpflichtungen) auch andere als die reinen Telekommunikationsdienste einbezogen werden sollen, muss eine engere Definition unmittelbar in § 19 Abs. 2 Nr. 7 eingefügt werden (siehe Vorschlag zum Thema „Billing/Inkasso“)

## 16. Beurteilungsspielräume (insb. § 10 Abs. 2 )

### Problem

Der Regierungsentwurf sieht die Einräumung eines Beurteilungsspielraums im Sinne einer abschließenden, durch Gerichte nicht überprüfbaren Entscheidungsbefugnis der RegTP vor. Auch der Prüfauftrag des Bundesrates zur Einführung eines Abwägungs- und Beurteilungsspielraumes bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung nach § 29 IV ist abzulehnen. Die zentrale Entscheidung über das „Ob“ der Regulierung darf aber nicht durch Einräumung eines Beurteilungsspielraums für die RegTP der gerichtlichen Kontrolle entzogen werden.

### Regelungsvorschlag Telekom

§ 10 Abs. 2 ändern: Der vorgesehene Beurteilungsspielraum der RegTP sollte gestrichen werden:

*„ Diese Märkte werden von der Regulierungsbehörde im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bestimmt. ....“*

### Begründung

- Ein Beurteilungsspielraum ist abzulehnen, da die zentralen Entscheidungen des „Ob“ und des „Wie“ der Regulierung nicht dem freien Ermessen der RegTP überlassen sein sollten.
- Dies gilt um so mehr, als der Regierungsentwurf mit den Regelungen zur Verkürzungen des gerichtlichen Instanzenzugs ohnehin schon bedenkliche Einschränkungen des Rechtsschutzes vorsieht.
- Die höchstrichterliche Rechtsprechung erkennt Beurteilungsspielräume nur für sehr wenige Fallgruppen an. Selbst nach einem Gutachten von Prof. Holzengel, das im Auftrag des BMWA erstellt wurde, fallen telekommunikationsrechtliche Sachverhalte nicht unter diese Fallgruppen.
- Ein Beurteilungsspielraum der Verwaltung ist nach ständiger Rspr. des BVerfG immer dann verfassungsrechtlich bedenklich, wenn Grundrechte beschränkt werden (BVerfGE 60, 253, 269). Die Entscheidungen über das „Ob“ der Regulierung sind im höchsten Maße grundrechtsrelevant. RegTP-Entscheidungen greifen gravierend in das Eigentumsrecht der Telekom ein.
- Die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens und eine mögliche Beschränkung der ver-

waltungsgerichtlichen Kontrolle stehen in einem Korrespondenzverhältnis: Ein Beurteilungsspielraum kann – wenn überhaupt – nur dann gerechtfertigt sein, wenn das Verwaltungsverfahren im Vorfeld der Entscheidung gewisse Mindestgarantien eines Rechtsschutzes beinhaltet. Ein Beurteilungsspielraum muss durch das Verfahren „verdient“ werden. Im Rahmen des TKG ist dies gerade nicht der Fall. Ein behördliches Widerspruchsverfahren gegen die Beschlüsse der RegTP ist nicht vorgesehen. Eine effektive verwaltungsinterne Kontrolle findet nicht statt. Vor diesem Hintergrund wäre es nicht zu rechtfertigen, zusätzlich auch noch die gerichtliche Kontrolle einzuschränken.

## 17. Rückwirkung von Entgeltgenehmigungen, § 33 Abs. 5 Satz 3

### Problem

Nach § 33 Abs. 5 Satz 3 sollen Verpflichtungsurteile, die dem regulierten Unternehmen ein höheres Entgelt zusprechen, nur noch eine beschränkte Rückwirkung entfalten. Im umgekehrten Falle, d.h. wenn Wettbewerber eine bestehende Entgeltgenehmigung zu Lasten des regulierten Unternehmens aufheben lassen wollen, soll den entsprechenden Anfechtungsurteilen indes nach wie vor volle Rückwirkung zukommen. Diese Differenzierung ist sachlich nicht gerechtfertigt. Anfechtungs- und Verpflichtungsurteile müssen in Bezug auf ihre Rückwirkung gleich behandelt werden.

### Regelungsvorschlag Telekom

§ 33 Abs. 5 Satz 3 ist durch folgenden Text zu ersetzen:

*„Verpflichtet das Gericht die Regulierungsbehörde zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres oder ein niedrigeres Entgelt oder hebt das Gericht eine Entgeltgenehmigung auf, so entfaltet diese Entscheidung jeweils eine Rückwirkung nur, wenn und soweit zuvor eine Anordnung nach Satz 2 oder im Fall der Aufhebung eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ergangen ist.“*

### Begründung

- Nachträgliche Änderungen von Entgeltgenehmigungen, namentlich auf Grund gerichtlicher Entscheidungen führen zwangsläufig zu Rückwicklungsproblemen und Unsicherheiten am Markt. Eine gesetzliche Beschränkung dieser Rückwirkung erscheint daher aus regulierungsökonomischer Sicht im Grundsatz zweckmäßig. Sie muss allerdings in gleicher Weise auch für Anfechtungsklagen gelten.
- Im Hinblick auf das mit der Regelung verfolgte Ziel, mehr Rechts- und Planungssicherheit zu schaffen, wäre es wirtschaftspolitisch inkonsistent, ausschließlich die Rückwirkung von Verpflichtungsurteilen zu beschränken. Denn eine Rückwirkung von Anfechtungsurteilen und die daraus resultierende Rückabwicklung sämtlicher Schuldverhältnisse führt zu Unsicherheiten am Markt, die mindestens eben so schwer wiegen wie bei einer Rückwirkung von Verpflichtungsurteilen.
- Die Gleichbehandlung von Verpflichtungs- und Anfechtungsurteilen hinsichtlich der Rückwirkung

ist letztlich nicht nur ein Gebot wirtschaftspolitischer Konsistenz sondern auch eine zwingende verfassungsrechtliche Forderung. Denn die derzeit vorgesehene Differenzierung führt im Ergebnis zur einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung des regulierten Unternehmens – namentlich der Deutschen Telekom AG – gegenüber ihren Wettbewerbern. Während Anfechtungsklagen von Wettbewerbern, die auf eine Kassation bestehender Entgeltgenehmigungen zu Lasten des regulierten Unternehmens abzielen, eine nach wie vor eine unbeschränkte Rückwirkung zukommt, sollen Verpflichtungsklagen des regulierten Unternehmens, die auf höhere Entgelte gerichtet sind, nach dem derzeitigen Entwurfsstand grundsätzlich keine Rückwirkung entfalten. Für diese Ungleichbehandlung besteht kein sachlicher Rechtfertigungsgrund. Sie verstößt daher gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

### 18. Geheimnisschutz im Gerichtsverfahren, § 136 Abs. 2, 4; § 148 Abs. 12

#### Problem

Der Reg-E sieht eine weitreichende Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im gerichtlichen Verfahren sowie ein Verwertungsverbot geheimhaltener Unterlagen vor. Die Regelungen sind mit der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes nicht vereinbar. Die verfassungsrechtlichen Fragen sind mit Blick auf die aktuelle Rechtslage auch Gegenstand einer von Telekom eingereichten Verfassungsbeschwerde.

Die derzeitige Praxis, wonach eigens eingerichtete Spruchkörper über das Vorliegen von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse entscheiden, ist zeitraubend. Die Einführung eines „in-camera-Verfahrens“ würde zur Verfahrensbeschleunigung beitragen.

#### Regelungsvorschlag Telekom

Die Regelungen im Kabinettsentwurf müssen geändert werden, indem ein „in-camera-Verfahren“ für die Hauptsacheentscheidung eingeführt wird. Dies bedeutet, dass ausschließlich das entscheidende Spruchkörper die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gekennzeichneten Akten einsehen und gleichzeitig für seine Entscheidung in der Sache verwerten darf.

#### Begründung

- Die Offenlegungsbefugnis in § 136 Abs. 2 Reg-E ist verfassungswidrig. Zwar verbessert die Regelung die bisherige Rechtslage, da hier Maßstäbe für die Entscheidung über die Geheimhaltungsbedürftigkeit benannt werden. Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen (Art. 12, 14 GG) wird jedoch noch immer nicht erreicht. Der Konflikt zwischen Eigentum und Rechtsschutz wird nicht aufgelöst.
- Das Verwertungsverbot in § 136 Abs. 4 Reg-E ist ebenfalls verfassungswidrig. Die verfassungsrechtlich gebotene Richtigkeit der gerichtlichen Entscheidung wäre nicht mehr gewährleistet. Das betroffene Unternehmen könnte eine richtige Entscheidung in bestimmten Fällen nur erreichen, indem es auf den verfassungsrechtlich verbürgten

Schutz seiner Unternehmensgeheimnisse verzichtet. Das Bundesverfassungsgericht erkennt bereits im Streitfall zwischen Staat und Bürger das materielle „in-camera-Verfahren“ für die Sachentscheidung als Weg an, den Konflikt zwischen effektivem Rechtsschutz und Geheimnisschutz zum Ausgleich zu bringen. Diese Leitlinie gilt erst recht hier, weil hier zusätzlich die drohende Einschränkung der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie zu bewältigen ist.

- § 148 Abs. 12 Reg-E führt dazu, dass das geltende Recht (§ 99 II VwGO) für anhängige Zwischenverfahren weitergelten würde. Die betreffende Vorschrift ist mittelbar Gegenstand unserer Verfassungsbeschwerde, die dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorliegt. In dieser Situation darf die Geltung der angegriffenen Regelung nicht verlängert werden.

### 19. Keine Drittantragsrechte

#### Problem

Wettbewerber fordern die Einführung von Drittantragsrechten in ex-post Entgeltregulierungsverfahren, bei der besonderen Missbrauchsaufsicht und in Verfahren der Marktregulierung (Marktanalyse).

Drittantragsrechte konterkarieren aber ein Hauptziel der TKG-Novellierung: die Verfahrensbeschleunigung. Eine drohende Verfahrensflut muss verhindert werden. Es darf nicht zu einer Blockade bei der Regulierungsbehörde und in der Folge auch bei den Gerichten kommen. Dies sieht auch die RegTP und spricht sich öffentlich gegen Drittantragsrechte aus.

#### Regelungsvorschlag Telekom

Beibehaltung der in § 14 I, in § 36 II und § 40 IV RegE vorgesehenen Regelung (= kein Drittantragsrecht im Rahmen der Marktanalyse, in ex-post Entgeltregulierungsverfahren und bei der besonderen Missbrauchsaufsicht).

#### Begründung

- Aus den EU-Richtlinien lässt sich keine Pflicht zur Einführung von Drittantragsrechten herleiten. Auch das Kartellrecht kennt keine Drittantragsrechte.
- Aus prozessökonomischer Sicht weiten neue Antragsrechte zwangsläufig die Zahl der Verfahren aus und sind deshalb kontraproduktiv. Es droht eine Verfahrensflut, die auch Mobilfunkanbieter und City-Carrier einbeziehen kann. Bei einer Ausweitung der Drittantragsrechte „besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass es zu einem Mehr an Klagen und damit zu weiteren Verzögerungen kommt. Soweit es um die Erzielung von Beschleunigungseffekten geht, ist eine Ausweitung des Drittschutzes und des Kreises der Klagebefugten abzulehnen“ (Zitat Prof. Holznapel, Gutachter des BMWA). Einige Wettbewerber räumen dies sogar ein.
- Darüber hinaus besteht die Gefahr, dass Wettbewerber ein Drittantragsrecht dazu nutzen, bei jeder Bewerbung um einen Großkundenvertrag das Angebot der Deutschen Telekom von der RegTP

überprüfen zu lassen. Damit würden Vertragsabschlüsse um Monate verzögert. Dies würde von den Kunden nicht akzeptiert und die Telekom letztlich von diesem Marktsegment verdrängt.

- Die geltenden Beteiligungs- und Verfahrenseinleitungsrechte (§ 74 TKG) gewährleisten bereits umfassend und lückenlos rechtliches Gehör: Sie stellen insbesondere sicher, dass Wettbewerber, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden, auf Antrag von der RegTP zu dem Verfahren beigeladen werden können. Beteiligte Wettbewerber haben gegenüber der RegTP die Gelegenheit zur Stellungnahme.
- Gegen die Einführung von Drittantragsrechten der Wettbewerber in Missbrauchsverfahren spricht schließlich auch die Sonderstellung der RegTP, die als staatliches Organ von Amts wegen über die Einleitung von Missbrauchsverfahren entscheidet. Durch die Einführung von Drittantragsrechten würde der Behörde dieses in der Praxis bewährte Auswahlmessen aus der Hand genommen.

## 20. Bereitstellung von Teilnehmerdaten, § 45

### Problem

Künftig soll es eine umfangreichere Pflicht zur Weitergabe von Teilnehmerdaten geben. Teilnehmerdaten sollen nicht mehr nur Standarddaten wie Name, Anschrift, Rufnummer umfassen, sondern darüber hinaus auch Daten wie z.B. Branchenzuordnungen, die Art des Anschlusses oder Verknüpfungen mehrerer Einträge eines Kunden. Solche eigenrecherchierte Mehrwertdaten dürfen jedoch nicht von dieser Regelung erfasst sein. Dies würde im Ergebnis zu einer Austauschpflicht („Sozialisierung“) aller auch zusätzlich generierter, bzw. gegen Entgelt erworbener Teilnehmereinträge („Mehrwertdaten“) zu Lasten der Teilnehmernetzbetreiber führen, die damit die Konkurrenzfähigkeit auf diesem Marktsegment verlieren würden. Es bedarf insofern einer klarstellenden Begrenzung des Umfangs der weiterzugebenden Daten, damit funktionsfähiger Wettbewerb auf dem Markt für Teilnehmerverzeichnisse und Auskunftsdienste nicht zu Lasten der Marktteilnehmer, die Rufnummern vergeben, erschwert wird.

Darüber hinaus ist der Adressatenkreis der Verpflichtung erweitert worden. Die Verpflichtung beschränkt sich nicht mehr auf die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienstleistungen, sondern verpflichtet sämtliche Anbieter von Telekommunikationsdiensten. Hier sollte die Anwendung des § 45 TKG E auf den tatsächlich notwendigen Adressatenkreis von Unternehmen beschränkt werden.

### Regelungsvorschlag Telekom

#### § 45 Bereitstellen von Teilnehmerdaten

*(1) ~~Jedes Unternehmen, jeder Anbieter öffentlich zugänglicher Telefondienste, der dass Rufnummern an Endnutzer vergibt, ist verpflichtet,~~*

...

*(2) Teilnehmerdaten sind ~~alle~~ Daten, die der Teilnehmer seinem Diensteanbieter zur Aufnahme in öffentlich zugängliche Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse in der Form*

*von § 76 Abs. 2 zur Verfügung gestellt hat vom Teilnehmer zugelassen werden. Hierzu gehören ~~neben der die Nummer, sowohl die zu veröffentlichenden Daten selbst wie Name und Anschrift sowie zusätzliche Angaben wie die Berufs- oder Geschäftsbezeichnung, und Branche, und Mitbenutzer, soweit sie dem Unternehmen vorliegen vom Teilnehmer mitgeteilt wurden. Dazu gehören auch alle nach dem jeweiligen Stand der Technik unter Beachtung der anzuwendenden datenschutzrechtlichen Regelungen in kundengerechter Form aufbereiteten Informationen, Verknüpfungen, Zuordnungen und Klassifizierungen, die zur Veröffentlichung dieser Daten in öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen nach § 76 Abs. 2 notwendig sind.~~*<sup>136</sup>

*(4) Für die Überlassung der Teilnehmerdaten kann ein Entgelt erhoben werden; dieses unterliegt in der Regel einer nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 bis 4. Ein solches Entgelt soll nur dann einer Genehmigungspflicht nach § 29 unterworfen werden, wenn das Unternehmen auf dem Markt für Endnutzerleistungen über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.*

### Begründung

- Der Umfang der abzugebenden Teilnehmerdaten nach § 45 Absatz 2 darf sich nur auf die Teilnehmer-Grunddaten, die der jeweilige Netzbetreiber von seinem Endkunden erhoben hat, beschränken. Laut Gesetzesbegründung soll § 45 TKG-E nämlich die umfassende Verfügbarkeit der Universaldienstleistungen Teilnehmerverzeichnisse und Auskunftsdienste sicherstellen. Universaldienstverpflichtungen sollen jedoch nicht eine optimale, sondern lediglich eine Grund- oder Mindestversorgung der Bevölkerung mit Telekommunikationsdienstleistungen sicherstellen. Diesem Grundversorgungsauftrag wird hinreichend Rechnung getragen, wenn der Grundbestand Name, Anschrift sowie Beruf- oder Geschäftsbezeichnung des Teilnehmers (soweit von ihm mitgeteilt) zur Verfügung gestellt werden. Der im Kabinettsentwurf vorgesehene Verweis auf die Universaldienstvorschriften ist – entgegen der Auffassung des Bundesrates – deshalb auch beizubehalten.
- Das weitere Ziel des § 45 TKG-E, Wettbewerbern den Markteintritt zu ermöglichen, wird durch die Weitergabe des hierfür ausreichenden Grunddatenbestands hinreichend sichergestellt. Es wäre wettbewerbspolitisch verfehlt, wenn der markteintretende Wettbewerber durch das weitergabepflichtete Unternehmen auf den gleichen Datenstand zu bringen wäre. Dadurch würden Investitionen entwertet und Innovationsanreize wegfallen. Hinzu kommt, dass die Weitergabepflicht lediglich einseitig Teilnehmernetzbetreiber verpflichtet, nicht jedoch reine Auskunft- und Verzeichnisdienste. Letztere würden durch ihre privilegierte Möglichkeit, auch zusätzliche Dateneinträge zu

<sup>136</sup> Anmerkung zur Klarstellung: unter Name wird verstanden der natürliche Name einer Person oder der juristische Name eines Unternehmens oder einer Behörde.

festgelegten Konditionen vom Teilnehmernetzbetreiber einzufordern, einen sachlich nicht zu rechtfertigenden Wettbewerbsvorteil erlangen.

- Das Ergebnis wäre eine Austauschpflicht („Sozialisierung“) aller auch zusätzlich generierter, bzw. gegen Entgelt erworbener Teilnehmereinträge („Mehrwertdaten“) zu Lasten der Teilnehmernetzbetreiber, die damit die Konkurrenzfähigkeit auf diesem Marktsegment verlieren würden. Funktionsfähiger Qualitätswettbewerb auf diesem Markt wäre damit im Ergebnis unmöglich. Die Generierung, Vermarktung und das Angebot der über die Teilnehmergrunddaten hinaus gehenden Mehrwertdaten muss deshalb den Unternehmen verbleiben.
- Darüber hinaus besteht kein Regulierungsbedarf, weil jedes Unternehmen auf der Grundlage der Standarddaten durch eigene Zuordnung die entsprechenden Kategorien selber generieren kann.
- Die in § 45 Abs. 4 vorgesehene Möglichkeit einer ex-ante Regulierung von Entgelten für die Überlassung von Teilnehmerdaten ist nicht erforderlich und ist auch nicht von den EU-Richtlinien vorgegeben. Der neue EU-Rechtsrahmen fordert für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten keine Entgeltregulierung und schon gar nicht die Möglichkeit zu einer scharfen ex-ante Regulierung.
- Die vorgesehene Regelung führt zu einer unnötigen Mehrbelastung von Anbietern nicht öffentlich zugänglicher Telefondienste. Hierbei handelt es sich regelmäßig um sogenannte „corporate networks“, welche die Telekommunikationsbedürfnisse von Behörden, Unternehmen und anderen Organisationen befriedigen. Da es sich hierbei i.d.R. um intern genutzte Netze handelt besteht kein Bedürfnis, die Daten der einzelnen Teilnehmer allgemein zugänglich zu machen, zumal es sich hier überwiegend um geschlossene Benutzergruppen handelt.

## 21. Datenschutz, §§ 90, 93, 103

### Problem

Die im Vergleich zu den allgemeinen Datenschutzgesetzen wesentlich strengeren Anforderungen des TKG-Entwurfes benachteiligen ohne sachlichen Grund deutsche TK-Unternehmen gegenüber Diensteanbietern anderer Sektoren sowie internationalen Mitbewerbern.

### Datenübermittlung an ausländische Stellen, § 90:

Die derzeitige Regelung verhindert es, dass europaweit agierende Telekommunikationsunternehmen Kundendaten außer zu Abrechnungszwecken, Erbringung von Telekommunikationsdiensten oder Missbrauchsbekämpfung in andere Mitgliedstaaten übermitteln können. Dies gilt ebenso für den Datentransfer in Drittstaaten. Nach dem Wortlaut kann der Kunde nicht einmal wirksam in die Datenübermittlung einwilligen.

**Vertragsverhältnisse, § 93:** Die Regelung des allgemeinen Geschäftskontakts unterliegt nicht sektorspezifischen Besonderheiten und sollten daher im allgemeinen Datenschutzrecht und nicht - wie im Kabi-

nettsentwurf vorgesehen - im sektorspezifischen Datenschutzteil des TKG unter wesentlich engeren Vorgaben geregelt werden. Die im Kabinettsentwurf normierten engen Voraussetzungen benachteiligen ohne sachlichen Grund Telekommunikations-Unternehmen gegenüber Diensteanbietern anderer Sektoren, vor allem im Bereich Kundenansprache zu Wertbezwecken.

**Auskunftserteilung, § 103:** Die Inverssuche (= Rückschluss von Rufnummer auf Name des Inhabers) ist zwar erlaubt, allerdings von der expliziten Einwilligung des Betroffenen abhängig. Diese Anforderungen sind für bereits bestehende Kundenverhältnisse nur mit unverhältnismäßigem Aufwand umsetzbar.

### Regelungsvorschläge

Zu § 90: Die Regelung ist zu streichen und wie folgt zu ersetzen:

*„Für die Übermittlung von Daten an ausländische Stellen gelten die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes.“*

Zu § 93: Wiederaufnahme der Regelung § 90 Abs. 1, 3 TKG-E v. 30.04.03 oder Ersetzung von § 93 Abs. 1 durch Verweis auf BDSG:

*„Der Diensteanbieter darf Vertragsdaten nach Maßgabe des § 28 BDSG erheben, verarbeiten und nutzen.“*

Zu § 94: Beibehaltung der Formulierung des Kabinettsentwurfs.

Zu § 103: Änderung von Abs.3:

*„Die Telefonauskunft von Namen und Adresse eines Teilnehmers, von dem nur die Rufnummer bekannt ist, ist zulässig, wenn der Teilnehmer ~~einwilligt hat~~ nicht widersprochen hat.“*

### Begründung

### Zur Datenübermittlung an ausländische Stellen, § 90:

- Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine einschränkende Regelung im TK-Bereich insb. für die Vertragsdaten erforderlich ist. Gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen besteht keine höheres Gefährdungspotential im Hinblick auf diese Daten.
- Die Regelung verstößt zudem unmittelbar gegen europäische Grundsätze. Das Datenschutzniveau wurde EU-weit harmonisiert. Damit ist die Datenübermittlung in die Mitglied- und EWR Staaten ebenso zu behandeln, wie innerhalb Deutschlands.

### Zu Vertragsverhältnissen, § 93:

- Die Regelung widerspricht den Vorgaben des Art. 13 Abs. 2 der EU-DatenschutzRL zur elektronischen Kommunikation, wonach ein Unternehmen, das die Kontaktdaten eines Kunden anlässlich eines geschäftlichen Kontaktes erlangt hat, diesen zu Werbezwecken etc. ansprechen kann. Die Richtlinie stellt es nicht in das Belieben der Mitgliedsstaaten, eine einschränkende (Opt-In) Regelung zu treffen. Insb. weist Abs. 2 ausdrücklich auf einen Widerspruch, nicht auf ein fehlendes Einverständnis hin.
- Die Regelung ist kundenunfreundlich. Sie erlaubt es selbst bei bestehendem Geschäftskontakt nicht,

Kunden unmittelbar anzusprechen, wie es die EU-RL vorsieht.

- Die Wettbewerbssituation im internationalen Markt wird zum Nachteil der deutschen Telekommunikations-Unternehmen gestaltet.

Zur Auskunftserteilung, § 103:

- Der Kunde wird durch ein „Opt-out“ nicht benachteiligt, da es weiterhin in seinem Ermessen liegt, die Übermittlung seiner Rufnummer an einen angerufenen Anschluss zu unterbinden oder fremden Dritten seine Telefonnummer herauszugeben. Es sollte dringend eine Angleichung an die Regelungen im übrigen Europa erfolgen, die die Inversuche bereits ermöglichen.

## 22. Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung, §§ 94 ff

### Problem

Der Bundesrat verlangt - entgegen dem Regierungsentwurf - eine zwingende 6-monatige Speicherung von Verbindungs- bzw. Verkehrsdaten. Darin liegt ein erheblicher Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 1 u. 2 GG. Es widerspricht den wichtigsten datenschutzrechtlichen Grundprinzipien, dem Grundsatz der Datensparsamkeit und dem im „Volkszählungsurteil“ des Bundesverfassungsgerichts formulierten Verbot, Daten ohne vorher klar definierten Zweck zu speichern. Eine Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung führt für alle TK-Unternehmen zu sehr hohen und nicht hinnehmbaren zusätzlichen Kostenbelastungen.

### Regelungsvorschlag Telekom

Beibehaltung der Regelung im Reg-E (=keine Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung).

### Begründung

- Vorratsdatenspeicherung bedeutet einen schweren Eingriff in das Grundrecht des Bürgers auf informationelle Selbstbestimmung. Die anfallenden Daten sind so umfangreich (je nach Ausgestaltung der Speicherfrist mehrere Terrabytes), dass eine einzelfallbezogene Auswertung nur mit sehr großem Aufwand möglich ist.
- Zudem gäbe es verhältnismäßigere Verfahren, die nicht in die Grundrechte unbescholtener Bürger eingreifen; z.B., indem Datensätze auf Basis einer Vorabinformation der Staatsanwaltschaft „eingefroren“ werden, bis ein entsprechender richterlicher Beschluss im Einzelfall vorliegt.
- Die Einführung einer Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung führt zu sehr hohen Kosten für die TK-Unternehmen. Allein eine Vorratsdatenspeicherung von 6 Monaten würde bei der T-Com und der T-Mobile Investitionen i.H.v. 180 Mio. € sowie jährliche Mehrkosten von weiteren etwa 40 Mio. € verursachen. Diese Kostenbelastung ist nicht erforderlich und damit nicht hinnehmbar, zumal der Regierungsentwurf eine Kostentragung durch den Staat bisher nicht vorsieht.
- Für die Weiterentwicklung des TK- und E-Commerce Markt ist die hohe wirtschaftliche Belastung der TK-Unternehmen sehr kritisch. Die Kosten müssten letztlich auf den Endverbraucher abgewälzt werden.

- Problematisch ist auch der mit einer Vorratsdatenspeicherung einhergehende Vertrauensverlust des Kunden wegen der potentiell wesentlich erhöhten Gefahr des Missbrauchs personenbezogener Daten.

## 23. Öffentliche Sicherheit (Notruf, technische Schutzmaßnahmen, Überwachungsmaßnahmen), §§ 106 ff

### Problem: Umfang der Auflagen

Der Kabinettsentwurf enthält eine Vielzahl von Bestimmungen, die die Inanspruchnahme der TK-Unternehmen zum Zwecke der staatlichen Überwachung verstärken und so die finanzielle Belastung der Branche einseitig intensivieren. Möglichkeiten einer sicherheitsneutralen Verschlinkung der Auflagen bleiben ungenutzt.

Im Gegenteil verpflichtet der RegE die Netzbetreiber dazu, den Notrufstellen mit dem Notruf gleichzeitig auch Informationen über den Anruferstandort zu übermitteln. Die heutige nur minimal zeitversetzte Übermittlung der Anruferstandortdaten ist aber völlig ausreichend. Die gleichzeitige Übermittlung der Standortdaten ist bei den Netzbetreibern technisch nicht vorgesehen, eine Anpassung der Systeme wäre teuer. Insbesondere ist jedoch die Ermittlung von hinreichend genauen Ortsinformationen im Mobilfunkbereich technisch ungelöst und darüber hinaus sehr kostenintensiv. Weitere schwerwiegende Belastungen ergeben sich aus den Schlussfolgerungen des Bundesrates, ohne dass hieraus ein vertretbarer Gewinn für die Ermittlungsbehörden erwüchse.

### Regelungsvorschlag Telekom

§ 106 Notruf sollte deshalb wie folgt geändert werden:

„(1) [...] Wer Telekommunikationsnetze betreibt, die für Telefondienste für die Öffentlichkeit genutzt werden, ist verpflichtet, Notrufe einschließlich

1. [...]

2. der Daten, die zur Ermittlung des Standortes erforderlich sind, von dem die Notrufverbindung ausgeht, soweit dies nach dem in dem jeweiligen Telekommunikationsnetz vorhandenen und kommerziell genutzten Stand der Technik möglich ist,

an die örtlich zuständige Notrufabfragestelle unverzüglich zu übermitteln.

§ 107 Technische Schutzmaßnahmen ist ersatzlos zu streichen

§ 110 automatisiertes Auskunftsverfahren ist ersatzlos zu streichen

### Begründung

- Für eine Ausweitung der Auflagen zur TK-Überwachung für TK-Anbieter besteht durchgängig keine Verpflichtung aus dem EU-Rechtsrahmen. Sie sind auch weitgehend sachlich nicht geboten, weil den potenziellen Zielpersonen eine Reihe einfachster Umgehungs-/Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die die erweiterte Überwachung ins Leere laufen lassen. Wer es will, kann auch künftig anonym kommunizieren etwa mittels Ö-Tel, sicherer Verschlüsselungstechnik

oder im Ausland erworbener, nicht registrierter Mobilfunktelefone. Jede angedachte Verschärfung der Überwachungsauflagen (bspw. Vorratsdatenspeicherung, Auskunftserteilung bzgl. E-Mail-Adressen) erweist sich hier als nicht geeignet und der enorme Datenschutzrechtliche Eingriff bei Jedermann sowie unabsehbare Kostenbelastungen der TK-Branche als nicht erforderlich und damit nicht hinnehmbar.

- Die Verpflichtung zur Generierung von zusätzlichen Standortdaten für den Notruf ist insbesondere bei Betreibern von Mobilfunknetzen technisch ungelöst und sehr kostenintensiv (Kosten allein bei der T-Mobile im dreistelligen Mio. €-Bereich). Die gegenwärtige Notruflösung in Deutschland ist bewährt und in Europa führend; neue EU-Vorgaben sind noch in Arbeit. Überdies ist anzunehmen, dass eine Verpflichtung der Netzbereiber zur Ermittlung von Ortsdaten künftig obsolet wird, sobald es Verbrauchern möglich sein wird, ein Mobiltelefon mit GPS-Funktionalität zu erwerben. Jedermann wird dann eigenverantwortlich entscheiden können, inwieweit er mittels GPS-Handy jederzeit ortbar sein und damit seine Privatsphäre aufgeben möchte
- Die Betreiber sorgen selbst für die Ausfallsicherheit der eigenen TK-Infrastruktur und für einen hohen Datenschutzstandard. Denn dies ist ein wichtiges Qualitätsmerkmal im Wettbewerb um den Kunden. Deshalb ist Regulierung in diesem Bereich entbehrlich. Eine gesetzliche Verpflichtung in diesem Bereich führt nur zu einem überflüssigen bürokratischen Aufwand. Dies belegen mehrere vom BMWa selbst in Auftrag gegebene Studien.
- Auch der zweite, inhaltlich völlig losgelöste Schutzzweck in § 107 Abs. 2, die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Infrastruktur bei erheblichen Störungen sowie bei äußeren Angriffen und Katastrophen, bedarf keiner Regelung im TKG. Neben dem wirtschaftlichen Eigeninteresse der Unternehmen wird der Schutz durch die bereits bestehenden Regelungen des Gesetzes zur Sicherstellung des Postwesens und der Telekommunikation (PTSG) mitsamt den hierzu ergangenen Rechtsverordnungen sichergestellt.
- Nur sachgerechte Ausführungsvorschriften (Verordnungen und technische Richtlinien) gewährleisten einen effizienten Ressourceneinsatz und eine hohe Sicherheit; sie können nicht ohne die Expertise und Erfahrung der betroffenen Netzbetreiber erstellt werden.
- TK-Netzbetreiber benötigen Planungs- und Investitionssicherheit; zu kurzfristige Anpassungszyklen und Umsetzungsfristen treiben die Investitionskosten extrem hoch; Umsetzungsfristen sollten mind. 3 Jahre betragen; Anpassungszyklen müssen den Abschreibungsfristen angenähert werden (mind. 5 Jahre).
- Die automatisierte Kundendatenbank gem. § 110 TKG-E ist zur Erreichung des angestrebten Zwecks (Erkenntnisgewinn für Sicherheitsbehörden) nicht geeignet. Es können problemlos per Bestellung im Internet prepaid-Produkte ausländi-

scher (auch non-EU) Netzbetreiber gekauft werden, die auf Grundlage von Roaming-Abkommen in Deutschland funktionieren. Diese Möglichkeit bestand bei Inkrafttreten des TKG 1996 noch nicht, da zum damaligen Zeitpunkt Mobilfunkprodukte nur wenig verbreitet waren.

#### 24. Öffentliche Sicherheit (Notruf, technische Schutzmaßnahmen, Überwachungsmaßnahmen), §§ 106 ff

##### Problem: Kostentragung

Der Deutschen Telekom entstehen durch die Vorschriften zur öffentlichen Sicherheit Kosten in dreistelliger Millionenhöhe. Weder der RegE noch die Telekommunikationsüberwachungsverordnung (TKÜV) sehen eine Kostenübernahme durch den Staat vor. Statt dessen enthält der Kabinettsentwurf eine Vielzahl von Bestimmungen, die die Inanspruchnahme der TK-Unternehmen zum Zwecke der staatlichen Überwachung verstärken und so die finanzielle Belastung der Branche einseitig intensivieren. Weitere schwerwiegende Belastungen ergeben sich aus den Schlussfolgerungen des Bundesrates, ohne dass hieraus ein vertretbarer Gewinn für die Ermittlungsbehörden erwüchse [allein eine Vorratsdatenspeicherung von 6 Monaten würde bei der T-Com und der T-Mobile Investitionen i.H.v. 180 Mio.€ sowie jährliche Mehrkosten von weiteren etwa 40 Mio. € verursachen!].

##### Regelungsvorschlag Telekom

- In § 108 Technische Umsetzung von Überwachungsmaßnahmen ist in Absatz 1 Satz Nr. 1 der Zusatz

*„...auf eigene Kosten...“ zu streichen*

und nach Nr. 3 ein neuer Satz 2 einzufügen:

**„Die Kostentragung einschließlich der erforderlichen Investitionen, Betriebs- und Folgekosten erfolgt maßnahmebezogen nach Aufwand durch den jeweiligen Bedarfsträger.“**

##### Begründung

- Die Inanspruchnahme von TK-Unternehmen zum Zwecke der staatlichen Überwachung (bspw. zur Strafverfolgung) darf schon aus verfassungsrechtlichen Gründen (Eigentumsschutz, Gleichheitssatz/Steuergerechtigkeit) nicht unbegrenzt und entschädigungslos erfolgen (vgl. aktuelles Urteil des Österreichischer VerFGH). Der finanzielle Ausgleich deckt z.Zt. nur ca. 2 % (!) der Kosten, die den Netzbetreibern entstehen. Die aktuelle Novellierung maßgeblicher Entschädigungsvorschriften (ZuSEG) bringt leider nur graduelle Verbesserungen Ein angemessener Ausgleich durch die staatlichen Bedarfsträger ist rechtlich wie ordnungspolitisch dringend geboten.
- Ohne vollständige Entschädigung/Kostenübernahme bleibt § 108 TKG-E unverhältnismäßig, weil die TK-Unternehmen für die Erfüllung der staatlichen Überwachung unter keinem Gesichtspunkt pflichtig sind. Anders als die BReg vorträgt, wird eine verfassungswidrige Belastung nicht dadurch rechtmäßig, dass man sie im Verhältnis zu „den übrigen Kosten des Netzausbaus“ betrachtet.

- Der Deutschen Telekom entstehen erhebliche Wettbewerbsnachteile durch Wettbewerbsverzerrung im internationalen Raum: Eine Aktuelle WIK-Studie (04/2003) belegt, dass die G7-Staaten Frankreich, Italien, USA, England und Kanada entgegen der Regelungen im RegE eine vollständige Kostenübernahme bzw. Entschädigungen im erheblichen Umfang vorsehen. Aber auch in den Niederlanden und in Kürze auch in Österreich kommen angemessene Erstattungsregelungen zur Anwendung.

## 25. Billing/Inkasso, § 19 Abs. 2 Nr. 7, § 18, § 3 Nr. 23

### Problem

Die Deutsche Telekom erbringt derzeit für ihre Wettbewerber Fakturierung sowie Ersteintrag und Entgegennahme von Zahlungen für Call-by-Call/ Preselection und einen Teil der Mehrwertdienste. Telekom ist bereit, den Status quo zeitlich befristet fortzuführen, um Strukturbrüche im Markt zu verhindern.

Der Regierungsentwurf sieht aber eine deutliche Ausweitung sowohl bei der Frage, wer hierzu verpflichtet werden kann (alle TK-Netzbetreiber), als auch beim Leistungsumfang (Blocktarife, Internet-Content-Leistungen)

Der Bundesrat hat darüber hinaus noch weitere Ausweitungen beschlossen (z.B. Mahnung). Die CDU/CSU (Antrag 13.01.04) ist ebenfalls für eine Ausweitung; gleichzeitig sollen aber Anreize für die Entwicklung alternativer Abrechnungsangebote geschaffen werden.

### Regelungsvorschlag Telekom

Das Gesetz muss klare Anreize für den Aufbau eigener Abrechnungslösungen durch die Wettbewerber schaffen. Dafür sollte im Gesetz eine Regelung aufgenommen werden, die das Auslaufen der Billing/Inkasso-Verpflichtungen bis zum Jahr 2008 vorsieht.

Das Gesetz sollte sich auf eine gesetzliche Festschreibung des Status quo beschränken. Zudem sollte die TKG-Regelung abgeglichen werden mit dem 0190/0900-Mehrwertdienste-Gesetz, um verbraucher-schutzpolitischen Anforderungen gerecht zu werden. Der Begriff „telefonnahe Dienste“ ist komplett aus dem TKG-E zu streichen. Eine Verpflichtung zur Übernahme des Mahnwesens darf nicht festgeschrieben werden.

Weiterhin ist in der Begründung zu § 18 auf S. 88 oben die Möglichkeit der Billing/ Inkasso - Verpflichtung für nicht marktbeherrschende Unternehmen zu regieren:

### Begründung

- Die EU-Richtlinien sehen eine Verpflichtung zu Billing/ Inkasso überhaupt nicht vor. Heute gibt es nur in ganz wenigen Ländern Billing/ Inkasso - Verpflichtungen. In den meisten Ländern wird Billing/ Inkasso zwischen den Marktteilnehmern selbst geregelt.
- Für TK-Netzbetreiber, die nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen (City-Carrier, Mobilfunknetzbetreiber usw.) und deshalb der Regulierung

nach dem zweiten Teil unterliegen, ist eine Billing/Inkasso-Verpflichtung schon im Ansatz unverhältnismäßig.

- Eine Phasing-Out-Regelung ist notwendig, damit ein wettbewerblicher Markt für Abrechnungslösungen entstehen kann.
- Derzeit müssen die TK-Unternehmen ihr Mahnwesen selbst durchführen. Die erforderlichen Verfahren und Prozesse sind längst im Markt vorhanden und werden gelebt. Eine Verpflichtung zur Mahnung würde zudem die Verbraucherschutzpolitischen Ziele im Mehrwertdienstebereich unterlaufen. Unseriösen Anbietern können nur dann wirksam Grenzen gesetzt werden, wenn sie gezwungen werden, ihre Forderungen dem Kunden gegenüber transparent zu machen und selbst zu mahnen.

## 26. Nummerierung § 3 Nr. 13 und 18 sowie §§ 64, 125 Abs. 1 und 140 Abs. 2

### Problem

Die im Kabinettsentwurf vorgesehenen nummerierungsrelevanten Begriffsdefinitionen und damit auch die Zuständigkeiten der RegTP sind zu weit und unbestimmt gefasst. Sie bedürfen zwingend der Konkretisierung. Insbesondere besteht keinerlei Anlass für die Regulierung von **Internet Domain Namen**, privaten Nummernräumen sowie technik-/netzinternen Nummernräumen.

Auch die in § 125 Abs. 1 des Gesetzesentwurfs vorgesehene Pflicht zur Auskunftserteilung ist zu weit gefasst und belastet die betroffenen Unternehmen in unangemessener Weise.

Des Weiteren ist die in § 140 Abs. 2 enthaltene Festlegung zur Vergebührung von Nummern nicht zweckmäßig und führt zu unnötigen finanziellen Belastungen des TK-Marktes.

### Regelungsvorschlag Telekom

- a) § 3 Nr. 13 sollte wie folgt geändert werden:

„... ‚Nummern‘ Zeichenfolgen, die in öffentlichen Telekommunikationsnetzen netzübergreifend Zwecken der eindeutigen Adressierung dienen und für welche die ITU die Zuständigkeit an die nationalen Verwaltungen delegiert hat.“

- b) § 3 Nr. 18 sollte wie folgt geändert werden:

„... ‚Rufnummern‘ Nummern, die von Teilnehmern im Rahmen des öffentlich zugänglichen Telefondienstes genutzt werden, und deren Anschließse über diese Nummern aus der Sicht der potenziellen Kommunikationspartner identifiziert werden.“

- c) Der Ausnahmetatbestand in § 64 Abs. 1 Satz 3 (keine Zuständigkeit der RegTP für die Top Level Domain „.de“) kann gestrichen werden, wenn die oben vorgeschlagene eingrenzende Klarstellung des Nummernbegriffs in § 3 Nr. 13 übernommen wird. Anderenfalls muss die Ausnahme in § 64 Abs. 1 Satz 3 nicht nur beibehalten, sondern generell auf alle Domain-Namen ausgeweitet werden. Hierfür wäre der Satz wie folgt anzupassen

„... Ausgenommen ist die Verwaltung von Internet Domain Namen. ...“

- d) § 125 Absatz 1 sollte durch einen neuen Satz 5 wie folgt ergänzt werden:

„Die erforderlichen Auskünfte sind so zu erteilen, wie sie den Verpflichteten zur Verfügung stehen.“

- e) In § 140 Abs. 2 Satz 4 muss der Verweis auf Absatz 1 Nr. 2 gestrichen werden.

#### Begründung

Zu a): Die im RegE vorgesehene Nummern-Definition des § 3 Nr. 13 würde eine Zuständigkeit der RegTP auch für Nummern begründen, die in privaten Netzen oder für rein netzinterne Prüf- und Routing-Zwecke verwendet werden. Wie schon aus der Gesetzesbegründung zu § 64 Abs. 1 und dem dortigen Verweis auf Artikel 10 Abs. 1 RRL deutlich wird, soll die RegTP die Strukturierung und Ausgestaltung des Nummernraumes übernehmen, um den Anforderungen von Endnutzern, Betreibern von TK-Netzen und Anbietern von TK-Diensten im Rahmen der öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienste zu genügen. Dies umfasst somit nicht Nummern, die lediglich für private oder netzinterne Zwecke verwendet werden. Weiterhin muss eine Definition des Begriffs „Nummern“ auch bestehende internationale Vorgaben zur Nummerierung berücksichtigen. U.E. besteht eine Zuständigkeit der RegTP nur für solche Nummernräume, für die die ITU die Zuständigkeit an die nationalen Verwaltungen delegiert hat.

Zu b): Auch die Definition in § 3 Nr. 18 bedarf der Konkretisierung. Aus Sicht der Deutschen Telekom ist es zwingend erforderlich, im Rahmen der geplanten Telekommunikations-Nummerierungsverordnung (TKNV) bei Nummern - je nach Funktion - zwischen Rufnummern und Adressen zu unterscheiden, da nur so Regelungen gestaltet werden können, die den spezifischen Anforderungen genügen. Insofern ist es wichtig sicherzustellen, dass die Rufnummern-Definition im neuen TKG hinreichend präzise ist. Die bisher vorgeschlagene Definition ist dem gegenüber zu weit und unbestimmt.

Zu c): Die weit gefasste Nummerdefinition in § 3 Nr. 13 begründet implizit auch eine Zuständigkeit der RegTP für Internet Domain Namen. Dieser Problematik begegnet der Gesetzgeber mit der im Prinzip zu begrüßenden Ausnahmeregelung in § 64 Abs. 1 Satz 3, wonach keine Zuständigkeit der RegTP für die Top-Level-Domain „de“ besteht. U.E. sollten Domain-Namen generell nicht von einer potenziellen Regulierung durch die RegTP erfasst werden. Sollte die Nummerdefinition in § 3 Nr. 13 nicht in der oben vorgeschlagenen Form konkretisiert werden, muss daher der Ausnahmetatbestand in § 64 Abs. 1 Satz 3 generell auf alle Domain-Namen ausgeweitet werden.

Zu d): Um sicherzustellen, dass die RegTP im Rahmen des Katalogs möglicher Auskunftsforderungen nicht beliebige, für die Verpflichteten mit hohen Kosten verbundene Anforderungen

an die bereitzustellenden Datenformate und – inhalte stellen kann, sollte in § 125 Abs. 1 klargestellt werden, dass die erforderlichen Auskünfte so zu erteilen sind, wie sie den Verpflichteten zur Verfügung stehen.

Zu e): § 140 Abs. 2 Satz 4 legt fest, dass Gebühren für Entscheidungen über die Zuteilungen von Frequenzen und Rufnummern so festzusetzen sind, dass sie als Lenkungszweck die optimale Nutzung und eine den Zielen dieses Gesetzes verpflichtete effiziente Verwendung dieser Güter sicherstellen. Diese Regelung sollte – jedenfalls soweit Nummern betroffen sind – gestrichen werden. Zum einen verpflichten die EU-Vorgaben nicht zu einer derartigen Ausgestaltung der Gebührenregelung, zum anderen wird der vorgenannte Lenkungszweck derzeit wie auch künftig mittels eines differenzierten Systems administrativer Regeln verfolgt. Zusätzliche monetäre Anreizmechanismen bieten daneben keinen „Mehrwert“. Dies gilt umso mehr, als tatsächliche Knappheitssituationen bei Nummern nur sehr bedingt feststellbar sind. Um unnötige finanzielle Belastungen des TK-Marktes zu vermeiden, sollte die Vergebührung von Nummern ausschließlich nach Maßgabe des der RegTP tatsächlich entstehenden administrativen Aufwands erfolgen.

#### 27. Wegerecht , § 66 Abs. 3 und § 104 Abs. 6

##### Problem: Dokumentationspflichten

- Der RegE verlangt eine im Bereich des Wegebausträgers „übliche Dokumentation der Lage der TK-Linie“. Die Bundesländer wollen darüber hinaus klar stellen, dass die Dokumentation auch die Einmessung der Telekommunikationslinien beinhaltet. Beides führt zu einer Vielzahl von unterschiedlichen Dokumentationsformen, die von einem überregional tätigen Unternehmen nur mit einem unvermeidbarem Aufwand und nicht diskriminierungsfrei zu erbringen sind.
- Aufgrund des damit verbundenen höheren Aufwandes müsste jede Ausweitung der Verpflichtungen damit verknüpft werden, dass die Dokumentationspflicht von einer bundesweit einheitlichen Vorgabe der Kommunen zur Dokumentation und deren Einführung auch auf Seiten der Kommunen abhängig gemacht wird.

##### Problem: unterirdische Verlegung

- Vom Bundesrat wird zudem bei der Verlegung von TK-Linien eine unterirdische Verlegung verlangt und die oberirdische Verlegung als grundsätzlich gleichwertige Verlegeform abgelehnt.
- Eine gesetzliche Fixierung unterirdischer Verlegung ist im Hinblick auf den erheblich höheren Kostenaufwand nicht vertretbar. Nach Erhebungen sind die Kosten im Vergleich zu oberirdischer Verlegung in der Regel um 100% höher.
- Die Durchführung dieser Regelung führt zwangsläufig im ländlichen Raum zu einer erheblichen Kostenerhöhung der Netzinfrastruktur und zu einer Verteuerung der Universaldienstleistung.

- Eine Forderung zur generell unterirdischen Verlegung ist bisher in der Praxis nie erhoben worden und auch von den kommunalen Spitzenverbänden im laufenden Gesetzgebungsverfahren nicht verlangt worden; vielmehr ist die Forderung der unterirdischen Verlegung auf die städtebaulich relevanten Bereiche der „zusammenhängend bebauten Gebiete“ beschränkt.
- Die derzeit geltende grundsätzliche Gleichrangigkeit von unterirdischer und oberirdischer Verlegung gewährleistet, dass in jedem Einzelfall der notwendige Abwägungsprozess zu der Verlegeform führt, die in Anpassung an die jeweiligen örtlichen Verhältnisse unter Berücksichtigung der Belange des TK –Unternehmens angemessen ist.

#### Problem: Verwaltungsgebühr

- Die Bundesländer wollen die bislang vorgesehene Beschränkung der Verwaltungsgebühren der Wegbaulastträger aufheben. Neben der Kostendeckung sollen die Kommunen auch weitere Ziele verfolgen dürfen und bei den Gebührenmaßstäben auch den Wert der staatlichen Leistung berücksichtigen können.
- Entgegen der Einschätzung der Länder steht einer Gebührenhöhe oberhalb der Verwaltungskosten das im TKG verankerte nationale Prinzip des Rechts auf unentgeltliche Wegebenutzung für öffentliche Zwecke entgegen. Zielsetzung des unentgeltlichen Wegerechts ist die Förderung des Infrastrukturaufbaus. Diese würde faktisch ausgehöhlt, wenn die Gebühren die Verwaltungskosten übersteigen.

#### Regelungsvorschlag Telekom

Die zu den genannten Punkten im Regierungsentwurf zum TKG vorgesehene Regelungen sollten beibehalten werden.

### 28. Telekommunikationsbeitrag, § 142

#### Problem

Der RegE sieht in § 142 mit dem TK-Beitrag die Einführung einer neuen, die TK-Branche belastende Abgabe vor. Die Wirtschaftsverbände und Wettbewerber fordern geschlossen, den TK-Beitrag ersatzlos zu streichen. Der Bundesrat hat in seiner Prüfbitte zumindest Bedenken zum Ausdruck gebracht. Die zukünftige Ausgestaltung soll in einer Verordnung geregelt werden. Umfang und Ausgestaltung des Beitrages lassen sich deshalb nicht abschließend beurteilen.

Eine Verpflichtung zur Einführung der neuen Abgabe besteht nicht: Sie ist in den EU-Richtlinien nur als Option vorgesehen. Soweit ein TK-Beitrag überhaupt erhoben werden soll, muss er sich eng an diese Maßgabe der EU-Richtlinie halten. Dazu gehört, dass die

RegTP zu Effizienz, Kostenbeschränkung und Transparenz angehalten wird.

#### Regelungsvorschlag Telekom

§ 142 Abs. 1 Satz 2 ist zu streichen

§ 142 Abs. 1 Satz 3 ist wie folgt zu fassen, um sicherzustellen, dass mit dem Beitrag keine das Allgemeininteresse betreffende Tätigkeit der RegTP mitfinanziert werden:

*„Der auf das Allgemeininteresse entfallende Kostenanteil ist beitragsmindernd zu berücksichtigen unterliegt nicht der Beitragspflicht.“*

Ein neuer § 142 Abs. 1 Satz 4 ist einzufügen, um Minimierung, Effizienz und Transparenz der RegTP-Ausgaben zu gewährleisten:

*„Die Regulierungsbehörde ist zu einer sparsamen, transparenten und effizienten Haushaltsführung verpflichtet, die Verwaltungskosten und Aufwendungen auf ein verhältnismäßiges Mindestmaß beschränkt.“*

§ 142 Abs. 2 ist wie folgt zu fassen:

*„Die beitragsrelevanten Kosten werden Der Telekommunikationsbeitrag wird von den beitragspflichtigen Unternehmen in gleicher Höhe anteilig auf die einzelnen Unternehmen nach Maßgabe ihres von der Tätigkeit der Regulierungsbehörde betroffenen Umsatzes im Telekommunikationsbereich umgelegt und von der Regulierungsbehörde als Jahresbeitrag erhoben. Unternehmen mit einem Jahresumsatz von bis zu einer Million Euro sind von der Beitragspflicht ausgenommen.“*

#### Begründung

- Die Tätigkeiten der RegTP zur Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs erfolgen im Allgemeininteresse. Zudem hat die Regulierungsbehörde durch das bisherige Gebührenaufkommen (Frequenzen, Nummerierung, Mobilfunklizenzen, insbesondere UMTS sowie die eingenommenen Lizenzgebühren) bereits hohe Einnahmen.
- Die vorgesehene Umsatzbemessung führt dazu, dass die Deutsche Telekom zum Hauptfinanzierer der Regulierungsbehörde wird, obwohl sie nicht Begünstigter, sondern fast alleiniger Betroffener des Regulierungshandelns ist. Eine Umsatzbemessung ist in der Genehmigungs-Richtlinie nicht vorgeschrieben. Im Ausland wurde die Umsatzbemessung – anders als in der Begründung des Referentenentwurfes ausgeführt - nur in Einzelfällen gewählt. In DK und FIN wird sogar gar keine Abgabe erhoben. Wenn überhaupt, sollte der Beitrag daher in gleicher Höhe auf alle TK-Unternehmen verteilt werden. Für kleine Unternehmen sollte eine Ausnahmeregelung gelten, weil ansonsten Marktzutrittsschranken geschaffen würden.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache **15(9)964**

4. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Initiative Europäische Netzbetreiber (IEN)

Die *Initiative Europäische Netzbetreiber (IEN)* repräsentiert einige der größten europaweit tätigen Netzbetreiber. Die Mitglieder der Initiative haben ein besonderes Interesse daran, dass die Investitionsbedingungen in Deutschland nicht schlechter sind als in anderen Ländern Europas. Sie haben sich deshalb entschlossen, gemeinsam ihre Erfahrungen und Vorschläge in die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes einzubringen.

Die Initiative wird getragen von den Unternehmen British Telecom, Cable & Wireless, Colt Telecom und MCI. Die Mitgliedsunternehmen der Initiative stehen für Kontinuität am deutschen Markt, Investitionen, Wachstum und Arbeitsplätze.

Obwohl ihre Geschäftsmodelle sich stark unterscheiden und sie miteinander im Wettbewerb stehen, möchten die Mitgliedsunternehmen der Initiative einstimmig die nachfolgenden Empfehlungen für den weiteren Gesetzgebungsprozeß aussprechen.

Ansprechpartner sind die jeweiligen Unternehmensvertreter aus dem Bereich Regulierung.

**Zusammenfassung der Empfehlungen zum TKG-Entwurf**

**1. Kriterium „Funktionsfähiger Wettbewerb“ streichen.** Das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs als zusätzliche Hürde für ex-ante Regulierung widerspricht nicht nur den Anforderungen der Rahmenrichtlinie, sondern ist überdies rechtspraktisch unanwendbar und systemwidrig. Es ist deshalb aus dem Gesetz zu streichen.

**2. Europarechtswidrige Einschränkungen bei der Vorleistungsregulierung beseitigen.** Die ex-ante Regulierung – auch von Vorleistungen – ist über das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung hinaus an weitere Hürden geknüpft. Es erweist sich, dass entgegen der ursprünglichen Konzeption eine Regulierung nach § 19 die Ausnahme und nach § 18 die Regel sein wird. Aber nur eine starke und angemessene ex-ante Regulierung der Vorleistungen, einschließlich Bitstream Access, kann sicherstellen, dass die angestrebte Rückführung der Regulierung bei den Endkundenleistungen nicht zu dem Verlust des bisher eingetretenen Wettbewerbs führt. Die IEN empfiehlt, die zusätzlichen Hürden zu entfernen.

**3. Richtlinien vollständig umsetzen, nicht nur teilweise.** Eine korrekte Umsetzung der EU-Richtlinien verlangt, dass jede Abhilfemaßnahme potentiell bei jeder Form von Marktversagen angeordnet werden kann. Bestimmte Befugnisse, die der Regulierungsbehörde nach dem EU-Rechtsrahmen zustehen, sind aber im gegenwärtigen Entwurf nicht enthalten. Insbesondere die Regulierung der Endkundenmärkte wird vom Gesetzentwurf beschränkt auf Endkundenentgeltregulierung, wohingegen die Richtlinien zahlreiche weitere Befugnisse vorsehen.

**4. Gemeinschaftsrechtswidrige und systemwidrige Double-Dominance-Klausel streichen.** Gemäß § 28 TKG sollen Vorleistungen marktbeherrschender Unternehmen nur dann einer ex-ante Entgeltregulierung unterliegen, wenn das Unternehmen gleichzeitig auch auf dem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt (doppelte Marktbeherrschung oder *double dominance*). Bei einer entsprechenden Marktanalyse im Endkundenbereich würde dann die Verpflichtung der Deutschen Telekom AG zur Vorleistungsregulierung wegfallen. Dies widerspricht den elementaren Grundprinzipien des TKG und des europäischen Richtlinienpaketes, die jeweils vom Vorrang der wettbewerblichen Kontrolle auf dem Vorleistungsmarkt ausgehen. Die IEN empfiehlt deshalb, den *double dominance*-Test in § 28 Abs. 4 zu streichen.

**5. Antragsrechte einfügen.** Bei der Überprüfung der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren und im Bereich Missbrauchskontrolle sind ausdrückliche Antragsrechte der auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen notwendig. Wird ihnen ein Antragsrecht verwehrt, besteht für sie aufgrund der nur mittelbaren Betroffenheit in den Fällen der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren praktisch keine Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidungen der Regulierungsbehörde, obwohl diese Entscheidungen zumeist erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben werden. Eine Antragsflut droht keineswegs. In der Vergangenheit wurden nur zwei bis drei Petitionen pro Jahr bei der Regulierungsbehörde eingereicht.

**6. Endnutzermarktregulierung gemeinschaftsrechtskonform ausgestalten.** Nach dem europäischen

Rechtsrahmen findet eine Endkundenmarktregulierung statt, wenn Verpflichtungen im Zugangsbereich sowie zur Betreiberwahl nicht ausreichend sind. Nach dem Kabinettsentwurf hängt die Entgeltregulierung von Endkundenleistungen jedoch vom Ermessen der Regulierungsbehörde und der zusätzlich einschränkenden Voraussetzung ab, dass auf dem Endkundenmarkt in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs zu rechnen ist. Die IEN regt deshalb an, sowohl die einschränkende Voraussetzung „funktionsfähiger Wettbewerb“ als auch das eingeräumte Handlungsermessen der Behörde aus dem Gesetzentwurf zu entfernen, da dies mit dem europäischen Rechtsrahmen nicht vereinbar ist.

**7. Kartellrechtsweg eröffnen.** Soweit ersichtlich ist die Bundesrepublik eines der wenigen Länder, in dem die rechtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen einem anderen Spruchkörper als die rechtliche Kontrolle von Entscheidungen der Kartellbehörde unterliegt. Um eine sachlich angemessene und fundierte Behandlung der Klagen sicherzustellen regen wir dringend an, für Klagen gegen die Entscheidungen der Beschlusskammern den Zivilrechtsweg (Kartellrechtsweg) vorzusehen. Der Vorschlag entspricht der Regelung im Kartellrecht (hier: § 63 GWB). Da die Regulierungsbehörde zukünftig auch für die Energiewirtschaft zuständig sein wird und in diesem Bereich bereits seit jeher der Kartellrechtsweg eröffnet ist, vermeidet dieser Vorschlag auch die Rechtswegespaltung.

**8. Regulierungsbehörde unabhängig stellen.** Gemäß § 130 Abs. 4 TKG ist bei wichtigen Entscheidungen der Beschlusskammern sicherzustellen, dass sowohl Festlegungen der Marktdefinition als auch die in diesem Bereich anfallenden Regulierungsinstrumente letztlich durch Entscheidungen der Präsidentenkammer erfolgen sollen. Dies führt faktisch zur Abschaffung von mindestens zwei Beschlusskammern und zur Entwertung von deren Spruchpraxis. Die Unabhängigkeit der Entscheidungen ist aus Sicht der IEN in diesem Fall nicht mehr gewährleistet, da die Präsidentenkammer „aus wichtigem Grund“ – ein solcher könnte immer auch politisch motiviert sein – abrufbar ist. Die drohende Politisierung der Spruchpraxis ist wettbewerbs- und ordnungspolitisch höchst problematisch und sollte durch eine Struktur der Abstimmung der Beschlusskammern untereinander ersetzt werden. Die IEN schlägt insoweit einen „Großen Senat“ der Beschlusskammervorsitzenden als Abstimmungsgremium vor.

**9. Rechtsschutzlücke bei öffentlichen Ausschreibungen beseitigen.** Verträge nach öffentlichen Ausschreibungen sollen nach der Begründung zu § 36 Abs. 1 S. 3 TKG, die solche als „individuell vereinbarten Leistungen“ klassifiziert, von der allgemeinen Vorlagepflicht ausgenommen werden. Gerade im Falle von öffentlichen Ausschreibungen entsteht hierdurch jedoch eine folgenschwere Rechtsschutzlücke. Um einen Marktmachtmissbrauch zu vermeiden, ist es erforderlich, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verpflichten, seine Angebotsunterlagen bei jeder Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung der Regulierungsbehörde vorzulegen.

**10. Sicherheit und Datenschutz abtrennen.** Im Zuge der Novelle sollen in den siebten Teil des Gesetzes zahlreiche Vorschriften in das TKG eingefügt werden, die im

Hinblick auf Grundrechte von Bürgern und Marktteilnehmern höchst problematisch sind. Da die EU diese Änderungen keineswegs verlangt, empfiehlt die IEN, das Vorhaben aus dem Kontext der TKG-Novelle zu lösen und im Herbst bei der anstehenden Novelle der Strafprozessordnung eine Lösung aus einem Guss zu schaffen.

## 1. Das Gesetz muß die in den Richtlinien enthaltenen Befugnisse der Regulierungsbehörde vollständig umsetzen.

### a) Kritikpunkt

Es muss eine zusätzliche Norm geschaffen werden, die einen Auffangtatbestand für den Fall darstellt, dass im EU-Rechtsrahmen eine Befugnis enthalten ist, die im bisherigen Entwurf des TKG keine Umsetzung findet.

Eine Reihe von Befugnissen, die der Regulierungsbehörde nach dem EU-Rechtsrahmen zustehen müssten, sind im gegenwärtigen Entwurf zum TKG nicht enthalten. Die Richtlinien verfolgen jedoch einen Ansatz, wonach die Regulierungsbehörde erst eine Marktdefinition vornehmen, sodann eine Marktanalyse ausführen und schließlich eine für die festgestellte Art des Marktversagens geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Abhilfemethode auferlegen soll. Der Entwurf unterscheidet jedoch im Zweiten Teil („Marktregulierung“) lediglich drei abgegrenzte Tatbestände der Zugangsregulierung, der Entgeltregulierung und der Missbrauchskontrolle. Dieser partikuläre Regelungsansatz („Vorstrukturierung des Ermessens“) mag geschichtshistorisch begründet sein und die überwiegende Zahl der Regulierungsmaßnahmen abbilden. Der partikuläre Regelungsansatz gibt jedoch – im Widerspruch zum EU-Recht – ausgehend von einer Dreiteilung der Tatbestände in Zugangsregulierung, Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht auch eine Dreiteilung der Rechtsfolgen vor. Damit berücksichtigt der Entwurf nicht, dass nach dem Konzept der Richtlinien **jede Abhilfemaßnahme potentiell bei jeder Form von Marktversagen** angeordnet werden kann und in Erwägung gezogen werden muß. Daraus folgt, dass bestimmte Befugnisse, die der Regulierungsbehörde nach dem EU-Rechtsrahmen zustehen müssten, im gegenwärtigen Entwurf nicht enthalten sind.

***Beispiel:** So kann nach § 41 Abs. 4 TKG-E die Regulierungsbehörde in Mißbrauchsfällen regelmäßig nur ex post tätig werden. Nach dem EU-Rechtsrahmen sollen detaillierte Gleichbehandlungsverpflichtungen und Transparenzverpflichtungen bereits ex ante auferlegt werden, um so den Mißbrauch bereits im Vorfeld zu verhindern.*

***Beispiel:** § 37 TKG reduziert die Endnutzermarktregulierung auf reine Entgeltregulierung. Nach Art. 17 Abs. 2 UDRL soll die Regulierungsbehörde jedoch ein ganzes Bündel von Endnutzermarktbefugnissen haben: (1) überhöhte Preise verbieten (2) Behinderungsstrategien unterbinden (3) Dumpingpreise verbieten (4) Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote auferlegen (5) Bündelangebote verbieten (6) echte Entgeltregulierungsmaßnahmen ergreifen.*

Ohne einen solchen Auffangtatbestand droht die **Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen zu Lasten des Standorts Deutschland**, weil die Regulierungsbehörden in Europa andere oder weitere Befugnisse haben als die Regulierungsbehörde.

**Jegliche Verzerrung gefährdet ausländische Investitionen** und damit Arbeitsplätze.

### b) Empfehlung

Nach § 41 TKG ist ein Abschnitt 6 „Sonstige Befugnisse der Regulierungsbehörde“ einzufügen, der subsidiär und gleichsam als Auffangklausel jene Regelungstatbestände des EU-Rechtsrahmens aufnimmt, die im Gesetzentwurf bislang nicht enthalten sind.

#### § 41a -- Sonstige Befugnisse der Regulierungsbehörde

*Soweit nicht im zweiten bis fünften Abschnitt des Dritten Teils dieses Gesetzes abschließende Regelungen getroffen sind, kann die Regulierungsbehörde zur Erreichung der Regulierungsziele insbesondere folgende Verpflichtungen auferlegen:*

1. *Transparenzverpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten, wenn die Voraussetzungen hierfür nach Art. 9 der Richtlinie 2002/19/EG vom 24.04.2002 erfüllt sind,*
2. *Gleichbehandlungsverpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten, wenn die Voraussetzungen hierfür nach Art. 10 der Richtlinie 2002/19/EG vom 24.04.2002 erfüllt sind,*
3. *Verpflichtung zur getrennten Buchführung auf den Vorleistungsmärkten, wenn die Voraussetzungen hierfür nach Art. 11 der Richtlinie 2002/19/EG vom 24.04.2002 erfüllt sind,*
4. *Zugangsverpflichtungen auf den Vorleistungsmärkten, wenn die Voraussetzungen hierfür nach Art. 12 der Richtlinie 2002/19/EG vom 24.04.2002 erfüllt sind,*
5. *Verpflichtungen zur Preiskontrolle und zur Kostenrechnung auf den Vorleistungsmärkten, wenn die Voraussetzungen hierfür nach Art. 13 der Richtlinie 2002/19/EG vom 24.04.2002 erfüllt sind,*
6. *Verpflichtungen in Bezug auf die Endnutzermärkte, soweit diese in der Richtlinie 2002/19/EG vom 24.04.2002 vorgesehen sind und hierfür keine abschließende Bestimmung im dritten und vierten Abschnitt dieses Gesetzes enthalten ist.*

### 2. Betroffene Vorschriften: §§ 3 Nr. 10, 10, 11 - „Funktionsfähiger Wettbewerb“.

#### a) Kritikpunkt:

Das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs als zusätzliche Hürde für ex-ante Regulierung widerspricht den Anforderungen der Rahmenrichtlinie und ist aus dem Gesetz zu streichen. Es ergeht deshalb die Aufforderung an den Gesetzgeber, die bestehenden Widersprüche des TKG zu Art. 15 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 4 der Rahmenrichtlinie (RRL) aufzuheben.

#### **EU Richtlinien sehen eine Soll-Bestimmung vor**

Art. 16 Abs. 4 RRL verlangt, dass die Regulierungsbehörde für sämtliche Märkte, auf denen kein wirksamer Wettbewerb herrscht, ermittelt, ob es auf diesen Märkten Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt. § 9 Abs. 1 TKG sowie § 10 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 TKG hingegen räumen der Regulierungsbehörde mit der Formulierung „kommen in Betracht“ einen nicht näher spezifizierten Entscheidungsspielraum ein.

*Der zusätzliche Untersuchungsschritt führt zu einer unzulässigen Vorabfilterung*

Zusätzlich zu diesem unzulässigen Entscheidungsspielraum kommt hinzu, dass das im Entwurf zugrunde gelegte Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs als Tatbestand für eine nachfolgende Marktanalyse (also für die Feststellung ob ein oder mehrere Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung innehaben) von dem in der Rahmenrichtlinie vorgegebenen Kriterium des „wirksamen Wettbewerbs“ in unzulässiger Weise abweicht. Dies wird auch nicht dadurch behoben, dass in einem zusätzlichen Schritt das TKG eine Untersuchung des wirksamen Wettbewerbs vorsieht. Allein durch das Vorziehen des zusätzlichen Schrittes in der Untersuchung ist vorgegeben, dass die Märkte, die nach der TKG-E Methode auf wirksamen Wettbewerb hin untersucht werden, in der Anzahl nur im theoretischen Idealfall gleich, unter Betrachtung der realen Umstände aber kleiner sein wird als die Anzahl der Märkte, die nach einer richtlinienkonformen Vorgehensweise auf wirksamen Wettbewerb hin untersucht werden. Insofern stellen § 9 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 und 2 unzulässige Filter dar, die dazu führen können, dass Märkte, auf denen faktisch kein wirksamer Wettbewerb besteht, im weiteren einer ex-ante Regulierung nach Teil 2 nicht mehr unterstellt werden können.

Das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs lässt sich nicht unter das vom EU Recht geforderte Kriterium des wirksamen Wettbewerbs subsumieren sondern weicht ganz grundsätzlich hiervon ab.

Das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs ist in seiner Anwendung bei Fragen der Marktabgrenzung und der möglichen Regulierung von Märkten bislang im deutschen Recht nicht bekannt. Insbesondere stimmt die Behauptung des BMWAs, dass dieses Kriterium bereits seit 5 Jahren in der Praxis in Deutschland Anwendung findet, zumindest fuer den TK-Sektor nicht. Ebenso wenig kommt der Begriff in dem zugrunde liegenden Europäischen Richtlinienpaket vor. Aus der Definition von funktionsfähigem Wettbewerb in § 3 Nr. 10 TKG wird allerdings deutlich, dass das Kriterium auf die Erfüllung von theoretisch ableitbaren Effizienzkriterien im Falle eines hypothetischen Wegfalls einer Marktregulierung abstellt. Die Begriffe produktive und dynamische Effizienz sind aus der ökonomischen Theorie abgeleitet und beschreiben das Ergebnis (d. h. letztlich Marktpreise, denn weitere insbesondere in der Praxis relevante Marktergebnisse wie z. B. die Qualität von Produkten oder die Lieferzeiten können hierin nicht abgebildet werden) von Referenzmärkten, die unter idealen Marktbedingungen, d. h. vollinformierte Konsumenten, Abwesenheit jeglicher Wechselkosten etc, vorliegen. Demnach wäre ein Markt nicht funktionsfähig, wenn die Regulierungsbehörde aus einem hypothetischen Modell (nämlich die Abwesenheit jeglicher Regulierung) ermitteln würde, dass ein Markt im Hinblick auf Preise und Innovationen eben nicht das effiziente Ergebnis liefern würde. § 3 Nr. 10 TKG allerdings schränkt dieses Ergebnis in nicht nachvollziehbarer Weise ein. Es legt fest, dass Märkte durchaus auch bei Marktversagen und / oder wettbewerbswidrigem Verhalten funktionsfähig sein können, nämlich wenn die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts „ausreichend“ ist. Dies ist mit der ökonomischen Theorie, auf der das Kriterium zu fussen schient, nicht vereinbar. Darüber hinaus setzt die Anwendung des Kriteriums voraus, dass Regulierungs- und

Wettbewerbsbehörden über ein Instrumentarium verfügen, dass einen **Marktergebnistest** erlaubt. Gerade die wettbewerbspolitische Praxis allerdings gesteht die enormen konzeptionellen Schwierigkeiten, die bei der Ermittlung eines Eingriffsbedarfs auf Basis einer Marktergebnisüberprüfung entstehen, ein und prüft insofern die bekannten **marktstrukturellen** Ursachen eines möglichen nicht effizienten Marktergebnisses. Die wichtigsten Marktstrukturfaktoren sind die Marktanteilsverteilung, das Vorliegen von Größenvorteilen, eventuelle First-mover Vorteile etc. Allein die Schwierigkeiten in der Bestimmung von produktiver Effizienz unter sonst idealen Umständen in der wettbewerbspolitischen Praxis sind bereits enorm. Hinzu kommen noch sehr viel mehr Hürden, welche die Regulierungsbehörde bei der Anwendung des Kriteriums des funktionsfähigen Wettnewerbs zu nehmen hätte. Dies sind insbesondere der Umstand, dass die Regulierungsbehörde in einem weiteren Schritt eine zwar vollständige aber hypothetische Prüfung des Ergebnisses einer Marktuntersuchung nach GWB vorzunehmen hätte, um die Kriterien nach § 3 Nr. 3 Satz 2 TKG zu prüfen. Nicht nur, dass die Regulierungsbehörde hierzu keine rechtliche Ermächtigung hat (immerhin zeichnet sich das Kartellamt für die Anwendung des GWB verantwortlich), das Ergebnis eines solchen Verfahrens muss auch einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Dies ist in einem hypothetischen Verfahren jeodch nicht zu erfüllen.

Das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs hingegen macht sich die Vorgehensweise der wettbewerbspolitischen Praxis zunutze und ermittelt, ob Unternehmen in ihrem Marktverhalten unabhängig von Wettbewerbern agieren können. Im Rahmen dieser Prüfung werden wiederum die bedeutendsten Marktstrukturfaktoren analysiert.

Die grundlegenden Unterschiede dieser Kriterien machen deutlich, dass ein Nachweis, dass funktionsfähiger Wettbewerb nicht vorliegt, aufgrund des Konzepts und der

theoretischen und praktischen Hürden, die dabei zu nehmen sind, nicht geführt werden kann. Dies wird enorme rechtliche Unsicherheit schaffen. Hingegen fusst das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs letztlich auf der Anwendung fundierter wettbewerbspolitischer Konzepte.

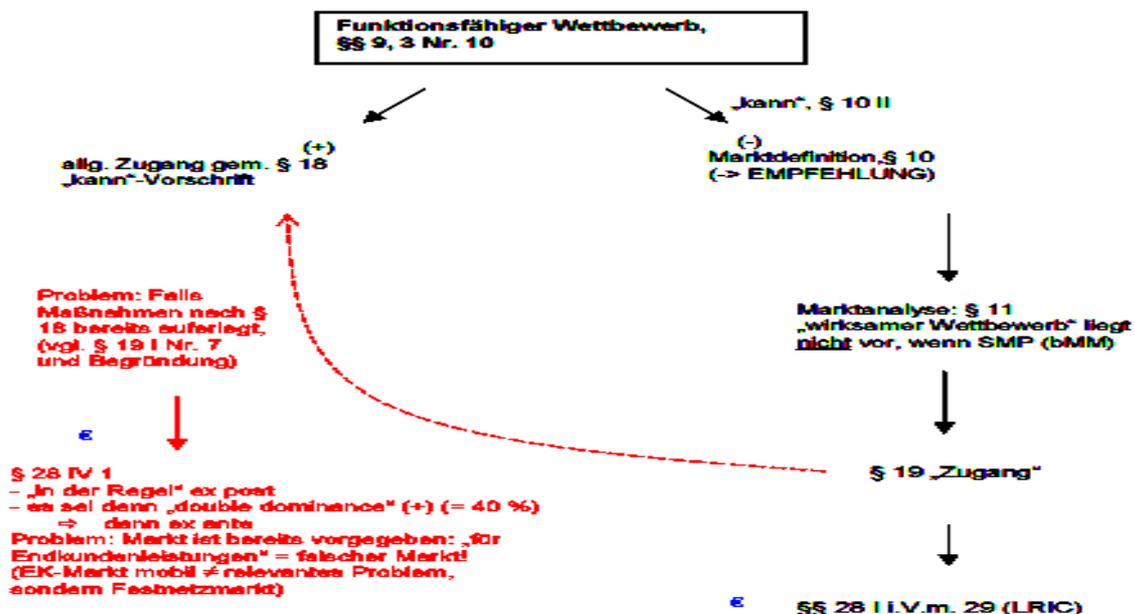
**b) Empfehlung:**

Die §§ 3 Nr. 10, 9 Abs. 1, 10 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 sind zu streichen. § 10 Abs. 2 sollte folgendermassen lauten:

§ 10 Abs. 2 – Marktdefinition  
*Die Regulierungsbehörde legt die relevanten Märkte fest, die den Regulierungen nach den Vorschriften dieses Teils unterliegen. Sie berücksichtigt dabei weitestgehend die Empfehlung in Bezug auf relevante Produkt- und Dienstemärkte, welche die Kommission nach Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) ABL. EG nr. L 108 S. 33 ) veröffentlicht, in ihrer jeweils geltenden Fassung, sowie die Leitlinien entsprechend den nationalen Gegebenheiten – insbesondere der innerhalb des Bundesgebiets relevanten geografischen Märkte – im Einklang mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts.*

**3. Betroffene Vorschriften: §§ 18, 19 i.V.m. § 28 und § 130 – Zugangsverpflichtungen und Entgeltregulierung (einschließlich Bitstromzugang - “Bitstream Access”).**

**Allgemeines**



### 3.1 §§ 18, 19 – Zugangsverpflichtungen

Vorstehendes Schaubild soll die Mechanik der vom TKG aufgestellten Regelungen für Zugangs- und ex-ante Entgeltregulierung darstellen. Im Ergebnis lassen sich eine erhebliche Anzahl von Hürden identifizieren, die genommen werden müssen, um entsprechende regulatorische Maßnahmen zuzulassen. Damit wird entgegen der ursprünglichen Konzeption eine Regulierung nach § 19 die Ausnahme und nach § 18 die Regel.

Das vorstehende Schaubild ist wie folgt zu lesen:

- Zunächst muß der erste Prüfungsschritt zu dem Ergebnis führen, dass funktionsfähiger Wettbewerb i. S. d. § 3 Nr. 10 TKG nicht besteht. Bei der Beantwortung dieser Frage steht der RegTP bereits ein Ermessen zu.
- In einem zweiten Schritt muss dann die Marktdefinition gemäss der EU Empfehlung vom 11. Februar 2003 durchgeführt werden. Auch bei diesem Schritt soll sich die Regulierungsbehörde nur "weitestgehend" an die europäischen Vorgaben halten müssen.
- Bei der gem. §§ 10, 11 TKG erforderlichen Marktdefinition und -analyse hat jedoch die – politisch besetzte – Präsidentenkammer die Aufgabe, Festlegungen zu treffen. Bei anderen wesentlichen Grundsatzentscheidungen hat die Präsidentenkammer ebenfalls umfassende Abstimmungs-, Auskunfts- und Informationsrechte, die von den Beschlußskammern zu beachten sind.
- In einem nächsten Schritt muss die Regulierungsbehörde im Rahmen der Marktanalyse dann prüfen, ob zusätzlich zum fehlenden funktionsfähigen Wettbewerb kein wirksamer Wettbewerb vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn beträchtliche Marktmacht (significant market power) bejaht werden kann. Erst dann können Zugangsansprüche ggf. auferlegt und einer Entgeltregulierung gemäss den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterworfen werden.
- Allerdings verhält sich ausweislich der Begründung der Zugangsregelung nach § 19 TKG diese Vorschrift im Ergebnis als eine Ausnahmevorschrift zu § 18 TKG, der "insofern gesetzlich vorrangig" und damit der Regelfall sein soll. Die Regulierungsbehörde soll also vor Auferlegung einer Maßnahme insbesondere zu prüfen haben, ob nicht andere, bereits nach § 18 auferlegte Verpflichtungen, wie zum Beispiel freiwillige Angebote des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht, in hinreichender Weise zur Zielerreichung beitragen.
- Sollte nach alledem – trotzdem – eine Entgeltregulierung überhaupt in Betracht kommen, so ist diese als Regelfall als eine nachträgliche Entgeltkontrolle möglich. Nur im Ausnahmefall, nämlich bei Vorliegen des Kriteriums der doppelten Marktbeherrschung kommt eine ex-ante Entgeltregulierung in Betracht.

### 3.2 § 19 – Bitstromzugang (Bitstream Access)

#### a) Kritikpunkt

Bitstromzugang („Bitstream Access“) wird bislang weitestgehend nur als Vorprodukt zum Endkunden-

Internetzugang verstanden. Diese Annahme ist jedoch falsch und differenziert nicht ausreichend das Endnutzerangebot („Internet“) vom Vorprodukt. Zutreffend ist es vielmehr, Bitstromzugang ganz allgemein als Zugangstechnologie zum Endkunden zu verstehen. Bitstromzugang dient nämlich der Realisierung hochbitratiger Kundenzugänge. Nur auf diese Weise und bei diesem Verständnis kann der Bitstromzugang das Infrastrukturdefizit beim Zugang zum Endkunden ausgleichen. Mit Hilfe von Bitstromzugang sollen Endkunden in den Genuss von Wettbewerb beim Zugang zu Netzwerken kommen.

Angesichts der verschiedenen Ausprägungen dieser Technologie darf eine Gesetzesformulierung nicht restriktiv formuliert sein oder versuchen, Bitstromzugang auf eine bestimmte technologische Variante festzulegen. Die Netzkoppelung muss im Hinblick auf ihre technischen Parameter dazu in der Lage sein, die Marktbedürfnisse aller Nachfrager zu erfüllen. Das bedeutet konkret, dass es zu keiner gesetzlichen Festlegung der zugrunde liegenden Technologie im juristischen Vorfeld kommen darf. So lehnen wir insbesondere eine gesetzliche Festlegung auf eine IP-Netzkoppelung ab, da diese nur dort ausreichend ist, wo allein einfacher Zugang zum Internet unabhängig von der Qualität gefragt ist. Zudem fordern wir einen klaren rechtlichen Anspruch auf ein kostenbasiert reguliertes Vorleistungsprodukt auf Basis des weiter angelegten Standards der ATM-Koppelung, der den IP-Standard mitumfasst. Dieser Standard ist erforderlich, um auf der einen Seite hinreichende Kontrolle über die Qualitätsparameter bieten zu können und um andererseits sicherstellen zu können, dass ein echter Infrastrukturwettbewerb zustande kommt, der volkswirtschaftliche Folgevorteile mit sich bringt. Ausserdem fordern wir sicherzustellen, dass die Verfügbarkeit von Bitstromzugang nicht an den Telefonanschluss gekoppelt sein darf. Der Zusammenschaltungspartner muss nach den gesetzlichen Festlegungen in der Lage sein, die höherbitratige Funktionalität der Teilnehmeranschlussleitung (also die heutige DSL-Line) als Vorleistungsprodukt entbündelt zu bestellen.

Aufgrund fehlender ausdrücklicher Erwähnung im Gesetzestext bzw. in der Gesetzesbegründung ist die Zugangstechnologie „Bitstromzugang“ (Bitstream Access) als wichtige und wettbewerbsfördernde Technologie derzeit gesetzlich nicht ausreichend verankert. Dies erstaunt um so mehr, da der zugrunde liegende Markt des Breitbandzugangs für Großkunden, unter den Bitstromzugang fällt, in der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 als Produktmarkt, der für eine Vorabregulierung in Betracht kommt, aufgeführt ist. Aus diesem Grund bestehen Bedenken, ob die Vorschrift des § 19 Abs. 2 TKG, die allenfalls als gesetzlicher Auffangtatbestand für Bitstromzugang herangezogen werden kann, überhaupt die Vorschrift des Art. 12 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie (RiLi 2002/19/EG vom 7. März 2002) angemessen umsetzt. Wir fordern deshalb eine Klarstellung vom Gesetzgeber. Weiterhin befürworten wir die Aufnahme der Regelung des Zugangs zu den notwendigen Netzkomponenten und/oder -einrichtungen in die Vorschrift des § 19 Abs. 3 TKG, um so wieder wie im Referentenentwurf eine verpflichtende „Soll“-Regelung aus den Regelungen zum Zugang zu bestimmten Netzkomponenten zu machen. Notwendig ist es von daher, eine

eigene ausdrückliche Regelung zum Bitstromzugang in den Gesetzestext des § 19 Abs. 3 TKG aufzunehmen. Bei den hier vorzunehmenden Verpflichtungen im Zugangsbereich kommt es deshalb darauf an, dass die sich aus dem Europarecht ergebenden Verpflichtungen bereits auf Gesetzesebene konkret beschrieben sind. Ohne konkrete Verpflichtung wird es im Ergebnis keine Planungssicherheit geben noch werden notwendige Investitionen vorgenommen werden. Der erhoffte Wettbewerb wird sich in Folge dessen nicht einstellen.

Die dargelegten Forderungen sind also dadurch umzusetzen, dass eine eigenständige Regelung in § 19 Abs. 3 TKG zur Regelung des Bitstromzugangs geschaffen wird, welche den oben beschriebenen Anforderungen gerecht wird. Dies lässt sich am besten durch eine Übernahme der entsprechenden Formulierung aus den entsprechenden europäischen Regelungen in Verbindung mit einigen ergänzenden Hinweisen in der Gesetzesbegründung realisieren.

## b) Empfehlung

§ 19 Abs. 3 Nr. 1 TKG ist wie folgt zu fassen:

*Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/ oder – einrichtungen, einschliesslich des vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie des gemeinsamen Zugangs zum Teilnehmeranschluss (Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder zum Teilnetz in der Weise, dass die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metallleitung ermöglicht wird) und des entbündelten Breitbandzugangs zu gewähren,*

§ 19 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist zu streichen.

Die Gesetzesbegründung ist für § 19 Abs. 3 Nr. 1 TKG wie folgt zu ergänzen:

*Nur ein durch Wettbewerb gekennzeichnete Breitbandmarkt kann mittel- und langfristig eine durchgehende Versorgung der Endkunden mit entsprechenden Diensten zu durch Wettbewerb geschaffenen Preisen gewährleisten. Bei der vorzunehmenden Analyse des Breitbandmarktes auf Vorleistungsebene ist abzusehen, dass kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Bitstromzugang ist insofern als ein Marktöffnungsinstrument für den Fall, dass auf dem Vorleistungsmarkt für breitbandigen Internetzugang kein wirksamer Wettbewerb herrscht, anzusehen. Aufgrund der Technologieneutralität des Gesetzes muss die in diesem Zusammenhang nachgefragte Netzkoppelung nach ihren technischen Parametern geeignet sein, die Marktbedürfnisse aller Betroffenen zu befriedigen. Dazu muss die Netzkoppelung mindestens dem ATM-Standard entsprechen, ein IP-Interface kann zusätzlich eingerichtet werden. Bei dem Angebot von Breitbandzugang auf Vorleistungsebene sind die Endkundenbedürfnisse angemessen zu berücksichtigen. Es gilt das Entbündelungsgebot.*

### 3.3 § 130 Abs. 4 – Rolle der Präsidentenkammer

#### a) Kritikpunkt

Es erscheint zunächst sinnvoll, dass Grundlageneinstimmungen der Regulierung von einem Spruchkörper

bei der Regulierungsbehörde entschieden werden. So kann durch eine formelle Konsistenz auch eine materielle Konsistenz in den Entscheidungen herbeigeführt werden. Gem. Satz 2 des § 130 Abs. 4 TKG ist jedoch bei Entscheidungen der Beschlusskammern nach den §§ 18, 19, 28, 37, 38 und 39 Abs. 1 TKG in einer Geschäftsordnung sicherzustellen, dass Festlegungen nach den §§ 10 und 11 durch die Präsidentenkammer erfolgen. Neben den erforderlichen Marktdefinitionen würde die Präsidentenkammer auch die in diesem Bereich anfallenden Regulierungsinstrumente festlegen. Dies führt faktisch zur Abschaffung von mindestens 2 Beschlusskammern und zur Entwertung von deren Spruchpraxis. Auf Grund der umfangreichen Abstimmungs- und Informationspflichten gegenüber anderen Abteilungen der Behörde, denen diese Beschlusskammern unterworfen sind, ist zu befürchten, dass es sowohl zu organisatorischen als auch fachlichen Engpässen kommen wird. Neben einer grundsätzlichen Untergrabung des Beschlusskammersystems ist auch die Unabhängigkeit der einzelnen Beschlusskammern bei ihren Entscheidungen in diesem Fall möglicherweise nicht mehr gewährleistet. Auch die technische Kompetenz, die sich in den einzelnen Beschlusskammern über die Jahre gebildet hat, wird durch die geplante Stärkung der Präsidentenkammer unterlaufen. Darüber hinaus erscheint es an dieser Stelle problematisch, dass enorme Kontrollkompetenzen zugunsten einer in einem politischen Verfahren zu ernennenden und „aus wichtigem Grund“ abrufbaren Präsidentenkammer geschaffen werden. Ein solcher „wichtiger Grund“ könnte immer auch einen politischen Hintergrund haben und insofern gesetzliche Leitbilder leerlaufen lassen. Durch diese Regelung kann es zukünftig zu einer erheblichen Politisierung der Spruchpraxis der Beschlusskammern kommen, die wettbewerbs- und ordnungspolitisch höchst problematisch ist. Zu einer völligen Intransparenz führt zudem der Umstand, dass eine Geschäftsordnung die konkreten Regelungen vorsehen soll. An dieser Stelle ist eine gesetzliche Regelung zu fordern, damit dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes Rechnung getragen ist.

Um den lobenswerten Ansatz der materiellen Konsistenz durch formelle Konsistenz umzusetzen, regen wir an, die in Abs. 4 S. 2 aufgezählten Entscheidungen anstelle von der Präsidentenkammer von einem „Großen Senat“ treffen zu lassen. Diesem „Großen Senat“ bei der Regulierungsbehörde sollen alle Beschlusskammervorsitzenden angehören. Auf diese Weise würde die formelle Konsistenz gewahrt werden ohne den Entscheidungen eine gefährliche politische Ausrichtung beizulegen.

#### b) Empfehlung

§ 130 Abs. 4 Satz 2 TKG wird wie folgt gefasst:

*Soweit Entscheidungen der Beschlusskammern nach den §§ 18, 19, 28, 37, 38 und 39 Abs. 1 betroffen sind, ist in der Geschäftsordnung sicherzustellen, dass Festlegungen nach den §§ 10 und 11 durch den Großen Senat der Regulierungsbehörde erfolgen.*

§ 130 Abs. 4 Satz 3 TKG wird neu eingefügt:

*Der Große Senat der Regulierungsbehörde wird aus den jeweiligen Vorsitzenden der Beschlusskammern gebildet.*

### 3.4 § 28 - System der Entgeltregulierung

#### a) Kritikpunkt

Die Regelungen in § 28 Abs. 3, 4 TKG sollen gemäß der Begründung zu dem vorliegenden Entwurf Regelungen darstellen, die insbesondere für Mobilfunkbetreiber, City Carrier und Kabelnetzbetreiber gelten. Unternehmen aus den genannten Marktbereichen sollen nur dann einer ex-ante Entgeltregulierung unterliegen, wenn sie gleichzeitig auf dem Zugangs-, also dem Vorleistungsmarkt, als auch auf dem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügen (doppelte Marktbeherrschung oder *double dominance*).

Hierin ist eine gesetzgeberische Vorentscheidung dafür zu sehen, dass beträchtliche Marktmacht auf einem Markt (z. B. einem bereits derzeit durch die Empfehlung der Europäischen Kommission vom 11. Februar 2003 [2003/311/EG] für eine mögliche ex-ante Regulierung vorgesehenen Zugangsmarkt) entgegen den insoweit eindeutigen europarechtlichen Vorgaben nicht für eine ex-ante Entgeltregulierung ausreichen soll. Damit werden abweichend von den EU-Vorgaben vor der eigentlichen Durchführung der gem. der §§ 10, 11 TKG erforderlichen Marktdefinition und Marktanalyse bereits deren Ergebnisse insofern vorweggenommen, als dass nicht *ein* Markt, sondern *zwei* Märkte bei der Betrachtung herangezogen werden. Hierin liegt ein Verstoß gegen die Vorgaben von Art. 16 der Rahmenrichtlinie (RRL, RiLi 2002/21/EG vom 7.3.2002), da dort jeweils mit dem eindeutigen Wortlaut nur von *einem* relevanten Markt die Rede ist. Nur für diesen ist festzustellen, ob wirksamer Wettbewerb herrscht (Art. 16 Abs. 2, 4 RRL). Entsprechend muss bei einer europarechtskonformen Umsetzung dieser Richtlinien-Vorgaben darauf geachtet werden, dass die Voraussetzungen der SMP auch nur für diesen einen Markt gelten, ohne dass es auf weitere Voraussetzungen wie auf eine weitere beträchtliche Marktmacht auf einem anderen, zusätzlichen Markt ankommen darf.

Insofern begegnet die Formulierung des Entwurfs starken EU-rechtlichen Bedenken. Mit der Einführung der Schwelle der doppelten Marktbeherrschung wird die Schranke für das Eingreifen von Regulierungsmassnahmen unzulässigerweise zusätzlich angehoben.

Dies wiegt um so schwerer, als dies auch und gerade das Schlupfloch für die Deutsche Telekom AG sein kann, aus der ex-ante Entgeltregulierung zu fallen. Die Regelungen sind ausweislich der Begründung nicht nur auf die oben genannten Unternehmensgruppen anwendbar, sondern sind auch ihrem Wortlaut nach auf die Deutsche Telekom AG anwendbar, da diese ebenfalls den Zugang zu Endnutzern kontrolliert. Ein Ende der ex-ante Entgeltregulierung der Deutsche Telekom AG wäre nach der Systematik des Zusammenspiels der Zugangsvorschriften der §§ 18, 19 TKG mit § 28 TKG also zu befürchten, wenn die Deutsche Telekom AG auf einem Endkundenmarkt nicht mehr als SMP eingestuft würde. Dies könnte dann der Fall sein, wenn z. B. festgestellt würde, dass sie auf dem Endkundenmarkt für internationale Ferngespräche in die USA keine SMP mehr hat und deshalb nicht mehr der Regulierung in diesem Bereich unterfallen würde. Es wird insofern immer darauf ankommen, ob und in

welchem Umfang der Deutsche Telekom AG oder anderen Netzbetreibern Zugangspflichten nach § 19 (oder eben nach § 18 TKG, der ausweislich der Gesetzesbegründung Vorrang vor der Anwendung des § 19 TKG haben soll) auferlegt worden sind. Dies ist nämlich der grundsätzliche Anknüpfungspunkt für die Regelung des § 28 Abs. 1 bzw. Abs. 4 TKG. Eine weitergehende Differenzierung nach mehr oder weniger Marktbeherrschung ist nicht mit der grundsätzlichen Vorgabe, Entgelte marktbeherrschender Betreiber für auferlegte Zugangsleistungen einer ex-ante Entgeltregulierung zu unterwerfen, vereinbar. § 28 Abs. 4 TKG erscheint als ein systematischer Bruch, denn er macht die Regulierung eines Zugangsmarktes davon abhängig, ob auf dem Endkundenmarkt wirksamer Wettbewerb besteht. Dies bedeutet im Ergebnis die Subsidiarität der Zugangsregulierung gegenüber der Endnutzermarktregulierung. Gem. Art. 17 Abs. 1 UDRL ist jedoch die Endnutzermarktregulierung subsidiär gegenüber der Zugangsregulierung und nicht umgekehrt. Wird also die Vorschrift in dieser Form Gesetz, so fällt bei wirksamem Wettbewerb auf den Endkundenmärkten die Verpflichtung zur Vorleistungsregulierung, auch die der Deutsche Telekom AG, weg. Sollte es zu diesem Automatismus kommen würde dies den elementaren Grundprinzipien des TKG und des europäischen Richtlinienpaketes, die jeweils vom Vorrang der wettbewerblichen Kontrolle auf dem Vorleistungsmarkt ausgehen, widersprechen.

#### b) Empfehlung

§ 28 Abs. 4 wird gestrichen.

### 4. Endnutzermarktregulierung muß der Universalienrichtlinie entsprechen

#### a) Kritikpunkt

Der Kabinettsentwurf zum TKG setzt Art. 17 Abs. 1 und 2 Universalienrichtlinie (UDRL) nicht vollständig um. Nach dem **Kabinettsentwurf** hängt die Entgeltregulierung von Endkundenleistungen von zwei einschränkenden Voraussetzungen ab: (1) Die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betriebsauswahl bzw. Betreibervorauswahl dürfen nicht ausreichen, um die Regulierungsziele gem. § 2 zu erfüllen und (2) es soll sich um einen Markt handeln, auf dem in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs zu rechnen ist. Dies **widerspricht der UDRL**. Art. 17 UDRL bestimmt: Kommt die Regulierungsbehörde „zu der Schlussfolgerung [...], dass die Verpflichtungen nach ZRL oder nach Art. 19 der vorliegenden Richtlinie nicht zur Erreichung der in Art. 8 RRL vorgegebenen Ziele führen würden“, den Unternehmen, die auf diesem Endnutzermarkt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt. Eine einschränkende Voraussetzung „funktionsfähiger Wettbewerb“ ist im europäischen Rechtsrahmen ebensowenig vorgesehen wie ein Handlungsermessen der Behörde.

Ebenfalls berücksichtigt werden muss, dass die Regulierungsbehörde auf den Endnutzermärkten auch nachträglich eingreifen kann, wenn ansonsten die Regulierungsziele nicht gewährleistet wären. Eine neu zu schaffende Vorschrift ist anzulehen an § 30 TKG-alt,

sie muss aber weiter gefaßt sein, weil sie nicht nur Entgeltregulierungsmaßnahmen umfassen darf.

Schliesslich ist § 75 Satz 2 VwGO in einer Vorschrift des TKG zu konkretisieren. Ein Antragsrecht mit Entscheidungsfrist muß vorgesehen werden, um zu verhindern, dass nachträgliche Marktregulierungsmaßnahmen durch die Regulierungsbehörde zu spät ergriffen werden. Das zu schaffende Antragsrecht stellt keine unbillige Belastung dar, weil die Regulierungsbehörde entsprechende Eingaben ohnehin gemäß § 75 Satz 2 VwGO innerhalb einer Frist ermessensfehlerfrei verbescheiden muß.

#### b) Empfehlung

Um den Entwurf in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben zu bringen, sollte § 37 TKG wie folgt neu gefaßt werden:

##### § 37 Regulierung von Endnutzerleistungen

*(1) Kommt die Regulierungsbehörde zu der Schlussfolgerung, dass die Zugangsverpflichtungen oder Verpflichtungen nach § 36 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele führen würden, so erlegt sie den Unternehmen, die auf diesem Endnutzermarkt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft werden, vorab geeignete regulatorische Verpflichtungen auf. Sie kann insbesondere die geforderten Entgelte der Genehmigungspflicht unterwerfen, überhöhte Preise verbieten, Behinderungsstrategien unterbinden, Dumpingpreise verbieten, Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote auferlegen, Bündelangebote verbieten und Maßnahmen der Entgeltregulierung einschließlich Kostenorientierung der Entgelte ergreifen.*

*(2) Werden nachträglich Tatsachen bekannt, die befürchten lassen, dass ohne die in Absatz 1 genannten Maßnahmen die Regulierungsziele nicht erreicht würden, so kann die Regulierungsbehörde die Maßnahmen nach Absatz 1 auch nachträglich ergreifen.*

*(3) Die Regulierungsbehörde entscheidet über das Vorliegen der Voraussetzungen des Absatz 1 von Amts wegen innerhalb einer Frist von 10 Wochen nach Antragstellung. Die Entscheidung ergeht gegenüber dem marktbeherrschenden Anbieter sowie ggf. gegenüber dem Antragsteller. Zusammen mit der Entscheidung, dass die Voraussetzungen des Absatz 1 erfüllt sind, fordert die Regulierungsbehörde den marktbeherrschenden Anbieter auf, binnen 4 Wochen einen Entgeltgenehmigungsantrag zu stellen, über den die Regulierungsbehörde innerhalb von 10 Wochen nach der Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzung des Abs. 1 entscheidet. Im übrigen gelten für das Entgeltgenehmigungsverfahren die § 25 bis 36 entsprechend.*

*(4) Eine Entscheidung der Regulierungsbehörde, dass die Voraussetzungen des Absatz 1 nicht vorliegen, schließt ein späteres Vorgehen der Regulierungsbehörde im Rahmen der nachträglichen Regulierung gemäß Absatz 2 nicht aus.*

#### 6. Betroffene Vorschriften: §§ 14 (1), 36 (2), 40 – Antragsrechte der Wettbewerber.

##### 6.1 Antragsrechte der Wettbewerber müssen gestärkt werden.

#### a) Kritikpunkt:

**Bei der Überprüfung der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren ist ein ausdrückliches Antragsrecht der auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen notwendig**, da die Wettbewerber des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht von den Festlegungen in diesen Verfahren zumindest mittelbar betroffen werden. Wird ihnen ein Antragsrecht verweigert, besteht für sie jedoch aufgrund der nur mittelbaren Betroffenheit praktisch keine Möglichkeit die Festlegungen bzw. vor allem nicht vorgenommene Festlegungen der Regulierungsbehörde gerichtlich überprüfen zu lassen, obwohl diese Entscheidungen der Regulierungsbehörde zumeist erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen haben werden. Wichtig ist ferner, dass eine Überprüfung unverzüglich durchgeführt wird. Denn die bisherige Regelung reicht nicht aus, um ein unmittelbares Tätigwerden der Regulierungsbehörde sicherzustellen. Schließlich sollte noch klargestellt werden, dass sich die alle zwei Jahre durchzuführende Überprüfung nicht nur auf Ergebnisse der Marktdefinition nach § 10 bezieht, sondern selbstverständlich auch die Marktanalyse nach § 11 umfassen muss.

Das noch im Referentenentwurf vorgesehene **Antragsrecht bei der nachträglichen Entgeltregulierung** ist im Regierungsentwurf ohne jede Begründung gestrichen worden (§ 36 Abs. 2). Gerade in diesem Bereich ist ein Antragsrecht jedoch unumgänglich, um die Verfahrensrechte der Wettbewerber des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu stärken. Eine Verfahrensflut ist hierdurch nicht zu befürchten, da die Regulierungsbehörde unbegründete Anträge jederzeit zurückweisen kann. Die bislang vorgesehene unverzügliche Verfahrenseinleitung reicht bei der nachträglichen Entgeltregulierung nicht aus, einen Preismissbrauch – also ein verbotenes Verhalten – effektiv und schnell zu beenden. Die Verfahrenseinleitung muss daher im Falle der Antragsstellung mit dem Zugang des Antrags und ansonsten spätestens zwei Monate nach Bekanntwerden der Tatsachen erfolgen. Wichtig ist schließlich auch, dass alle Marktteilnehmer Kenntnis von der Verfahrenseinleitung erhalten. Daher sollte die Regulierungsbehörde auch verpflichtet werden, die **Einleitung zu veröffentlichen**.

Bei der **Missbrauchsaufsicht** sollte in § 40 Abs. 4 TKG ebenfalls ein Antragsrecht (Beschwerde) vorgesehen werden. Nur dadurch kann eine strategische Verfahrensplanung des marktbeherrschenden Unternehmens wirksam verhindert werden. In der Vergangenheit ist es mehrfach vorgekommen, dass die DTAG ihr Verhalten kurz vor Abschluss des Verfahrens änderte, um einer Missbrauchsverfügung zu entgehen. Sie konnte dadurch die lange Verfahrensdauer einschließlich der Vorermittlungen bewusst dazu nutzen, ihr missbräuchliches Verhalten zunächst fortzusetzen. Ein derartiges Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens war insbesondere im Zusammenhang mit den Missbrauchsverfahren über die Bereitstellung von Mietleitungen und von Teilnehmeranschlussleitungen offenkundig. Ferner ist eine verbindliche Verfahrensfrist von maximal vier Monaten notwendig, um überlange Vorermittlungen einzuschränken und einen schnellen Verfahrensabschluss

sicherzustellen. Die bislang vorgesehene Regel-Frist genügt nicht. Eine verbindliche Verfahrensdauer steht im Einklang mit Art. 20 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie, der einen Zeitraum von vier Monaten als maximale Verfahrensdauer verbindlich vorgibt.

#### b) Empfehlung

Bei zentralen Verfahrensvorschriften fehlen bislang Antragsrechte der Wettbewerber: bei der Überprüfung der Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren (§ 14 TKG), bei der nachträglichen Entgeltregulierung (§ 36 TKG) und bei der Missbrauchsaufsicht (§ 40 TKG).

§ 14 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

*(1) Hat sich die Empfehlung nach Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) geändert, legt ein auf dem relevanten Markt tätiges Unternehmen dar, dass sich die Marktgegebenheiten geändert haben oder ~~Werden~~ der Regulierungsbehörde in sonstiger Weise Tatsachen bekannt, die die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse auf Grund der §§ 10 bis 12 nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen oder hat sich die Empfehlung nach Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 108 S. 33) geändert, leitet die Regulierungsbehörde unverzüglich ein Verfahren gemäß finden die Regelungen der §§ 10 bis 13 einensprechende Anwendung.*

§ 36 Abs. 2 wird wie folgt ergänzt:

*(2) Auf Antrag oder ~~w~~Wenn der Regulierungsbehörde in sonstiger Weise Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte für Zugangsleistungen von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nicht den Maßstäben des § 26 genügen, leitet die Regulierungsbehörde unverzüglich, spätestens innerhalb von zwei Monaten eine Überprüfung der Entgelte ein. Sie teilt die Einleitung der Überprüfung dem betroffenen Unternehmen schriftlich mit und veröffentlicht dies.*

§ 40 Abs. 4 wird wie folgt geändert:

*(4) Die Regulierungsbehörde kann einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, das seine Stellung missbräuchlich ausnutzt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Eine solche Entscheidung ergeht ~~soll in der Regel~~ innerhalb einer Frist von vier Monaten nach Einleitung des Verfahrens ~~getroffen werden.~~ Im Falle einer Beschwerde durch einen Wettbewerber des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht beginnt die Verfahrensfrist mit Eingang der Beschwerdeschrift bei der Regulierungsbehörde.*

## 6.2 Rechtsschutzlücke bei öffentlichen Ausschreibungen

### a) Kritikpunkt:

Aus der Begründung zu § 36 Abs. 1 S. 3 TKG ergibt sich, dass unter den Begriff der "individuell vereinbarten Leistungen" vor allem solche Verträge fallen, die aufgrund von Ausschreibungsverfahren eingegangen werden. Einen Grund, warum derartige Verträge von der vorherigen Vorlagepflicht ausgenommen sein sollen, liefert die Begründung nicht.

Gerade im Falle von öffentlichen Ausschreibungen besteht jedoch eine folgenschwere Rechtsschutzlücke. Aufgrund der Bereichsausnahme des § 100 Abs. 2 k GWB können Ausschreibungen über Telekommunikationsdienstleistungen nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens nach dem GWB überprüft werden. Deshalb ist es erforderlich das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu verpflichten, seine Angebotsunterlagen bei jeder Teilnahme an einer Ausschreibung der Regulierungsbehörde vorzulegen. Nur bei Kenntnis des Angebots kann die Regulierungsbehörde einen Vertragsabschluss noch rechtzeitig vor Zuschlagserteilung untersagen. Die Vorlage der Unterlagen gegenüber der Regulierungsbehörde kann dabei ohne Mehraufwand mit der Übersendung der Angebotsunterlagen an den Ausschreibenden erfolgen. Hierdurch wird das betroffene Unternehmen nicht unzumutbar belastet, da es die Angebotsunterlagen zu meist in mehrfacher Ausfertigung erstellen wird.

In Bezug auf die **nachträgliche Entgeltregulierung von Endnutzerleistungen** (§ 37 Abs. 3) gilt diese Problematik gleichermaßen. Es ist zudem nicht nachvollziehbar, weshalb für den Bereich der Endnutzerleistungen Sonderregelungen aufgestellt werden. Nach der bisherigen Regelung im Regierungsentwurf müsste die Regulierungsbehörde die Verpflichtung zur vorherigen Vorlage der Entgeltmaßnahmen erst gesondert auferlegen.

### b) Empfehlung

Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen sind der Regulierungsbehörde erst nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben (§ 36 Abs. 1 S. 3 TKG). Wird diese Ausnahme beibehalten, entsteht gerade bei öffentlichen Ausschreibungen eine erhebliche Rechtsschutzlücke. Diese Thematik betrifft auch die Vorlage von Vereinbarungen über Endnutzerleistungen (§ 37 TKG).

§ 36 Abs. 1 wird wie folgt geändert:

*(1) Unterliegen Entgelte einer nachträglichen Entgeltregulierung, sind sie der Regulierungsbehörde zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Regulierungsbehörde untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 26 vereinbar wäre. Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, sind der Regulierungsbehörde zeitgleich mit der Übersendung des Angebotes an den Ausschreibenden einschließlich der Ausschreibungsunterlagen ~~unmittelbar nach Vertragsabschluss~~ zur Kenntnis zu geben.*

§ 37 Abs. 3 wird wie folgt geändert:

~~(3) Sofern Entgelte für Endnutzerleistungen von Anbietern von Telekommunikationsdiensten, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, keiner Entgeltgenehmigung unterworfen worden sind, unterliegen sie der nachträglichen Regulierung; § 36 Abs. 21 bis 4 gilt entsprechend. Darüber hinaus kann die Regulierungsbehörde unter Beachtung von Absatz 1 Satz 1 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihr Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die Regulierungsbehörde untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 26 vereinbar wäre. Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl von anderen Endnutzern übertragbar sind, sind der Regulierungsbehörde unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben.~~

## 7. Betroffene Vorschrift: § 135 - Kartellrechtsweg statt Verwaltungsrechtsweg

### a) Kritikpunkt:

Für Klagen gegen die Entscheidungen der Beschlusskammern ist der Zivilrechtsweg (Kartellrechtsweg) vorzuziehen. Der Vorschlag entspricht der Regelung im Kartellrecht (hier: § 63 GWB). Auch die Entscheidungen der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamts sind den Kartellsenaten zugewiesen.

Der Vorschlag stellt Kohärenz zwischen allgemeinem und sektorspezifischem Kartellrecht her. Die beabsichtigte weitere Annäherung der sektorspezifischen Regulierung an das allgemeine Wettbewerbsrecht und die Vermeidung divergierender Entscheidungspraxis erfordert eine Änderung des Rechtsweges entsprechend den Vorgaben des GWB.

Soweit ersichtlich ist die Bundesrepublik eines der wenigen Länder, in dem die rechtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen einem anderen Spruchkörper als die rechtliche Kontrolle von Entscheidungen der Kartellbehörde unterliegt. Damit drohen Inkonsistenzen zwischen den unterschiedlichen Mitgliedsstaaten. Deutschland steht isoliert da.

Ein Grund, Verwaltungsgerichte mit der (primär privatrechtlich geprägten) Marktregulierung zu betrauen, ist nicht ersichtlich. Die immer wieder zu vernehmende Behauptung, bei den Verwaltungsgerichten habe

sich eine überragende Sachkenntnis gebildet, ist reine Fiktion. Gerade die Sachkunde bei Problemen der Marktabgrenzung und Marktbeherrschung liegt klar bei den in diesen Fragen seit 40 Jahren erfahrenen Kartellsenaten der Oberlandesgerichte.

Für Bereich außerhalb der Marktregulierung soll der Verwaltungsrechtsweg beibehalten bleiben. Praktische Schwierigkeiten durch diese Aufspaltung des Rechtswegs sind nicht zu befürchten, weil die Erfahrung zeigt, dass beide Bereiche (Marktregulierung durch die Beschlusskammern, sonstige Eingriffe der Regulierungsbehörde) nichts miteinander zu tun haben.

### b) Empfehlung

Es sollte als § 135a TKG die nachstehende Regelung eingefügt werden, die dem § 63 GWB entspricht und den § 135 TKG für den Bereich der Marktregulierung modifiziert.

#### § 135a -- Rechtsmittel

(1) Abweichend von § 135 ist gegen die Entscheidungen der Beschlusskammern die Beschwerde zulässig. Sie kann auch auf neue Tatsachen und Beweismittel gestützt werden.

(2) Die Beschwerde steht den am Verfahren vor der Beschlusskammer Beteiligten zu.

(3) Die Beschwerde ist auch gegen die Unterlassung einer beantragten Verfügung der Regulierungsbehörde zulässig, auf deren Vornahme der Antragsteller ein Recht zu haben behauptet. Als Unterlassung gilt es auch, wenn die Kartellbehörde den Antrag auf Vornahme der Verfügung ohne zureichenden Grund in angemessener Frist nicht beschieden hat. Die Unterlassung ist dann einer Ablehnung gleichzuachten.

(4) Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich das für den Sitz der Regulierungsbehörde zuständige Oberlandesgericht. § 36 der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

(5) Gegen die in der Hauptsache erlassenen Beschlüsse der Oberlandesgerichte findet die Rechtsbeschwerde an den Bundesgerichtshof statt, wenn das Oberlandesgericht die Rechtsbeschwerde zugelassen hat. Für diese finden die §§ 74 bis 76 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechende Anwendung.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)952**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Vodafone D2 GmbH

**A. Vorbemerkung**

Das neue Telekommunikationsgesetz wird darüber entscheiden, ob der Mobilfunkmarkt weiterhin ein Motor für Wachstum und Innovationen in der deutschen Wirtschaft sein wird bzw. ob der Mobilfunk eine zentrale Rolle in der Informationsgesellschaft einnehmen kann. Bei der Novellierung ist zu beachten, dass der Mobilfunkmarkt seit Anbeginn wettbewerblich strukturiert ist. Wachsende Teilnehmerzahlen, die stetige Entwicklung innovativer Dienste und der in den letzten Jahren zu beobachtende Preisrückgang dokumentieren, dass der Wettbewerb funktioniert. Das neue Telekommunikationsgesetz muss diese Rahmenbedingungen schützen und den bestehenden Wettbewerb sichern. Neue und intensiviertere Regulierung - wie zum Teil für den Mobilfunk gefordert - ist diesem Wettbewerbs- und Wachstumsklima abträglich. Die Vodafone D2 GmbH (Vodafone) begrüßt daher alle Schritte, die entsprechend der Zielsetzungen des europäischen Richtlinienpaketes den Abbau von Regulierung vorantreiben.

Die nachfolgende Stellungnahme zum Entwurf der Bundesregierung für im Telekommunikationsgesetz (TKG-E) sowie zum oben genannten Antrag der CDU/CSU-Fraktion ist im Lichte dieser allgemeinen Zielsetzung zu sehen. Die Stellungnahme beschränkt sich auf die aus Sicht Vodafones zentralen Aspekte der zukünftigen Marktentwicklung. Bevor wir auf die Positionen unseres Unternehmens im einzelnen eingehen, fassen wir unsere Forderungen stichwortartig zusammen.

**B. Zusammenfassung****Markt- und Entgeltregulierung**

- Beibehaltung der Regelungen zur Feststellung funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten (§§ 9, 10 Abs. 1 und 2 TKG-E)
- Beibehaltung der Regelung über die Regulierung von Terminierungsentgelten (§ 28 Abs. 4 TKG-E)

- Aufnahme der in Artt. 9, 10 Zugangsrichtlinie genannten Regulierungseingriffe (Transparenz- und Gleichbehandlungsverpflichtung) als alternative Regulierungsinstrumentarien und Aufnahme eines Auswählermessens der RegTP zwischen allen Regulierungsinstrumentarien
- Aufnahme von alternativen Entgeltregulierungsmaßstäben zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in § 29 Abs. 1 TKG-E
- Keine Aufnahme von Antragsrechten, wie zum Teil zu §§ 14 Abs. 1, 36 Abs. 2, 40 TKG-E gefordert

**Datenschutz und Sicherheit**

- Vermeidung zusätzlicher Kostenbelastungen durch
  - Ablehnung einer Vorratsdatenspeicherung, wie sie der Bundesrat zu § 94 Abs. 2 TKG-E fordert
  - Klarstellung, dass Lokalisierungsinformationen nur insoweit geliefert werden können, als dies dem im jeweiligen Netz verfügbaren Stand der Technik entspricht (Ergänzung zu § 106 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E)
  - Streichung der technischen Anforderungen an Telekommunikationsüberwachungseinrichtungen und unangemessener Verpflichtungen zur vorbeugenden Verbrechensbekämpfung (z. B. Identitätsprüfung, Datenspeicherung)

**Sonstiges**

- Kein Wegfall der Berufungsinstanz (§ 135 Abs. 3 TKG-E)
- Streichung der Regelung über den Telekommunikationsbeitrag (§ 142 TKG-E)

**C. Die Positionen im einzelnen****I. Markt- und Entgeltregulierung**

Mit dem neuen Telekommunikationsgesetz wird der europäische Rechtsrahmen für den Kommu-

nikationssektor in nationales Recht umgesetzt. Der EG-Rechtsrahmen verfolgt im wesentlichen zwei Ziele, die weitgehende Auswirkungen auch auf die Gestaltung des neuen Telekommunikationsgesetz haben: die Harmonisierung und den Abbau von Regulierung.

### **1. Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und die diesbezügliche Prüfungskompetenz der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)**

Zunächst verfolgt der neue Rechtsrahmen das Ziel einer Harmonisierung der Regulierung in Europa, um den Wettbewerb im Gemeinsamen Binnenmarkt zu fördern. Die Harmonisierung wird in der Form umgesetzt, dass die Europäische Kommission (Kommission) in einer Empfehlung den Mitgliedstaaten diejenigen Märkte vorschlägt, auf denen nach ihrer Auffassung der Wettbewerb unzureichend ist und auf denen somit sektorspezifische Eingriffe gerechtfertigt erscheinen. Die Kommission ermittelt die Märkte nicht auf der Basis detaillierter Marktanalysen, sondern verwendet dazu abstrakte Kriterien. Die Kommission nimmt somit eine Durchschnittsbetrachtung aller europäischen Märkten vor.

Nach Auffassung Vodafones darf das „Ob“ der sektorspezifischen Regulierung nicht auf einer abstrakten Durchschnittsbetrachtung auf europäischer Ebene beruhen. Vielmehr muss die Regulierung an die Besonderheiten der nationalen Märkte anknüpfen. Hierfür ist die nationale Regulierungsbehörde nicht nur unter dem Gesichtspunkt der besseren Marktkennntnisse, sondern auch unter dem Aspekt der Subsidiarität die sachnähere Behörde. Das Telekommunikationsgesetz muss deshalb die RegTP dazu ermächtigen, festzustellen, ob die von der Kommission genannten Märkte in Deutschland tatsächlich einer sektorspezifischen Regulierung unterfallen sollen. Sollte das allgemeine Kartellrecht ausreichen, um einem etwaigen Marktversagen zu begegnen, muss eine sektorspezifische Regulierung ausbleiben.

Der TKG-E sieht diesen Prüfungsschritt in §§ 9 Abs. 1, 10 TKG-E vor. Danach sollen nur die Märkte reguliert werden, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb besteht. Die im TKG-E gewählte Systematik mit der Vorabprüfung der Funktionsfähigkeit der Märkte wird von Vodafone ausdrücklich begrüßt. Im Widerspruch zum EG-Rechtsrahmen stehen die Regelungen nicht. Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie 2002/21 EG (Rahmenrichtlinie) ermächtigt ausdrücklich die nationalen Regulierungsbehörden zur Letztentscheidung über die Marktabgrenzung und damit zur Entscheidung über den Umfang des „Ob“ der Regulierung. Der europäische Richtliniengeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Rolle der Kommission insoweit auf die Abgabe einer Empfehlung zur Marktabgrenzung zu beschränken (Art. 15 Abs. 1 Rahmenrichtlinie). Empfehlungen haben für die Mit-

gliedstaaten keinen verbindlichen Charakter, so dass die nationale Regulierungsbehörde - sofern sie bei ihrer Entscheidung die Empfehlung „weitestgehend“ berücksichtigt (Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie) - frei ist, andere Märkte als diejenigen, die in der Empfehlung der Kommission genannt sind, zu bestimmen und einer Marktanalyse über die Frage, ob Positionen mit beträchtlicher Marktmacht vorliegen, zuzuführen.

### **2. Regulierung von sogenannten Terminierungsentgelten**

Sofern die Märkte nicht funktionsfähig sind, unterfallen sie der sektorspezifischen Regulierung. Damit ist das zweite wesentliche Ziel des neuen Rechtsrahmens, das „Wie“ der Regulierung, angesprochen. Der neue EG-Rechtsrahmen ist so angelegt, dass die sektorspezifische Regulierung abgebaut werden kann und somit eine Überbürokratisierung von Märkten verhindert wird. Damit soll bereits kurz- bis mittelfristig der Übergang von der sektorspezifischen Regulierung hin zum allgemeinen Kartellrecht herbeigeführt werden.

Aus dieser Zielsetzung resultiert zum einen, dass die sektorspezifische Regulierung künftig auf den Maßstäben des allgemeinen Kartellrechts beruht. Diese Vorgabe wurde im TKG-E bereits umgesetzt und wird von Vodafone begrüßt.

Zum anderen stellt der EG-Rechtsrahmen den Regulierungsbehörden unterschiedliche Regulierungsinstrumente zur Verfügung, die bedarfsgerecht bei permanentem Marktversagen eingesetzt werden sollen. Damit spiegelt der EG-Rechtsrahmen den Grundsatz einer „schonenden Regulierung“ wieder. Dieser Grundsatz wird im TKG-E in § 28 Abs. 4 verwirklicht.

Sofern Teilnehmernetzbetreibern (in den Anwendungsbereich fallen u. a. Mobilfunknetzbetreiber, Stadt- und Kabelnetzbetreiber) Verpflichtungen auferlegt werden, darf das eingriffsintensivste Regulierungsinstrument, eine kostenbasierte Regulierung der Terminierungsentgelte, nur dann zur Anwendung kommen, wenn sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt eine Position mit beträchtlicher Marktmacht besteht. Die Verknüpfung von Vorleistungs- und Endkundenmarkt in Form der „doppelten Marktbeherrschung“ ergibt sich aus dem EG-Rechtsrahmen. Die Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie), dort Art. 13, regelt, dass eine Entgeltregulierung auf dem Vorleistungsmarkt die Möglichkeit eines Missbrauchs bei der Preissetzung auf dem Endkundenmarkt zulasten der Endnutzer voraussetzt. Die Möglichkeit eines Missbrauchs auf dem Endkundenmarkt verlangt wiederum eine Stellung mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt.

Überdies verhindert die genannte Regelung - aus unserer Sicht zutreffend - eine Überbürokratisierung der Regulierung, weil die Regulierungsbehörde ansonsten gezwungen wäre, regelmäßig Kostenunterlagen einer Vielzahl von Netzbetreibern - wie Stadt-, Kabel- oder Mobilfunknetzbetreibern - zu überprüfen.

Wie bereits ausgeführt, unterstützt Vodafone die Regelung des § 28 Abs. 4 TKG-E ausdrücklich und warnt davor, die Teilnehmer-netzbetreiber einer überzogenen Regulierung zu unterwerfen. In gewachsenen Wettbewerbsmärkten - wie u. a. dem Mobilfunk - würde dies verheerende und kontraproduktive Auswirkungen auf die Marktstruktur haben.

### 3. Stärkung des Auswahlermessens der Regulierungsbehörde

Hinsichtlich der Auswahl der Regulierungsinstrumente, die nach Feststellung einer Position mit beträchtlicher Marktmacht zur Anwendung kommen können, besteht noch erheblicher Änderungsbedarf im TKG-E.

Der TKG-E schränkt die Ausübung des von den Richtlinien für die Regulierungsbehörden vorgesehen Ermessens zu stark ein. Die im EG-Rechtsrahmen gleichrangig neben der Entgelt- und Zugangsregulierung stehenden Regulierungsmaßnahmen, wie Transparenzverpflichtung und Gleichbehandlungsgebot, wurden nicht in den TKG-E aufgenommen. Wählt die Regulierungsbehörde Verpflichtungen aus § 19 TKG-E aus, muss eine kostenbasierte Entgeltregulierung erfolgen. Damit bestünde - auch im wettbewerblich gewachsenen Mobilfunkmarkt - ein Automatismus zwischen Zugangsverpflichtungen und kostenbasierter Entgeltregulierung; dieser Automatismus ist jedoch im EG-Rechtsrahmen nicht angelegt. Da der EG-Rechtsrahmen wegen der beabsichtigten Vollharmonisierung eine Obergrenze für die Regulierung darstellt, ist der TKG-E in diesem wichtigen Punkt nicht richtlinienkonform. Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot müssen als selbständige Verpflichtung in den TKG-E aufgenommen werden und von der RegTP alternativ zur Auferlegung von Zugangsverpflichtungen angewandt werden können.

Zudem sieht der EG-Rechtsrahmen bei der Entgeltregulierung - anders als der TKG-E - nicht ausschließlich den Maßstab „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ vor, der historisch allein zur Öffnung des Monopolmarktes im Festnetz diente. Vodafone fordert, dass im TKG-E weitere - vorrangig zur Anwendung gelangende - Kostenmaßstäbe (z. B. eine Vergleichsmarktbetrachtung) verankert werden, um eine verhältnismäßige und bedarfsgerechte Regulierung zu ermöglichen.

Ohne die Verankerung eines Auswahlermessens über das „Wie“ der Regulierung würde sich Deutschland im Widerspruch zu den Mitgliedstaaten befinden, die die Regulie-

rungsinstrumente richtlinienkonform umsetzen. Damit hätten die deutschen Mobilfunknetzbetreiber einen Standortnachteil.

### 4. Antragsrechte

Es wird zum Teil - unter anderem vom Bundesrat und der CDU/CSU im oben genannten Antrag - gefordert, die Antragsrechte von Telekommunikationsunternehmen zu stärken. Danach soll der RegTP kein Ermessen mehr zustehen, ob sie bei Beschwerden ein Regulierungsverfahren eröffnet oder nicht.

Vodafone lehnt die Aufnahme der oben genannten Antragsrechte ab. Sie würden zu einer Ausweitung und Bürokratisierung der Regulierung führen; immense Personalressourcen würden gebunden. Durch die sich abzeichnende Verfahrensflut würde die RegTP von den eigentlichen Aufgaben, insbesondere einer schnellen und effizienten Durchführung der Regulierungsverfahren, abgehalten. Dies gilt besonders für das ohnehin aufwendige Verfahren der Marktanalyse (§ 14 Abs. 1 TKG-E).

Antragsrechte im oben genannten Sinne sind aber auch deshalb abzulehnen, weil sie keinen Ansatz im allgemeinen Kartellrecht finden. Aus gutem Grund hat man sich dort dafür entschieden, der Kartellbehörde Spielräume bei der Verfahrenseröffnung zu belassen. Füge man die oben genannten Antragsrechte in das neue Telekommunikationsgesetz ein, so widerspräche dies der allgemeinen Zielsetzung der Angleichung von allgemeinem und sektorspezifischem Kartellrecht.

## II. Datenschutz und Sicherheit

Im 7. Teil des TKG-E werden die datenschutzrechtlichen sowie sicherheitsrechtlichen Aspekte für die Telekommunikationsmärkte geregelt. Hier fordert Vodafone, weitere unverhältnismäßige kostenmäßige Belastungen auszuschließen; dies gilt insbesondere für Vorschriften zur Vorratsdatenspeicherung (so vom Bundesrat gefordert), zur Durchführung einer Identitätskontrolle bei Vertragsschluss sowie im Hinblick auf die Verpflichtung, technische Sonderlösungen zur Lokalisierung von Notrufen zu schaffen. Weiterhin ist eine angemessene Kostenerstattung zur Telekommunikationsüberwachung sowie deren Durchführung vorzusehen.

## III. Sonstiges

### 1. Rechtsmittel

Vodafone spricht sich gegen die Abschaffung der Berufungsinstanz aus.

Neben der Abschaffung der Berufungsinstanz sind im TKG-E weitere Einschnitte hinsichtlich des Rechtsschutzes vorgesehen. So bleiben der RegTP an zentralen Stellen (z. B. § 10 Abs. 2 TKG-E) Beurteilungsspielräume vorbehalten, die nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sind. Spätestens kumulativ betrachtet, führen die Re-

gelungen zu erheblichen Rechtsschutzlücken. Es ist nicht einzusehen, warum Unternehmen der Kommunikationsbranche, die sich mehr als Unternehmen anderer Branchen Eingriffen in die Eigentums- und Berufsfreiheit ausgesetzt sehen, auf eine zweite gerichtliche Kontrollinstanz verzichten sollen. Dies gilt umso mehr, als Entscheidungen der RegTP sofort vollziehbar sind und diese Entscheidungen damit bereits bei Erlass de facto wirksam sind.

## **2. Telekommunikationsbeitrag**

Vodafone hält die Einführung eines Telekommunikationsbeitrages nicht für sinnvoll. Belastungen der Unternehmen mit zu-

sätzlichen Kosten (siehe auch bereits unter C II.) erweisen sich als Standortnachteil für die deutschen Telekommunikationsanbieter. Der Telekommunikationsbeitrag führt zudem zu einer nicht zielführenden Perpetuierung der Regulierung in Deutschland.

Düsseldorf, 02.02.2004

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)954**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

e plus

**I. Markt und Entgeltregulierung***A. Zu begrüßende Regelungen im TKG-E*

Mit dem neuen TKG wird der europäische Rechtsrahmen für den Kommunikationssektor in nationales Recht umgesetzt. Der EG-Rechtsrahmen verfolgt im wesentlichen zwei Ziele, die weitgehende Auswirkungen auch auf die Gestaltung des neuen TKG haben.

- Harmonisierung von Regulierung unter Beachtung nationaler Besonderheiten

Zunächst verfolgt der neue Rechtsrahmen das Ziel einer Harmonisierung der Regulierung in Europa, um den Wettbewerb im Gemeinsamen Binnenmarkt zu fördern. Die Harmonisierung wird in der Form umgesetzt, dass die Europäische Kommission in einer Empfehlung den Mitgliedstaaten diejenigen Märkte vorschlägt, auf denen nach ihrer Auffassung der Wettbewerb unzureichend ist und auf denen somit sektorspezifische Eingriffe gerechtfertigt erscheinen. Die Kommission ermittelt die Märkte nicht auf Basis detaillierter Marktanalysen, sondern verwendet dazu abstrakte Kriterien. Die Kommission nimmt somit eine Durchschnittsbetrachtung aller europäischen Märkte vor.

Nach Auffassung von E-Plus darf der Ausgangspunkt der sektorspezifischen Regulierung nicht eine abstrakte Durchschnittsbetrachtung auf europäischer Ebene sein. Vielmehr muss die Regulierung an die Besonderheiten der nationalen Märkte anknüpfen. Hierfür ist die nationale Regulierungsbehörde nicht nur unter dem Gesichtspunkt der besseren Marktkenntnisse, sondern auch unter dem Aspekt der Subsidiarität die sachnähere Behörde. Das TKG muss deshalb die Regulierungsbehörde dazu ermächtigen festzustellen, ob die von der Kommission genannten Märkte in Deutschland tatsächlich einer sektorspezifischen Regulierung unterliegen sollen. Sollte insbesondere das allgemeine Kartellrecht

ausreichen, um einem etwaigen Marktversagen zu begegnen, muss eine sektorspezifische Regulierung ausbleiben.

Das TKG-E sieht diesen Prüfungsschritt in § 9 Abs. 1 TKG-E vor. Danach sollen nur die Märkte reguliert werden, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb besteht. Hinsichtlich der Definition von Funktionsfähigkeit (§ 3 Nr. 10) empfiehlt E-Plus, die Kriterien der "Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die (...) für eine Vorabregulierung in Betracht kommen (2002/C 165/03)" zu verwenden.

Die im TKG-E gewählte Systematik mit der Vorabprüfung der Funktionsfähigkeit der Märkte wird von E-Plus ausdrücklich begrüßt. Im Widerspruch zum EG-Rechtsrahmen stehen die Regelungen nicht.

- Abbau von Regulierung bzw. Verhinderung einer Überregulierung (§ 28 Abs. 4)

Sofern die Märkte nicht funktionsfähig sind, unterfallen sie der sektorspezifischen Regulierung. Damit ist das zweite wesentliche Ziel des neuen Rechtsrahmens, das „Wie“ der Regulierung, angesprochen. Der neue EG-Rechtsrahmen ist so angelegt, dass die sektorspezifische Regulierung abgebaut werden kann und somit eine Überbürokratisierung von Märkten verhindert wird. Damit soll bereits kurz- bis mittelfristig der Übergang von der sektorspezifischen Regulierung hin zum allgemeinen Kartellrecht herbeigeführt werden.

Aus dieser Zielsetzung resultiert zum einen, dass die sektorspezifische Regulierung künftig auf den Maßstäben des allgemeinen Kartellrechts beruht. Diese Vorgabe wurde im TKG-E bereits umgesetzt und von E-Plus begrüßt.

Zum anderen stellt der EG-Rechtsrahmen den Regulierungsbehörden unterschiedliche Regulie-

rungsinstrumente zur Verfügung, die bedarfsgerecht bei permanenten Marktversagen eingesetzt werden sollen. Damit spiegelt der EG-Rechtsrahmen den Grundsatz einer „schonenden Regulierung“ wider. Dieser Grundsatz ist im TKG-E jedoch nur an einer Stelle umgesetzt: § 28 Abs. 4 TKG-E.

Sofern marktmächtigen Teilnehmernetzbetreibern (in den Anwendungsbereich fallen potenziell Mobilfunknetzbetreiber und Stadt- und Kabelnetzbetreiber) Verpflichtungen nach § 18 TKG-E auferlegt werden, darf das eingriffintensivste Regulierungsinstrument, eine kostenbasierte Entgeltregulierung, nur dann zur Anwendung kommen, wenn sowohl auf dem Vorleistungs- als auch auf dem Endkundenmarkt eine Position mit beträchtlicher Marktmacht besteht. Die Verknüpfung von Vorleistungs- und Endkundenmarkt in Form der „doppelten Marktbeherrschung“ ergibt sich aus dem EG-Rechtsrahmen. Die Zugangsrichtlinie (Art. 13) regelt, dass eine Entgeltregulierung auf dem Vorleistungsmarkt einen Missbrauch bei der Preissetzung auf dem Endkundenmarkt voraussetzt. Der Missbrauch auf dem Endkundenmarkt setzt wiederum eine Stellung mit beträchtlicher Marktmacht auf diesem Markt voraus. Überdies verhindert die genannte Regelung eine Überbürokratisierung, weil die Regulierungsbehörde ansonsten gezwungen wäre, regelmäßig Kostenunterlagen einer Vielzahl von Netzbetreibern zu überprüfen.

*B. Änderungsbedarf im TKG-E: Stärkung des Auswahlermessens der Regulierungsbehörde*

Hinsichtlich der Auswahl der Regulierungsinstrumente, die nach Feststellung einer Marktbeherrschung zur Anwendung kommen können, besteht jedoch noch erheblicher Änderungsbedarf im TKG-E.

Das TKG-E schränkt die Ausübung des von den Richtlinien für die Regulierungsbehörden vorgesehenen Ermessens zu stark ein. Die Zugangsrichtlinie sieht bei Feststellung einer Position mit beträchtlicher Marktmacht eine Vielzahl von **gleichrangig nebeneinander** stehenden Eingriffsmöglichkeiten für die nationale Regulierungsbehörde vor, wie z.B. Transparenzverpflichtung, Gleichbehandlungsgebot, Zugangsverpflichtungen sowie Entgeltregulierung. Der TKG-E enthält bei Vorliegen einer beträchtlichen Marktmacht jedoch nur die Möglichkeit der Auferlegung der Regulierungsmaßnahmen des Art. 12 ZRL, die in § 19 TKG-E enthalten sind.

Darüber hinaus muss nach TKG-E, wenn die Regulierungsbehörde Verpflichtungen aus § 19 TKG-E auswählt, eine kostenbasierte Entgeltregulierung erfolgen. Damit besteht ein Automatismus zwischen Zugangsverpflichtungen und kostenbasierter Entgeltregulierung, die auch Anwendung auf den im Wettbewerb gewachsenen Mobilfunkmarkt haben kann. Dieser Automatismus ist ein Verstoß gegen den EG-Rechtsrahmen. Zudem sieht der EG-Rechtsrahmen bei der Entgeltregulierung nicht ausschließlich den Maßstab „Kosten der effizien-

ten Leistungsbereitstellung“ vor, der historisch allein der Öffnung des Monopolmarktes im Festnetz diene. E-Plus fordert, dass im TKG-E (konkret in § 28 TKG-E) weitere - vorrangig zur Anwendung gelangende - Kostenmaßstäbe (z. B. eine Vergleichsmarktbetrachtung) verankert werden, um eine verhältnismäßige und bedarfsgerechte Regulierung zu ermöglichen.

Ohne die Verankerung eines Auswahlermessens über das „Wie“ würde sich Deutschland im Widerspruch zu den Mitgliedstaaten befinden, die die Regulierungsinstrumente richtlinienkonform umsetzen. Damit hätten die deutschen Mobilfunknetzbetreiber einen Standortnachteil.

## II. Datenschutz und Sicherheit

*A. Keine zusätzliche Kostenbelastung im Bereich Datenschutz und Sicherheit*

E-Plus tritt dafür ein, weitere unverhältnismäßige kostenmäßige Belastungen, wie z.B. im Bereich der Vorratsdatenspeicherung und der Lokalisierung von Notrufen, auszuschließen. Ebenso fehlen für den Bereich der öffentlichen Sicherheit weiterhin adäquate Regelungen bezüglich der Erstattung der hohen Kosten, die mit der Beanspruchung der privaten Unternehmen für ausschließlich staatliche Aufgaben verbunden sind, so z.B. bei der Telefonüberwachung.

Darüber hinaus wird in § 108 Abs. 5 TKG-E nicht in ausreichender Form auf steuerrechtliche Belange der Netzbetreiber Rücksicht genommen, da Innovationszyklen seitens des Verordnungsgebers nicht mit den Abschreibungsvorschriften (4 Jahre) übereinstimmen, welche wesentlich länger sind.

*B. Ausweitung des Datenschutzes bedenklich*

Die Einführung einer zusätzlichen Erhebungsvorschrift zum Zwecke der Polizei- und Justizbehörden in § 109 TKG-E hält E-Plus für bedenklich, da hier staatliche Aufgaben wiederum auf private Unternehmen verlagert werden. Im Ergebnis muss es den Unternehmen überlassen bleiben, ob sie eine dauerhafte Vertragsbeziehung, verbunden mit der Erhebung von Kundendaten eingehen wollen oder nicht. Die Annahme, dass die Daten später einmal zum Zwecke der Ermittlung eines Täters von Bedeutung sein können, ist keine ausreichende Legitimierung für diese Erhebungsvorschrift und widerspricht dem vom BVerfG anerkannten Grundsatz der Datenvermeidung. In diesem Zusammenhang ist auch die von der Bundesregierung vorgeschlagene Ergänzung in § 109 Abs.1 TKG-E abzulehnen.

Die in § 110 TKG vorgesehene phonetische Suche und Jokerabfrage lassen eine erhebliche Ausweitung des ohnehin schon immens stark frequentierten Verfahrens der Bestandsdatenabfragen befürchten und stellen sowohl aus verfassungsrechtlicher Sicht als auch bezüglich der zu erwartenden Kostenbelastung für die Netzbetreiber eine erhebliche Belastung dar. Diese Verfahren sollten aus der Vorschrift gestrichen werden oder zumindest sollte eine Realisierung ausschließlich auf der Behördenseite festgelegt werden, was funktional,

technisch und wirtschaftlich die sinnvollste Lösung wäre.

### III. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

*Änderungsbedarf bei § 60 TKG-E (Frequenzhandel)*

Der EG-Rechtsrahmen sieht die Möglichkeit vor, dass Frequenzen gehandelt werden können. Mit § 60 TKG-E soll auch in Deutschland der Frequenzhandel ermöglicht werden.

E-Plus ist der Auffassung, dass die Möglichkeit des Frequenzhandels nur für die in Zukunft zugeordneten Frequenzen bestehen sollten. Die bereits zugeteilten Frequenzen sollten, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern sowie die ursprünglichen Vergabeverfahren nicht in Frage zu stellen, vom Frequenzhandel ausgenommen werden.

### IV. Zusammenfassung

E-Plus betont an dieser Stelle, dass das neue TKG mit darüber entscheiden wird, ob der Mobilfunkmarkt weiterhin ein Motor für Wachstum und Innovationen in der deutschen Wirtschaft sein wird bzw. ob der Mobilfunk eine zentrale Rolle in der Informationsgesellschaft einnehmen kann.

Das neue TKG muss insbesondere sicherstellen, dass der ordnungspolitische Rahmen Eingriffe nur bei permanenten Marktversagen legitimiert. Eine kostenbasierte Entgeltregulierung muss ultima ratio sein. Der im TKG-E angelegte Automatismus zwischen Zugangs- und kostenbasierter Entgeltregulierung ist aufzulösen.

Insgesamt ergibt sich folgender wesentlicher Änderungsbedarf:

- Änderung von § 20 TKG-E dahingehend, dass unabhängig von den §§ 18 und 19 Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht ein Transparenzgebot bzw. ein Gleichbehandlungsgebot als eigenständige Maßnahme auferlegt werden kann.

- Änderung von § 19 TKG-E dahingehend, dass vor der Auferlegung von Maßnahmen gemäß den Absätzen 2 und 3 geprüft wird, ob Maßnahmen nach den §§ 18 und 20 ausreichend sind.
- Änderung von § 28 Abs. 1 TKG-E dahingehend, dass die Regulierungsbehörde ein Auswahlermessens hinsichtlich der Auferlegung einer (kostenbasierten) Entgeltregulierung hat.
- Änderung von § 29 Abs. 1 TKG-E dahingehend, dass neben dem Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung noch der Vergleichsmaßstab aufgenommen wird.
- Änderung von § 53 Abs.1 TKG-E im Sinne der Stellungnahme des Bundesrates Nr. 48, welcher eine Unterrichtung des Frequenzzuteilungsinhabers fordert.
- Änderung von § 60 TKG-E dahingehend, dass ein rückwirkender Frequenzhandel ausgeschlossen wird.
- Änderung von § 106 Abs.2 TKG-E dahingehend, dass die technischen Möglichkeiten und die eingesetzte Technik der einzelnen Netzbetreiber bei der Ausgestaltung der Verordnung angemessen berücksichtigt werden und die Netzbetreiber als Verpflichtete mit angehört werden.
- §109 TKG-E sollte generell gestrichen werden. Einer Erhebungsvorschrift zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit bedarf es nicht. Sinnvolle Ergänzung im Rahmen des § 110 TKG-E ist daher ausreichend.
- Änderung von § 110 Abs.3 TKG-E dahingehend, dass Jokerzeichensuche und phonetische Suche ausgeschlossen werden. Ferner Streichung von § 110 Abs. 5 TKG-E, der eine einseitige Kostentragungspflicht seitens der TK-Unternehmen vorsieht.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)966**

5. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

EWE TEL GmbH

EWE TEL bedankt sich für die Einladung als Sachverständige zu o.g. Anhörung sowie die Möglichkeit, im Vorfeld schriftlich zum Entwurf des TKG Stellung zu nehmen. Wir schließen uns im Wesentlichen den Stellungnahmen der Verbände VATM und Breko an, möchten jedoch in Anlehnung an den von Ihnen erstellten Themenkatalog im Folgenden noch einmal kurz die für uns wichtigsten Punkte darlegen:

**1. Markt- und Entgeltregulierung****a) Marktregulierung, §§ 9 ff.**

Das Kriterium „funktionsfähiger Wettbewerb“ ist in den EU-Richtlinien nicht vorgesehen und stellt eine unzulässige Einschränkung dar. Während Art. 16 Abs. 2 und 4 sektorspezifische Regulierung immer dann vorschreibt, wenn kein „wirksamer“ Wettbewerb besteht, d.h. wenn es auf einem Markt zumindest ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht gibt, schaffen §§ 9 ff. die Möglichkeit, in Deutschland hinter diesen Anforderungen zurück zu bleiben. Die Einführung des unbestimmten Rechtsbegriffs „funktionsfähiger Wettbewerb“ entspräche nicht einer richtlinienkonformen Umsetzung und würde zu weitreichender Rechts- und Planungsunsicherheit führen.

**Forderung:**

Das über die EU-Richtlinie hinausgehende Kriterium des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ ist zu streichen und durch die Vorgaben der EU-Richtlinie in Verbindung mit der Empfehlung der EU-Kommission zu relevanten Märkten zu ersetzen.

**Formulierungsvorschlag****§ 9 Abs. 1:**

„Der Marktregulierung nach den Vorschriften dieses Teils unterliegen Märkte, auf denen kein **wirksamer** Wettbewerb besteht.“

**§ 10 Abs. 2:**

„Für eine Regulierung nach diesem Teil kommen Märkte in Betracht, auf denen kein **wirksamer** Wettbewerb besteht. ....“

**b) Kontrolle über Zugang zu Endnutzern, § 18**

Die gesetzessystematische Stellung des § 18 und dessen Wechselwirkung mit § 19 sind unklar und bedürfen der Überarbeitung. Einerseits muss sichergestellt werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen nicht vorzeitig aus den Zugangsverpflichtungen nach § 19 entlassen wird, während andererseits für nicht marktbeherrschende Teilnehmernetzbetreiber (TNB) vorrangig § 18 als lex specialis Anwendung finden muss.

Das in § 18 Abs. 2 vorgesehene Diskriminierungsverbot soll gemäß der Zugangsrichtlinie nur für den Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gelten. Eine Ausweitung des Gleichbehandlungsgebots auch auf alternative TNB schränkt diese in ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit ein und stellt insoweit eine nicht richtlinienkonforme Umsetzung dar. Sachgerecht ist es, das Diskriminierungsverbot, entsprechend der Zugangsrichtlinie, in § 19 aufzunehmen.

Des Weiteren wäre es im Sinne der Verhältnismäßigkeit nicht sachgerecht, Teilnehmernetzbetreibern weitreichende „weitere Zugangsverpflichtungen“ aufzuerlegen und sie z.B. zu verpflichten, für andere Unternehmen das Mahnverfahren durchzuführen. § 18 dient der Sicherstellung der Interoperabilität, d.h. der End-zu-End-Verbund von Diensten muss gewährleistet sein. Während hierfür die Abrechenbarkeit eine wichtige Voraussetzung darstellt, fällt das Mahnwesen eindeutig in den Verantwortungsbereich des Diensteanbieters. Insbesondere bei den Mehrwertdiensten, die mit einem vergleichsweise hohen Forderungsausfallrisiko behaftet sind, kann es dem TNB nicht zugemutet werden, Verpflichtungen über die Fakturierung und die Entgegennahme der Zahlung bzw. den Bankeinzug hinaus für einen fremden Geschäfts- und Risikobereich zu übernehmen. Dies gilt umso mehr, als das Mahnverfahren in der Regel negative Auswirkungen auf das Kundenverhältnis hat und die Gefahr besteht, dass Kunden aufgrund der Auseinandersetzung über die Forderung eines

Dritten am Ende ihren gesamten Vertrag mit dem TNB kündigen. Reklamationen von unseriösen Diensten, z.B. Dialern, können zu nachhaltigen Imageschädigungen des TNB führen.

**Forderung:**

- Dem marktbeherrschenden Unternehmens müssen die Zugangsverpflichtungen in der Regel ex ante nach § 19 auferlegt werden, während sich die Regulierung alternative Teilnehmernetzbetreiber nach § 18 zu richten hat.
- Das Diskriminierungsverbot sollte von § 18 Abs. 2 Satz 1 auf § 19 verlagert werden.
- Die aus der Begründung hervorgehende Verpflichtung alternativer TNB, ggf. das Mahnwesen übernehmen zu müssen, ist zu streichen.

**c) Resale, § 19 Abs. 2 Nr. 3**

Die RegTP hat die DTAG durch ihren Beschluss am 18.07.03 verpflichtet, Tele2 ein Resale-Angebot vorzulegen, das Tele2 u.a. ermöglichte, den DTAG-Endkundenanschluss ohne die Verbindungsleistungen wiederzuverkaufen (sog. entbündeltes Resale), die Verbindungsleistung im Wege der Betreibervorauswahl (Preselection) zu erbringen und die Betreiberauswahl weiterer Anbieter (Call-by-Call) durch die DTAG sperren zu lassen. Somit könnten Tele2 und andere Reseller gegenüber den Endkunden wie Teilnehmernetzbetreiber auftreten, ohne jedoch im Anschlussbereich in Infrastrukturen investiert zu haben, die den Wettbewerb nachhaltig sichern.

Nach Ansicht der EWE TEL widerspricht diese Verpflichtung sowohl dem Gebot der Technologieneutralität als auch den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG-E. Während § 38 Abs. 2 TKG-E vorsieht, die Verpflichtung zur Betreiber(vor)auswahl für den Mobilfunkmarkt nicht aufzuerlegen, sofern nachhaltiger Dienstewettbewerb besteht, existiert eine solche Ausnahmeregelung für den Festnetzmarkt nicht. Folglich könnte jede Auferlegung einer Resale-Verpflichtung im Festnetz bereits als Verstoß gegen den in § 1 TKG-E normierten technologieneutralen Regulierungsansatz gewertet werden. Die Verpflichtung zu einem entbündelten Resale, das es im Mobilfunk ebenfalls nicht gibt, stellte in jedem Fall einen solchen Verstoß dar.

Auch die in § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG-E normierten Regulierungsziele wären mit der Einführung eines entbündelten Resale nicht vereinbar. EWE TEL investiert seit 1996/97 stetig in den Aufbau von Anschlussnetzen und den Ausbau von DSL, ganz bewusst auch in der Fläche. Durch die Einführung eines entbündelten Resale würde unser Geschäftsmodell erheblich geschädigt. Reseller könnten möglicherweise zu günstigeren Vorleistungskonditionen gegenüber dem Endkunden eine vermeintlich gleichwertige Leistung anbieten, ohne jedoch in ein eigenes Anschlussnetz investieren zu müssen und ohne hinsichtlich Qualität und Produktvielfalt unabhängig von der DTAG agieren zu können. Gerade die Verbreitung hochbitratiger Internetzugänge würde durch eine falsche Weichenstellung bei der Resale-Verpflichtung gestoppt. In-

novation und Technologiefortschritt fänden zukünftig, mangels Wettbewerb der Netze, nicht mehr statt. Die Abhängigkeit von Vorleistungen der DTAG nähme zu statt ab, so dass die Rückführung der Regulierung dauerhaft unmöglich würde.

Neben der Entwertung bereits getätigter Investitionen ist auch nicht mit einer „Migration“ von Resellern zu Infrastrukturanbietern zu rechnen (sog. „Leiter-Theorie“). Nachfrager eines entbündelten Resale könnten Investitionen in kostenintensive Infrastruktur im Anschlussbereich vermeiden und gegenüber dem Kunden dennoch als Komplettanbieter auftreten; wirtschaftliche Anreize für den Aufbau eigener Infrastruktur könnten sich auf dieser Basis dauerhaft nicht entwickeln.

Um mit dem neuen TKG faire Wettbewerbschancen sowohl für Diensteanbieter als auch für Infrastrukturanbieter zu gewährleisten, muss sicher gestellt sein, dass die Resale-Verpflichtung in das regulierungsbedingte Gefüge des Marktes eingepasst wird. Der Gesetzgeber ist daher aufgefordert, von seinem Umsetzungsspielraum Gebrauch zu machen und den nationalen Besonderheiten bei der Formulierung einer Resale-Verpflichtung Rechnung zu tragen. Die im vorliegenden TKG-E enthaltenen Kontrollmechanismen (Missbrauchskontrolle/Preis-Kosten-Schere-Verbot, Preisuntergrenze für Resale, Antragsrechte) reichen nicht aus, um einen fairen und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen.

**Forderung:**

Die Resale-Verpflichtung muss im Rahmen des Umsetzungsspielraums gesetzlich eingeschränkt werden, um den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG-E, dem Gebot der Technologieneutralität sowie der besonderen Wettbewerbssituation in Deutschland angemessen Rechnung zu tragen.

**Formulierungsvorschlag:**

**§ 19 Abs. 2 Nr. 3**

„...Zugang zu vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, als ein Angebot von Verbindungsleistungen oder Anschlüssen in Verbindung mit Verbindungsleistungen zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen,“

**d) Konsistenzgebot, § 25 Abs. 2**

Das in § 25 Abs. 2 TKG-Entwurf normierte Konsistenzgebot ist ein Schritt in die richtige Richtung. Bislang ist jedoch nur die formale Vorgabe enthalten, dass „Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit“ aufeinander abzustimmen sind. Hierbei nimmt die Regulierungsbehörde „insbesondere eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung ihrer Entgeltmaßnahme vor“ und prüft „ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2“ steht.

Hinsichtlich der näheren materiellen und qualitativen Ausgestaltung enthält die Vorschrift keine richtungsweisende Vorgabe. Auch die Begründung

sieht lediglich vor, dass Wettbewerbsverzerrungen, z.B. das Auftreten von Preis-Kosten-Scheren, vermieden werden sollen. Aus unserer Sicht ist es jedoch dringend erforderlich, das gesamte Entgeltgefüge sowohl vertikal als auch horizontal aufeinander abzustimmen, d.h. neben der Abstimmung der Vorleistungs- und Endkundenentgelten der DTAG müssen die Vorleistungsentgelte auch untereinander mit Blick auf die unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen der Wettbewerber, d.h. horizontal, abgestimmt werden. Als geeignetes Mittel kommen hier z.B. Price-Squeeze-Tests in Betracht, mit deren Hilfe überprüft werden kann, ob zwischen den einzelnen Vorleistungsentgelten bzw. zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelt ausreichende Abstände gegeben sind.

#### **Forderung:**

Die Regulierungsbehörde muss ihre Entgeltmaßnahmen in zeitlicher und qualitativer Hinsicht aufeinander abstimmen und hierbei auch die Auswirkung auf unterschiedliche Geschäftsmodelle und deren jeweilige Wertschöpfungsstufe berücksichtigen.

#### **Formulierungsvorschlag:**

„Die Regulierungsbehörde hat darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind (Konsistenzgebot). Die Regulierungsbehörde nimmt insbesondere eine zeitliche und inhaltliche Abstimmung vor, wobei die **Besonderheiten einzelner Geschäftsmodelle hinsichtlich ihrer Wertschöpfungsstufe zu berücksichtigen sind. Die Regulierungsbehörde** prüft bei den jeweiligen Entscheidungsmaßnahmen, ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen nach § 2 Abs. 2 stehen.“

#### **e) Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen, § 37**

Die Eingrenzung der Ex-ante-Regulierung von Endkundenentgelten darf nicht über die bereits sehr restriktiven Voraussetzungen der EU-Vorgaben hinausgehen. Da auf dem Telekommunikationsmarkt noch kein sich selbst tragender Wettbewerb herrscht, ist die Vorabregulierung als Korrektiv zum Ausgleich der Marktverhältnisse unerlässlich. Die durchweg negativen praktischen Erfahrungen mit der Ex-post-Regulierung im Endkundenbereich (T-DSL und TDN<sup>137</sup>) haben gezeigt, dass diese nicht in jedem Fall ausreicht, um missbräuchlichen Verdrängungswettbewerb des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zu verhindern. Haben sich die unter den Kosten liegenden Preise erst einmal im Markt etabliert, ist die Anhebung auf ein marktgerechtes Entgelt politisch nicht mehr oder nur in geringem Umfang durchsetzbar. Eine Rückgewinnung der Marktanteile durch die Wettbewer-

ber ist, wie das Beispiel T-DSL gezeigt hat, faktisch ausgeschlossen.

Ein über die EU-Richtlinie hinausgehender Beurteilungsspielraum für das „Ob“ einer Ex-ante-Verpflichtung stellt keine ordnungsgemäße Umsetzung in nationales Recht dar, da er die als Ausnahme vorgesehene Regelung in ihrer Anwendung faktisch völlig ausgehebelt.

Darüber hinaus fehlt es an einer Ex-ante-Missbrauchskontrolle im Rahmen der Entgeltgenehmigung, da der hier einschlägige § 37 Abs. 3 bezüglich der Ex-ante-Vorlageverpflichtung auf § 37 Abs. 1 verweist. Insoweit ist auch die Missbrauchskontrolle vor Entgeltgenehmigung aus den o.g. Gründen faktisch ausgeschlossen.

#### **Forderung:**

Die RegTP muss, wenn es die Umstände gebieten, auch in bezug auf Endkundenentgelte Ex-ante-Verpflichtungen auferlegen können. Es darf kein zusätzliches, an eine Prognose geknüpft, Ermessen eingeräumt werden. Der Satz „Die Regulierungsbehörde soll die Genehmigungspflicht auf solche Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit der Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs zu rechnen ist.“ ist mangels Richtlinienkonformität zu streichen; gleiches gilt für die Beschränkung der Ex-ante-Missbrauchskontrolle nach § 37 Abs. 3 Satz 2. In § 37 Abs. 3 Satz 3 ist das Erfordernis der Offenkundigkeit zu streichen.

#### **Formulierungsvorschlag:**

##### **§ 37 Abs. 1**

„Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich...für Endnutzer einer Entgeltgenehmigung unterwerfen. Im Falle einer Genehmigungspflicht gelten die ...in einem Korb zusammengefasst werden.“

##### **§ 37 Abs. 3 Satz 2 und 3**

„Darüber hinaus kann die Regulierungsbehörde Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, ihre Entgeltmaßnahmen zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten zur Kenntnis zu geben. Die Regulierungsbehörde untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme nicht mit § 26 vereinbar wäre.“

## **2. Sonstiges**

### **a) Förderung des anschlussbasierten Infrastrukturwettbewerbs**

Es ist grundsätzlich positiv zu bewerten, dass gemäß den Regulierungszielen in § 2 Abs. 2 Nr. 3 effiziente Infrastrukturinvestitionen gefördert und Innovationen unterstützt werden sollen. Das TKG bezweckt jedoch nicht die Förderung der - bereits abgesehenen - Infrastruktur des ehemaligen Staatsmonopolisten, sondern im Sinne des § 1 die Förderung wettbewerblicher Infrastrukturen.

#### **Forderung:**

In § 2 Abs. 2 Nr. 3 sollte klar gestellt werden, dass nur solche Infrastrukturinvestitionen zu fördern sind, die nicht zu Monopolzeiten getätigt wurden.

<sup>137</sup> Im Rahmen von sogenannten TDN - Telekom Designed Networks - hat die Deutsche Telekom AG bestimmten Kundenkreisen schon unter dem geltenden Recht Angebote machen können, die von den genehmigten Preisen abwichen. Diese Preise lagen in der Regel deutlich unter den genehmigten Preisen. Ebenso wie bei T-DSL bestätigt sich hier, dass das marktbeherrschende Unternehmen gerade bei den wichtigen Großkunden zumindest vorübergehend zu einer Niedrigpreisstrategie neigt, die zur dauerhaften Verdrängung der Wettbewerber führen kann.

**Formulierungsvorschlag:****§ 2 Abs. 2 Nr. 3**

„...effiziente Infrastrukturinvestitionen **und Innovationen zu fördern, soweit diese im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht unter dem Schutz eines staatlichen Monopols getätigt wurden.**“

**b) Kartellrechtsweg statt Verwaltungsrechtsweg**

Nach Ansicht der EWE TEL sollte im neuen TKG der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten für Fragen der Marktregulierung zugunsten des Kartellrechtswegs geändert werden. In der bisherigen Rechtsprechung hat sich gezeigt, dass sich Verwaltungsgerichte der Beurteilung ökonomischer Sachverhalte, die im Rahmen der RegTP-Entscheidungen relevant waren, weitgehend verschlossen haben. Die Kartellgerichte sind dem gegenüber geschult im Umgang mit wirtschaftlichen und wettbewerblichen Kriterien, so dass hier unse-

res Erachtens eine mit der größeren Sachkunde einhergehenden Beschleunigung der Verfahren zu erwarten ist.

Vor dem Hintergrund der Konvergenz von sektorspezifischer Regulierung und Wettbewerbsrecht auf der einen Seite und organisatorischer „Konvergenz“ der Energie- und Telekommunikationsregulierung auf der anderen Seite halten wir die Novellierung des TKG für den richtigen Zeitpunkt, um den Veränderungen Rechnung zu tragen.

**Forderung:**

Für Fragen der Marktregulierung sollte der Kartellrechtsweg vorgesehen werden.

Freundliche Grüße

i.V. Matthias Büning

i.A. Andrea Weißenfels

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)955**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

debitel

**Einführung: Voraussetzungen im TKG für die Erschließung des Zukunftsmarktes mobiler Datendienste**

Bei der Vergabe der GSM-Lizenzen 1990 bestand der politische Wille, Wachstum, Wettbewerb und Verbraucherakzeptanz auf dem Mobilfunkmarkt zu schaffen. Daher sicherte der Gesetzgeber den Wettbewerb zwischen Netzbetreibern und Service Providern ab. Die Lizenznehmer wurden verpflichtet, mit Diensteanbietern diskriminierungsfrei zu kontrahieren. Die damalige Begründung des Gesetzgebers war:

- Frequenzen als natürliche Limitierung der Lizenzvergabe führen zum Oligopol.
- Durch Kontrahierungszwang mit Diensteanbietern erhöht sich die Angebotsvielfalt.
- Schnelle Markterschließung wird durch mehrere Treiber im Markt erreicht.
- Diensteanbieter können sich differenzieren durch die Ausgestaltung eines eigenen Angebots.

Das Angebot erstreckte sich im Wesentlichen auf Sprachdienste. Dementsprechend ergaben sich wesentliche Differenzierungsmöglichkeiten über Customer Care und Tarife.

Das Ergebnis dieser Marktordnung war eine beispiellose Erfolgsgeschichte auf dem Mobilfunkmarkt: die Zahl der Teilnehmer stieg von null auf über 60 Millionen im Jahr 2003, die Penetrationsrate von 1,2 Prozent in 1992 auf über 70 Prozent in 2003. Der Mobilfunkmarkt wurde zum Wachstumstreiber innerhalb des Telekommunikationsmarktes in Deutschland, dem größten TK-Markt in Europa.

Inzwischen hat sich der Mobilfunkmarkt verändert. Die Umsätze pro Teilnehmer (ARPU) bei Sprachdiensten nehmen kontinuierlich ab. Eine immer größere Bedeutung werden zukünftig mobile Datendienste (Non-Voice-Anwendungen) einnehmen. In diese Richtung haben sich die Mobilfunkanbieter weiterentwickelt und sind heute grundsätzlich in der Lage wesentlich komplexere Produkte anzubieten. Techno-

logische Fortentwicklungen wie z. B. UMTS, Smartphones, mobiles Internet, Videotelefonie, etc. ermöglichen neue Dienste und Anwendungen.

Somit steht der deutsche Telekommunikationsmarkt 2004 vor der Schwelle der Erschließung eines neuen Zukunftsmarktes, den der mobilen Datendienste. Wir haben daher die gleiche Situation wie 1992. BITKOM schätzt allein für 2004 ein Wachstum auf dem TK-Dienstleistungsmarkt von 4,3 Prozent, für Mobilfunkdienste rund 7 Prozent. Der Gesetzgeber hat mit der TKG-Novelle die Chance, erneut den politischen Willen für Wachstum, Wettbewerb und Verbraucherakzeptanz zu zeigen.

Die heutige Möglichkeit, dass Diensteanbieter Content in die Portale der Netzbetreiber einstellen, ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, aber bei weitem nicht ausreichend, um einen vitalen Dienstewettbewerb zu ermöglichen. Derzeit sind Dienste, welche einen Anschluss an Schnittstellen und Plattformen voraussetzen oder mobilfunknetzübergreifende Dienste sowie konvergente Dienste nicht oder sehr eingeschränkt möglich.

Die Diensteanbieter können nur dann ihr ganzes Potential zur Wettbewerbsintensivierung beitragen, wenn sie auf der Diensteebene gleiche Chancen wie die Netzbetreiber haben. Diese Chancengleichheit besteht nur, wenn die Diensteanbieter ebenso wie die Netzbetreiber eigene Produkte, natürlich auch im Bereich der Datendienste, entwickeln können und die dafür notwendigen Vorprodukte von den Netzbetreibern zu diskriminierungsfreien Konditionen erhalten.

Um Rechts- und Planungssicherheit hinsichtlich der bestehenden Ansprüche der Diensteanbieter zu schaffen, ist die Aufnahme einer klaren Definition des Dienstewettbewerbs in das TKG und die Sicherstellung des Zugangs zu Vorprodukten der Netzbetreiber zu diskriminierungsfreien Konditionen für Diensteanbieter erforderlich. Damit können alle Kräfte (Netzbetreiber, Diensteanbieter, Handel) zur schnellen Erschließung von mobilen Datendiensten und damit Wegbereitung und die Markteröffnung für UMTS ak-

tiviert werden. Dies bedeutet Wertschöpfung für alle: für 4 Netzbetreiber, für viele Diensteanbieter und für unzählige Zulieferer. Es sind die Voraussetzungen für zukünftige Innovationen, Wachstum und Arbeitsplätze im Telekommunikationssektor in Deutschland.

#### Hinweis:

Die Stellungnahme der debitel AG schließt sich im Wesentlichen an die Stellungnahme des VATM an. Die Stellungnahme der debitel AG enthält darüber hinaus Punkte, die für die Diensteanbieter mit dem Schwerpunkt Mobilfunkdienste wesentlich sind. Dies sind der Vorschlag für die Definition des nachhaltigen Dienstewettbewerbs auf dem Mobilfunkendnutzermarkt (Punkt 1 G), mit dem wir die Ausführungen des VATM zu diesem Punkt konkretisieren, die Ergänzung der Begründung zu § 18 (Punkt 1C), die Aussagen zu § 148 Absatz 4 (Punkt 5) sowie die einführenden Anmerkungen.

#### 0. Allgemeines

**Wiedereinführung des Regulierungsziels „chancengleicher Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze“ in § 2 E-TKG (Regulierung und Ziele)**

##### Vorschlag:

Wiederaufnahme der Chancengleichheit zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb. Die Wiederaufnahme sollte erfolgen, indem § 2 Absatz 2 Nr. 2 E-TKG wie folgt gefasst wird:

“Die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikationsdienste und- netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste auch in der Fläche.“ (Ziffer 2 der Stellungnahme des Bundesrates vom 19.12.03, der die Bundesregierung zugestimmt hat).

##### Erläuterung:

Der Arbeitsentwurf, Stand 20.02.03, sah in § 2 (Regulierungsziele) explizit einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze vor. Der Referentenentwurf, Stand 30.04.03, streicht diesen Punkt und bevorzugt einseitig Infrastrukturinvestitionen. Diese Veränderung zulasten des Dienstewettbewerbs steht im Widerspruch zu dem in § 38 Absatz 2 als Schutzfunktion gegen härtere Regulierungen formulierten Ziel des nachhaltigen Dienstewettbewerbs. Um die Konsistenz des Gesetzentwurfs und die ordnungspolitische Ausgewogenheit zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb wiederherzustellen, muss die Chancengleichheit dieser beiden Wettbewerbsarten in die Regulierungsziele des § 2 E-TKG wieder aufgenommen werden. Diese Forderung sollte im Sinne aller Marktteilnehmer sein, da es keinen Widerspruch zwischen beiden Wettbewerbsarten gibt. Vielmehr ergänzen sie sich, da sie auf verschiedenen Wertschöpfungsebenen stattfinden. Je ausgeprägter der Dienstewettbewerb ist, desto bessere Chancen haben die Infrastrukturbetreiber, ihre Netze gegen Entgelt auszulasten, was deren Einnahmesituation erheblich verbessert. Je ausgeprägter der Infrastrukturwettbewerb ist, desto bessere Chancen haben die Diensteanbieter aus vielen Anbietern den geeigneten Partner auszuwählen. Es handelt sich also um eine klassische Win-Win Si-

tuation, die nicht durch kontraproduktive Normen gestört werden sollte.

Die negativen Folgen der Benachteiligung des Dienstewettbewerbs werden bereits im E-TKG an zwei Stellen deutlich. Zum einen wurde der in der Begründung zu dem § 19 E-TKG entsprechenden § 16 des Gesetzentwurfs Stand 30.04.03 enthaltene explizite Hinweis, dass alle Ansprüche, die über den reinen Wiederverkauf hinausgehen, wie z.B. netzseitige Vorleistungen für die eigenständige Entwicklung von Diensten unter Absatz 2 Nr. 1 (Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/oder -einrichtungen ...) zu fassen sind, in der Begründung zu § 19 E-TKG gestrichen. Dieser Zusatz sollte wieder aufgenommen werden. Zum anderen wurde dieser Zugangsanspruch im E-TKG degradiert, indem er aus den „Soll-Vorschriften“ gestrichen und den „Kann-Vorschriften“ zugeordnet wurde.

#### 1. Markt- und Entgeltregulierung

**A) „Funktionsfähiger Wettbewerb“ darf kein Kriterium der Marktabgrenzung sein (§ 10 E-TKG (Marktdefinition))**

##### Vorschlag:

Die „Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs“ darf kein Kriterium der Marktabgrenzung sein. Es ist aus unserer Sicht ausreichend, wenn allein die „Wirksamkeit“ des Wettbewerbs geprüft wird.

##### Erläuterung:

Es ist fraglich, warum der erste Prüfungsschritt („Funktionsfähigkeit“) eine Frage der Marktabgrenzung sein soll. Sowohl nach den Grundsätzen des besonderen Kartellrechts, i.e. sektorspezifischer Regulierung, als auch nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen wird ein Markt im Wesentlichen nach Substitutionsmöglichkeiten für ein Produkt oder einen Dienst abgegrenzt. Eine Abgrenzung nach Funktionsfähigkeit wäre hingegen nicht nur systemwidrig, sondern auch politischen Einflussnahmemöglichkeiten extrem zugänglich, da beispielsweise durch Weisungen Märkte dergestalt abgegrenzt werden könnten, dass deren Funktionsfähigkeit behauptet werden und eine Marktregulierung damit gänzlich entfallen kann. Zudem ist eine Abgrenzung nach der Kriterium „funktionsfähiger Wettbewerb“ EU-rechtswidrig, da die Rahmenrichtlinie dieses Kriterium nicht vorsieht.

**B) Antragsrecht für die Überprüfung der Marktdefinition und der Marktanalyse**

##### Vorschlag:

In § 14 Abs. 1 E-TKG soll ein Antragsrecht der Unternehmen für eine anlassbedingte Überprüfung von Marktdefinition und Marktanalyse aufgenommen werden (Nummer 10 der Bundesratsstellungnahme).

##### Erläuterung:

Die Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse haben für die Marktteilnehmer eine große Bedeutung, da von ihnen die Rechte und Pflichten der Marktteilnehmer abhängen. Daher sollten die Marktteilnehmer die Möglichkeit haben, selber eine Überprüfung bei der RegTP zu beauftragen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass die Ergebnisse

auf Grund der §§ 10-12 E-TKG nicht mehr den tatsächlichen Marktgegebenheiten entsprechen.

### C) Ergänzung der Begründung zu § 18 E-TKG (Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern)

#### Vorschlag:

Die für die Entwicklung eigener Dienste alternativer Anbieter von Mobilfunkdiensten notwendige Anbindung einer Dienstplattform an die Mobilfunknetze sollte zumindest in Form einer Ergänzung der Begründung zu § 18 E-TKG (Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern) genannt werden.

#### Erläuterung:

Eine echte Dienstvielfalt, die über das Angebot der vier Netzbetreiber hinausgeht ist eine wichtige Säule für den Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt. Die Möglichkeit, dass alternative Anbieter zusätzlich zu den vier Mobilfunknetzbetreibern selbstständig Dienste entwickeln und ihren Teilnehmern anbieten können, wird angesichts der heutigen Abschottungstendenzen bei den Portalstrategien der Mobilnetzbetreiber immer wichtiger. Ansonsten läuft der Mobilfunkmarkt Gefahr, dass sich die oligopolistische Struktur auf dem Markt der Übertragungswege (Frequenzen) auf Dienste, Inhalte und sogar Endgeräte ausdehnt. Um dies zu vermeiden und um Dienstvielfalt zu ermöglichen, sollten alternativen Anbietern Zugangsmöglichkeiten zu den Netzen der Mobilfunkbetreiber im neuen TKG gewährt werden.

### D) EU-Rechtskonformität und mehr Rechtssicherheit bei § 19 E-TKG (Zugangspflichten)

#### 1. Vorschlag: Streichung der EU-rechtswidrigen Einschränkung des Resale-Anspruchs in § 19 E-TKG Absatz 2 Nr. 3 (Zugangspflichten) auf AGB-Produkte

In § 19 Abs. 2 Nr. 3 sind die Wörter „wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden,“ zu streichen (Ziffer 16 der Stellungnahme des Bundesrates vom 19.12.03).

#### Erläuterung:

Der Vorschlag im E-TKG ist EU-rechtswidrig, da die Zugangsrichtlinie in Art. 12 den Anspruch auf "bestimmte Dienste" vorsieht und die Auswahl, welche diese sind, der RegTP überlässt.

#### 2. Vorschlag: Gleichstellung aller Zugangspflichten und Herstellung von Rechts- und Planungssicherheit

§ 19 E-TKG ist so zu fassen, dass alle Zugangspflichten als Soll-Vorschriften ausgestaltet werden.

#### Erläuterung:

Die Gleichgewichtung aller Verpflichtungen stellt die EU-Rechtskonformität her, die die Gleichgewichtung Art. 12 der Zugangsrichtlinie vorsieht. Die Ausgestaltung als Soll-Vorschriften schafft Rechts- und Planungssicherheit, da das Ermessen der RegTP mittels der Soll-Vorschriften anstelle der Kann-Vorschriften kanalisiert wird.

### 3. Vorschlag: Wiederaufnahme der Begründung zu dem § 19 E-TKG entsprechenden § 16 Absatz 3 Nummer 1 des Gesetzesentwurfes Stand 30.04.03

Satz 3 und 4 der Begründung zu § 16 Absatz 3 Nr. 1 des Gesetzesentwurfes Stand 30.04.03 müssen in die Begründung zu § 19 E-TKG wieder aufgenommen werden:

„§ 19 Absatz 2 Nr. 3 verlangt auf der einen Seite keinen vom nachfragenden Diensteanbieter zu leistenden Mehrwert; ausreichend sein kann also der bloße Wunsch nach Wiederverkauf der Leistungen. Auf der anderen Seite ist alles, was über reinen Wiederverkauf hinausgeht, unter Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen zu fassen und nach den dort aufgestellten Grundsätzen zu überprüfen.“

#### Erläuterung:

Zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sollte in der Begründung zu § 19 Absatz 2 Nr. 3 E-TKG wieder möglichst klar umschrieben werden, welche Zugangsarten einer Resale-Verpflichtung und welche dem Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder –einrichtungen unterfallen.

### E) Streichung der Preisuntergrenze für Entgelte für Zugangsleistungen zu bestimmten Diensten zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen in § 28 Abs. 6 E-TKG

#### Vorschlag:

Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dürfen nicht die Untergrenze für die Entgelte für Resale Vorprodukte sein. § 28 Abs. 6 E-TKG letzter Satz ist ersatzlos zu streichen.

#### Erläuterung:

Entgelte marktbeherrschender Betreiber für Resale-Vorprodukte ergeben sich aus einem Abschlag auf den Endkundenpreis. Der Abschlag muss einem effizienten Anbieter von TK-Diensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endkundenmarkt ermöglichen. § 28 Abs. 6 E-TKG schreibt vor, dass das mittels eines Abschlags auf den Endkundenpreis ermittelte Entgelt mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen muss. Hierdurch können in der Praxis Preis-Kosten-Scheren entstehen, die dazu führen, dass die Diensteanbieter die Vorleistungen zu höheren Preisen einkaufen, als sie von den Netzbetreibern gegenüber ihren eigenen Endkunden erhoben werden. Damit wird aus für uns unverständlichen Gründen die effektive Verwendung der Retail Minus Regulierung als Dumpingverhinderung aufgegeben.

### F) Antragsrecht für Wettbewerber bei der nachträglichen Entgeltregulierung

#### Vorschlag:

In § 36 E-TKG (nachträgliche Regulierung von Entgelten) soll ein Antragsrecht für die Wettbewerber aufgenommen werden. (Nummer 32 der Stellungnahme des Bundesrats).

**Erläuterung:**

debitel schließt sich der Begründung des Bundesrats an, dass in Anbetracht der Absenkung der Regulierungsintensität für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht durch den Wegfall der „ex-ante-Entgeltregulierung“ ein Antragsrecht für die Wettbewerbsunternehmen erforderlich ist, um eine schnelle „ex-post-Aufsicht“ zu ermöglichen. Anderenfalls können langwierige Vorermittlungsphasen zeitnahe Entscheidungen verhindern, was in der Vergangenheit bei fehlenden Antragsrechten z.B. bei Missbrauchsverfahren der Fall war.

**G) Definition des „nachhaltigen Dienstewettbewerbs“ auf dem Mobilfunkendnutzermarkt****Vorschlag:**

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte eine Legaldefinition für den unbestimmten Rechtsbegriff "nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt" in § 38 Absatz 2 E-TKG (Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl) erfolgen. Die Definition soll sinngemäß wie folgt lauten: Nachhaltiger Dienstewettbewerb bedeutet einen chancengleichen Wettbewerb zwischen Diensten der Mobilfunknetzbetreiber und den Diensten der Mobilfunkdiensteanbieter auf der Endnutzerseite (Ziffer 35 der Stellungnahme des Bundesrats vom 19.12.03, der die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung vom 15.01.04 zustimmt).

**Erläuterung:****a) Erforderlichkeit einer Definition des „nachhaltigen Dienstewettbewerbs auf dem Mobilfunkendnutzermarkt“**

§ 38 Absatz 2 E-TKG (Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl) verankert den Gedanken der Soft-Regulierung im Mobilfunk, indem er einen Ausnahmetatbestand formuliert. Trotz beträchtlicher Marktmacht sollen die in Absatz 1 genannten harten Verpflichtungen nicht auferlegt werden, solange nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt besteht. Hier hat der Gesetzgeber eine entscheidende Weichenstellung für den Mobilfunkmarkt getroffen, die unter anderem das Investitionsverhalten der Anbieter und die Marktstruktur grundlegend beeinflusst. Dennoch hat der Gesetzgeber es unterlassen, den unbestimmten Rechtsbegriff des „nachhaltigen Dienstewettbewerbs auf dem Mobilfunkendnutzermarkt“ zu definieren. Damit wird gerade in diesem entscheidenden Bereich ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen. Die Marktteilnehmer haben keine verlässliche Handlungsgrundlage. Auch ihre Planungssicherheit wird dadurch erheblich beeinträchtigt.

**b) Hintergrund**

Die Chancengleichheit aller Anbieter (Mobilfunknetzbetreiber und Mobilfunkdiensteanbieter) auf der Diensteebene, insbesondere hinsichtlich der Entwicklung von Diensten für die Endnutzer unabhängig von ihrer Ausstattung mit Frequenzen, ist notwendige Voraussetzung für die Schaffung eines nachhaltigen Dienstewettbewerbs. Ein nachhaltiger Dienstewettbewerb kann nicht entstehen, wenn Diensteanbieter lediglich als Vertriebszweig fertiger AGB-Produkte der Netz-

betreiber eingesetzt werden. In diesem Fall findet eine Diversifikation der Dienste nur innerhalb der begrenzten Anzahl der Netzbetreiber statt. Das Innovationspotenzial der Diensteanbieter wird verschenkt. Damit wird ein vitaler Dienstewettbewerb von vornherein erstickt. Insbesondere würde ohne die Diensteanbieter die gegenwärtige Tendenz zu „walled gardens“ nicht zu stoppen sein. Die Mobilfunknetzbetreiber lassen nur vorselektierte Inhalteanbieter zu, während die Diensteanbieter offene Plattformen und damit die Erreichbarkeit der Dienste aus allen Netzen ermöglichen wollen, wenn sie die entsprechenden Zugangsansprüche gegenüber den Mobilfunknetzbetreibern durchsetzen können.

**H) Antragsrecht für Wettbewerber bei der Missbrauchsaufsicht****Vorschlag:**

In § 40 E-TKG (Missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht) sollte ein Antragsrecht für die Wettbewerber aufgenommen werden (Nummer 38 der Stellungnahme des Bundesrats).

**Erläuterung:**

debitel schließt sich der Begründung des Bundesrats an. Die Sicherstellung des chancengleichen Wettbewerbs ist nur möglich, wenn missbräuchliches Verhalten schnell erkannt und abgestellt wird. Siehe auch die Erläuterung zu Vorschlag F.

**2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde****A) Sämtliche Weisungen des BMWA müssen veröffentlichtungspflichtig sein****Vorschlag:**

Die Einschränkung der Veröffentlichungspflicht in § 115 E-TKG muss wieder aufgehoben werden. Daher ist in § 115 E-TKG folgender Satzteil zu streichen: „... die sich unmittelbar und mittelbar auf den Erlass oder die Unterlassung von Entscheidungen nach § 130 auswirken...“ zu streichen.

**Erläuterung:**

Zur Sicherstellung transparenter Regulierung und zur Wahrung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde sollten sämtliche Weisungen, wie auch im heutigen TKG, veröffentlichungspflichtig sein. Darüber hinaus ist das in § 115 E-TKG gewählte Eingrenzungskriterium so unbestimmt, dass oft nicht eindeutig zu entscheiden sein wird, ob eine Veröffentlichungspflicht besteht.

**B) Klare Festlegung des Aufgabenbereichs des Kartellamts (§ 121 E-TKG)****Vorschlag:**

Die Zusammenarbeit von RegTP und Kartellamt sollte in § 121 hinreichend klargestellt werden.

**Erläuterung:**

Die in § 119 Abs. 1 Satz 1 vorgesehene Entscheidung der RegTP im Rahmen der Marktabgrenzung und

Marktanalyse nach den §§ 10 und 11 sowie den Entscheidungen nach § 59 Abs. 3 und § 60 Abs. 1 Nr. 4 „im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt“ ist in ihrer Wirkung unklar. Die gewählte Formulierung beschreibt nicht hinreichend eindeutig die Rolle des Kartellamts. Insbesondere bleibt offen, welche Folge eine unterschiedliche Beurteilung durch die beiden Behörden hat und mit welchem Verfahren hierauf reagiert wird. Eine ergänzende Klarstellung und E-TKG für den Fall kollidierender Beurteilungen sind daher wünschenswert.

**C) Anpassung des Anwendungsbereichs von § 131 E-TKG (Sonstige Streitigkeiten zwischen Unternehmen) an denjenigen des § 124 E-TKG (Untersagung)**

**Vorschlag:**

In § 131 Absatz 1 Satz 1 sind die Wörter „aus diesem Gesetz“ durch die Wörter „nach diesem Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes“ zu ersetzen (Ziffer 83 der Stellungnahme des Bundesrates vom 19.12.03, der die Bundesregierung zustimmt).

**Erläuterung:**

Mit Berücksichtigung unseres Vorschlages würden sich die Anwendungsbereiche beider Sanktionsparagrafen entsprechen. Der im E-TKG enthaltene Anwendungsbereich von § 131 könnte dazu führen, dass gerade die Ansprüche der Mobilfunkdiensteanbieter gegen die Netzbetreiber aus § 148 Absatz 4 E-TKG nicht auf diesem Wege verfolgt werden können. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf „Verpflichtungen aus diesem Gesetz“ könnte so ausgelegt werden, dass die Ansprüche der Diensteanbieter, die aufgrund von § 148 Absatz 4 fortgeschrieben werden, nicht in den Anwendungsbereich fallen, da sich die Anspruchsgrundlagen selbst nicht im neuen TKG, sondern in den GSM-Lizenzen D1, D2 und E-Plus sowie in § 4 TKV finden. Diese Einschränkung des Anwendungsbereichs kann nicht vom Gesetzgeber gewollt sein, da im Zweifelsfall das Ziel „nachhaltiger Dienstewettbewerb“ nicht adäquat durchgesetzt werden kann.

**D) Streichung des Telekommunikationsbeitrages**

**Vorschlag:**

Streichung von § 142 E-TKG (Telekommunikationsbeitrag).

**Erläuterung:**

debitel lehnt die Erhebung eines Telekommunikationsbeitrages grundsätzlich ab. Das allgemeine Kartellrecht weist, soweit das Bundeskartellamt als handelnde und ausführende Behörde betroffen ist, weitgehende Parallelen zum TKG und dem ausführenden Organ Regulierungsbehörde auf. Im Kartellrecht existieren jedoch keine vergleichbaren Zahlungsverpflichtungen der Unternehmen. Es ist nicht nachvollziehbar warum im hier betroffenen Bereich des Sonderkartellrechts solche Zahlungsverpflichtungen der Unternehmen bestehen sollen. Die Finanzierung von Verwaltungsbehörden als Teil der Exekutive sollte nicht Aufgabe der Unternehmen sein. Eine Finanzierung im Wesentlichen aus verhängten Geldstrafen bietet sich an.

Wenn dennoch ein Telekommunikationsbeitrag eingeführt wird, sollte er zumindest folgenden Maßstäben genügen: Es ist erforderlich, dass der Beitragsschlüssel die TK-Unternehmen nach dem Umfang ihrer Möglichkeiten, die RegTP zu „nutzen“, in verschiedenen Klassen einteilt und die TK-Unternehmen, je nach ihrer Klassenzugehörigkeit unterschiedlich hohe Beiträge zu leisten haben. Die Klassen müssen je nach dem Umfang der Rechte und Pflichten der jeweiligen Unternehmen die sich aus dem TKG ergeben, definiert werden, weil der Umfang der Rechte die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Regulierungsbehörde determiniert.

**3. Kundenschutz**

debitel unterstützt nachdrücklich die Bekämpfung von Mehrwertdienste-Missbräuchen, da nur eine zielgerichtete Verhinderung des Missbrauchs den seriösen Mehrwertdienstemarkt schützt und seine Entwicklung ermöglicht. Jedoch gehen unserer Meinung die vom Bundesrat in seinen Beschlusspunkten 95 und 96 pauschal aufgestellten Forderungen nach einer Ausweitung der Kundenschutzregeln an den tatsächlichen Regelungsbedürfnissen vorbei. Es konnten bereits wesentliche Erfolge gegen früheren Missbrauch durch das im August 2003 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs von 0190er-/0900er-Mehrwertdiensterrufnummern erreicht werden. Es ist unstreitig, dass das mit dem neuen Gesetz erreichte Schutzniveau auch nach Neuordnung des TKG gewahrt bleiben sollte.

Die pauschale Behauptung, dass eine Verlagerung des Missbrauchs in andere Rufnummerngassen zum Schaden der Verbraucher absehbar sei, ist nicht zutreffend. Das befürchtete breit angelegte Ausweichen auf andere Rufnummerngassen als die gesetzlich jetzt gesondert geregelten Rufnummerngassen 0190 / 0900 findet nicht statt. Die teilweise in der öffentlichen Diskussion angeführten Beispiele für den Missbrauch von Rufnummern außerhalb der Gassen 0190/0900 lassen außer Acht, dass es sich hierbei regelmäßig um kriminellen Rufnummernmissbrauch bzw. unverlangte Werbung handelt. Hierfür bestehen bereits eindeutige gesetzliche Regelungen, die dies im Straf- oder Wettbewerbsrecht mit harten Sanktionen belegen. Zusätzliche Verbraucherschützende Regelungen sind nicht geeignet, diese Missbrauchsfälle wirksamer zu bekämpfen.

Hinsichtlich der vom Bundesrat ausdrücklich angesprochenen Premium-SMS ist es schon heute gängige Praxis der Anbieter, auf die mit der Anwahl verbundenen Kosten in der Werbung für die über dieses Medium erreichbaren Angebote ausdrücklich hinzuweisen, so dass die geforderte Preistransparenz gewährleistet ist. Die Verpflichtung hierzu ergibt sich schon aus dem allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Gebot der Preistransparenz, zu dem die Netzbetreiber und Mobilfunkdiensteanbieter ihre Vertragspartner, die diese Mehrwertdienste anbieten, vertraglich verpflichten.

Zu der unter Punkt 95 e) der Bundesrats-Stellungnahme angesprochenen Problematik der unverlangt zugesandten Werbe-E-Mails (Spamming) ist auf die Umsetzung der diesbezüglichen Vorgaben aus der EU-Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation in der laufenden UWG-Novellierung hinzuweisen.

Wir möchten ausdrücklich darum bitten, dass bei der Diskussion neuer Verbraucherschützender Regelungen deren Zielgenauigkeit und Zusatznutzen gegenüber bereits bestehenden Regelungen und Verhaltensweisen der Anbieter geprüft wird, um die Telekommunikationsbranche nicht mit unnötigen Kosten zu belasten, die zum einen das Innovationspotential einschränken und zum anderen an die Endkunden weitergegeben werden müssten. Eine solche Belastung wäre ebenfalls nicht im Sinne der Kunden, wenn sie, wie zuvor ausgeführt bereits durch bestehende Vorschriften und Praktiken vor Missbrauch geschützt sind.

#### 4. Datenschutz und Sicherheit

Zu diesem Thema schließt sich debitel den Forderungen des BITKOM und des VATM an.

#### 5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

##### **Fortschreibung des Wettbewerbs zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Mobilfunkdiensteanbietern in § 148 Absatz 4 E-TKG (Übergangsvorschriften)**

Wir begrüßen es sehr, dass in § 148 Absatz 4 (Übergangsvorschriften) eine Fortschreibung des in Deutschland etablierten Wettbewerbs zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Mobilfunkdiensteanbietern erfolgt. Um jedoch die nötige Rechts- und Planungssicherheit hinsichtlich der bestehenden Ansprüche der Diensteanbieter zu schaffen, ist die Aufnahme einer klaren Definition des nachhaltigen Dienstewettbewerbs in § 38 Absatz 2 in das TKG (siehe hierzu Vorschlag 1G) und die Sicherstellung des Zugangs zu Vorprodukten der Netzbetreiber zu diskriminierungsfreien Konditionen für Diensteanbieter erforderlich. Damit wird eine rechtliche Basis für die für den Standort Deutschland wichtige Dienstevielfalt gesichert. Dieser Ansatz ist insbesondere für die Mobilfunkbranche wichtig, da der bei korrekter Auslegung und Anwendung zustande kommende Wettbewerb harte Regulierungen der Branche verhindern kann.

#### Zusammenfassung

##### **Einführung: Voraussetzungen im TKG für die Erschließung des Zukunftsmarktes mobiler Datendienste**

Bei der Vergabe der GSM- Lizenzen 1990 bestand der politische Wille, Wachstum, Wettbewerb und Verbraucherakzeptanz auf dem Mobilfunkmarkt zu schaffen. Daher sicherte der Gesetzgeber den Wettbewerb zwischen Netzbetreibern und Service Providern ab. Die Lizenznehmer wurden verpflichtet, mit Diensteanbietern diskriminierungsfrei zu kontrahieren. Die damalige Begründung des Gesetzgebers war:

- Frequenzen als natürliche Limitierung der Lizenzvergabe führen zum Oligopol.
- Durch Kontrahierungszwang mit Diensteanbietern erhöht sich die Angebotsvielfalt.
- Schnelle Markterschließung wird durch mehrere Treiber im Markt erreicht.
- Diensteanbieter können sich differenzieren durch die Ausgestaltung eines eigenen Angebots.

Das Angebot erstreckte sich im Wesentlichen auf Sprachdienste. Dementsprechend ergaben sich we-

sentliche Differenzierungsmöglichkeiten über Customer Care und Tarife.

Das Ergebnis dieser Marktordnung war eine beispiellose Erfolgsgeschichte auf dem Mobilfunkmarkt: die Zahl der Teilnehmer stieg von null auf über 60 Millionen im Jahr 2003, die Penetrationsrate von 1,2 Prozent in 1992 auf über 70 Prozent in 2003. Der Mobilfunkmarkt wurde zum Wachstumstreiber innerhalb des Telekommunikationsmarktes in Deutschland, dem größten TK-Markt in Europa.

Inzwischen hat sich der Mobilfunkmarkt verändert. Die Umsätze pro Teilnehmer (ARPU) bei Sprachdiensten nehmen kontinuierlich ab. Eine immer größere Bedeutung werden zukünftig mobile Datendienste (Non-Voice-Anwendungen) einnehmen. In diese Richtung haben sich die Mobilfunkanbieter weiterentwickelt und sind heute grundsätzlich in der Lage wesentlich komplexere Produkte anzubieten. Technologische Fortentwicklungen wie z. B. UMTS, Smartphones, mobiles Internet, Videotelefonie, etc. ermöglichen neue Dienste und Anwendungen.

Somit steht der deutsche Telekommunikationsmarkt 2004 vor der Schwelle der Erschließung eines neuen Zukunftsmarktes, den der mobilen Datendienste. Wir haben daher die gleiche Situation wie 1992. BITKOM schätzt allein für 2004 ein Wachstum auf dem TK-Dienstleistungsmarkt von 4,3 Prozent, für Mobilfunkdienste rund 7 Prozent. Der Gesetzgeber hat mit der TKG-Novelle die Chance, erneut den politischen Willen für Wachstum, Wettbewerb und Verbraucherakzeptanz zu zeigen.

Die heutige Möglichkeit, dass Diensteanbieter Content in die Portale der Netzbetreiber einstellen, ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, aber bei weitem nicht ausreichend, um einen vitalen Dienstewettbewerb zu ermöglichen. Derzeit sind Dienste, welche einen Anschluss an Schnittstellen und Plattformen voraussetzen oder mobilfunknetzübergreifende Dienste sowie konvergente Dienste nicht oder sehr eingeschränkt möglich.

Die Diensteanbieter können nur dann ihr ganzes Potential zur Wettbewerbsintensivierung beitragen, wenn sie auf der Diensteebene gleiche Chancen wie die Netzbetreiber haben. Diese Chancengleichheit besteht nur, wenn die Diensteanbieter ebenso wie die Netzbetreiber eigene Produkte, natürlich auch im Bereich der Datendienste, entwickeln können und die dafür notwendigen Vorprodukte von den Netzbetreibern zu diskriminierungsfreien Konditionen erhalten.

Um Rechts- und Planungssicherheit hinsichtlich der bestehenden Ansprüche der Diensteanbieter zu schaffen, ist die Aufnahme einer klaren Definition des Dienstewettbewerbs in das TKG und die Sicherstellung des Zugangs zu Vorprodukten der Netzbetreiber zu diskriminierungsfreien Konditionen für Diensteanbieter erforderlich. Damit können alle Kräfte (Netzbetreiber, Diensteanbieter, Handel) zur schnellen Erschließung von mobilen Datendiensten und damit Wegbereitung und die Markteröffnung für UMTS aktiviert werden. Dies bedeutet Wertschöpfung für alle: für 4 Netzbetreiber, für viele Diensteanbieter und für unzählige Zulieferer. Es sind die Voraussetzungen für zukünftige Innovationen, Wachstum und Arbeitsplätze im Telekommunikationssektor in Deutschland.

**Hinweis:**

Die Stellungnahme der debitel AG schließt sich im Wesentlichen an die Stellungnahme des VATM an. Die Stellungnahme der debitel AG enthält darüber hinaus Punkte, die für die Diensteanbieter mit dem Schwerpunkt Mobilfunkdienste wesentlich sind. Dies sind der Vorschlag für die Definition des nachhaltigen Dienstewettbewerbs auf dem Mobilfunkendnutzermarkt, mit dem wir die Ausführungen des VATM zu diesem Punkt konkretisieren, die Ergänzung der Begründung zu § 18, die Aussagen zu § 148 Absatz 4 sowie die einführenden Anmerkungen.

**0. Allgemeines****Wiedereinführung des Regulierungsziels „chancengleicher Wettbewerb im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze“ in § 2 E-TKG (Regulierung und Ziele)**

Die Chancengleichheit zwischen Dienste- und Infrastrukturwettbewerb ist die Basis für die Nutzung des gesamten Investitions- und Innovationspotentials des Telekommunikationsmarktes. Diese Forderung sollte im Sinne aller Marktteilnehmer sein, da es keinen Widerspruch zwischen beiden Wettbewerbsarten gibt. Vielmehr ergänzen sie sich, da sie auf verschiedenen Wertschöpfungsebenen stattfinden. Je ausgeprägter der Dienstewettbewerb ist, desto bessere Chancen haben die Infrastrukturbetreiber, ihre Netze gegen Entgelt auszulasten, was deren Einnahmesituation erheblich verbessert. Je ausgeprägter der Infrastrukturwettbewerb ist, desto bessere Chancen haben die Diensteanbieter aus vielen Anbietern den geeigneten Partner auszuwählen. Es handelt sich also um eine klassische Win-Win Situation, die nicht durch kontraproduktive Normen gestört werden sollte.

**1. Markt- und Entgeltregulierung**

„Funktionsfähiger Wettbewerb“ darf kein Kriterium der Marktabgrenzung sein (§ 10 E-TKG (Marktdefinition)), die Prüfung der „Wirksamkeit“ des Wettbewerbs reicht aus und ist EU-rechtskonform

Es ist fraglich, warum der erste Prüfungsschritt („Funktionsfähigkeit“) eine Frage der Marktabgrenzung sein soll. Sowohl nach den Grundsätzen des besonderen Kartellrechts, i.e. sektorspezifischer Regulierung, als auch nach allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätzen wird ein Markt im Wesentlichen nach Substitutionsmöglichkeiten für ein Produkt oder einen Dienst abgegrenzt. Eine Abgrenzung nach Funktionsfähigkeit wäre hingegen nicht nur systemwidrig, sondern auch politischen Einflussnahmemöglichkeiten extrem zugänglich, da beispielsweise durch Weisungen Märkte dergestalt abgegrenzt werden könnten, dass deren Funktionsfähigkeit behauptet werden und eine Marktregulierung damit gänzlich entfallen kann. Zudem ist eine Abgrenzung nach der Kriterium „funktionsfähiger Wettbewerb“ EU-rechtswidrig, da die Rahmenrichtlinie dieses Kriterium nicht vorsieht.

**Antragsrechte für Wettbewerber in den Bereichen der Marktdefinition und der Marktanalyse, der Entgeltregulierung sowie der Missbrauchsaufsicht**

In die §§ 14, 36 und 40 E-TKG sollten Antragsrechte für die Wettbewerber aufgenommen werden. Ohne

Antragsrechte können langwierige Vorermittlungsphasen zeitnahe Entscheidungen in diesen für die Wettbewerber essentiell wichtigen Bereichen verhindern, was in der Vergangenheit bei fehlenden Antragsrechten z.B. bei Missbrauchsverfahren der Fall war.

**Mehr Rechtssicherheit durch Ergänzung der Begründung zu § 18 E-TKG (Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern)**

Die für die Entwicklung eigener Dienste alternativer Anbieter von Mobilfunkdiensten notwendige Anbindung einer Dienstplattform an die Mobilfunknetze sollte zumindest in Form einer Ergänzung der Begründung zu § 18 E-TKG (Kontrolle über den Zugang zu Endnutzern) genannt werden.

**EU-Rechtskonformität und mehr Rechtssicherheit bei § 19 E-TKG (Zugangspflichten)**

- Streichung der EU-rechtswidrigen Einschränkung des Resale-Anspruchs in § 19 E-TKG Absatz 2 Nr. 3 (Zugangspflichten) auf AGB-Produkte
- Gleichstellung aller Zugangspflichten und Herstellung von Rechts- und Planungssicherheit mittels Soll-Vorschriften
- Wiederaufnahme der Begründung zu dem § 19 E-TKG entsprechenden § 16 Absatz 3 Nummer 1 des Gesetzesentwurfs Stand 30.04.03, die aussagt, dass alles, was über reinen Wiederverkauf hinausgeht, unter Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und / oder -einrichtungen zu fassen und nach den dort aufgestellten Grundsätzen zu überprüfen ist

**Streichung der Preisuntergrenze für Entgelte für Zugangsleistungen zu bestimmten Diensten zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen in § 28 Abs. 6 E-TKG**

Die Preisuntergrenze führt dazu, dass die effektive Verwendung der Retail Minus Regulierung als Dumpingverhinderung aufgegeben wird. Um ein einfaches und für die RegTP ohne administrativen Aufwand zu handhabendes Mittel zur Dumpingverhinderung nicht ungenutzt zu lassen, muss die Preisuntergrenze gestrichen werden.

**Definition des „nachhaltigen Dienstewettbewerbs“ auf dem Mobilfunkendnutzermarkt**

Aus Gründen der Rechtssicherheit für alle Marktteilnehmer sollte eine Legaldefinition für den unbestimmten Rechtsbegriff "nachhaltiger Dienstewettbewerb auf dem Mobilfunkendnutzermarkt" in § 38 Absatz 2 E-TKG (Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl) erfolgen. Die Definition soll sinngemäß wie folgt lauten: Nachhaltiger Dienstewettbewerb bedeutet einen chancengleichen Wettbewerb zwischen Diensten der Mobilfunknetzbetreiber und den Diensten der Mobilfunkdiensteanbieter auf der Endnutzerseite. Ohne die Definition würde gerade in diesem entscheidenden Bereich ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit geschaffen. Die Marktteilnehmer hätten keine verlässliche Handlungsgrundlage. Auch ihre Planungssicherheit würde dadurch erheblich beeinträchtigt.

## **2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde**

### **Sämtliche Weisungen des BMWA müssen veröffentlichungspflichtig sein**

Zur Sicherstellung transparenter Regulierung und zur Wahrung der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde sollten sämtliche Weisungen, wie auch im heutigen TKG, veröffentlichungspflichtig sein.

### **Klare Festlegung des Aufgabenbereichs des Kartellamts**

Für mehr Rechtssicherheit sollten die Aufgabenbereiche von Kartellamt und RegTP klar umrissen und deutlich sein welche Folge eine unterschiedliche Beurteilung durch die beiden Behörden hat sowie mit welchem Verfahren hierauf reagiert wird.

### **Anpassung des Anwendungsbereichs von § 131 E-TKG (Sonstige Streitigkeiten zwischen Unternehmen) an denjenigen des § 124 E-TKG (Untersagung)**

Für mehr Rechtssicherheit und klarere Sanktionsmöglichkeiten sollten sich die Anwendungsbereiche beider Paragraphen auf Verpflichtungen „nach diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes“ beziehen.

### **Streichung des Telekommunikationsbeitrages**

Die Wettbewerber dürfen nicht mit den Kosten der Überführung des Monopols in den Wettbewerb belastet werden. Auch im Kartellrecht existieren keine vergleichbaren Zahlungsverpflichtungen der Unternehmen.

## **3. Kundenschutz**

debitel unterstützt nachdrücklich die Bekämpfung von Mehrwertdienste-Missbräuchen, da nur eine zielgerichtete Verhinderung des Missbrauchs den seriösen Mehrwertdienstemarkt schützt und seine Entwicklung ermöglicht. debitel möchte jedoch darum bitten, dass

bei der Diskussion neuer Verbraucherschützender Regelungen deren Zielgenauigkeit und Zusatznutzen gegenüber bereits bestehenden Regelungen und Verhaltensweisen der Anbieter geprüft wird, um die Telekommunikationsbranche nicht mit unnötigen Kosten zu belasten, die zum einen das Innovationspotential einschränken und zum anderen an die Endkunden weitergegeben werden müssten. Eine solche Belastung wäre ebenfalls nicht im Sinne der Kunden, wenn sie bereits durch bestehende Vorschriften und Praktiken vor Missbrauch geschützt sind.

## **4. Datenschutz und Sicherheit**

Zu diesem Thema schließt sich debitel den Forderungen des BITKOM und des VATM an.

## **5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges**

### **Fortschreibung des Wettbewerbs zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Mobilfunkdiensteanbietern in § 148 Absatz 4 E-TKG (Übergangsvorschriften)**

Wir begrüßen es sehr, dass in § 148 Absatz 4 (Übergangsvorschriften) eine Fortschreibung des in Deutschland etablierten Wettbewerbs zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Mobilfunkdiensteanbietern erfolgt. Um jedoch die nötige Rechts- und Planungssicherheit hinsichtlich der bestehenden Ansprüche der Diensteanbieter zu schaffen, ist die Aufnahme einer klaren Definition des nachhaltigen Dienstewettbewerbs in § 38 Absatz 2 in das TKG (siehe hierzu den letzten Punkt unter Ziffer 1) und die Sicherstellung des Zugangs zu Vorprodukten der Netzbetreiber zu diskriminierungsfreien Konditionen für Diensteanbieter erforderlich. Damit wird eine rechtliche Basis für die für den Standort Deutschland wichtige Dienstvielfalt gesichert. Dieser Ansatz ist insbesondere für die Mobilfunkbranche wichtig, da der bei korrekter Auslegung und Anwendung zustande kommende Wettbewerb harte Regulierungen der Branche verhindern kann.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)962**

4. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

TELE2 Telecommunication Services GmbH

<b>Gliederung:</b>	<b>Seite</b>
Tele2: Über das Unternehmen	1
Vorbemerkung	1
Zusammenfassung	2
Stellungnahme zu Markt- und Entgeltregulierung	3
1. Betreibervorauswahl: Systematische Einordnung von Preselection als Zusammenschaltungsleistung	3
2. Zugang zu Teilnehmeranschlüssen, Resale von bestimmten Diensten	4
3. Entgeltregulierung für Resale	6
4. Zugang zu Fakturierung und Inkasso	6
5. Mobilfunk: Einengende Regelungen für MVNO-Betreibermodell lösen	7

**Ansprechpartner für Rückfragen:**

Dr. Ralf Langenhorst                      Tel: 0211 – 7400 4920  
Regulatory Affairs Manager              Fax: 0211 – 7400 4929  
In der Steele 39  
40599 Düsseldorf                        e-mail: [ralf.langenhorst@tele2.com](mailto:ralf.langenhorst@tele2.com)

**Tele2: Über das Unternehmen**

Die TELE2 ist seit 1998 als Verbindungsnetzbetreiber im deutschen TK-Markt positioniert. Die Kunden nutzen die Angebote im Wege des Preselection und des Call-by-Call (insbesondere mit Voranmeldung) und alle registrierten Kunden erhalten eigene Rechnungen der Tele2. Das Engagement der Tele2 ist auf langfristige Weiterentwicklung der Kundenbeziehungen angelegt, gestützt auf ca. 100 Arbeitskräfte in Düsseldorf (inklusive europäischer Funktionen) sowie ca. 700 Mitarbeitern in Call Centern in Rostock und Halle in der Schwesterfirma Transcom World Wide. Neben dem eigenen Abrechnungs- und Kundenadministrationsystem hat Tele2 im Zuge des Angebotes von Ortsgesprächen ihr Telekommunikationsnetz auf die

maximal mögliche Anzahl von 475 Zusammenschaltungspunkte mit der Deutschen Telekom ausgebaut. Hierfür wurden und werden die eigenen Übertragungs- und Vermittlungsnetze massiv erweitert sowie in erheblichem Umfang Netzkapazitäten anderer Netzbetreiber angemietet.

TELE2 ist ein Unternehmen der Tele2 AB Gruppe mit Sitz in Schweden, börsennotiert in Stockholm und an der Nasdaq. Der Konzern ist als alternativer Telekommunikationsanbieter in 23 europäischen Ländern präsent und versorgt über 20 Millionen Kunden mit Festnetz- und Mobiltelefonie, Internet- und ADSL-Services und Datennetzwerken. Der Marktauftritt in den Ländern erfolgt nach einem harmonisierten Konzept, aber naturgemäß mit unterschiedlichen Entwicklungsgeschwindigkeiten, abhängig von lokalen Gegebenheiten. Als Mobilfunkanbieter betreibt Tele2 eigene Netze in Schweden, den baltischen Ländern, Russland und in Luxemburg. In einigen Märkten hat Tele2 eine UMTS-Lizenz erworben. Weiteres Element der Mobilfunkstrategie ist das Konzept des virtuellen Mobilfunknetzbetreibers (MVNO), welches erfolgreich bereits in einigen Ländern implementiert wurde. 3500 Mitarbeiter in der Tele2 AB Gruppe und ca. 8000 im Bereich der Kundenbetreuung bei dem Schwesterunternehmen Transcom World Wide machen Tele2 zu einem profitablen Telekommunikationsunternehmen.

**Vorbemerkung**

Die Weiterentwicklung des Wettbewerbs im TK-Markt erfordert Offenheit für die Entwicklung von Kommunikationsdiensten und für neue Betreiber- und Geschäftsmodelle. In dieser Hinsicht greift der Entwurf der Regierung aus Sicht der Tele2 eindeutig zu kurz. In der Tendenz werden verschiedentlich Elemente sichtbar, die auf einen Schutz erreichter Besitzstände und eine Verfestigung bestehender Marktstrukturen hinwirken. Dies betrifft sowohl den Festnetz- als auch den Mobilfunksektor.

Die politische Diskussion ist in die Begriffe „Infrastruktur- und Dienstwettbewerb“ polarisiert. Diese Polarisierung erscheint nicht nur künstlich, sondern auch schädlich. Insbesondere wird hierdurch eine ausgewogene Diskussion über den erforderlichen Rahmen für einen Wettbewerb zum Vorteil der TK-Industrie und der Endkunden verhindert. Die zuge-spitzte Frage der Förderung von Infrastrukturinvestitionen darf nicht zu fehlgeleiteten Schutzregeln für einzelne Geschäftsmodelle oder Marktteilnehmer führen. Dies ginge zu Lasten der Dynamik des Wettbewerbs und damit letztlich zu Lasten der Kunden, der Unternehmen im Markt und der Entwicklung des Standortes.

Eine umfängliche Diskussion des Antrags der CDU/CSU-Fraktion kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Nur punktuell wird vorab im Rahmen der allgemeinen Vorbemerkungen darauf eingegangen.

- Es besteht die unabdingbare Notwendigkeit, der Regulierungsbehörde eine starke Kontrollmöglichkeit von Standardangeboten von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht an die Hand zu geben. Diese Notwendigkeit läßt sich an der mittlerweile dreijährigen Historie der Anordnungen einer Resale-Verpflichtung an die Deutsche Telekom verdeutlichen. Durch die wiederkehrende Vorlage inakzeptabler Angebote konnten von 2001 bis heute Regulierungsentscheidungen ausgehebelt werden. Das Instrumentarium des derzeitigen Regulierungsrahmens erweist sich daran als nicht ausreichend. Ziffer 2 des Antrages der CDU/CSU ist insoweit zu unterstützen.
- Ebenfalls hervorzuheben ist die Notwendigkeit eines Antragsrechtes von Wettbewerbern für Überprüfungen in den Bereichen Marktdefinition und –analyse, Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht. Ein Antragsrecht bringt unmißverständlich zum Ausdruck, daß diese Verfahren nicht nur im Interesse des Wettbewerbs, sondern auch der Wettbewerber durchzuführen sind. Gerade in diesem Punkt bestanden in der Rechtsprechung zum TKG von 1996 Unklarheiten. Tele2 unterstützt aus diesem Grund auch insoweit den Antrag der CDU/CSU (Ziffer 9).
- Als europaweit tätiger Konzern sieht Tele2 eine europarechtskonforme Anwendung der Regulierungsinstrumente in allen Mitgliedsländern als notwendig an. Hieraus ergibt sich eine Ablehnung des Prinzips der doppelten Marktbeherrschung. Beispielsweise auch der von der EU-Kommission benannte Markt der Mobilfunkterminierung muß nach richtlinienkonformen Maßstäben reguliert werden. Das Europäische Parlament bringt in seinem Report vom 04.11.2003 zum 8. Implementierungsbericht mit Deutlichkeit zum Ausdruck, dass die Regulierungsintensität im Mobilfunksektor erhöht werden muß, um einerseits die „alten“ Probleme des Sektors zu lösen und danach Aufmerksamkeit neuen Fragen wie der „gemeinsamen Marktmacht“ und der Notwendigkeit der Kooperationen für die Entwicklung von 3G (UMTS) Anwendungen und Diensten zuzuwenden.
- In der Frage des Rechtsweges sieht auch Tele2 tendenziell die möglichen Vorteile bei einer Zu-

ständigkeit der Kartellgerichte. Neben anderen Argumenten in der Abwägung erscheint der Hinweis wichtig, dass bei zu erwartenden gerichtlichen Auseinandersetzungen zu Fragen der Marktdefinition und Marktanalyse, die in der „Einschwingphase“ des neuen Rechtsrahmens den Boden bereiten werden, vorhandene Kompetenzen bei den Kartellgerichten zu Nutzen kommen würden.

### Zusammenfassung der Stellungnahme

Die Stellungnahme der Tele2 konzentriert sich auf Fragen der Markt- und Entgeltregulierung.

Dabei ergeben sich folgende Kernpunkte:

1. In der **Regelung zur Betreibervorauswahl**, § 38, sollte der Gesetzgeber eine **Klarstellung** aufnehmen, dass der beinhaltete **Preselection-Umstellungsprozeß** auf Seiten der Deutschen Telekom AG (DTAG) als eine **Zusammenschaltungsleistung** einzuordnen ist. Nur hierdurch ist eine Anpassung an die Praxis aller anderen europäischen Länder möglich. Dort sind alle für den Preselection-Wettbewerb essentiellen Aspekte von der Leistungsverpflichtung, der Produktqualität bis zum Preis einer Regulierung als Zusammenschaltungsleistung zugänglich. Bis heute besteht hier in der deutschen Regulierungspraxis eine „Schieflage“ durch Einordnung der Preselection-Umstellung als Endkundenleistung.
2. Die Verpflichtungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht zur Ermöglichung eines **Resale (Wiederverkauf) von Telefon-, ISDN- und DSL-Anschlüssen** in § 19 sind klarer zu fassen. Die von Seiten der DTAG geforderte Bündelung des Resale von Anschlüssen mit einem Resale von Verbindungsleistungen ist taktischer Natur und steht in krassem Widerspruch zum Gedanken einer Förderung des Wettbewerbs durch Netzbetreiber mittels eigener Infrastrukturen.  
In einer Art „Zweiklassen-Teilung“ der Kunden in Deutschland fehlt heute für einen wesentlichen Teil der Kunden jeglicher Anschlusswettbewerb, andere sehen nur einen duopolistischen oder bestenfalls oligopolistischen Wettbewerb. Um in diesem Bereich Anreize zur Wettbewerbsbelebung sowie der Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen im Dienstleistungssektor zu setzen schlägt Tele2 ein **zweistufiges Vorgehen** vor:  
Erstens sollte eine europarechtskonforme „**Kann-Regelung für ein „reines Resale“**“ in das Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt werden.  
Zweitens sollte der Gesetzgeber eine **ordnungs-politische Orientierung** für die nachfolgenden Regulierungsentscheidungen vorgeben. Dies ist möglich, indem eine „**Soll-Regelung**“ in § 19 Abs. 3 eine Präferenzierung solcher Wiederverkaufsmodelle zum Ausdruck bringt, bei denen das Resale mit der Veredelung durch eigene Leistungen von Netzbetreibern auf Basis eigener Infrastruktur erfolgt. Beispielsweise durch Verbindung eines Resale-Telefonanschlusses mit einem Preselection für Verbindungen („**Netzbetreiber-Resale**“).
3. Die gesetzlichen Vorgaben für die Entgeltregulierung für das Resale dürfen nicht schon in sich eine

Quelle für Inkonsistenz verankern und müssen Basis für eine praktikable Regulierung bilden. Hier sind Änderungen am Regierungsentwurf vorzunehmen.

4. Zum Thema Fakturierung und Inkasso unterstützt die Tele2 die verbreitete Position, dass hier im Zeitlauf eine höhere Eigenverantwortung der Wettbewerber einzufordern ist. Dies bezieht sich aus Sicht der Tele2 wesentlich auf den Bereich der Call-by-Call Angebote. Im europäischen Umfeld ist eine Situation wie in Deutschland mit einer entsprechenden Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmen zum Fakturierung und Inkasso von Sprachtelefonverbindungen unbekannt. Die erforderliche Eigenrealisierung der Kundenverwaltung und Rechnungstellung führt zu dem wünschenswerten Effekt einer höheren Kundenbindung als sie im Wege des offenen Call-by-Call zu erreichen ist. Somit liegt hierin ein Schlüssel zur Verfestigung eines nachhaltigen Wettbewerbs und der Schaffung alternativer Infrastrukturen und von Arbeitsplätzen. Eine „Sunset“-Regelung des Gesetzgebers wäre marktgerecht, für die Bestandsdauer ist allerdings eine umfassende Verpflichtung inklusive der Mahnungen gerechtfertigt.

Differenziert ist hier aus Tele2-Sicht die Situation für sonstige telefongestützte / telefontnahe Dienste zu bewerten. Hier erscheint eine umfassende Verpflichtung auch auf Dauer sinnvoll.

5. In Bezug auf den Mobilfunksektor beinhaltet der Regierungsentwurf Elemente, die einer Realisierung eines alternativen Netzbetreibermodells – des virtuellen Mobilfunknetzbetreibers, MVNO – entgegengestellt sind. Die Position der Tele2 umfasst hier zunächst eine Anpassung der Zugangsregelungen in § 19 an europarechtliche Vorgaben. Das in anderen europäischen Ländern bereits realisierte Modell des MNVO ist geeignet, als zusätzliches Instrument mehr Wettbewerb auf den Endkundenmärkten und auch auf den Vorleistungsmärkten, z.B. bei der Terminierung von Mobilfunkverbindungen zu schaffen. Des weiteren fordert Tele2 eine Fassung der Regelung zur Nummerierung in §64, die transparenten und nicht-diskriminierenden Zugriff auf Nummernressourcen auch für neue Geschäfts- und Betreibermodelle ermöglicht. Andernfalls läuft der Gesetzgeber Gefahr, mittels restriktiver Regelungen der Nummerierung Markteintrittsschwellen aufzubauen, die etablierte Unternehmen schützen, aber einer dynamischen Entwicklung des TK-Wettbewerbs entgegenstehen.

#### **Stellungnahme zu Fragen der Markt- und Entgeltregulierung**

Die nachfolgenden Darstellungen sind zur vereinfachten Übersicht thematisch strukturiert, in der Reihenfolge der Zusammenfassung.

#### **Hinweis zur Darstellungsweise:**

Änderungsvorschläge zum Gesetzentwurf in Rahmen, Ergänzungen **fett und unterstrichen**, ~~Streichungen~~ als solche markiert.

#### **1. Betreibervorauswahl: Systematische Einordnung von Preselection als Zusammenschaltungsleistung (§ 38 Abs. 1)**

**Regulatorische Schieflage aufbrechen, nicht verschlechtern:** Der Gesetzgeber ist aufgefordert, die Gelegenheit zu nutzen, eine bestehende Schieflage im Hinblick auf die regulatorische Einordnung der Preselection-Umstellungsprozesse zu beseitigen. Im neuen TKG sollte die Einordnung als Vorleistung gegenüber dem Preselection-Anbieter klargestellt werden, statt als Endkundenleistung wie in der derzeitigen Regulierungspraxis. Durch die nachfolgend vorgeschlagene Klarstellung würden derzeit bestehende regulatorische und praktische Probleme bei der Umstellung sowohl zugunsten der betroffenen Endkunden als auch zugunsten der betroffenen Preselection-Anbieter beseitigt werden können. In den anderen Ländern der EU unterliegen die Leistungsbeschreibung und Qualitätssicherung der Leistungen zur Betreibervorauswahl der Regulierungskontrolle als Zusammenschaltungsleistung. Es gilt zu vermeiden, dass die Regulierung in Deutschland hier zukünftig den Anspruch auf Harmonisierung nicht erfüllen kann und dass die Entwicklung der Preselection-Penetration in Deutschland weiterhin deutlich im europäischen Vergleich zurückbleibt.

**Diskrepanz zwischen Marktrealität und regulatorischer Behandlung:** Die heutige Praxis der Handhabung des Umstellungsprozesses bei der Betreibervorauswahl (Preselection-Einstellung) weist deutliche Probleme in einem vertraglichen Dreiecksverhältnis auf: Endkunde, Anschlussanbieter (DTAG), Preselection-Anbieter. Zwischen dem Anschlusskunden und dem Preselection-Anbieter kommt ein „Preselection-Vertrag“ zustande. Zur Umsetzung ist aber vorab eine technische Umstellungsmaßnahme durch die DTAG vorzunehmen, in der sie die Vorauswahl des Kunden in ihren Systemen einstellt. Diese Preselection-Umstellung wird in heutiger Regulierungspraxis als Endkundenleistung der DTAG behandelt. Diese Einordnung beruht historisch auf einer Festlegung der RegTP in der Frühphase des Wettbewerbs, in der sich DTAG nicht mit den Wettbewerbern auf kommerzielle Konditionen dieser Leistung verständigen konnte und daher „ausweichend“ als Endkundenleistung festgelegt hat. Derzeit wird zwar das Umstellungsentgelt von der DTAG dem Kunden in Rechnung gestellt; der Kunde erhält hierfür aber wiederum eine Gutschrift seines Preselection-Anbieters. Aufgrund dieser branchenweiten Praxis tragen damit die Preselection-Anbieter seit 1998 bereits heute die Kosten für die Preselection-Umstellung. In der regulatorischen Einordnung handelt es sich aber für eine Leistung an den wechselnden Endkunden. Dies bedingt, dass für den Preselection-Wettbewerb essentielle Aspekte von der Leistungsverpflichtung, der Produktqualität bis zum Preis einer Regulierung als Zusammenschaltungsleistung nicht zugänglich sind.

**Gefährdung des Preselection-Wettbewerbs:** Nach dem Regierungsentwurf in § 38 sollen die Umstellungsentgelte einer nachträglichen Entgelt-

regulierung nach §36 Abs. 2 bis 4 unterworfen werden. Es ist offensichtlich, dass eine äußerst problematische Situation entsteht, wenn im zukünftigen Rechtsrahmen das Entgelt für die Preselection-Umstellung von der DTAG zunächst ungeprüft festgesetzt werden kann. Wohlgermerkt handelt es sich um ein Entgelt, welches ein Endkunde mit der Preselection-Leistung eines Wettbewerbers verbindet, wenn er mit diesem ein Vertragsverhältnis eingeht. Selbst wenn dann das Entgelt nachträglich reguliert wird, sind standardmäßig schon für eine hohe Zahl von Kunden die unregulierten Entgelte gezahlt und durch die Preselection-Anbieter wiederum erstattet worden.

**Umsetzungsdefizit vermeiden:** Der im Entwurf vorgesehene Satz 5 zu den Entgelten bei der Betreiber(vor)auswahl bleibt hinter den Vorgaben von Art. 19 Abs. 3 der Universaldienstrichtlinie zurück. Nach dieser Bestimmung der Richtlinie haben die NRA dafür zu sorgen, daß Entgelte für den „Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Bereitstellung“ von Call-by-Call und Preselection „kostenorientiert festgelegt werden“. Der in Satz 5 im Regierungsentwurf vorgesehene Verweis auf die nachträgliche Entgeltregulierung stellt nicht sicher, daß derartige Entgelte kostenorientiert im Sinne der Universaldienstrichtlinie sind; der Maßstab der Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung gilt allein im Verfahren nach § 29 TKG-E. Die vorgeschlagene Formulierung folgt dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 3 der Universaldienstrichtlinie.

### Änderungsvorschlag:

#### § 38 Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl

(1) ....

~~Etwaige Entgelte für Endnutzer, die die vorgenannten Leistungen in Anspruch nehmen wollen, unterliegen der nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des §36 Abs. 2 bis 4. Entgelte für Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit den vorgenannten Leistungen unterliegen der Genehmigungspflicht nach § 29.~~

#### 2. Zugang zu Teilnehmeranschlüssen, Resale von bestimmten Diensten

##### *Wettbewerbspolitisches Umfeld – Notwendigkeit einer Resale-Option für Netzbetreiber*

**Mängel im Anschlußwettbewerb:** Die immense Akzeptanz, die Call-by-Call und Preselection für Ortsgespräche in nur wenigen Monaten gefunden haben, zeigt, wie sehr die Kunden den erweiterten Wettbewerb im Ortsnetz erwartet haben. Gleichzeitig macht diese Entwicklung aber auch klar, wie wichtig es ist, den Endkunden für ihren Gesamtbedarf einen Wettbewerb zu bieten. Dieser Gesamtbedarf beinhaltet auch ihren Telefon- oder ISDN-Anschluss, und an dieser Stelle weist der Wettbewerb in Deutschland noch gravierende Mängel auf, die mit den bestehenden Wettbewerbsstrukturen offensichtlich nicht zu beheben sind.

**Zwei-Klassen-Teilung der Kunden im heutigen Wettbewerb:** Die bestehenden Wettbewerbsstrukturen haben dazu geführt, dass auch sechs Jahre nach der Marktöffnung etwa die Hälfte der Kunden in Deutschland allein aufgrund ihres Wohnortes noch immer eine faktische Monopol-situation hinsichtlich des Teilnehmeranschlusses für Telefon- und Internetdienste erleben. Die Deutsche Telekom verfügte im Jahr 2003 bundesweit noch immer über Marktanteile bei Telefonanschlüssen und bei DSL-Anschlüssen von weit über 90 %. Selbst dort, wo Wettbewerbsangebote bestehen, finden sich verbreitet aber nur ein einziger alternativer Anbieter. Diese duopolistische Lage kann kaum die Basis für funktionierenden Wettbewerb in der Zukunft bieten.

**Wiederverkauf notwendig für flächendeckenden Wettbewerb um Telefonanschlüsse:** Der Wiederverkauf (Resale) von Leistungen eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht stellt ein wesentliches ordnungspolitisches Instrument für den Wettbewerb um die Teilnehmeranschlüsse dar. Allein durch den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung („letzte Meile“) wird eine flächendeckende Auswahl der Endkunden zwischen mehreren Anbietern von Teilnehmeranschlüssen auf absehbare Zeit nicht erzielt werden.

**Investitionsschädliches Modell „gebündeltes Resale“:** Die Deutsche Telekom propagiert in dieser Diskussion auf regulatorischer Ebene, wie auch in der Gesetzesdiskussion ein Modell eines „gebündeltes Resale“. Hierbei kann ein Reseller nur dann Telefonanschlüsse zu Großhandelsbedingungen abnehmen, wenn er zu den entsprechenden Anschlüssen auch die Verbindungsleistungen als Reseller abnimmt. Hiermit wird das Modell des „gebündeltes Resale“ für jeden Netzbetreiber unbrauchbar. Im Widerspruch zum Gesetzesziel der Infrastrukturförderung würde das Modell der DTAG also gerade ein Vorleistungsmodell implementieren, welches Investitionen in Netze entwertet.

**Taktische Spaltung der Konkurrenz durch den Marktbeherrscher:** Diese Forderung der DTAG ist rein taktischer Natur. Für den Fall, dass Resale eingeführt wird, will die DTAG mittels des gebündeltes Resale ihre Festnetzkonkurrenten in zwei Gruppen separieren. Durch das gebündelte Resale würde sie einen netzunabhängigen Anbieter einführen, der allein in der Lage ist, im Anschlußwettbewerb teilzunehmen, aber gleichzeitig die Verbindungsleistungen wieder quasi in das Netz der DTAG zurückführt. Daneben bestünden Netzbetreiber, die in Netzinfrastrukturen investiert haben, die aber vom Resale-Anschlußwettbewerb ausgeschlossen werden. Die Unzulässigkeit des gebündeltes Angebotes der DTAG wurde in den jüngsten Eilentscheidungen vom VG Köln und OVG Münster festgestellt.

**Polarisierte Diskussion statt aktiver Nutzung im Sinne aller Kunden:** In polarisierender Weise, unter dem Schlagwort „Infrastruktur- versus Dienstewettbewerb“, versuchen heute Regionalanbieter im Schulterchluss mit der Deutschen Telekom die bestehende Situation zu verfestigen, statt eine Öff-

nung des Wettbewerbs für alle Kunden aktiv zu gestalten und als Chance zu ergreifen. Hierzu noch ein statistischer Vergleichswert: In Deutschland liegt für gewöhnliche analoge Telefonanschlüsse, die noch immer von etwa 75% der Kunden genutzt werden, der Anteil der Wettbewerber bei nur 0,9% der Anschlüsse. Bei vielen Regionalanbietern findet sich auch gar kein Angebot für diese Anschlüsse, sie beschränken sich auf höherwertige Anschlüsse um auf umsatzstarke Kunden zu fokussieren – bedingt, aber wohl kaum bestimmend, hat hier ggf. auch die frühere Preis-Kosten-Schere der Deutschen Telekom gewirkt. Im Vergleich dazu steht Dänemark, wo durch ein Nebeneinander von entbündeltem Zugang zur Teilnehmeranschlußleitung und durch Resale (seit Mitte 1999) 15% der Analog-Anschlüsse durch Wettbewerber gestellt werden.

#### Änderungsvorschläge der Tele2 zu § 19

Tele2 schlägt für das Resale ein zweigeteiltes Vorgehen vor:

Erstens sollte eine europarechtskonforme „**Kann-Regelung**“ für ein „**reines Resale**“ in das Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt werden (§ 19 Abs. 2, hierzu Erläuterung a)).

Zweitens sollte der Gesetzgeber eine Veredelungspflicht beim Resale einführen und damit eine ordnungspolitische Orientierung für die nachfolgenden Regulierungsentscheidungen vorgeben. Eine „**Soll-Regelung**“ in § 19 Abs. 3 kann eine Präferenzierung solcher Wiederverkaufsmodelle zum Ausdruck bringen, wo das Resale mit der Veredelung durch eigene Leistungen von Netzbetreibern auf Basis eigener Infrastruktur erfolgt, beispielsweise durch Verbindung eines Resale-Telefonanschlusses mit einem Preselection für Verbindungen („**Netzbetreiber-Resale**“ in § 19 Abs. 3, hierzu Erläuterung b)).

Die Veredelungspflicht ist zwar von den EU-Richtlinien nicht vorgeschrieben. Es handelt sich jedoch um eine Realisierungsform des in der Zugangsrichtlinie vorgesehenen Resale, mit der vorhandene Infrastruktur von alternativen Netzbetreibern gefördert wird. Auch diese Infrastruktur von Netzbetreibern fällt unter das Regulierungsziel der Förderung von Infrastrukturinvestitionen.

#### § 19 Zugangsverpflichtungen

(2) Die Regulierungsbehörde kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem verpflichten,

...

3. Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten, ~~wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden~~, zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen,

...

(3) Die Regulierungsbehörde soll Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, folgende Verpflichtungen nach Absatz 1 auferlegen:

1. vollständig entbündelten Zugangs zum Teilnehmeranschluss sowie gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluss (Bereitstellung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss oder zum Teilnetz in der Weise, dass die Nutzung des gesamten Frequenzspektrums der Doppelader-Metalleitung ermöglicht wird) **sowie Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze Zugang zur Bereitstellung und Überlassung von Telefon- und DSL-Anschlüssen und mit dem Telefonanschluß verbundenen telefontnahen Diensten zur Bündelung mit eigenen Kommunikationsdiensten zu gewähren**

....

#### Erläuterungen:

a) Zu § 19 Absatz 2 Nummer 3 („reines Resale“):

Die geforderte Änderung führt auf den umzusetzenden Wortlaut der Zugangsrichtlinie zurück. Die Zugangsrichtlinie kennt in Art. 12 Abs. 1 lit. d) weder eine Einschränkung auf „*angebotene Dienste*“ noch einen Bezug auf Endkunden-AGB. Die im Entwurf enthaltene Einschränkung auf „*angebotene Dienste*“ blendet aus, daß der Reseller die Leistungen auf Vorleistungsebene übernimmt, er soll gerade nicht auf Provisionsbasis nur einen Vertriebskanal des marktbeherrschenden Unternehmens bilden. Der Verweis auf die AGB des marktbeherrschenden Unternehmens verschärft diese unzutreffende Perspektive auf die Endkundenleistung in der Weise, daß die Resaleverpflichtung nur im Umfang und nach Maßgabe der Endkundenleistung erfolgen kann. Durch eine Änderung ihrer AGB kann beispielsweise Deutsche Telekom folglich die Reichweite der Resale-Verpflichtung steuern.

b) Zu § 19 Absatz 3 Nummer 1 („Netzbetreiber-Resale“):

Die Einfügung in Absatz 3 Nr. 1 des Entwurfs dient dem Zugang von Netzbetreibern zu den Diensten des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht im Zusammenhang mit dem Teilnehmeranschluß (Netzbetreiber-Resale). Hierin liegt eine inhaltliche Verbindung zum entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschluß sowie zum gemeinsamen Zugang zum Teilnehmeranschluß. Durch die vorgeschlagene Einfügung in Absatz 3 Nr. 1 werden Rechtsstreitigkeiten vermieden und der Gesetzgeber bringt eine eindeutige Zielrichtung der Wettbewerbsförderung für Netzbetreiber im Anschlußbereich zum Ausdruck.

Die Ergänzung zielt entsprechend auf die **Nachfrage von Netzbetreibern**, die ihre eigenen Netzleistungen durch Anschlußprodukte (Telefonanschluß- oder DSL-Anschluß) ergänzen wollen. Dies betrifft zum einen Verbindungsnetzbetreiber, die in die Lage versetzt werden, Call-by-Call und Preselection durch Anschlüsse zu einem Komplettangebot zu ergänzen. Zum anderen betrifft dies auch alternative Teilnehmernetzbetreiber, denen es auf diese Weise ermöglicht wird, außerhalb

ihres bisherigen Tätigkeitsgebiets Anschlußangebote zu erbringen. Die ebenfalls vorgeschlagene Einfügung von „mit dem Telefonanschluß verbundener telefontaucher (bzw. telekommunikationsgestützter, nach der Gegenäußerung der Regierung an den BR) Dienste“ bezieht sich auf Mehrwertdienste, da diese nicht im Wege des Call-by-Call oder Preselection angeboten werden können. Bei einem Zugang von Netzbetreibern zu Telefon- und DSL-Anschlüssen ist es daher erforderlich, daß der nachfragende Netzbetreiber auch diese Dienste mit seinen Leistungen verbinden kann.

### 3. Entgeltregulierung für Resale in § 28 TKG-E

In den Diskussionen über eine Konsistenz der Entgeltregulierung sollte zunächst Einigkeit hergestellt werden, dass die Konsistenzvorgabe durch die Anwendung einer transparenten, diskriminierungsfreien Methodik zu erzielen ist. Abweichungen von einer Konsistenz können nicht durch „politische“ Ausgleichsmaßnahmen zwischen verschiedenen Vorleistungs- bzw. Wertschöpfungsebenen behoben werden. Etwaige Fehler im Entgeltgefüge müssen stringent im Rahmen der jeweils einer einzelnen Vorleistung zugrundeliegenden Entgeltfestsetzung behoben werden. Eine Strategie, einen vermeintlichen Fehler durch einen „angemessenen“ zweiten Fehler abmildern zu wollen, um eine angebliche Konsistenz zu erreichen, würde letztlich der Dynamik der Wettbewerbsentwicklung entgegenstehen. Sollte, wie von Teilnehmernetzbetreibern reklamiert, der Preis der entbündelten Teilnehmeranschlußleitung deutlich überhöht sein, so ist diese Frage in den entsprechenden Maßstäben zu klären, beispielsweise im Hinblick auf die angewendeten Kapitalzinssätze (s. hierzu Sondergutachten der Monopolkommission Dezember 2003). Der Regierungsentwurf läuft hier Gefahr, fehlleitende Ausgleichsmaßnahmen festzusetzen.

#### Änderungsvorschlag:

#### §28 Entgeltregulierung

(6) Entgelte eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für Zugangsleistungen zu bestimmten ~~von ihm angebotenen~~ Diensten zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen ~~sollen~~, ~~ergeben~~ sollen sich ~~abweichend von § 29 Abs. 1~~ aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis in Höhe der vermeidbaren Kosten ergeben, ~~der einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglicht.~~ Das Entgelt entspricht dabei ~~mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.~~

#### Begründung:

Die im Regierungsentwurf vorgesehene Regelung ersetzt den von der RegTP bisher verfolgten „Retail-Minus-Ansatz“ (vermeidbare Vertriebs- und sonstige Kosten auf Endkundenebene). Statt dessen wird auf den im sonstigen Regulierungsbereich

unbekannten „effizienten Anbieter .. auf dem Endkundenmarkt“ Bezug genommen, wodurch der Prüfungsmaßstab im Regulierungsverfahren unklar wird. Es sollte an der Retail-Minus Formel für Resale festgehalten werden, die auch international in diesem Zusammenhang Anwendung findet. In den Stellungnahmen der Gesetzgebungsorgane sollte daher auch konkretisiert werden, dass sich der Abschlag aus den vermeidbaren Kosten ergibt (Vertriebs- und sonstige Kosten auf Endkundenebene) gemäß dem Retail-Minus Ansatz, wie er international beispielsweise in Dänemark oder den USA angewandt wird.

Der im Kabinettsentwurf und bereits im Referentenentwurf vorgesehene Satz 2 sollte im April 2003 möglicherweise dem noch bestehenden Anschlußkostendefizit der DTAG Rechnung tragen. Da dieses unter dem Verlangen der EU-Kommission zwischenzeitlich durch DTAG selbst beseitigt wurde, ist Satz 2 ebenso zu streichen wie § 43 Abs. 6 Satz 4 TKG in der Fassung des Ersten Änderungsgesetzes zum TKG. Eine solche Regelung würde in ihrer Konsequenz nur einen fehlgeleiteten Schutz des Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht entfalten können, da allein sein mißbräuchliches Verhalten im Bereich Endkundenpreise Ursache einer Situation sein kann, in der die Retail-Minus Regel zu einem Entgelt unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung führt.

### 4. Zugang zu Fakturierung und Inkasso

Zum Thema Fakturierung und Inkasso unterstützt die Tele2 die Position, dass hier im Zeitlauf eine höhere Eigenverantwortung der Wettbewerber einzufordern ist. Dies bezieht sich auch Sicht der Tele2 wesentlich auf den Bereich der Call-by-Call Angebote. Differenziert ist hier auch aus Tele2-Sicht die Situation für sonstige telefontauchte Dienste zu bewerten. Hier erscheint eine umfassende Verpflichtung auch auf Dauer sinnvoll.

Für die Diskussion ist ein Blick über die Grenzen hilfreich. Im europäischen Umfeld ist eine Situation wie in Deutschland mit einer entsprechenden Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zum Fakturierung und Inkasso von Sprachtelefonverbindungen unbekannt. Für ihre Call-by-Call und Preselection-Angebote müssen Wettbewerber die Prozesse der Kundenbetreuung und Abrechnung eigenständig lösen, eine Zugangsverpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens ist nicht gegeben. Europaweit dürften demnach mehrere hundert Anbieter eigenständige kommerzielle Lösungen hierfür realisieren, mit der Konsequenz der Realisierung alternativer Infrastrukturen und Arbeitsplätze. Tele2 hat seit 1998 als Anbieter von Call-by-Call und Preselection positive Erfahrungen mit diesem Modell gesammelt. Die regulatorische Verpflichtung der DTAG, Fakturierung und Inkasso zu erbringen, hat Anreize für das Geschäftsmodell von „Clearing Häusern“ und damit alternative Angebote für Fakturierung und Inkasso wenig zur Anwendung kommen lassen.

In einer Abwägung der Wirkung einer Änderung im deutschen Markt sollte auch ein wesentlicher ordnungspolitischer Aspekt Beachtung finden. Die erforderliche Eigenrealisierung der Kundenbetreuung und Abrechnung führt zu dem wünschenswerten Effekt einer höheren Kundenbindung als sie im Wege des offenen Call-by-Call zu erreichen ist. Diese Feststellung stützt auch die Monopolkommission in ihren Sondergutachten. Somit liegt in alternativen Lösungen für Kundenbetreuung und Abrechnung ein Schlüssel zur Verfestigung eines nachhaltigen Wettbewerbs und der Schaffung alternativer Infrastrukturen und von Arbeitsplätzen.

Eine angemessene „Sunset“-Regelung des Gesetzgebers für die Leistungen Fakturierung und Inkasso im Bereich des Call-by-Call wäre marktgerecht, für die Bestandsdauer ist allerdings eine umfassende Verpflichtung inklusive der Mahnungen gerechtfertigt.

##### 5. Mobilfunk: Einengende Regelungen für MVNO-Betreibermodell lösen

Der Regierungsentwurf entfaltet für den Mobilfunksektor an verschiedenen Stellen einengende Regelungen, die einer Weiterentwicklung des Sektors durch neue Betreibermodelle entgegenstehen werden und sich insoweit negativ gegenüber möglichen Investitions- und Beschäftigungsinitiativen auswirken. Aus heutiger Sicht ist hier das Modell des sogenannten MVNO (Mobile Virtual Network Operator, virtueller Mobilfunknetzbetreiber) anzuführen.

##### Virtueller Mobilfunknetzbetreiber, MVNO:

Aus der Sicht eines Kunden besteht kein Unterschied eines MVNO zu einem der vier bereits im Markt vertretenen Mobilfunknetzbetreiber. Er vertreibt wie ein Mobilfunknetzbetreiber eigene SIM-Karten mit eigener Rufnummer und verwaltet sämtliche Kundendaten selbst und fungiert gegenüber dem Endkunden als einziger Ansprechpartner. Im Gegensatz zum Mobilfunknetzbetreiber verfügt ein MVNO einzig nicht über eigene Funkinfrastruktur und Mobilfunkfrequenzen. Er mietet vielmehr Funkkapazitäten im Netz eines Mobilfunknetzbetreibers, um eigene Produkte auf der Grundlage eigener Plattformen und eigener Kernnetzinfrastruktur (z.B. Mobilfunk-Vermittlungsstellen, Server für SMS und Voice-Mail, Abrechnungssysteme, Kundenadministration) gegenüber Endkunden anbieten zu können.

##### Win-Win für Marktteilnehmer auf allen Ebenen:

**Endkunden:** Der Endkunde hätte einen weiteren Anbieter zur Auswahl. Ein neuer Anbieter würde positiven Einfluss auf das Preisniveau und die Produktvielfalt im Mobilfunk nehmen, auch indirekt im Bereich der Vorleistungspreise. Dies erscheint insofern besonders gewichtig, als dass der Präsident der RegTP – in Übereinstimmung mit der EU-Kommission – die Terminierungsentgelte und Roaminggebühren im Mobilfunk als zu hoch ansieht und deshalb eine freiwilliges Einlenken der Mobilfunkunternehmen angemahnt hat.

**„Kleine“ Mobilfunknetzbetreiber:** Aber nicht nur der Endkunde, sondern auch die Wettbewerber

des MVNO, die Netzbetreiber, könnten profitieren. Insbesondere die kleineren Mobilfunknetzbetreiber könnten durch die Vermarktung von sog. Airtime an MVNO überschüssige Kapazitäten, die sie selbst nicht nutzen, optimal einsetzen. Die hieraus resultierenden Einnahmen könnten dann wiederum in Infrastrukturinvestitionen fließen.

**Wirtschaftspolitik:** Der Standort Deutschland würde von der Einführung des Geschäftsmodells in mehrfacher Hinsicht profitieren: Zum einen würde ausländisches Kapital in Deutschland investiert werden. Diese Investitionen würden die Schaffung neuer Arbeitsplätze mit sich bringen. Zum anderen wäre durch die Fokussierung des MVNO auf die Produktentwicklung weiterhin die Aussicht auf neue und innovative Produkte wiederbelebt. Dies gilt insbesondere, wenn es sich bei dem MVNO – wie bei TELE2 – um einen Anbieter handelt, der in anderen Märkten als UMTS-Netzbetreiber aktiv ist und deshalb Produkte aus anderen Märkten in Deutschland schnell und effizient implementieren kann. Gleichzeitig würde der voranschreitenden Oligopolisierung im Mobilfunk entgegengewirkt, die dazu führt, dass die ehemaligen Monopolisten den Mobilfunkmarkt europäisch bzw. sogar weltweit unter sich aufteilen.

Die Regelungen im TKG-E beschränken auf zwei Ebenen die Möglichkeit, das MVNO-Modell umzusetzen. Die **erste Ebene** betrifft die Frage einer möglichen **Zugangsverpflichtung** für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, siehe hierzu unten zu § 19 TKG-E. Die **zweite Ebene** betrifft dann selbst für den Fall freiwilliger kommerzieller Vereinbarungen zwischen einem MVNO und einem Mobilfunknetzbetreiber die technische und ökonomische Umsetzung, die in Abhängigkeit von **Nummerierungsfragen** stehen, so dass an dieser Stelle der Stellungnahme auch auf §64 TKG-E eingegangen wird.

Zur Klarstellung sei angemerkt, daß TELE2 in anderen europäischen Staaten die eigene MVNO-Tätigkeit auf freiwillige Vereinbarungen mit Netzbetreibern gegründet hat. Dies ist auch für Deutschland die von TELE2 präferierte Lösung. Um so wichtiger ist es, daß die von der RegTP vorzunehmende Nummernverwaltung freiwilligen MVNO-Vereinbarungen nicht entgegensteht, sondern dort im Gegenteil das MVNO-Modell anerkannt ist. Regulierungsinstrumente auf der Ebene von Zugangsverpflichtungen sollten aber für den Fall einer zunehmenden Oligopolisierung im Mobilfunk bereits vorgesehen werden.

##### 1. Ebene: Zugangsverpflichtungen Roaming und virtuelle Netze

##### Änderungsvorschlag zu § 19:

##### § 19 Zugangsverpflichtungen

(2) Die Regulierungsbehörde kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem verpflichten,

...

4. bestimmte für die Interoperabilität der Ende-zu-Ende-Kommunikation notwendige Voraussetzungen, einschließlich der Bereitstellung von Einrichtungen für intelligente Netzdienste oder Roaming ~~(die Ermöglichung der Nutzung von Mobilfunknetzen anderer Betreiber auch außerhalb des Versorgungsbereichs des nachfragenden Mobilfunknetzbetreibers für dessen Endnutzer)~~ zu schaffen,

...

(3) Die Regulierungsbehörde soll Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, folgende Verpflichtungen nach Absatz 1 auferlegen:

...

3. offenen Zugang zu technischen Schnittstellen, Protokollen oder anderen Schlüsseltechnologien, die für die Interoperabilität von Diensten oder Diensten für virtuelle Netze unentbehrlich sind, zu gewähren,

...

a) Erläuterung zu § 19 Absatz 2 Nummer 4 (Roaming):

Die geforderte Änderung führt auch hier auf den umzusetzenden Wortlaut der Zugangsrichtlinie zurück. Die Zugangsrichtlinie (ZRL) kennt in Art. 12 Abs. 1 lit. g) keine Einengung des Begriffs „Roaming“ in der im Entwurf vorgenommenen Weise auf die Nachfrage allein von Mobilfunknetzbetreibern.

Eine Einengung im Sinne des Gesetzentwurfes würde eine Situation erzwingen, in der die RegTP nicht in der Lage wäre, dem Grundsatz der Harmonisierung von Regulierungsmaßnahmen innerhalb der EU zu entsprechen. Ein derartiges Umsetzungsdefizit wäre nicht zu vermeiden, da in anderen Mitgliedsländern keine derartige Begriffseinengung angewandt wird. Im Gegenteil werden dort unter dem Begriff des „national roaming“ auch Kooperationsmodelle zwischen Mobilfunknetzbetreibern und Virtuellen Mobilfunknetzbetreibern regulatorisch gestützt und auch in freiwilligen Verträgen zwischen Unternehmen vereinbart. Exemplarisch seien hier Dänemark und Spanien erwähnt.

Treffend zusammengefaßt wird der wettbewerbspolitische Nutzen des MVNO-Modells zugunsten der Kunden in dem Erlass des Spanischen Ministeriums für Wissenschaft und Technologie vom 14.03.2002 (ORDER CTE/601/2002, Seite 1). Im folgenden Zitat wird hervorgehoben, dass MVNO vergleichbare Möglichkeiten wie konventionelle Mobilfunkbetreiber besitzen. Durch die gemeinsame Nutzung von Funkinfrastruktur konventioneller Mobilfunknetzbetreiber werden MVNO danach die Entwicklung neuer und besserer Dienste fördern und damit insbesondere auch den Kundennutzen steigern („Consequently, the emergence of virtual mobile operators in the market constitutes a

way to reach – in the field of mobile telephone services – a level of competition similar to the one being achieved in fixed telephony which will entail the introduction of new and better services and, ultimately, a greater benefit for users.“)

In Dänemark ist der Begriff „national roaming“ gesetzlich schon seit längerem verankert und bildet dort die Grundlage für Vereinbarungen zwischen Mobilfunknetzbetreibern und „virtuellen Netzbetreibern“. Die Definition des national roaming wird allein an der Möglichkeit der Nutzung eines mobilen Endgerätes in einem „besuchten Netz“ festgemacht. Es findet sich keinerlei Einengung, dass Roaming eine Anforderung hinsichtlich der Natur des Nachfragers stellt, sondern es wird allein anhand des Kundennutzens definiert.

b) Zu § 19 Absatz 3, Nummer 3 („virtuelle Netze“):

Die dargestellte Änderungsforderung führt die Gesetzesfassung auf die Formulierung der Zugangsrichtlinie (Artikel 12, Absatz 1, lit e)) zurück. Der Regierungsentwurf entspricht dem Wortlaut der Zugangsrichtlinie mit Ausnahme der hier ergänzten Passage. Für die Herausnahme von „Diensten für virtuelle Netze“ ist kein Grund ersichtlich, wenn im übrigen der Text der Richtlinie übernommen wird. Die gekürzte Fassung der entsprechenden Stelle im Regierungsentwurf könnte aber zu einem unzulässigen Umsetzungsdefizit führen. Daher ist die geforderte Rückführung auf die Fassung der Zugangsrichtlinie unabdingbar.

**2. Ebene: Nummerierung**

**Änderungsvorschlag:**

**§ 64 Nummerierung**

(a) Die Regulierungsbehörde nimmt die Aufgaben der Nummerierung wahr. Ihr obliegt insbesondere die Strukturierung und Ausgestaltung des Nummernraumes mit dem Ziel, den Anforderungen von Endnutzern, Betreibern von Telekommunikationsnetzen und virtuellen Netzen sowie und Anbietern von Telekommunikationsdiensten zu genügen und hierbei objektive, transparente und nichtdiskriminierende Verfahren für die Zuteilung festzulegen. Ausgenommen ist die Verwaltung des Deutschland zugeordneten länderspezifischen Domänennamens oberster und nachgeordneter Stufen (.de-Domain-Namen). Die Regulierungsbehörde teilt ferner Nummern an Betreiber von Telekommunikationsnetzen und virtuellen Netzen, Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Endnutzer zu.

(2) ...

(3) ...

(4) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung, die nicht der Zustimmung des Bundesrates bedarf, die Maßstäbe und Leitlinien für die Strukturierung, Ausgestaltung und Verwaltung der Nummernräume, für den Erwerb, den Umfang und den Verlust von Nutzungsrechten an Nummern zu regeln. ~~Da bei sind insbesondere die effiziente Nummernnutzung, die Belange der Marktbeteiligten einschließ-~~

~~lich der Planungssicherheit, die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die Marktteilnehmer, die Anforderungen an die Nummernnutzung und die langfristige Bedarfsdeckung zu berücksichtigen. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.~~

**Begründung:**

**a) Zu § 64, Absatz 1 und Absatz 4:**

Die vorgeschlagenen Ergänzungen in Absatz 1 sind aus Sicht der Tele2 wesentlich, um in der Vergangenheit bestehende Beschränkungen in der Rufnummern-Zuteilung aufzuheben. Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen könnten leicht zu einer Regulierungspraxis im Widerspruch zu den Richtlinien führen (siehe unten).

Artikel 10 RRL orientiert die Zuteilung von Nummernressourcen an der Verfügbarkeit öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste. Durch diese Orientierung wird gewährleistet, dass Regelungen zur Nummernzuteilung auch tragfähig bleiben, wenn neue Geschäftsmodelle für neue Dienste entstehen. Die im Regierungsentwurf aus den Regelungen des heutigen TKG übernommene Festlegung von Anspruchsberechtigten im Zusammenspiel mit den Maßstäben nach Absatz 4 (siehe dortige Änderungsforderung) birgt die Gefahr, heutige Marktstrukturen zu verfestigen und zur Begründung von Abschottungsstrategien etablierter Betreiber herangezogen zu werden.

Die Konsequenzen einer derartigen Festlegung wurden für TELE2 im Hinblick auf die – verweigerte – direkte Zuteilung von Nummernressourcen für ein MVNO Geschäftsmodell spürbar. Durch die im TKG heute vorgesehene Nummernverwaltung und den von der RegTP entwickelten Zuteilungsregeln – namentlich der darin ausschließlich vorgesehenen indirekten Zuteilung von Nummernressourcen an einen MVNO mittels des “Gastgeber”-Mobilfunknetzbetreibers – wird die Realisierung auf ein „reduziertes“ MVNO-Modell eingengt. Ein MVNO, der auf eine Nummernzuteilung durch den “Gastgeber”-Mobilfunknetzbetreibers“ angewiesen ist, bleibt sowohl in technischer als auch ökonomischer Hinsicht weit entfernt von denjenigen Ansätzen, die sich in anderen Märkten als tragfähig erwiesen haben. Diese Einengung des

Handlungsrahmens eines MVNO auf dem Wege der Zuteilungsregeln für Rufnummern steht aus Sicht der Tele2 einer Realisierung faktisch entgegen. Ein Fortbestand dieser Regulierungspraxis würde sogar zu einem Verstoß gegen Artikel 3 der ZRL sowie Artikel 10 Abs.2 der RRL führen können.

Artikel 3 ZRL verlangt, dass die Mitgliedsstaaten **sicherstellen**, „... dass für Unternehmen im betreffenden oder einem anderen Mitgliedsstaat **keine Einschränkungen bestehen**, die sie daran hindern, in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht untereinander Vereinbarungen über technische oder geschäftliche Zugangs- und/oder Zusammenschaltungsregelungen auszuhandeln.“ In dem konkreten Fall der Tele2 verhinderte die Regulierungspraxis der Nummernzuteilung aber sehr wohl die Umsetzung einer vertraglichen Vereinbarung in der gewünschten Form. Die **Zuteilungsregeln verletzen** daneben auch **Gleichbehandlungsgrundsatz nach Artikel 10 (2) der RRL**. Diese fordert „Die nationalen Regulierungsbehörden sorgen dafür, dass Nummerierungspläne und –verfahren so angewandt werden, dass die **Gleichbehandlung aller Anbieter öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste gewährleistet ist**“ (Hervorhebungen nur hier).

Obwohl Tele2 über eine geschäftliche Vereinbarung mit einem Mobilfunknetzbetreiber verfügte, wurde keine direkte Zuteilung von Nummernressourcen durch die RegTP gewährt. Dieser, nicht mit Artikel 3 der ZRL zu vereinbarende Situation muß der Gesetzgeber in geeigneter Weise vorbeugen. Numerierungsfragen dürfen nicht in eine Einengung oder gar ein Verhindern einer Vielfalt der Angebote bewirken und einer Intensivierung des Wettbewerbs entgegenstehen. Der europäischen Rechtsrahmen sieht im Gegenteil zu Recht vor, daß die Verwaltung von Nummern in einer Weise erfolgen soll, die eine Realisierung sämtlicher Anbieter öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste – und damit auch des MVNO - ermöglicht. Gerade im Mobilfunksektor mit der immer deutlicher hervor tretenden Konzentration auf wenige Anbieter im europäischen Raum wäre die Einengung auf bestehende Diensteanbieter nicht mit den der RRL zu vereinbaren.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

Ausschussdrucksache **15(9)959**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

AOL Deutschland GmbH & Co. KG

**Vorbemerkungen**

Die Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte hat für Wirtschaft und Verbraucher in Deutschland beachtliche Erfolge hervorgebracht: Neue Arbeitsplätze entstanden, die Preise sanken und innovative Produkte kamen auf den Markt. Mittlerweile jedoch tritt der Wettbewerb im deutschen Telekommunikationsmarkt auf der Stelle. Selbst aus einigen im Sinne des Wettbewerbs positiven Entscheidungen der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) können die neuen Wettbewerber wenig Nutzen ziehen. Denn dem Ex-Monopolisten Deutsche Telekom AG (DTAG) eröffnen sich nach dem geltenden Recht ebenso simple wie ausgesprochen erfolgreiche Abwehrstrategien. Entscheidungen der RegTP werden entweder in der Praxis gar nicht umgesetzt, unnötig lange verzögert oder vor Gericht angegriffen, was zu weiteren Verzögerungen führt.

Die aufgrund von EU-Richtlinien notwendige Novellierung des Telekommunikationsgesetzes bietet nun die historische Chance, wichtige Weichenstellungen vorzunehmen, um bestehende Missstände zu korrigieren und ein höchstmögliches Maß an Planungssicherheit für alle Unternehmen herzustellen. Dazu müssen im neuen TKG klare Kriterien für den konsequenten Einsatz der regulierungspolitischen Instrumentarien festgelegt werden. Der TKG-Regierungsentwurf weist allerdings in vielen Bereichen noch **GRAVIERENDE DEFIZITE** auf, die die Wettbewerbsfähigkeit vieler Unternehmen in Deutschland nachhaltig beschädigen und echte Innovationen hemmen werden:

=> Bereich Missbrauchsaufsicht: Probleme, mit denen Wettbewerber konfrontiert werden, wenn der Marktbeherrscher seine dominante Marktstellung missbraucht. **DEFIZIT:** Fehlende Pflicht zur gleichzeitigen Bereitstellung von Vorleistungen.

=> Bereich Zugangsregulierung: Probleme der Wettbewerber beim Zugang zu Telekommunikationsmärkten, insbesondere zu Vorleistungen des Marktbeherrschers. **DEFIZIT:** Keine ausdrückliche Anordnung von sog. „Bitstream Access“.

=> Bereich Entgeltregulierung: Probleme der Wettbewerber im Hinblick auf Preise für Vorleistungen und Endkundenentgelte. **DEFIZIT:** (1) Überhöhte Resale-Entgelte durch inkonsistente Regelung der Vorleistungs- und Endkundenseite; (2) Unangemessene Verzinsung benachteiligt Wettbewerber.

Darüber hinaus besteht zwischen Wettbewerbern und DTAG Einigkeit, dass die Forderungen des Bundesrates zu den Überwachungsvorschriften zu unnötigen Belastungen führen und Investitionen verhindern würden.

Diese **im folgenden detailliert erläuterten Innovationshemmnisse** hat AOL Deutschland für die Anhörung des Bundestags-Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit aufbereitet, um eine ernstgemeinte Innovationsdebatte im Bundestag zu ermöglichen. Die Stellungnahme ist entsprechend den Vorgaben des Wirtschaftsausschusses gegliedert und folgt daher nicht durchgehend der Ordnung des Gesetzesentwurfs oder den Prioritäten von AOL Deutschland. Hieraus ergeben sich folgende Teile:

1. Markt- und Entgeltregulierung
2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur der Regulierungsbehörde
3. Kundenschutz
4. Datenschutz und Sicherheit
5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

**1. Markt und Entgeltregulierung****1.1 Funktionsfähiger Wettbewerb**

Nach dem Gesetzesentwurf (§ 10 TKG-E) kommen für eine Regulierung nur solche Märkte in Betracht, auf denen kein **funktionsfähiger** Wettbewerb besteht. Diese Märkte werden von RegTP bestimmt. In einem zweiten Schritt prüft RegTP, ob auf diesen Märkten **wirksamer** Wettbewerb herrscht. Dies ist nicht der Fall, wenn auf dem Markt ein oder mehrere Unternehmen über beträchtliche Marktmacht („Significant Market Power, SMP“) verfügen. Besteht ein solches

Wettbewerbsdefizit, muss RegTP dem SMP-Unternehmen solche Verpflichtungen insbesondere im Bereich der Zugangs- und Entgeltregulierung auferlegen, die erforderlich sind, um effektiven Wettbewerb zu schaffen und zu sichern.

Dem Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ kommt damit eine Schlüsselstellung bei der Marktregulierung zu. Nach der Legaldefinition ist dies ein Wettbewerb, der „bestimmte Funktionen – produktive und dynamische Effizienz – erfüllt und dabei so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht“ (§ 3 Nr. 10 TKG-E). Zu dieser Definition gehört, anders als noch im Referentenentwurf, **nicht** das Kriterium der Marktmacht. Das bedeutet, dass Märkte, auf denen DTAG über beträchtliche Marktmacht verfügt, **nicht** reguliert werden dürfen, wenn auf dem Markt produktive Effizienz (z.B.: effizienter Ressourceneinsatz) und dynamische Effizienz (z.B. Förderung von Innovationen) sichergestellt sind.

Diese **rein volkswirtschaftliche** Betrachtung verkennt nicht nur die Bedeutung einer Marktmachtkontrolle für die Sicherung von Marktchancen der Wettbewerber, sie ignoriert auch die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Nach der Empfehlung der EU-Kommission zur Marktbestimmung müssen die Mitgliedstaaten 18 Märkte untersuchen, die nach 3 Kriterien bestimmt wurden: (1) Zugangshindernisse, (2) keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb in bestimmtem Zeitraum und (3) Marktversagen mit allgemeinem Wettbewerbsrecht nicht lösbar.

Der Bundesrat fordert daher, den Begriff des „funktionsfähigen Wettbewerbs“ nach den **EU-Kriterien** zu definieren (Ziff. 7a des Beschlusses); die Bundesregierung will dies prüfen. AOL stimmt der Einbeziehung der EU-Kriterien zu. Da Zugangshindernisse dann bestehen, wenn die Marktmacht eines Unternehmens durch den Wettbewerb nicht effektiv kontrolliert wird, empfehlen wir zudem die Wiederaufnahme des Kriteriums der **Marktmachtkontrolle** in die Begriffsdefinition.

### 1.2 Bitstream Access

Mit der Vorleistung „Bitstream Access“ kann DTAG es ihren Wettbewerbern ermöglichen, Endkunden einen breitbandigen Anschluss mit Internetzugang über eine Hochgeschwindigkeitsverbindung anzubieten. „Bitstream Access“ ist damit hervorragend geeignet, auf dem Markt des breitbandigen Internetzugangs, der derzeit von DTAG mit ihrem Produkt „T-DSL“ beherrscht wird, Wettbewerb zu fördern.

Angesichts der Schlüsselstellung des „Bitstream Access“ empfiehlt die EU-Kommission den Mitgliedstaaten ausdrücklich, im Rahmen der anstehenden Marktprüfungen den Vorleistungsmarkt „Breitbandzugang“ zu untersuchen. Im TKG-E ist indes eine ausdrückliche Befugnis der RegTP, ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zu „Bitstream Access“ zu verpflichten, nicht enthalten. Es ist daher geboten, den „Bitstream Access“ in technologieneutraler Formulierung in § 19 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E aufzunehmen.

Dies forderte auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme; der Vorschlag wurde von der Bundesregierung unter Hinweis auf ihre mangelnde Zuständigkeit ab-

gelehnt. Vielmehr solle die RegTP prüfen, ob „Bitstream Access“ unter § 19 TKG-E falle. Bereits diese Kontroverse zeigt die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Regelung in § 19 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E.

### 1.3 Resale

Neben „Bitstream Access“ ist „Resale“, also der Weiterverkauf von zu Großhandelsbedingungen erworbenen Telekommunikationsdiensten, eine zentrales Instrument zur Schaffung von Wettbewerb. Daher enthält § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E – in Übereinstimmung mit Art. 12 Abs. 1 lit. d) der Zugangsrichtlinie – die Möglichkeit, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Gewährung von Zugang zu Großhandelsbedingungen zu verpflichten.

Allerdings ist diese Zugangsverpflichtung in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E als „kann“-Regelung ausgestaltet, während die RegTP bestimmte weitere Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 3 TKG-E auferlegen „soll“. Letzteres diene, so die Entwurfsbegründung, der Fortführung des derzeitigen Regulierungsstandes. Dann müsste indes auch die „Resale“-Verpflichtung als **Sollvorschrift** gefasst sein. Gerade angesichts der anhaltenden Streitigkeiten zwischen DTAG und ihren Wettbewerbern über die Ausgestaltung von „Resale“ kann mit einer solchen Soll-Regelung für die Wettbewerber ein erhebliches Mehr an Rechtssicherheit bewirkt werden. Wir sprechen uns daher dafür aus, die derzeit in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E enthaltene „Resale“-Verpflichtung in die Sollvorschriften des § 19 Abs. 3 TKG-E aufzunehmen.

Die „Resale“-Verpflichtung kann nur dann zur Wettbewerbsförderung beitragen, wenn die „Resale“-**Entgelte** den Wettbewerbern eine hinreichende Marge lassen, um mit den entsprechenden Endkundenprodukten des Marktbeherrschers zu konkurrieren. Nach dem derzeitigen Entwurfsstand sollen sich die Entgelte für „Resale“ aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis ergeben („retail minus“). Das Entgelt soll dabei mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen (§ 28 Abs. 6 TKG-E).

Diese Preisuntergrenze für das „Resale“-Produkt birgt das Risiko, dass das marktbeherrschende Unternehmen trotz „Resale“ seine Wettbewerber mit **Dumping-Strategien** bei seinen Entgelten für die entsprechenden Endkundenprodukte vom Markt hält. Es ist nämlich regulatorisch nicht gewährleistet, dass auch die Endkundenentgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Daher sollte entweder diese Grenze für „Resale“ gestrichen oder aber festgelegt werden, dass auch der entsprechende Endkundenpreis seinerseits den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genügen muss.

Auch der Bundesrat hielt es in seiner Stellungnahme für erforderlich, geeignete Regelungen zur Verhinderung von Dumping-Strategien zu treffen. Die Bundesregierung stimmte diesem Vorschlag aber unter Hinweis auf das in § 26 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E enthaltene Dumping-Verbot nicht zu. Der Preisbegriff des Dumping-Verbotes berücksichtigt indes nicht die Gemeinkosten, während sie Teil des Begriffs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind. Eine konsistente Entgeltregulierung ist so beim „Resale“ nicht gewährleistet.

#### 1.4 Entgeltgenehmigungspflicht für alle SMP-Vorleistungsprodukte

Der Gesetzesentwurf sieht zutreffend vor, dass die Entgelte für alle Vorleistungsprodukte eines SMP-Unternehmens, zu denen es im Rahmen einer Zugangsverfügung nach § 19 TKG-E verpflichtet wird, der Genehmigung bedürfen, ohne dass dies eine weitere Entscheidung der RegTP erfordert (§ 28 Abs. 1 TKG-E).

Der Bundesrat hat allgemein die Auffassung vertreten, dass sämtliche Regulierungsinstrumente in das Auswahlmessen der RegTP gestellt werden müssen (Ziff. 7b). Die Bundesregierung hat hierzu eine Prüfung zugesagt.

Aus AOL-Sicht wäre es verheerend, wenn zu SMP-Vorleistungsprodukten nicht nur eine Zugangsverfügung, sondern auch noch eine separate Verfügung über die Entgeltgenehmigungspflicht herbeigeführt werden müsste. Dies führte zu erheblicher Rechtsunsicherheit und einer weiteren erheblichen Verzögerung der Regulierung, könnte doch eine solche Entscheidung gerichtlich angegriffen werden. Gemeinschaftsrechtlich bestehen keine Zweifel, dass ein Mitgliedstaat für den Fall einer von der Regulierungsbehörde für notwendig gehaltenen Zugangsverpflichtung auch die Genehmigungspflicht anordnet; ansonsten hätte es das SMP-Unternehmen in der Hand, den Wettbewerb zwar nicht bei den technischen, wohl aber den kommerziellen Zugangsbedingungen zu behindern. Eine einheitliche Betrachtung aller Zugangsbedingungen ist zur Wettbewerbssicherung erforderlich.

#### 1.5 Keine Nachrangigkeit der SMP-Regulierung gegenüber Endnutterzugangskontrolle

Die bisherige Systematik im 2. Abschnitt des Teils "Marktregulierung" des Gesetzesentwurfs könnte u.U. so verstanden werden, dass für ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht wie DTAG die Regulierung des Endnutterzugangs nach § 18 Vorrang vor einer SMP-Regulierung nach § 19 hätte. Eine solche Auslegung könnte auf die Entwurfsbegründung zu § 19 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 gestützt werden. Dort werden als bereits auferlegte Verpflichtungen, die im Rahmen der Prüfung einer neuen SMP-Verpflichtung berücksichtigt werden sollen, nach § 18 auferlegte Verpflichtungen genannt. Eine solche Auslegung widerspricht aber dem Gemeinschaftsrecht, das einer allgemeinen Regulierung des Endnutterzugangs lediglich eine ergänzende Bedeutung beimißt. Auf Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht sind die SMP-Verpflichtungen zugeschnitten (siehe insbesondere Art. 8 Abs. 2 Zugangsrichtlinie). Vor diesem Hintergrund sollte im Eingang zu § 18 Abs. 1 klargestellt werden, dass die für Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht die SMP-Regelungen in §§ 19 bis 22 vorrangig gelten.

Das Verhältnis zwischen § 18 und § 19 ist nicht Gegenstand des Beschlusses des Bundesrates und wurde daher im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bislang nicht erörtert.

#### 1.6 Antragsrechte und materieller Drittschutz

Der Bundesrat unterstützt ein Antragsrecht der Wettbewerber im Rahmen sowohl der ex-post-Regulierung als auch der Missbrauchsaufsicht. Er spricht sich auch

für eine bindende Entscheidungsfrist von vier Monaten für ein Missbrauchsverfahren aus (Ziff. 32, 38 BR-Drs.) Die Bundesregierung lehnt beide Antragsrechte ab. RegTP sei bei Bekanntwerden entsprechender Tatsachen ohnehin zum Tätigwerden nach pflichtgemäßem Ermessen verpflichtet. Zur Frist äußert sie sich nicht.

Die Ablehnung von Antragsrechten der Wettbewerber ist für AOL nicht akzeptabel. Ohne Antragsrecht besteht für die Wettbewerber keine Möglichkeit, eine Regulierung des marktbeherrschenden Unternehmens herbeizuführen. Insbesondere hätten sie keine Möglichkeit, Regulierungsentscheidungen zugunsten des SMP-Unternehmens einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen.

Ein solcher Drittschutz der Regelungen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht und der Entgeltmissbrauchsaufsicht ist aber zur verfahrensrechtlichen Absicherung effektiven Wettbewerbs unentbehrlich. Notwendige Bedingung hierfür ist ein Antragsrecht der Wettbewerber; berücksichtigt man die Unterscheidung des BVerwG zwischen formellen und materiellen Rechtspositionen Dritter, kann indes hinreichende Bedingung für einen Drittschutz nur die gesetzliche Klarstellung sein, dass die jeweiligen Missbrauchsnormen nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs – als Institution –, sondern gerade auch dem Schutz der Wettbewerber dienen.

#### 1.7 Kapitalverzinsung

Bei der Bestimmung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist unter anderem eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu berücksichtigen. Dabei prüft die RegTP nach § 29 Abs. 4 TKG-E verschiedene Bemessungskriterien, die sich **allerdings ausschließlich auf das regulierte Unternehmen** selbst beziehen. So soll z.B. die Bewertung des regulierten Unternehmens auf den Kapitalmärkten berücksichtigt werden. Dies würde dazu führen, dass Wettbewerber an den unternehmerischen Risiken des regulierten Unternehmens beteiligt werden. Insbesondere die vorgesehene Festlegung des Zinssatzes nach **internationalen Benchmarks** (§ 29 Abs. 4 Nr. 4 TKG-E) klammerte unterschiedliche Finanzierungsstrukturen und Kapitalkostenunterschiede aufgrund verschiedener Währungen in unzulässiger Weise aus.

Da die Kriterien abschließend aufgezählt sind, dürfen Faktoren wie die wettbewerblichen Rahmenbedingungen und ihre langfristige Stabilität von der RegTP nicht berücksichtigt werden. Auch der Bundesrat forderte einen Beurteilungsspielraum der RegTP bei der Festlegung der angemessenen Kapitalverzinsung. Dies könnte durch Aufnahme einer **Öffnungsklausel** („insbesondere“) erreicht werden. Zudem sollten die bereits im Referentenentwurf enthaltenen Kriterien der **„wettbewerblichen Rahmenbedingungen“** (§ 27 Abs. 4 Nr. 4 und 5 Ref-E) wieder aufgenommen werden. Die Bundesregierung hat eine Prüfung dieser Fragen zugesagt.

#### 1.8 Gemeinkosten bei Dumping-Überprüfung

Ein missbräuchliches Entgelt wird unter anderem dann vermutet, wenn es die langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt (§

26 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E). Hier wird den regulierten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, bei der Preiskalkulation **Gemeinkosten** unberücksichtigt zu lassen; sie dürfen von RegTP bei der Preismissbrauchsaufsicht nicht berücksichtigt werden.

Dies verhindert eine konsistente Entgeltregulierung; diese Vorgaben schließen eine Kosten-Preis-Schere für die Wettbewerber nicht aus: Diese müssen Vorleistungen zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (mit Gemeinkostenanteil) von dem marktbeherrschenden Unternehmen beziehen und selbstverständlich bei der Kalkulation ihrer eigenen Endkundenpreise ihre weiteren Kosten und anteilig Gemeinkosten berücksichtigen; eine Quersubventionierung ihres Endkundenproduktes ist ihnen regelmäßig nicht möglich. Das marktbeherrschende Unternehmen kann hingegen seine Endkundenpreise – regulatorisch unbeanstandet - ohne Gemeinkostenanteil kalkulieren; aufgrund seines großen Produktportfolios ist ihm eine solche Quersubventionierung leicht möglich. Das Risiko eines derartigen Verdrängungswettbewerbs kann nur ausgeschlossen werden, wenn in den Preisbegriff des Dumpingverbotes Gemeinkosten einbezogen werden.

### 1.9 Obergrenze der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch ex post-Regulierung

Nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 TKG-E sind Entgelte dann missbräuchlich, wenn sie nur aufgrund der beträchtlichen Marktmacht durchsetzbar sind. Eine konkrete Preisobergrenze wird hier nicht festgelegt. Im noch geltenden TKG ergibt sich aus der Systematik der §§ 24 und 30 TKG der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Grundlage der Missbrauchsprüfung. Dies sollte fortgeführt werden, indem ein Missbrauch nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 TKG-E dann vermutet wird, wenn das Entgelt die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung **überschreitet**.

### 1.10. Missbrauchsvermutung bei "zeitlich früherer" Bereitstellung von Vorleistungsprodukten innerhalb des DTAG-Konzerns

Ein Missbrauch der marktmächtigen Stellung wird nach § 40 Abs. 2 TKG-E vermutet, wenn das regulierte Unternehmen ohne sachlichen Grund sich, seinem Tochter- oder Partnerunternehmen Zugang zu intern genutzten und am Markt angebotenen Vorprodukten zu günstigeren Bedingungen oder in besserer Qualität einräumt als seinen Wettbewerbern.

Missbrauch kann aber auch dadurch ausgeübt werden, dass Vorprodukte den Wettbewerbern nur **verzögert** zur Verfügung gestellt werden. Dadurch erlangt der Marktbeherrscher einen „**first mover advantage**“. Er ist somit in der Lage, einen Kundenstamm für ein neues Produkt aufzubauen, während Wettbewerbern das dazu erforderliche Vorprodukt noch nicht zur Verfügung steht.

Daher sollten Vorprodukte sowohl dem Marktbeherrscher als auch seinen Wettbewerbern **zeitgleich** zur Verfügung stehen. § 40 Abs. 2 TKG-E muss dazu dergestalt ergänzt werden, dass ein Missbrauch nicht nur bei günstigeren internen Bedingungen oder besserer Qualität der Vorleistungen, sondern auch bei zeitlich früherer Bereitstellung vermutet wird.

Die Aufnahme dieses Kriteriums, das im Referentenentwurf noch enthalten war, wurde auch vom Bundesrat gefordert. Die Bundesregierung hielt eine solche Regelung für entbehrlich; sie sei von dem Verbot günstigerer Bedingungen erfasst. Angesichts unserer Erfahrungen mit der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch RegTP und die Gerichte halten wir dennoch eine **gesetzliche Klarstellung** für dringend geboten; hierdurch kann in einer zentralen Missbrauchsfrage für Wettbewerber mehr Rechtssicherheit erreicht werden.

## 2. Befugnisse/Aufsicht/Struktur Regulierungsbehörde

### 2.1 Organisation

- Kompetenzabgrenzung Präsidentenkammer/Beschlusskammer bei Regulierungsverfügungen

Der Bundesrat hat gefordert, dass die Präsidentenkammer der RegTP nicht nur, wie der Gesetzesentwurf vorsieht, über die Ergebnisse der Marktdefinition und Marktanalyse entscheidet, sondern auch die Verpflichtungen des SMP-Unternehmens (etwa im Zugangsbereich) festlegt (Ziff. 7c). Die Bundesregierung lehnt dies ab, damit der Aufgabenkatalog dieser Kammer in einem „vertretbaren Rahmen“ bleibe.

AOL stimmt dem zu; die Fachkammern verfügen aufgrund ihrer Zusammensetzung und Erfahrung über eine größere Fachkenntnis; diese ist für den Erlass von Regulierungsverfügungen, die sich an den Marktdürfnissen ausrichten, unentbehrlich.

### 2.2 TK-Beitrag

Der Gesetzesentwurf sieht die Finanzierung der Tätigkeit der RegTP durch einen Telekommunikationsbeitrag vor, der von allen Netzbetreibern und Diensteanbietern entsprechend ihrer Umsatzanteile auf dem jeweiligen Markt erhoben werden soll (§ 142 TKG-E).

Der Bundesrat kritisierte dieses Vorhaben, da mangels konkreter Planungen die Auswirkungen dieses Beitrages auf die Unternehmen nicht absehbar seien (Ziff. 87); die Bundesregierung hat die Vorlage eines Eckpunktepapiers zugesagt.

Für AOL ist die Einführung eines solchen Beitrages nicht akzeptabel; gerade in der derzeitigen Marktsituation müssen zusätzliche Belastungen der TK-Unternehmen vermieden werden. Zudem müssen nach dem **Verursacherprinzip** die Kosten der Regulierung eines SMP-Unternehmens von diesem getragen werden; es ist nicht nachzuvollziehen, warum die Wettbewerber des SMP-Unternehmens die Kosten für die Überführung des – vom Staat begründeten – Monopols in den Wettbewerb tragen sollen.

## 3. Kundenschutz

- keine Anmerkungen -

## 4. Datenschutz und Sicherheit

### 4.1 TK-Überwachungsanlagen im Inland

In seiner Stellungnahme fordert der Bundesrat, § 108 Abs. 1 Nr. 1 TKG-E so zu ändern, dass Betreiber von Telekommunikationsanlagen die zur Überwachung erforderlichen technischen Einrichtungen nicht nur auf

eigene Kosten, sondern überdies auch **im Inland** vorzuhalten haben. Dies ist aus unserer Sicht weder erforderlich noch verhältnismäßig.

Zum einen führte die Regelung nicht zu einer besseren oder effizienteren Überwachung. Der Betreiber muss nach § 108 Abs. 1 Nr. 2b TKG-E ohnehin eine im Inland gelegene Stelle benennen, die Überwachungsanordnungen entgegen nimmt. Damit ist eine zeitnahe Umsetzung der Anordnung gewährleistet. Zudem kann Adressat einer Überwachungsanordnung nach der StPO oder dem G10-Gesetz auch nur ein in Deutschland ansässiges und tätiges Unternehmen sein. Ob verbundene Unternehmen im Ausland existieren, ist hier ohne Belang. Schließlich müssen nach den geltenden Vorgaben auch die Übergabepunkte für die Übermittlung der Kopien der zu überwachenden Telekommunikation an die Sicherheitsbehörden im Inland liegen. Wir gehen davon aus, dass diese Regelung fortgeführt wird. Wo die zur eigentlichen Überwachung erforderlichen Anlagen installiert werden, ist daher in diesem Zusammenhang unerheblich. Aus diesem Grund lehnte auch die Bundesregierung diesen Vorschlag ab.

Zum anderen griffe eine solche Regelung unverhältnismäßig in die technische sowie kommerzielle Gestaltungsfreiheit der Telekommunikationsunternehmen ein. So wäre es nicht mehr möglich, dass multinationale Unternehmen ihre Überwachungseinrichtungen zentral vorhalten und nur die Übergabepunkte in den jeweiligen Ländern installieren. Die vom Bundesrat vorgeschlagene Regelung führte also nicht nur zu einer Vervielfachung der Kosten, sondern auch zu einem Eingriff in die technischen Infrastrukturen der Anlagenbetreiber. Dies kann nicht hingenommen werden.

#### 4.2 Speicherung von Verkehrsdaten für 6 Monate

Bisher durften Diensteanbieter Verkehrsdaten, also z.B. Rufnummern, Datum, Uhrzeit und Dauer der Verbindung, etc. nur dann über das Ende der Verbindung hinaus speichern, wenn dies für die Abrechnung, Störungsbeseitigung oder Missbrauchsprävention, also für unternehmenseigene Zwecke, erforderlich ist.

Nach den Vorstellungen des Bundesrates sollen in Zukunft **alle Verkehrsdaten für sechs Monate** gespeichert werden und dem Zugriff von Behörden zu Zwecken der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr zur Verfügung stehen (Ziff. 64 des Bundesratsbeschlusses). Die Bundesregierung will diese Forderung prüfen.

Damit würden Telekommunikationsunternehmen zu Hilfsorganen der Sicherheitsbehörden. Wir rechnen damit, dass die Speicherkapazitäten, die bislang aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen insbesondere zu Abrechnungszwecken – also für einen wesentlich kürzeren Zeitraum – genutzt wurden, mindestens verdoppelt werden müssten. Dies führte zu einem **erheblichen Kostenanstieg** bei den Unternehmen. Letztlich müssten sie auf eigene Kosten Daten vorhalten, die nur in geringem Umfang für eigene Zwecke, überwiegend jedoch für staatliche Zwecke genutzt werden können.

Zudem halten wir es für unverhältnismäßig, das Kommunikationsverhalten aller Bürger, **unabhängig**

**von jeglichem Anfangsverdacht**, für Dritte transparent und nachvollziehbar zu machen. Durch die vorsorgliche Datenspeicherung wird aus unserer Sicht das Grundrecht auf informationelle Bestimmung verletzt. Wir sprechen uns daher ausdrücklich dafür aus, die Regelung des Kabinetentwurfs unverändert zu lassen.

#### 5. Universaldienst/Inkasso/Sonstiges

##### 5.1 Inkasso: Soll-Verpflichtung, die alle Mahnstufen einschließt/ Telefonnaher Dienst

Der Begriff des „telefonnahen Dienstes“ umschreibt solche Angebote, die u.a. über die Telefonrechnung des Teilnehmernetzbetreibers abgerechnet werden sollen (vgl. § 18 Abs. 2 und § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-E).

Der Bundesrat regt an, den Begriff durch den der „**telekommunikationsgestützten Dienste**“ zu ersetzen, um klarzustellen, dass auch über das Internet bereitgestellte Dienste und Inhalte von dem Begriff erfasst werden (Ziff. 4). Die Bundesregierung stimmt dem zu. AOL begrüßt diese Klarstellung.

Im Gesetzesentwurf ist die Befugnis der RegTP, DTAG Fakturierungs- und Inkasso-Verpflichtungen aufzuerlegen, als „kann“-Bestimmung ausgestaltet. Dies ist systemfremd, hat sich doch die Bundesregierung entschieden, die Fortführung des bisherigen Regulierungsstandes als „soll“-Verpflichtung zu normieren. Hierzu zählen auch Fakturierung und Inkasso. Noch im Regierungsentwurf zum TKG war diese Verpflichtung als Sollvorschrift ausgestaltet. Der Bundesrat hat sich hierzu nicht geäußert.

Gefordert hat der Bundesrat aber die Aufnahme der ersten und zweiten Mahnung in die Inkassoverpflichtung des § 19 Abs.2 Nr. 7 TKG-E (Ziff. 18). Die Bundesregierung lehnt dies ab. Eine solche Konkretisierung schein nicht erforderlich. RegTP obliege die Prüfung, ob weitere Abrechnungsleistungen als wesentlich im Sinne des § 19 Abs. 1 angesehen werden können.

Dies überzeugt aus AOL-Sicht nicht. Den Wettbewerbern ist die Durchführung eines eigenen Mahnwesens wirtschaftlich nicht möglich. Rechnung und Mahnung gehören wirtschaftlich zusammen. Sie müssen daher auch entsprechend einheitlich von RegTP angeordnet werden können. Eine Klarstellung dieser Befugnis im Gesetzestext dient der Rechtssicherheit.

##### 5.2 Sonstiges:Verpflichtende Abschöpfung des Mehrerlöses mit Rückwirkung

Zur Sicherung einer effektiven Missbrauchsaufsicht ist es geboten, dass RegTP bei festgestelltem Missbrauch den Mehrerlös des regulierten Unternehmens, den es durch das missbräuchliche Verhalten erzielte, abzuschöpft. Dies hat auch der Bundesrat gefordert (Ziff. 39). Der Gesetzesentwurf sieht eine solche Abschöpfung indes nur optional und nur für den Zeitraum nach der Missbrauchsverfügung vor (§ 41 Abs. 1 TKG-E); unter diesen Bedingungen ist aber die Mehrerlösabschöpfung kein wirksames Sanktionsinstrument.

Der Bundesregierung hat dem Vorschlag des Bundesrates nicht zugestimmt, sondern lediglich angekündigt, im Rahmen der GWB-Novelle zu prüfen, ob eine An-

derung der GWB-Regelung, der die Regelung im TKG-Entwurf entspricht, geboten sei.

### 5.3 Sonstiges: Rechtsweg

**Nach dem derzeitigen Stand des Gesetzgebungsverfahrens ist gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Indes wird derzeit eine Rechtswegzuweisung zu der Ordentlichen Gerichtsbarkeit diskutiert; das Verfahren würde dann wie die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Bundeskartellamtes ausgestaltet.**

**Folgende Vorteile werden angeführt:**

- Kartellgerichte verfügen über langjährige **Erfahrung** bei der Marktdefinition und – analyse sowie der Beurteilung von missbräuchlichem Verhalten
  - **aber:** Der Vorteil dieser besonderen Spruchkörperzuständigkeit dürfte eher theoretischer Natur sein. In der Praxis haben sich das VG Köln und nun auch das BVerwG eine Kenntnis der Materie erarbeitet, die der eines besonderen Spruchkörpers gleichkommt. Zudem ist zu bedenken, dass auch der dann zuständige Kartellsenat des OLG Düsseldorf erst vor ca. 4 Jahren, anlässlich des Umzugs des BKartA von Berlin nach Bonn, gebildet wurde. Auch hier muss sich erst eine konsistente Spruchpraxis herausbilden; zudem fehlen hier die bei den Verwaltungsgerichten vorhandenen Spezialkenntnisse im Bereich der Telekommunikation.
- Der **Instanzenzug** ist kürzer als nach geltendem TKG und ermöglicht so schnellere Rechtssicherheit. Gegen den auf eine Beschwerde ergehenden Beschluss des OLG-Kartellsenats ist die Rechtsbeschwerde zum BGH zulässig.
  - **aber:** Der Vorteil des kurzen kartellrechtlichen Instanzenzugs wird dadurch nivelliert, dass auch im neuen TKG eine Verkürzung des Instanzenzuges (vom VG Köln zum BVerwG) vorgesehen ist. Auch eine zügigere Entscheidung ist auf dem Kartellrechtsweg nicht zu erwarten. Das OLG Düsseldorf benötigt derzeit für ein Eilverfahren 2 bis 3 Monate; im Hauptverfahren wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung nach ca. 1,5 Jahren anberaumt. Da für beide Rechtswege der Untersuchungsgrundsatz mit der Möglichkeit der Präklusion nach Fristsetzung gilt, ist keiner der Rechtswege unter dem Gesichtspunkt der Beschleunigung vorteilhafter.
- RegTP spricht auf Antrag eine **Beiladung** derjenigen aus, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden. Bereits diese Beiladung im Verwaltungsverfahren führte zur Beschwerdebefugnis gegenüber dem OLG-Kartellsenat. Eine zusätzliche rechtliche Beschwer oder Verletzung subjektiver Rechte ist nicht erforderlich. Der Rechtsschutz Drittbetroffener ist damit erleichtert; es kommt nicht darauf an, ob der Dritte in seinen Rechten verletzt ist.
  - **aber:** Es eher zweifelhaft, ob der größte Vorteil des Kartellverfahrens, die automatische Beschwerdebefugnis der im Verwaltungsverfahren Beteiligten, auch im TKG bestehen bleibt. Sie würde zu einer Vervielfachung der Beschwerden

mit der Folge erheblicher Verzögerungen führen. Daher bestünde das Risiko, dass zur Vermeidung dieses Effekts das TKG so angepasst wird, dass eine Beiladung erschwert wird. Während es nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E ausreicht, dass „Interessen berührt“ werden, fordert § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB eine „erhebliche“ Berührung der Interessen. Im Ergebnis wäre damit die erleichterte Beteiligung am Gerichtsverfahren nur noch für wenige, direkt und erheblich Betroffene möglich.

- Die Kartellgerichte prüfen nicht nur die Rechtmäßigkeit einer Ermessensentscheidung, sondern auch deren **Zweckmäßigkeit**, d.h. die Frage, welche Ermessensentscheidung dem Sinn und Zweck des Gesetzes am ehesten entspricht.
  - **aber:** Eine derartige höhere Prüfungsichte wäre mit den derzeitigen Planungen, der RegTP in bestimmten Fragen einen – gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar - Beurteilungsspielraum zuzubilligen, nicht vereinbar. Gleiches gilt für die Ermessensentscheidungen der RegTP, die dann in weitaus stärkerem Umfang gerichtlich überprüfbar wären.

Zudem sind folgende Nachteile zu berücksichtigen:

- Beteiligt am Gerichtsverfahren sind neben dem Beschwerdeführer und der Behörde automatisch die bereits im Verwaltungsverfahren Beigeladenen. Das Kartellgericht kann **keine** weiteren Beiladungen aussprechen.
- Die Rechtsprechung des VG Köln und des BVerwG weist inzwischen eine – zumindest gewisse – Konsistenz auf. Durch die Änderung des Rechtswegs könnte es zu einem Bruch in der Rechtsprechung und dadurch zu Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung und der Planbarkeit strategischer Unternehmensentscheidungen kommen. Gerade die Entscheidungen des BVerwG waren überwiegend **wettbewerberfreundlich**.

Ein wesentlicher Vorteil des kartellgerichtlichen Verfahrens liegt auch aus AOL-Sicht in dem größerem Umfang, in dem Drittbetroffene Rechtsschutz erlangen können; ein solcher Drittschutz kann indes auch durch die Regelungen des TKG erreicht werden. Entscheidend ist aus AOL-Sicht, dass mit einem Rechtswegwechsel der derzeitige Regulierungsstand komplett zur Disposition gestellt würde. Die für den Wettbewerb günstigen Entscheidungen des BVerwG (insbesondere TAL-Zugang; Umfang der Entgeltgenehmigungspflicht) würden so letztlich hinfällig. Die damit verbundene Rechtsunsicherheit würde dem Wettbewerb erheblich schaden.

#### **Ansprechpartner:**

Dr. Gunnar Bender

Leiter Politische Kommunikation

AOL Deutschland

Millerntorplatz 1

D-20359 Hamburg

phone: 040 361 59 7610

fax: 040 361 59 7699

eMail: BenderDE@aol.com

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)956**

3. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Karl-Heinz Neumann, Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste

**0 Vorbemerkung**

Diese Stellungnahme greift vor allem die Punkte der Gesetzgebungsdiskussion auf, die nach der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung kontrovers erscheinen. Weiterhin werden eine Reihe von Positionen aufgegriffen, die sich aus den Stellungnahmen von Branchenvertretern zum Referentenentwurf als umstritten gezeigt haben. Diese Stellungnahmen hatte das WIK im Auftrag des BMWA ausgewertet und zu einzelnen Änderungsvorschlägen auch eigene Empfehlungen abgegeben. Ebenso wird dabei auf einige Positionen des Entschließungsantrages der CDU/CSU-Bundestagsfraktion eingegangen; insbesondere an Stellen, die nicht in Übereinstimmung mit dem Gesetzentwurf sind. Weiterhin gehen in diese Stellungnahme regulierungsökonomische Einschätzungen und Beurteilungen ein, die sich aus laufenden und früheren Arbeiten des Instituts bzw. aus unserer internationalen Beratungspraxis ergeben. Die folgenden Abschnitte folgen der vorgesehenen Themenreihenfolge der Anhörung. Die Darstellung orientiert sich dabei an den einzelnen Paragraphen des Gesetzentwurfes. Meiner persönlichen Expertise entsprechend liegt dabei der Schwerpunkt der Ausführungen auf Ausführungen zur Markt- und Entgeltregulierung.

**Markt- und Entgeltregulierung****zu § 9 Grundsatz**

Ein Markt kommt nach § 9 TKG-E für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht, wenn kein funktionsfähiger Wettbewerb vorliegt. Wir halten das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs für nicht dekongleich mit den Kriterien, die der Relevante-Märkte-Empfehlung der EU-Kommission zugrunde liegen. Die dort genannten Kriterien sind (a) Vorliegen von strukturellen und/oder rechtlichen Marktzutrittschranken, (b) Abwesenheit dynamischer Entwicklungen, die diese Marktzutrittschranken überwinden würden, (c) Überlegenheit sektorspezifischer Regulierung gegenüber wettbewerbsrechtlicher ex-post Missbrauchsaufsicht im Umgang mit den festgestell-

ten Wettbewerbsproblemen. Um die Kompatibilität mit den Vorgaben der Richtlinie zu gewährleisten, sollten nach unserer Auffassung anstelle der Norm des funktionsfähigen Wettbewerbs die Kriterien der Relevante-Märkte-Empfehlung in das TKG übernommen werden. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass die Regulierungsbehörde nach Durchführung ihrer Marktanalysen zu dem Ergebnis kommt, dass in Deutschland mehr, weniger oder andere als in der EU-Empfehlung abgegrenzte relevante Märkte Gegenstand der sektorspezifischen Regulierung sind.

**zu § 10 Marktdefinition**

Auch wenn die erstmalige Durchführung der Markt- abgrenzungen einen relevanten Zeitbedarf erfordern, erscheint es angemessen, hierbei der Reg TP entsprechende Fristen zu setzen, um im Markt für Klarheit zu sorgen.

Wir hatten bereits in den Anmerkungen zu § 9 auf die Konsistenzprobleme hingewiesen, die durch das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs ausgelöst werden. Wir empfehlen hier in geeigneter Form auf die Kriterien der Rahmenrichtlinie zurückzugehen und diese zur Anwendung zu bringen.

Der Beurteilungsspielraum der Reg TP sollte insbesondere hinsichtlich nationaler Gegebenheiten erhalten bleiben. Eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfbarkeit der Ergebnisse der Markt- abgrenzung ist angemessen, da es eben nicht um die gleichen Kriterien wie beim GWB geht und auch die europäischen Rahmensetzungen und Verfahren hinreichend berücksichtigt sein müssen.

Neue Märkte sollten nicht per se der (potentiellen) Regulierung entzogen sein. Wohl aber empfehlen sich hier wesentlich stärkere Hürden. Die Formulierungen der Begründung könnten entsprechend angepasst werden.

**zu § 14 Überprüfung der Markt- abgrenzung und - analyse**

Wir halten eine Ausdehnung der Regelüberprüfung auch auf die Ergebnisse der Markt- analyse für ange-

messen und geboten. Dann erübrigt sich aus unserer Sicht auch ein Eingehen auf die vorgeschlagenen Initiativrechte. Dies könnte zu einem administrativ kaum zu überblickenden und zu bewältigenden Aufwand führen. Wir sehen nicht, dass sich die Verhältnisse in kurzer Zeit häufig verändern.

#### zu § 19 Zugangsverpflichtungen

Gegen § 19 wird von verschiedener Seite Kritik hinsichtlich der Richtlinienkonformität diese Bestimmung geäußert. Diese Bedenken sollten geprüft und ausgeräumt werden, angesichts der zentralen Bedeutung dieser Bestimmung für den Regulierungsrahmen. Ansonsten überzeugt der Dreiklang von Abwägungsparametern, Regel- und Beispielsverpflichtungen im Gesetz. Die Formulierungen sind auch hinsichtlich Ermessensspielräumen und Zukunftsoffenheit flexibel genug.

Zugangsverpflichtungen können auch für den Wettbewerb bei Vorleistungen relevant sein, daher sollte die bestehende Einschränkung in Abs. 1 auf Endnutzermärkte überdacht werden.

Es ist unstrittig, dass die Bereitstellung der Vorleistung "Bitstromzugang" wesentlich für den Wettbewerb im DSL-Markt sein wird. Insoweit könnte diese Vorleistung im Gesetz genannt sein. Entscheidend für eine marktrelevante Bedeutung wird aber ihre genaue Spezifikation im Rahmen eines breiten technischen Kontinuums sein. Dies kann auf der Ebene des Gesetzes nicht gelöst werden, sondern nur durch die Regulierungsbehörde. Hierbei getroffene Regelungen müssen sich zudem der dynamischen Entwicklung in diesem Bereich anpassen. Explizite gesetzliche Regelungen dazu können eher hinderlich sein.

Die vom Bundesrat geforderte Verpflichtung für Diensteanbieter zu Großhandelsbedingungen bezogene Dienstleistungen nur unter Hinzufügung von Mehrwertleistungskomponenten wiederzuverkaufen ist nicht sachgerecht und wird dem Charakter des Dienstewettbewerbs nicht gerecht. In einer Vielzahl von Branchen werden Produkte auf der Einzelhandelsebene vertrieben ohne dass sie physisch verändert werden. Niemand käme auf den Gedanken, einem Schuhgeschäft vorzuschreiben nur Schuhe zu vertreiben, die es selbst mit Mehrwertkomponenten verändert hätte. Diensteanbieter bewegen sich primär im Bereich des Vertriebs von Leistungen, die sie einkaufen. Ihre wesentliche volkswirtschaftliche Leistung besteht darin, innerhalb der Wertschöpfung des Vertriebs kundengerechter zu sein als andere, nicht aber in der physischen Beschaffenheit der vertriebenen Produkte. Resale dient vor allem auch den Zweck, die Produktpalette von Unternehmen zu vervollständigen, die nicht alle Produkte selbst produzieren (können). Eine Pflicht zur Mehrwertleistung unterbindet diese Funktion des Resale nahezu. Außerdem sind in der langen telekommunikationspolitischen Geschichte dazu alle Ansätze gescheitert, die versucht haben, Mehrwertkomponenten von Dienste regulatorisch zu spezifizieren.

#### zu § 23 Anordnungen durch die Regulierungsbehörde

Die Anordnungsmöglichkeit in Absatz (5) sollte sich auf Vertragsstrafen als Vertragsbestandteil beziehen.

Die vertragliche Regelung von Vertragsstrafen kann Regulierung von Einzelfällen überflüssig machen und somit insgesamt zur Effizienzverbesserung der Regulierung beitragen.

Es stellt sich die Frage, ob die Aufspaltung der Regulierungsentscheidung in Absatz (6) in Teilentscheidungen zu Entgelten und zu Bedingungen ein Betrag zur Verfahrenseffizienz und -beschleunigung darstellt; zumal vernünftigerweise die Anordnung nur insgesamt angegriffen werden kann.

#### zu § 25 Ziel der Entgeltregulierung

Entgeltrelevante Entscheidungen konsistent zu treffen ist eine permanente Anforderung an die Entscheidungspraxis der Regulierungsbehörde. Die Aufnahme eines Konsistenzgebots in das TKG ist von daher sehr zu begrüßen. Neben einer permanenten Anforderung an die Regulierungsbehörde, die sie in jeder Einzelentscheidung zu berücksichtigen hat, ist es für die Planungssicherheit im Markt sicherlich zweckmäßig, wenn die **Regulierungsbehörde** hierzu ein entsprechendes Konzept aufstellt und veröffentlicht. Dies kann aber kaum der Gesetzgeber in der erforderlichen Tiefen und den Anpassungsnotwendigkeiten an die Marktentwicklung leisten.

Wir sehen zusammengefasst folgenden Leitlinien für eine konsistenten Entgeltregulierung als geboten an:

1. Ein konsistentes Entgeltregulierungsregime ist vor allem vor dem Hintergrund der Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs zu sehen. Entgelte sind konsistent, wenn durch sie keine Wettbewerber vom Markt ausgeschlossen werden, die ansonsten den sozialen Überschuss einer Volkswirtschaft erhöhen würden. Solch eine Erhöhung kann durch höhere allokativen oder produktiven Effizienz oder durch Innovationen erfolgen.
2. Ein konsistentes Entgeltregulierungsregime muss alle effizienten Geschäftsmodelle oder Wettbewerbsformen unterstützen. Dies gilt sowohl für den Dienstewettbewerb (insbesondere über Resale) als auch für den infrastrukturbasierten Wettbewerb, letzterer sowohl als intermodaler Wettbewerb zwischen verschiedenen Technologien als auch als intramodaler Wettbewerb, der auf Zugangskonzepten basiert. Effiziente Geschäftsmodelle schaffen Kundennutzen. Am Markt werden sich diejenigen Modelle durchsetzen, die hierzu den größten Beitrag leisten. Da effiziente Geschäftsmodelle, insbesondere nicht für eine Regulierungsbehörde, ex ante bestimmbar sind, muss ein konsistentes Entgeltregulierungsregime neutral hinsichtlich am Markt möglicher effizienter Geschäftsmodelle sein.
3. Ein konsistentes Entgeltregime ist nach meiner Einschätzung durch folgende Elemente beschrieben:
  - 3.1. Für (regulierte) Vorleistungsentgelte sollte grundsätzlich gelten, dass sie den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Das heißt, sie sollten aus den langfristigen Zusatzkosten plus einem angemessenen Gemeinkostenzuschlag bestehen.

- 3.2. Vorleistungsprodukte sollten so angeboten werden, dass effizienten Wettbewerbern eine Nachbildung der Endkundenprodukte und –preise marktmächtiger Unternehmen rentabel möglich ist.
- 3.3. Angesichts des zunehmenden Trends zu Optionstarifen mit nutzungsunabhängigen Preiskomponenten kann zur Erfüllung von 3.2 zunehmend das Angebot kapazitätsorientierter Vorleistungstarife erforderlich werden.
- 3.4. Um die Konsistenz von Entgelten auch dynamisch zu gewährleisten, sollten Vorleistungspreise zunehmend einer Price Cap-Regulierung unterliegen. Körbe sollten dabei nur aus einzelnen, eng definierten Produkten gebildet werden, um strategisches Verhalten des Incumbent zu verhindern. Ein carry-over von Preissenkungen sollte zur Verhinderung von Predation nicht erlaubt sein.
- 3.5. Zur Verhinderung einer Verdrängungspreispolitik (Predation) sollten einzelfallbezogene Preis-Kosten-Scheren-Tests für realisierte Geschäftsmodelle und die dazu korrespondierenden Produkte ex ante durchgeführt werden.
- 3.6. Angesichts des erreichten Stands des Wettbewerbs sind für die Konsistenz der Entgeltregulierung keine ex ante Preisobergrenzen für Endkundenpreise mehr erforderlich.
- 3.7. Entgelte für Resale-Angebote sollten zu einem Abschlag vom Endnutzerpreis des regulierten Unternehmens in Höhe der vermeidbaren Kosten der Vertriebsstufe erfolgen.
- 3.8. Abweichungen von den bislang genannten Normen sollten - im Sinne einer Ausnahme von der Regel - zur Förderung von Infrastrukturinvestitionen möglich sein und in Fällen der Produkteinführung, sofern Penetration Pricing dort volkswirtschaftlich sinnvoll ist.
4. Unter idealisierten Marktbedingungen lässt sich zeigen, dass bei Geltung der unter Ziffer 3 beschriebenen Elemente einer konsistenten Entgeltregulierung die Anbieter neutral hinsichtlich der Wahl der verschiedenen Geschäftsmodelle sind und diese nebeneinander bestehen können, soweit die Unternehmen jeweils effizient operieren. Damit ist auch die Neutralität des derart von uns beschriebenen Entgeltregulierungsregimes gegenüber verschiedenen Geschäftsmodellen gegeben.
5. Eine konsistente Entgeltregulierung kann sich unter heutigen Wettbewerbsbedingungen auf die Regulierung von Vorleistungsentgelten konzentrieren, soweit durch entsprechende Tests Preis-Kosten-Scheren im Verhältnis von Vorleistungs- und Endkundenentgelten ausgeschlossen sind. Eine darüber hinaus gehende ex ante Regulierung von Endkundenentgelten ist allein aus Konsistenzgründen nicht mehr erforderlich.
6. Alle Vorleistungsentgelte sollten grundsätzlich dem KEL-Maßstab entsprechen. Dadurch werden alternative Wettbewerber vom (Vorleistungs-) Kostenniveau her in etwa mit einem integrierten Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht gleichgestellt. Sie haben weiter effiziente Anreize zum Aufbau eigener Netzinfrastruktur. Das regulierte Unternehmen erhält ein angemessenes Entgelt für seine Netzleistung unter Einschluss einer angemessenen Kapitalverzinsung und hat weiterhin Anreize seine Kosten niedrig zu halten.
7. Bündelungsstrategien von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sollten wegen ihrer möglichen Effizienzeigenschaften erlaubt, aber mit der Auflage verbunden sein, dass ein effizienter Sortimentanbieter durch geeigneten Vorleistungsbezug das Bündel wettbewerbsgerecht nachbilden kann und ein effizienter Spezialanbieter in die Lage versetzt wird seine Dienste so anzubieten, dass ein Kunde, der sowohl diese Dienste als auch die übrigen im Bündel enthaltenen Dienste nachfragt, all diese selbst kombinieren kann. Die Nachbildungsfähigkeit soll sich sowohl auf Produkte / Dienste als auch auf Tarife beziehen. Das bedeutet auch, dass nur gemischte Bündelung statthaft ist.
8. Kapazitätsbasierte Zusammenschaltungsentgelte bilden die Kostenstruktur eines Telekommunikationsnetzes besser ab als minutenbasierte Entgelte. Weiterhin geben sie den Nachfragern dieser Vorleistungen eine größere Preissetzungsflexibilität. Damit werden heute bestehende Asymmetrien in der Kostenstruktur von Incumbent und Wettbewerbern abgebaut und deren Wettbewerbsfähigkeit erhöht. Angesichts der inzwischen erreichten Marktstruktur sind die durch dieses Vorleistungspreisregime induzierten Größenvorteile wettbewerbslich hinnehmbar und können durch Carrier's Carrier-Beziehungen weiter neutralisiert werden. Wegen des erheblichen Systemwechsels, weitreichender Implikationen und der vielen zu lösenden Ausgestaltungsdetails bedarf die Einführung dieses Tarifmodells jedoch noch weiterführender Untersuchungen.
9. Preis-Kosten-Scheren bestehen, wenn ein effizienter Wettbewerber, der auf Vorleistungen des Incumbent angewiesen ist, bei Gleichpreisigkeit mit dem Incumbent auf dem Endnutzermarkt keine Gewinne erzielen kann. Die Voraussetzung der Gleichpreisigkeit bedeutet, dass Goodwill-Vorsprünge des Incumbent beim Price-Squeeze Test nicht berücksichtigt werden. Dies legt eine strikte Auslegung des Price-Squeeze Test nahe. Da unter den Regulierungszielen die Versorgung der Bevölkerung zu angemessenen Preisen herausragt, sind jedoch auch bei Price-Squeeze Tests immer die Interessen der Nutzer an niedrigen Preisen gegen die Interessen der alternativen Wettbewerber an fairen Wettbewerbsbedingungen gegeneinander abzuwägen. Die anderen Wettbewerber werden im Zweifelsfalle immer in aggressivem Preisverhalten des Incumbent einen Price Squeeze sehen. Der Verhinderung von Preis-Kosten-Scheren dienen regelmäßige Price-Squeeze Tests, eine Überwachung der Qualität und Lieferbedingungen für Vorleistungen sowie eine Basierung der Vorleistungsentgelte auf den tatsächlich relevanten Kosten des Incumbent. Price-Squeeze Tests sollten mindestens auf dem Aggregationsniveau wettbewerbslich relevanter Märkte stattfinden, da unterhalb dieses Aggregationsniveaus keine Markt-

macht ausgeübt werden kann. (Diese Märkte stimmen nicht notwendigerweise mit denjenigen überein, die von der Europäischen Kommission als für eine ex ante Regulierung in Betracht kommende Märkte klassifiziert worden sind.) Darüber hinaus sind Price-Squeeze Tests auf der Ebene der Geschäftsmodelle oder Bündelprodukte angebracht. Price-Squeeze Tests sollen Predation oder preisliches Foreclosure verhindern.

10. Preisdifferenzierung bei Endnutzerdiensten sollte grundsätzlich möglich sein, um Kapazitätsauslastung zu gewährleisten. Die Dienste sollten aber mit Großhandelsrabatten wiederverkaufsfähig gemacht werden. Tarifeinheit im Raum sollte, sofern telekommunikationspolitisch erwünscht, sowohl für Endnutzer als auch Vorleistungen gelten. Sofern sie nicht erwünscht ist, sollte sie zuerst bei Vorleistungen aufgehoben werden, während die Endnutzerpreisentwicklung dann dem Markt zu überlassen wäre. Preisdifferenzierung bei Vorleistungsentgelten sollte ansonsten nur in dem Sinne möglich sein, dass Kostendifferenzen weitergegeben werden.
11. Resale-Verpflichtungen sind auf Märkten mit beträchtlicher Marktmacht grundsätzlich sinnvoll zur Entwicklung des Dienstewettbewerbs. Sie sollten auferlegt werden, wenn sie bei der Marktanalyse als wesentlich für den Wettbewerb eingeschätzt werden. Immer dann, wenn Wiederverkäufer Netzdienstleistungen zu Großhandelsrabatten auf die Endnutzerpreise von Netzbetreibern einkaufen können, die deren vermeidbaren oder einsparbaren Kosten auf der Einzelhandelsebene entsprechen, entwickelt sich ein volkswirtschaftlich optimales Wettbewerbsverhältnis zwischen (integrierten) Netzbetreibern und Diensteanbietern. Netzbetreiber werden durch derartige Großhandelspreise nicht im volkswirtschaftlichen Sinne belastet. Diensteanbieter werden in die Lage versetzt, auch mit ihren (integrierten) Lieferanten zu konkurrieren. Rabatte auf Basis der unmittelbar und tatsächlich vermiedenen Kosten reichen hierzu nicht aus. Es kommt auf die (potentiell) einsparbaren gesamten Vertriebskosten an, die vom Netzbetreiber vermieden werden können, wenn er nicht selbst an Endnutzer vertreibt. Vermeidbar sind alle direkten und indirekten Kosten des Vertriebs, der Rechnungsstellung, des Customer Care sowie darauf entfallende Overhead- und Gewinnanteile. Großhandelsspezifische Set-up-Kosten sind Kosten des Wettbewerbs und sollten nicht nur von Resellern und ihren Kunden, sondern zu gleichen Teilen auch von den Kunden des Incumbents getragen werden. Anderenfalls entstehen durch die Vorleistungspreisstruktur Marktzutrittsschranken.
12. Ein konsistentes Entgeltregulierungsregime muss auch die Frage beantworten, ob die Terminierungsentgelte des Incumbents und der alternativer Teilnehmernetzbetreiber symmetrisch oder reziprok gesetzt werden sollen. Bei Terminierungsleistungen ist von einem mit der abgesetzten Menge degressiven Verlauf der Kostenfunktion auszugehen. Effizient produzierende kleinere Netzbetreiber weisen dann höhere Kosten pro Minute auf als größere Netzbetreiber. Andererseits ist es unter

Wettbewerbsbedingungen langfristig nicht stabil, wenn Unternehmen für (annähernd) gleiche Leistungen (signifikant) unterschiedliche Kosten aufweisen. Zur Förderung des Infrastrukturwettbewerbs halten wir es für angebracht, dass neu in den Markt eintretenden Unternehmen höhere Terminierungsentgelte als dem Incumbent zugestanden werden. Diese sollten zur Förderung der produktiven und allokativen Effizienz im Zeitablauf abgesenkt werden und langfristig reziprok werden. Die Entgelte sollten jeweils den KEL-Werten auf der Kostenfunktion entsprechen, die sich für Gesprächsvolumina ergeben, die bei erfolgreichem Markteintritt im Zeitablauf erreichbar sind. Dazu sollte die Regulierungsbehörde die KEL-Funktion bestimmen. Die Dauer der Nichtreziprozität sollte einem effizienten Markteintriter das Erreichen des Kostenniveaus des Incumbents ermöglichen. Insofern sind nicht-reziproke Terminierungsentgelte unternehmensunabhängig aber marktzutrittsabhängig zu setzen.

#### zu § 26 Missbräuchliches Verhalten

Soweit dies nicht zweifelsfrei mit der Entwurfsformulierung sein sollte, ist die Ergänzung des Bundesrates zu Absatz (2) Nr. 3 sinnvoll. Das wettbewerbliche Problem der Bündelung ist nur beseitigt, wenn Wettbewerber Bündelprodukte auch wirtschaftlich nachbilden können. Hierzu empfiehlt es sich für die regulatorische Praxis das Konzept der kapazitätsbasierten Zusammenschaltungsentgelte näher zu betrachten.

#### zu § 27 Anordnungen im Rahmen der Entgeltregulierung

Die Vorgabe bestimmter Tarifsysteme für Vorleistungen wird künftig immer bedeutsamer zur Verhinderung von Preis-Kosten-Scheren. Daher sollten die Anordnungsmöglichkeiten der Regulierungsbehörde hierzu nicht eingeschränkt werden.

#### zu § 28 Entgeltregulierung

In Absatz (1) sollten entsprechend der heutigen Gesetzeslage nicht nur die Entgelte, sondern auch die entgeltrelevanten Bestandteile der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Genehmigung unterliegen. Gerade bei Vorleistungen sind entgeltrelevante Bestandteile der Geschäftsbedingungen oft wichtiger für eine Inanspruchnahme der Vorleistung als die Entgelte selbst.

Bei Entgelten nicht marktbeherrschender Unternehmen, die der Regulierung nach Absatz (5) unterliegen, sollte erwogen werden, vor einem regulatorischen Zugriff zunächst das Streitschlichtungsverfahren nach § 131 zu durchlaufen.

Der letzte Satz von Absatz (6) ist entbehrlich. Wenn ein für Großhandelsleistungen gewährter (relevanter Abschlag) von den Endnutzertarifen wirklich dazu führt, dass die Großhandelsleistung unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung angeboten würde, liegt eine Preis-Kosten-Schere vor. Das heißt, die Endkundenpreise des marktbeherrschenden Unternehmens stehen in keinem angemessenen Verhältnis zu den Vorleistungstarifen. Dieser Zustand ist aus Sicht eines funktionsfähigen Wettbewerbs nicht besonders schützenswert, z. B. durch eine Gesetzesformulierung der genannten Art. Greift die Bedingung

dieses Satzes, dann ist durch das Preisverhalten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht nur der infrastrukturbasierte Wettbewerb, sondern auch der Dienstewettbewerb gestört. Der Gesetzgeber sollte einer derartigen Situation, die es eigentlich bereits im Kern auszuschließen gilt, nicht Vorschub leisten. .

#### zu § 29 Entgeltgenehmigung

Die in Absatz (4) genannten Kriterien der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals suggerieren, dass es dabei auf die Verhältnisse des regulierten Unternehmens insgesamt ankommt. Dies ist jedoch regulierungsökonomisch nicht adäquat. Insbesondere (aber nicht nur) bei der Bestimmung der Risikokomponente im Eigenkapitalzins kommt es auf die Verhältnisse im regulierten Geschäftsfeld an. Das unternehmerische Risiko etwa im regulierten nationalen Festnetzgeschäft stellte sich völlig anders dar als das Risiko im (nicht regulierten) Auslandsgeschäft oder etwa gar im Mobilfunk. Wenig überzeugen kann bei der Zinsbestimmung der Vergleich mit anderen Anbietern in der EU. Die Kapitalmarkt- und Finanzierungsverhältnisse der Unternehmen sind zu unterschiedlich als dass in diesem Falle ein Benchmarking angebracht wäre.

#### zu § 36 Nachträgliche Regulierung von Entgelten

Soweit es berechtigte rechtliche Zweifel gibt, ob die Regulierungsbehörde im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung Kostenunterlagen anfordern darf, sollte dies explizit in § 36 geregelt werden.

Die Bindung der Untersagungsmöglichkeit der Regulierungsbehörde bei zu beanstandenden Entgelten in Absatz (1) an einen "Offenkundigkeitstest" ist materiell-rechtlich zu eng. Berechtigte Zweifel sollten ausreichen, um eine vollständige Prüfung durchführen zu können. Angesichts des weitgehenden Verzichts auf eine ex ante-Endkundenpreisregulierung ist hier im Gesetz das einzige Verfahren angesprochen mit dem die Regulierungsbehörde z. B. Preis-Kosten-Scherentests durchführen kann. Die Hürden für dieses künftig zentrale regulatorische Verfahren, das entscheidenden Einfluss auf die Wettbewerbsverhältnisse haben wird, dürfen nicht über Gebühr hoch angesetzt werden.

Die Frage, ob Wettbewerber nach Absatz (2) ein Antragsrecht bei der Einleitung von Verfahren der nachträglichen Regulierung von Entgelten haben sollen, berührt die Frage einer effizienten Regulierungspraxis. Bei Vertrauen in die Arbeit der Regulierungsbehörde bedarf es eines Antragsrechts nicht. Auf der anderen Seite haben in der Vergangenheit Vorermittlungen bis zur Einleitung von Verfahren der nachträglichen Missbrauchsaufsicht häufig relativ lange gedauert. Weiterhin holt ein Antragsrecht das Einreichen von Unterlagen aus einer rechtlichen Grauzone heraus. Andererseits ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass keine unbegründeten Anträge zu komplexen und aufwändigen Prüfungsverfahren führen dürfen. Folgender Vorschlag mag die unterschiedlichen Interessen zum Ausgleich bringen:

Wettbewerber haben ein Antragsrecht. Anträge führen aber nicht automatisch zur Einleitung eines Prüfungsverfahrens der Entgelte. Dazu hat die Regulierungsbehörde zuerst die Begründetheit eines Antrags festzustellen. Die Bescheidung von Anträgen erfolgt

in einer im Vorhinein festgelegten generellen Frist.

#### zu § 37 Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen

Es sollte durchaus erwogen werden, den Wegfall der Endnutzerpreisregulierung an die Verfügbarkeit adäquater Vorleistungen zu koppeln. Dadurch werden geeignete Anreize auf Seiten des marktbeherrschenden Unternehmens gesetzt, selber ein Interesse an der Vorleistungsverfügbarkeit zu haben. Eine derartige Kopplung ist gleichzeitig ein anreizkompatibler Regulierungsmechanismus, der sich vor allem in den USA bewährt hat.

#### zu § 38 Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl

Auch wenn die in Absatz (1) in Anlehnung an die geltende Gesetzgebung ökonomisch nicht ganz unstrittige Vergabe einer ortsnahen Zuführung wiederholt, sollte diese Infrastrukturvorgabe nicht, wie der Bundesrat fordert, entfallen. Mehrere Unternehmen haben mit Blick auf dieses Erfordernis einen flächendeckenden Netzausbau geleistet. Eine nachträgliche Änderung würde eine unter Konsistenz- und Wettbewerbsgesichtspunkten nur schwer zu rechtfertigende Entwertung ihrer Investitionen nach sich ziehen.

Der neu hinzugekommene letzte Satz von Absatz (1) ist unklar und scheint entbehrlich, zumal die vorhergehende Regelung eines Anschlusskostenbeitrages ihre (immer fragliche) Grundlage inzwischen vollständig verloren hat.

### 5. Universaldienst / Inkasso / Sonstiges

#### zu § 19 Zugangsverpflichtungen

Nicht nur die Fakturierung, sondern auch das Inkasso im Sinne der Durchsetzung von Forderungen stellt eine wesentliche Zugangsleistung für nicht vertikal integrierte Unternehmen dar. Auch in der Forderungseintreibung erzielt der Teilnehmernetzbetreiber "Economies of Scale". Ein wesentlicher Teil der Kosten ist ohnehin bereits durch das Inkasso eigener Forderungen entstanden. Die Übernahme des Inkasso für die Wettbewerber verursacht nur einen geringen zusätzlichen Kostenaufwand, denn Kunden, die in Zahlungsverzug geraten sind, sind i.d.R. bei mehreren Anbietern gleichzeitig verschuldet.

Durch die vertikale Integration der Geschäftsbereiche Teilnehmeranschlussbetrieb und Inkasso erzielt die DTAG Verbundvorteile ("Economies of Scope"). Dadurch, dass sie Teilnehmeranschlussbetreiberin ist, hat sie die Möglichkeit, den Anschluss zu sperren, wenn eine Leistung nach mehrfacher Aufforderung und Fristsetzung nicht gezahlt wird. Dieses Drohpotenzial besitzen Call-by-Call- und Preselection-Anbieter nicht. Call-by-Call-Anbieter können zwar dem Kunden ihre Leistungen sperren, doch durch die Substitutionsmöglichkeiten des Kunden wird dadurch kein Drohpotenzial erreicht. Mahnungen von VNB sind deshalb in vielen Fällen erfolglos. Die DTAG kann somit ihre Marktmacht, die sie im Teilnehmeranschlussbereich inne hat, auch auf den Geschäftsbereich des Inkasso übertragen.

Liegen die Fakturierung und das Inkasso nicht in einer Hand, kann keine kundenfreundliche Regelung er-

reicht werden. Durch die Trennung der Verantwortlichkeiten von Fakturierung und Inkasso, entstehen Probleme durch die zeitlichen Friktionen mit Blick auf die Weiterleitung der Zahlungen der DTAG an die VNB und die Versendung der Mahnungen der VNB an die Kunden. Kreuzen sich Mahnung des VNB und Zahlung des Kunden, entstehen dem Kunden zusätzliche Kosten, da die Mahnung reklamiert werden muss. In den meisten Fällen fragen die Kunden keine Leistungen mehr von diesem Anbieter nach. Dies führt ebenfalls zu Umsatzeinbußen der VNB.

Die Größen- und Verbundvorteile der DTAG bei der Durchführung des Inkasso können auch nicht annähernd durch eine Marktlösung, d.h. durch die Beauftragung eines Clearing-Houses erreicht werden. Erstens hat auch ein Clearing-House kein stärkeres Druckmittel als die Call-by-Call-Anbieter selbst und ist nur in der Lage, Gespräche über diesen Anbieter zu sperren. Zweitens können nennenswerte Größenvorteile nur dann erzielt werden, wenn viele VNB die Inkassoleistungen bei einem Clearing-House nachfragen. Drittens wird durch das Outsourcen der Inkassoleistungen nicht das Problem gelöst, das durch die unterschiedlichen Verantwortlichkeiten zwischen Fakturierung und Inkasso entsteht. Damit Unternehmen, die nicht vertikal integriert sind, ähnliche Wettbewerbschancen wie die DTAG erhalten, muss für diese das Inkasso durchgeführt werden.

Aus der Sicht des Endkunden entstehen durch den Wegfall der Inkassoverpflichtung erhöhte Wechselko-

sten in Form von Informations- und Transaktionskosten. Diese Kosten bestehen aus der Schwierigkeit, den Überblick über die Zahlungen und deren Empfänger zu behalten, sowie dem Aufwand, an jeden einzelnen VNB einen Rechnungsbetrag zu überweisen. Diese Kosten hemmen die Wechselbereitschaft der Kunden und reduzieren somit die Wettbewerbsintensität.

Aus den genannten Gründen sollte der Anregung des Bundesrates gefolgt werden.

#### **zu § 60 Frequenzhandel**

Die Regelungen zum Frequenzhandel sollten zur weiteren Steigerung der effizienten Nutzung des Frequenzspektrums auch die (zeitweise) Überlassung von Frequenzen ermöglichen.

#### **zu § 64 Nummerierung**

Angesichts der künftigen Konvergenz von klassischen Nummernräumen und IP-Adressen, erscheint es nicht adäquat, der Regulierungsbehörde grundsätzlich keine Kompetenz im Bereich der IP-Adressierungsräume zu geben. Sicherlich sollte das bewährte Modell der Selbstregulierung bei IP-Nummern und Domains weitergeführt werden. Gerade wegen der Konvergenz der Adressierungsräume und der internationalen Tendenzen erscheint es angebrachter für eine erfolgreiche internationale Vertretung der Interessen Deutschlands in diesem Bereich der Regulierungsbehörde eine im Prinzip umfassenden Kompetenz zu geben. Diese soll sie teilweise z.B. an Denic e.G. delegieren können.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)947**

2. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht  
Dr. Alexander Dix, LL.M.

**Vorbemerkung**

Die Stellungnahme beschränkt sich ausschließlich auf Ziff. 4 – Datenschutz und Sicherheit – des Themenkatalogs.

Der Entwurf der Bundesregierung ist – ebenso wie in weiten Teilen der Antrag der Fraktion der CDU/CSU – von dem Bemühen gekennzeichnet, das bisher im Bereich der Telekommunikation in Deutschland gegebene hohe Datenschutzniveau beizubehalten und dabei einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Fernmeldegeheimnis und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung einerseits sowie den berechtigten Interessen der Anbieter und Sicherheitsbehörden andererseits herzustellen. Dieses Ziel wird allerdings an vielen Stellen des Regierungsentwurfs verfehlt. Der Entwurf sieht eine Reihe von Veränderungen gegenüber dem geltenden Recht vor, die von den Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder mehrfach kritisiert und nicht zuletzt in der Entschließung vom 21. November 2003 (s. Anlage) öffentlich geäußert wurden. Die Kritik richtet sich vor allem gegen

- die Ausweitung der Speicherung von Verkehrsdaten,
- die Identifikationspflicht beim Erwerb von Prepaid-Handys sowie
- die Erleichterung des Zugriffs auf Passwörter, PIN oder vergleichbarer Berechtigungen.

Bei der Stellungnahme des Bundesrates ist im Gegensatz zum Entwurf der Bundesregierung eine sachgerechte Auseinandersetzung mit dem Fernmeldegeheimnis und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht erkennbar. Die Forderungen des Bundesrates zeichnen sich vielmehr dadurch aus, dass einseitig Verschiebungen zu Lasten der Persönlichkeitsrechte und dem Grundrecht auf freie und unbeobachtete Kommunikation vorgenommen werden sollen, die allein den Anbietern und Sicherheitsbehörden zugute

kommen. Zu kritisieren sind an dieser Stelle in erster Linie

- die Forderung nach Zweckentfremdung der Bestandsdaten für Zwecke der Beratung, Werbung und Marktforschung sowie
- die Forderung nach einer zwingenden Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten für sechs Monate.

Insbesondere hinsichtlich der Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten begegnet der Entwurf des Bundesrates verfassungsrechtlichen Bedenken.

Im Einzelnen sollten im weiteren Gesetzgebungsverfahren die folgenden Punkte berücksichtigt werden:

**1. Zu § 93 TKG-E:**

Die Fassung des Entwurfs der Bundesregierung sollte unverändert in das Gesetz übernommen werden. Die Forderung des Bundesrates (Ziff. 63 seiner Stellungnahme) nach einer Angleichung an die Rechtslage nach § 28 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist abzulehnen.

Eine Angleichung an das BDSG würde bedeuten, dass nicht nur die Nutzung der Daten für eigene Beratungs-, Werbe- und Marktforschungszwecke des Anbieters, sondern auch die Übermittlung der Bestandsdaten zu diesen Zwecken an Dritte, also der Adresshandel, zulässig wäre. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist auch im Bereich von § 28 BDSG das bloße Opt-Out-Prinzip in diesem Zusammenhang nicht akzeptabel, da die Betroffenen im Ergebnis ohne praktische Einflussmöglichkeit auf die Nutzung ihrer Daten sind. Das bloße Widerspruchsrecht führt angesichts der Vielzahl von Übermittlungen häufig ins Leere; die Betroffenen sind praktisch nicht in der Lage, den Datenfluss so zu kontrollieren, dass sie ihr Widerspruchsrecht sinnvoll ausüben können.

Um hier langfristig eine datenschutzrechtliche Verbesserung zu erreichen, sollten die bisher bereits bestehenden auf dem Einwilligungsprinzip basierenden

Regelungen beibehalten werden. Dabei sind vor allem die Regelungen für Tele- und Mediendienste in § 5 TDDSG und § 19 Abs. 1 MDStV zu berücksichtigen, die das Opt-in-Prinzip nach wie vor vorschreiben. In diesem Bereich ist bisher nicht geplant, eine Privilegierung des Adresshandels nach dem Vorbild von § 28 BDSG zuzulassen. Somit sollte § 93 TKG-E auch aus Gründen eines einheitlichen Datenschutzniveaus in allen Bereichen der elektronischen Kommunikation beibehalten werden.

## 2. Zu §§ 94 und 95 TKG-E

- a) Hinsichtlich der Erhebung und Verwendung von Verkehrsdaten sollte zumindest die geltende Rechtslage (§§ 6, 7 TDSV) beibehalten werden.

Gegen die Fassung von § 94 TKG-E bestehen daher keine datenschutzrechtlichen Bedenken.

In § 95 Abs. 4 Satz 2 TKG-E ist hingegen bereits die als Regelfall vorgesehene Speicherung der Verkehrsdaten mit vollständiger Zielrufnummer abzulehnen. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grunde hier von der bewährten Regelung in § 7 Abs. 4 Satz 1 TDSV Abstand genommen werden soll. Anders als die Begründung suggeriert, können Streitigkeiten gegen die Höhe der Forderung in der Regel auch mit verkürzten Zielrufnummern erfolgreich geführt werden. § 7 Abs. 4 Satz 1 TDSV berücksichtigt in ausgewogener Weise sowohl die Datenschutz- als auch die Verbraucher-schutzinteressen der beteiligten Personen und hat sich in der Praxis bewährt.

Mit dem TKG-E würde diese Regelung ohne überzeugende Begründung aufgegeben. Die im TKG-E vorgesehene Regelung würde dazu führen, dass Millionen von Verkehrsdatensätzen auch dann noch unverkürzt gespeichert bleiben und dem Zugriff anderer Stellen ausgesetzt sind, wenn die Diensteanbieter sie für ihre Abrechnungszwecke nicht mehr benötigen. Das im Entwurf weiterhin vorgesehene Recht der Teilnehmer, die Speicherung gekürzter Zielnummern oder ihre vollständige Löschung nach Rechnungsversand zu verlangen, würde daran wenig ändern, weil nur eine Minderheit es wahrnehmen wird. Die Beibehaltung des bisherigen angemessenen Datenschutzstandards sollte nicht von der Initiative der Betroffenen abhängig gemacht werden, sondern allen zugute kommen, die nicht ausdrücklich einer weitergehenden Speicherung zustimmen. Zudem blieben die Rechte der angerufenen Teilnehmerinnen und Teilnehmer unberücksichtigt, in die durch eine Speicherung der unverkürzten Verkehrsdaten auf unangemessene Weise zusätzlich eingegriffen wird.

Vollends inakzeptabel sind die Forderungen des Bundesrates nach einer Pflicht zur sechsmonatigen Speicherung der Verkehrsdaten durch die Anbieter (Ziff. 64 der Stellungnahme des Bundesrates). Insofern ist dem Antrag der Fraktion der CDU/CSU (dort Pkt. VII.) voll zuzustimmen. Angesichts der äußerst geringen Zahl von Fällen, in denen die Daten für Zwecke der Sicherheitsbehörden relevant sind, ist der mit einer zwangsweisen Speicherung der Daten verbundene Eingriff in die Rechte der großen Mehrzahl der sich rechtmäßig verhal-

tenden Betroffenen unverhältnismäßig. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Volkszählungsurteil festgestellt, dass die Sammlung von Daten auf Vorrat zu unbestimmten oder noch nicht bestimmbar Zwecken nicht mit dem Grundgesetz zu vereinbaren ist (BVerfGE 65, 1, 46). Zum Zeitpunkt der Erhebung der Verkehrsdaten steht weder fest, ob die Daten überhaupt jemals für Zwecke der Sicherheitsbehörden noch ggf. für welchen konkreten Sicherheitszweck benötigt werden. Die dem Vorschlag des Bundesrates zu entnehmende Zweckbestimmung ist viel zu unbestimmt und rechtfertigt nicht die zwangsweise Speicherung aller Verkehrsdaten. Insgesamt bestehen daher erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Vorschlag des Bundesrates.

§ 95 Abs. 4 sollte daher wie folgt formuliert werden:

*„(4) Nach Wahl des Teilnehmers hat der rechnungsstellende Diensteanbieter die Zielnummer*

*1. vollständig zu speichern<sup>138</sup> oder*

*2. mit Versendung der Rechnung an den Teilnehmer vollständig zu löschen.*

*Der Teilnehmer ist auf sein Wahlrecht hinzuweisen; macht er von seinem Wahlrecht keinen Gebrauch, darf die Zielnummer nur verkürzt um die letzten drei Ziffern gespeichert werden.“*

- b) Wünschenswert wäre darüber hinaus, die durch die Änderung der TDSV im Jahre 2000 vorgenommene und in § 95 Abs. 3 Satz 3 TKG-E übernommene Erweiterung der Speicherfrist für Verkehrsdaten auf sechs Monate nach Versendung der Rechnung wieder zu verkürzen. Die Erfahrungen seit der Verlängerung der Speicherfrist haben gezeigt, dass die großen Telekommunikationsanbieter von dieser Verlängerung keinen Gebrauch gemacht haben. Die Verkehrsdaten (bisher: Abrechnungsdaten) werden nach den mir vorliegenden Informationen etwa drei Monate gespeichert. Eine längere Speicherung ist jedenfalls zum Zwecke der Abrechnung von den Diensteanbietern auch nie für erforderlich gehalten worden. Vor diesem Hintergrund sollte die Novellierung des TKG genutzt werden, die Höchstfrist auf das gebotene und für erforderlich gehaltene Maß zu beschränken. Statt der bisherigen sechs Monate nach Versendung der Rechnung sind drei Monate ab diesem Zeitpunkt vorzusehen. Ich schlage daher vor, § 95 Abs. 3 Satz 3 TKG-E wie folgt zu fassen:

*„Die Verkehrsdaten dürfen – vorbehaltlich des Absatzes 4 Satz 1 Nr. 2 – höchstens drei Monate nach Versendung der Rechnung gespeichert werden.“*

## 3. Zu § 108 TKG-E

Wie es bereits im Referentenentwurf vom 30. April 2003 vorgesehen war, sollte der Kreis der Verpflichteten von vornherein kraft Gesetzes auf die Betreiber reduziert werden, die Telekommunikationsdienste für

<sup>138</sup> Die hier und bei den folgenden Formulierungsvorschlägen vorgenommenen Unterstreichungen dienen dazu, die Änderungen gegenüber dem TKG-E hervorzuheben.

die Öffentlichkeit erbringen. Dies entspricht auch dem bisher in der TKÜV verankerten Kreis der Verpflichteten.

Würde die im TKG-E vorgesehene Regelung in die Praxis umgesetzt, wären auch Betreiber von Nebstellenanlagen in Betrieben und Behörden, aber auch Hotels und Krankenhäusern verpflichtet, wenn sie TK-Anlagen für ihre Kunden, Mitarbeiter und Patienten betreiben. Dieser Eingriff würde ca. 400.000 Unternehmen betreffen und wäre nicht mehr verhältnismäßig. Die gebotene Eingrenzung sollte nicht auf die TKÜV weitergeschoben werden.

Für § 108 Abs. 1 Satz 1 schlage ich daher folgende Fassung vor:

*„(1) Wer eine Telekommunikationsanlage betreibt, mit der Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, hat*

*1. ....*

#### 4. Zu § 109 TKG-E

Die geltende Rechtslage (§ 90 TKG) sollte hinsichtlich des Umfangs der für die Sicherheitsbehörden zur Verfügung stehenden Bestandsdaten beibehalten werden.

Danach dürfen für die Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden nur solche Bestandsdaten gespeichert werden, die rechtmäßig nach § 5 TDSV (entspricht etwa § 93 Abs. 1 TKG-E) erhoben wurden. Dies wurde jüngst durch das Urteil des BVerwG vom 22. Oktober 2003, Az.: 6 C 23.02 bestätigt. Die durch den TKG-E geplante Zwangsidentifizierung aller Kunden (also auch der Nutzer von Prepaid Handys) ist weder geeignet noch erforderlich, um die Ermittlungstätigkeit der Sicherheitsbehörden zu erleichtern. Straftäter werden unabhängig von der Zwangsidentifizierung bewusst und gezielt in kurzen Zeitabständen neue Prepaid-Karten erwerben, Strohleute zum Erwerb einsetzen, die Karten häufig wechseln oder die Karten untereinander tauschen. Das von den Sicherheitsbehörden beklagte Problem, Nutzer von Handys nicht identifizieren zu können, würde in keiner Weise gelöst oder nur erleichtert.

Die Anbieter würden eine Reihe von Daten auf Vorrat speichern müssen, die sie selbst für den Vertrag mit ihren Kunden nicht benötigen. Die ganz überwiegende Zahl der Nutzer von Prepaid-Karten würde registriert, obwohl sie sich völlig rechtmäßig verhalten und ihre Daten für die Ermittlungstätigkeit der Sicherheitsbehörden nicht benötigt werden. Das Anhäufen von sinn- und nutzlosen Datenhalten wäre die Folge.

Der Begründung ist weder zu entnehmen, dass die geltende Regelung die Tätigkeit der Sicherheitsbehörden unangemessen erschwert, noch dass der TKG-E zu deren Erleichterung beitragen würde. Sie lässt jede Auseinandersetzung mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vermissen, obwohl auch hier eine verfassungsrechtlich sehr bedenkliche Vorratsdatenspeicherung (vgl. BVerfGE 65, 1, 46) vorgeschrieben werden soll.

§ 109 Abs. 1 Satz 1 TKG-E sollte daher wie folgt formuliert werden:

*„Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt und dabei Rufnummern vergibt oder Telekommunikationsanschlüsse für von anderen vergebene Rufnummern bereitstellt, hat für die Auskunftsverfahren nach den §§ 110 und 111 die Rufnummern, den Namen und die Anschrift des Rufnummerninhabers, bei natürlichen Personen deren Geburtsdatum, bei Festnetzanschlüssen auch die Anschrift des Anschlusses sowie das Datum des Vertragsbeginns vor der Freischaltung unverzüglich zu speichern, soweit die Daten rechtmäßig nach § 93 Abs. 1 erhoben worden sind; bei Vertragsende ist zusätzlich das Datum des Vertragsendes zu speichern.“*

§ 109 Abs. 2 Satz 1 TKG-E wäre als notwendige Folgeänderung ebenfalls zu ändern:

*„Bedient sich der Diensteanbieter nach Absatz 1 Satz 1 eines Vertriebspartners, hat der Vertriebspartner die nach § 93 erhobenen Daten unverzüglich dem Diensteanbieter zu übermitteln; Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.“*

#### 5. Zu §§ 111, 86 TKG-E

§ 111 Abs. 1 Satz 2 TKG-E sieht vor, dass Daten, mittels derer der Zugriff auf Inhalte einer Telekommunikation oder auf Daten über die näheren Umstände einer Telekommunikation geschützt wird, im Rahmen von §§ 161, 163 StPO, der Polizei- und Verfassungsschutzgesetze sowie des BNDG und des MADG mitzuteilen sind. Dies betrifft nach der Begründung vor allem PIN, PUK oder Passworte.

Diese Regelung halte ich nicht für akzeptabel. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Zugriff auf diese Angaben unter derart leichten Bedingungen möglich sein soll, wenn für den Zugriff auf die „dahinter“ liegenden geschützten Angaben ohnehin die Voraussetzungen der §§ 100a ff. StPO bzw. des G 10 gegeben sein müssen. Eine Mitteilung dieser Daten ohne die Voraussetzungen, unter denen eine Überwachung zulässig wäre, liefe ins Leere und birgt die unübersehbare Gefahr von Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen. Im Übrigen ist zu bedenken, dass die Anbieter diese Daten in der Regel aus Gründen der Datensicherheit für sie selbst verschlüsselt speichern und daher auch nicht mitteilen könnten.

Es ist einzuräumen, dass in der Praxis bisher unterschiedliche Auffassungen hinsichtlich der Rechtsgrundlagen für Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden bezüglich solcher Daten bestanden. Die auch aus meiner Sicht nötige Klarstellung sollte aber – anders als im TKG-E – dadurch erreicht werden, dass eindeutig geregelt wird, dass auch diese Daten vom Fernmeldegeheimnis geschützt sind. In diesem Falle wäre eine Mitteilung dieser Daten an Sicherheitsbehörden klar und eindeutig nur nach den für die Überwachung einschlägigen Bestimmungen (§§ 100a ff. StPO, G10 etc.) möglich.

Die Klarstellung sollte systematisch naheliegender am besten in § 86 Abs. 1 Satz 2 TKG-E erfolgen:

*„(1) ... Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Ver-*

*bindungsversuche sowie auf Daten, mittels derer der Zugriff auf Inhalte einer Telekommunikation oder auf Daten über die näheren Umstände einer Telekommunikation geschützt wird.“*

Als notwendige Folgeänderung wäre § 111 Abs. 1 Satz 2 TKG-E zu streichen.

gez. Dr. Alexander Dix

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)969**

5. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Prof. Dr. Dres. h.c. Spiros Simitis, Forschungsstelle für Datenschutz, Johann Wolfgang Goethe-Universität

Meine Bemerkungen zu dem von der Bundesregierung vorgelegten Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) (BT-Drucks. 15/2316) beschränken sich auf die Abschnitte 2 (Datenschutz) und 3 (Öffentliche Sicherheit). Beide Abschnitte sind eng miteinander verknüpft und müssen deshalb auch gemeinsam betrachtet werden.

1. Die Bundesregierung verweist gleich am Anfang ihrer Vorlage auf fünf im April und Juli 2002 in Kraft getretenen Richtlinien des Europäischen Parlaments und des Rates zur elektronischen Kommunikation und die Verpflichtung, sie bis Ende Oktober 2003 in nationales Recht umzusetzen. Den damit verbundenen Anforderungen kann nach Ansicht der Bundesregierung nicht durch Einzelkorrekturen des Telekommunikationsgesetzes entsprochen werden. Vielmehr bedarf es einer „weitreichenden Überarbeitung“ des TKG. Rechts- und Investitionssicherheit müssten dabei ebenso bedacht wie eine „unnötige Regulierung“ vermieden werden. Kurzum, das europäische Recht löst die Revision des bislang geltenden Rechts aus und bestimmt die Zeitperspektive.
2. Ansatzpunkt und Maßstab der europäischen Vorgaben sind den Richtlinien klar zu entnehmen. Der Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und die „Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts in bereits existierenden wettbewerblichen Märkten“ spielen dabei, wie die Bundesregierung anmerkt, ohne Zweifel eine zentrale Rolle. Das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission stellen aber genauso klar, dass jede Regelung der elektronischen Kommunikation an den Grundrechten der Betroffenen gemessen werden muss und deshalb den Weg beschreiten und fortsetzen muss, den Parlament, Rat und Kommission mit der Datenschutzrichtlinie von 1995 (95/46/EG) eingeschlagen und mit der Telekommunikationsrichtlinie von 1997 (97/66/EG) weitergegangen sind.

Aus eben diesem Grund gibt sich die Richtlinie 2002/58 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation keineswegs damit zufrieden, an die beiden eben erwähnten europäischen Regelwerke anzuknüpfen. Sie verweist vielmehr genauso auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und stellt zugleich fest, dass die dort in den Art. 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens) und 8 (Schutz personenbezogener Daten) garantierten Rechte im Bereich der elektronischen Kommunikation „uneingeschränkt“ gewährleistet werden müssen. Ebenso wie die Bestimmungen der Richtlinie selbst sind also auch alle sie umsetzenden Regelungen an dieser Prämisse auszurichten.

3. Daran ändert auch Art. 15 Abs.1 der eben erwähnten Richtlinie 2002/58 nichts. Den Mitgliedstaaten wird zwar zugestanden, die in der Richtlinie festgeschriebenen Rechte und Pflichten etwa im Interesse der öffentlichen Sicherheit oder der Verfolgung von Straftaten einzuschränken. Die Erwägungsgründe (2) heben zudem hervor, dass die Richtlinie wie schon die Datenschutzrichtlinie von 1995 nur für die Bereiche gilt, die dem Gemeinschaftsrecht unterliegen. Genauso klar ist aber auch, dass weder die Begrenzung des Anwendungsbereichs noch die Berechtigung, Ausnahmen vorzusehen, die Mitgliedstaaten davon enthebt, sich, so wie die Richtlinie es fordert, an den auch und gerade durch die Europäische Charta garantierten Grundrechten zu orientieren und die sich aus ihnen ergebenden Regelungsschranken zu respektieren. Die Grundrechte bleiben also verbindlicher Handlungsmaßstab.

Ganz in diesem Sinn hat die Bundesregierung, wenngleich in einem anderen Zusammenhang, bei den Beratungen im Rat über einheitliche Datenschutzregeln für alle Verarbeitungsaktivitäten im Rahmen der „Dritten Säule“, auf einem grundrechtskonformen, deutlich restriktiven Umgang

mit personenbezogenen Daten beharrt und die entsprechende, Anfang Juni 2003, unternommene Initiative der Präsidentschaft ausdrücklich unterstützt.

Konsequenterweise muss sich die Bundesregierung fragen lassen, ob sie bei der Umsetzung der Richtlinien zur elektronischen Kommunikation die sich sowohl aus der europäischen Regelung selbst als auch aus ihren eigenen Initiativen und Erklärungen im europäischen Bereich ergebenden Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten gehalten hat.

4. Zudem: Bestimmungen der Richtlinie, die ihren Anwendungsbereich einschränken, entlassen die Mitgliedstaaten nicht aus der Verpflichtung, sich nach den eigenen verfassungsrechtlichen Vorgaben gerade in den Bereichen zu richten, in denen die Richtlinie nicht zum Zuge kommt. Bezeichnenderweise hat es in Deutschland niemals Zweifel daran gegeben, dass öffentliche und nicht-öffentliche Stellen gleichermaßen gehalten sind, das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und die damit verbundenen Datenschutzgrundsätze zu beachten. Nichts anderes gilt für Art. 10 GG. Es bleibt also dabei: die Grundrechte sind zwingender Reflexions- und Prüfungsmaßstab auch der jetzt vorgelegten Regelung.
5. Vor diesem Hintergrund fällt so viel auf: Soweit es um die im zweiten Abschnitt zusammengefassten Datenschutzbestimmungen geht, begnügt sich der Entwurf fast durchweg mit einer Transposition. Vorschriften, die bislang in der TDSV angesiedelt waren, finden sich jetzt im TKG wieder und werden im übrigen terminologisch dem BDSG oder, noch genauer, den Formulierungen der Datenschutzrichtlinie von 1995 angepasst. Anders und schärfer ausgedrückt: Der Gesetzgeber ist der immer wieder angemahnten inhaltlichen Überprüfung der bisherigen Datenschutzvorschriften aus dem Weg gegangen. Als Rechtfertigung dient die kurze Übergangsfrist. Nun könnte man daran erinnern, dass sich die Bundesregierung bei der Umsetzung der Datenschutzrichtlinie von 1995 keineswegs von der durchaus vergleichbaren Frist ähnlich unter Druck gesetzt gefühlt und sie im Vergleich zur Vorlage der TKG-Vorschläge um ein Vielfaches überschritten hat. Doch davon einmal abgesehen, verwundert die unterlassene inhaltliche Korrektur aus mindestens zwei Gründen.
6. Die Bundesregierung und die Koalitionsfraktionen hatten sich bereits Ende der neunziger Jahre für eine „Modernisierung“ des Datenschutzrechts ausgesprochen. Gemeint war keineswegs nur eine der üblichen Gesetzesbereinigungen. Anlass und Ziel der Modernisierungsforderung waren vielmehr die Wiederherstellung der verlorengegangenen Konsistenz des Datenschutzrechts und die Verabschiedung einer für die Betroffenen und die jeweils für die Verarbeitung personenbezogener Daten verantwortlichen Stellen gleichermaßen überschaubaren und nachvollziehbaren Regelung. Nur unter dieser Voraussetzung kann es in der Tat ein wirklich verfassungskonformes Datenschutzrecht geben, das zugleich die Akzeptanz der elektronischen Medien bei den Betroffenen fördert und die Medi-

enproduzenten animiert, ihre Produkte konstant weiterzuentwickeln.

Mit der wichtigste Grund für die wachsende Unübersichtlichkeit und die zunehmende Widersprüchlichkeit des Datenschutzes ist seine, allerdings unvermeidliche, bereichsspezifische Präzisierung. Sie ist zwar einerseits die Grundvoraussetzung, um jenes Mindestmaß an Genauigkeit und so auch an Effizienz zu erreichen, das vom Bundesverfassungsgericht bereits in seinem Volkszählungsurteil von 1983 (BVerfGE 65, 1 [44, 46]) verlangt wurde. Sie führt aber andererseits immer mehr zu einer Zersplitterung der gesetzlichen Regelung, die sehr schnell die Übersichtlichkeit der gesetzlichen Anforderungen unterläuft und Widersprüche begünstigt.

Die Datenschutzvorschriften im Telekommunikationsbereich illustrieren genau diese Entwicklung. Ihr verständlicher, ja unumgänglicher bereichsspezifische Ansatz erwies sich sehr bald als Einfallstor einer mit immer neuen Unklarheiten und Widersprüchen belasteten Zerfaserung. Die Liste der Beispiele ist lang. Sie reicht von der sich bei der Telekommunikation durchaus vertretbaren, mittlerweile national wie europäisch akzeptierten, aber, trotz aller gegenteiligen Versuche, keineswegs generalisierbaren Gleichstellung natürlicher und juristischer Personen beim Schutz ihrer Daten bis hin zu den wieder und wieder kritisierten Unzulänglichkeiten der Verarbeitungsvoraussetzungen und Verwendungsgrenzen personenbezogener Angaben.

Mit anderen Worten: Die Notwendigkeit einer gründlichen Revision des Datenschutzrechts unter Einbeziehung der für den Telekommunikationsbereich maßgeblichen Bestimmungen stand schon seit längerem fest. An der Zeit für eine Revision hat es mithin nicht gefehlt. Weder bedurfte es also der jüngsten europäischen Vorschriften, um sich ihrer bewusst zu werden, noch und erst recht lässt sie sich beliebig weiter verdrängen. Im Gegenteil, Neuregelungen wie die anstehende Neufassung des TKG riskieren die bestehenden Datenschutznormen mit allen ihren Mängeln weiter zu zementieren und die allfällige „Modernisierung“ des Datenschutzes erneut auf unbestimmte Zeit zu verschieben.

7. Die „Modernisierung“ des Datenschutzrechts war freilich nicht der einzig mögliche Ansatz für eine nachhaltige Überprüfung der verstreuten, weitgehend unabgestimmten und sich immer schneller auseinanderentwickelnden gesetzlichen Vorgaben.

Die im Juli 2002 in den Bundestag eingebrachten Reformvorschläge (BT-Drucks. 14/0709, II 4; Bundestagsplenarprotokoll 14/248, S. 25195) enthielten noch einen zweiten, wesentlich bescheideneren Ansatz: die Datenschutzregelungen des Telekommunikations- und des Teledienstedatenschutzrechts zusammenführen. Wohlgermerkt, das Ziel war keine bloße Neugruppierung. Im Vordergrund stand vielmehr erneut die Forderung, die Mängel des geltenden Rechts zu korrigieren und wenigstens im Telekommunikationsbereich eine konsistente Regelung zu realisieren. Gerade bei ei-

ner ganz auf die Telekommunikation konzentrieren Betrachtung, hätte sich zudem sicherlich weit aus eindringlicher als bisher gezeigt, wie sehr es in Anbetracht der vor allem unter Berufung auf Strafverfolgung und öffentliche Sicherheit immer weiter ausgebauten Sondervorschriften außerhalb des Telekommunikationsrechts darauf ankommt, alle einschlägigen Vorschriften bei jeder weiteren Revisionsüberlegung einzubeziehen, ohne Rücksicht also darauf, ob sie in den eigentlichen Telekommunikationsregeln oder etwa in der Strafprozessordnung enthalten sind. Aus der Perspektive der Betroffenen macht es eben keinen Unterschied, wo die Restriktion ihrer Rechte lokalisiert ist. Entscheidend ist einzig und allein, dass ihre Möglichkeit entfällt, nachzuvollziehen, wann von wem und unter welchen Bedingungen auf ihre Daten zugegriffen wird. Solange daher Bestimmungen wie die strafprozessualen Normen (100a ff. StPO) übergangen werden, vermittelt jede Revision des Datenschutzes im Telekommunikationsbereich ein falsches Bild.

Aber auch die Chance einer „kleinen“ Reform ist versäumt worden. Und einmal mehr gilt: An den Umsetzungsfristen der europäischen Richtlinien kann es nicht gelegen haben. Die Probleme waren hinreichend bekannt und die Erwartungen des Bundestages Anreiz genug, um die erforderlichen Korrekturen ohne Rücksicht auf die sich im übrigen durchaus abzeichnenden europäischen Anforderungen durchzuführen. Korrekturen zu einem späteren Zeitpunkt im Zusammenhang etwa mit einer nach Aussage der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung zu der Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drucks. 15/2345 zu Nummer 71 [§108 Abs. 2] ) „anstehenden Gesamtnovellierung der 100a ff. StPO“ sind keine Alternative. Der Ansatzpunkt wird einmal mehr verengt, der Gesamtzusammenhang der Telekommunikation rückt in den Hintergrund, die Strafprozessordnung setzt die Akzente. Der Preis steht von vornherein fest: eine erneute Bestätigung der Zersplitterung zu Lasten einer wirklich konsistenten Regelung.

8. Wie dringlich eine Revision der Datenschutzbestimmungen nach wie vor ist, lässt sich unschwer an einer Reihe zentraler Bestimmungen des TKG-Entwurfs nachweisen. Mit zu den besten Beispielen zählen die Vorschriften zum Auskunftersuchen der Sicherheitsbehörden (§§ 109 bis 111). Die bisher geltenden Bestimmungen (§§ 89 Abs. 6 und 90 TKG) wurden der Begründung zufolge „neu strukturiert und neu gefasst“. Die Veränderungen haben allerdings wenig mit einer Verbesserung des ohnehin mangelhaften Datenschutzes zu tun und weit mehr mit einer Präzisierung der Befugnisse der Sicherheitsbehörden. Typisch dafür ist etwa das automatisierte Auskunftsverfahren, noch genauer, die in § 110 Abs. 2 vorgesehene Verpflichtung, Auskünfte aus Kundendateien „jederzeit“ zu erteilen.

Die Automatisierung sichert zwar eine schnelle Übermittlung der jeweils angeforderten Angaben. Die Weitergabe kann jedoch nur unter einer Voraussetzung funktionieren: Die auskunftspflichtige Stelle muss alle in Betracht kommenden Daten ge-

zielt bereithalten, um in der Lage zu sein, sie „jederzeit“ zu übermitteln. Eine solche Erwartung lässt sich freilich nur auf dem Weg über eine systematische Vorratsspeicherung erfüllen. Konsequenterweise sieht § 109 eine ebenso kontinuierliche wie „unverzögliche“ Speicherung bestimmter, ausdrücklich aufgezählter Daten sowie aller Änderungen vor. Die Angaben dürfen zudem erst ein Jahr nach dem Ende des jeweiligen Vertragsverhältnisses gelöscht werden.

Das Auskunftsverfahren wird also bewusst mit einer Verarbeitung auf Vorrat verknüpft. Vorratsspeicherungen sind allerdings unter Datenschutzgesichtspunkten grundsätzlich unzulässig. Sie verstoßen gegen das Grundprinzip des Datenschutzes, personenbezogene Daten immer nur für einen von Anfang an unmissverständlich bestimmten Zweck zu erheben und deshalb auch nur solange zu verarbeiten, wie dieser Zweck nicht erfüllt ist. Die Chance der Betroffenen, die Verwendung ihrer Daten zu überblicken und ihr Recht, selbst darüber zu entscheiden, was mit ihren Daten geschieht, verflüchtigen sich, wie auch das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil (BVerfGE 65, 1 [46] ) nachdrücklich betont hat, in dem Augenblick, in dem sie auf Vorrat erhoben, um später für die verschiedensten Zwecke genutzt zu werden.

Wohl kann es Ausnahmen geben. Die Statistikgesetze sind ein Beispiel dafür. Die Voraussetzungen für eine, noch einmal, nur ausnahmsweise zulässige Vorratsspeicherung sind aber ebenso eindeutig wie ihr grundsätzliches Verbot. Sie darf lediglich dann vorgenommen werden, wenn eine einschlägige gesetzliche Regelung vorliegt, die klar, also auch und gerade für die Betroffenen verständlich und nachvollziehbar, die Verwendungsziele und die Verarbeitungsmodalitäten festlegt (BVerfGE 65, 1 [62] ). Auch für die Vorratsspeicherung gilt daher: Sie ist keine bedingungsfreie Blankoerhebung. Und ebenso wenig macht es etwas aus, von wem und für wen die Verarbeitung erfolgt. Öffentliche und nicht-öffentliche Stellen sind gleichermaßen verpflichtet, sich an die generell geltenden Anforderungen an eine Speicherung personenbezogener Daten zu halten.

Um Missverständnisse gar nicht erst aufkommen zu lassen: Die Forderung nach einer gesetzlichen Absicherung ist keine formale Erwartung. Gesetzliche Vorschriften reichen mit anderen Worten nur aus, wenn sie sich nicht in vagen Formulierungen erschöpfen, die es letztlich den Betroffenen genauso wie den jeweils für die Verarbeitung verantwortlichen Stellen unmöglich machen, Anlass und Zweck der Verwendung zu erkennen. Im übrigen: Unschärfen bei der Zweckbindung sind, durch verschärfte Anforderungen an die Transparenz und die Kontrolle der Verarbeitung zu kompensieren ((BVerfGE 65, 1 [51, 62]; 100, 313 [360] ).

§ 110 Abs. 2 ist, so gesehen, das genaue Gegenteil dessen, was der Gesetzgeber machen muss. Auf die lange Liste der Auskunftsberechtigten folgt eine Aussage, die kaum allgemeiner sein könnte. Jede der aufgezählten Stellen kann jede für die „Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben“ benötigte Angabe verlangen, eine Erwartung, die weit davon

entfernt ist, der Forderung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 65, 1 [62] ), der Bürger müsse aus der gesetzlichen Regelung klar erkennen können, für welche konkreten Zwecke seine personenbezogenen Daten bestimmt und erforderlich sind, gerecht zu werden. Anders und pointierter formuliert: § 110 richtet für alle diese Stellen überall dort, wo Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden, Datendepots ein, ohne auch nur ansatzweise klarzustellen, wofür sie genau gebraucht werden, geschweige denn zwischen den sehr unterschiedlichen Aufgaben, die viele dieser Stellen obliegen, zu differenzieren.

Der Entwurf greift damit in einer verfassungsrechtlich unzulässigen Weise in die informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen ein und ist insoweit verfassungswidrig. Zudem: die mangelnde Präzision und Differenzierung belastet die jeweils für die Verarbeitung verantwortlichen Stellen in einem nicht zu rechtfertigenden Umfang und widerspricht so dem in der Begründung explizit angeführten Ziel des TKG-Entwurfs, „alle Möglichkeiten (auszuschöpfen), unnötige Regulierungen zu vermeiden“.

9. Genauso problematisch ist die Regelung des „manuellen Auskunftsverfahrens“ (§ 111). Schon deshalb, weil § 111 Abs. 1 ähnlich abstrakt gehalten ist wie § 110 Abs. 2. Die Konsequenzen der fehlenden Präzision zeigen sich allerdings noch sehr viel deutlicher. Den Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden wird der Zugriff auf Passwörter, PINs oder PUKs ermöglicht, mit deren Hilfe Inhalt und Modalitäten einer von den Betroffenen für besonders vertrauenswürdig gehaltenen Kommunikation noch besser geschützt werden sollen. Erst recht kommt es unter diesen Umständen darauf an, Formulierungen zu finden, die vor der Gefahr eines unkontrollierten Zugriffs bewahren und sie nicht umgekehrt begünstigen.

Wie fragwürdig eine Vorschrift wie § 111 ist, wird in Abs. 1 Satz 4 vollends deutlich. Erneut stehen zwei der wichtigsten Elemente des Datenschutzrechts auf dem Spiel: das Auskunftsrecht der Betroffenen und die Benachrichtigungspflicht der für die Verarbeitung verantwortlichen Stelle. Die vorgeschlagene Regelung schließt beides uneingeschränkt aus. Die Betroffenen dürfen also weder im Zusammenhang mit der Übermittlung noch zu irgend einem späteren Zeitpunkt erfahren, dass ihre Daten an eine der in § 111 Abs. 1 genannten Stellen weitergegeben worden sind. Kurzum, die Verarbeitung ihrer Angaben vollzieht sich durchweg an ihnen vorbei. Die Begründung beschränkt sich auf den Hinweis, der Entwurf habe lediglich eine bereits im TKG enthaltene Regelung (§§ 89 Abs. 6 Satz und 90 Abs. 5 Satz 3) übernommen.

Die Datenschutzgesetze legen nicht ohne Grund besonderen Wert auf das Auskunftsrecht und die Benachrichtigungspflicht. So wichtig es für die Betroffenen ist, selbst über den Umgang mit ihren Daten zu entscheiden, oder zumindest zu wissen, unter welchen gesetzlich definierten Bedingungen für welche Zwecke auf die Angaben zugegriffen werden darf, so wenig ist damit gesichert, dass sie den, sei es von ihnen sanktionierten, sei es gesetz-

lich erlaubten Verarbeitungsprozess verfolgen können. Erst das Auskunftsrecht und die Benachrichtigungspflicht garantieren ihnen die Chance, sich jederzeit zu vergewissern, was mit ihren Daten geschehen ist. Beides, Auskunftsrecht und Benachrichtigungspflicht, ist infolgedessen auch die Grundvoraussetzung des den Betroffenen ebenfalls zustehenden Korrekturrechts. Anders ausgedrückt: Wo ihnen beides versagt wird, bleibt ihnen nichts anderes übrig als sich der Verwendung ihrer Daten blind zu fügen.

Der Gesetzgeber hat dennoch Einschränkungen hingenommen. Sie lassen sich in der Tat dort nicht vermeiden, wo, wie etwa bei der Strafverfolgung, der Verarbeitungszweck bei einer bedingungslosen Beibehaltung des Auskunftsrechts gar nicht erst erfüllt werden könnte. Nur: So berechtigt unter Umständen eine Auskunftsverweigerung sein kann, so wenig geht es an, sie kompensationslos vorzusehen. Anders und präziser formuliert: Weil die Auskunft mit Rücksicht auf einen bestimmten Zweck unterbleibt, müssen die Betroffenen spätestens dann informiert werden, wenn der konkrete Zweck eine Informationssperre nicht mehr rechtfertigt, eine Erwartung, die durchaus noch bevor der jeweilige Zweck erreicht ist, zutreffen kann.

Ganz in diesem Sinn belässt es das Datenschutzrecht nicht bei einer in der Regel temporären Auskunftsverweigerung, sondern spricht sich zugleich für eine Benachrichtigungspflicht der verantwortlichen Stellen aus. Die unterbliebene Information wird also durch eine Verpflichtung ausgeglichen, die den Betroffenen auch und vor allem die Möglichkeit erhalten soll, gegen einen unzulässigen Umgang mit ihren Daten ebenso vorzugehen wie die Korrektur unrichtiger oder unvollständiger Information zu verlangen.

Der Ausschluss der Benachrichtigung lässt sich auch nicht unter Hinweis auf Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG begründen. Schon deshalb, weil die Verfasser des TKG-Entwurfs es versäumt haben, Art. 10 GG in den einschlägigen Bestimmungen ausdrücklich zu erwähnen. Dass es um die Übermittlung von Daten geht, die unstreitig im Zusammenhang mit Telekommunikationsdiensten erhoben und verarbeitet werden, reicht genauso wenig wie der bloße Gegenstand des Gesetzes, die Telekommunikation, aus, um dem Zitiergebot zu genügen. Nicht von ungefähr hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 85, 386 [203 f.] ) das Zitiergebot aus der Notwendigkeit heraus erklärt, Öffentlichkeit und Parlament anzuhalten, sich mit dem beabsichtigten Grundrechtseingriff auseinanderzusetzen und damit nicht nur jedem Versuch entgegenzuwirken, Bedeutung und Tragweite der angestrebten Regelung herunterzuspielen, sondern auch eine grundrechtskonforme Formulierung sicherzustellen..

Für den Ausschluss der Benachrichtigung in Art. 10 Abs. 2 gilt zudem genauso wie im Datenschutzrecht: Die Informationssperre steht unter dem Vorbehalt des konkreten mit dem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis verfolgten Zwecks. Solange er durch eine Auskunft oder eine Benachrichtigung konterkariert werden könnte, muss die Information

unterbleiben. Sobald dagegen der Zweck nicht mehr gefährdet ist, kommt die Informationspflicht, wie auch das Bundesverfassungsgericht betont hat (BVerfGE 30, 1 [31 f.]; 49, 329 [342]; 100, 313 [361] ), wieder zur Geltung. Jeder Versuch, die Sperre zu perpetuieren scheidet so am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Kurzum, der TKG-Entwurf verletzt nicht nur erneut das Grundrecht der Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung, vielmehr genauso Art. 10 GG und verstößt mit der Informationssperre zudem gegen den in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz

10. Der TKG-Entwurf räumt in § 95 Abs. 3 Satz 2 den Diensteanbietern, anders als bisher, das Recht ein, alle in § 94 aufgezählten Verkehrsdaten, also etwa die Zielrufnummern oder den Zeitpunkt und die Dauer der Verbindung, unverkürzt bis zu sechs Monaten zu speichern.

Begründet wird diese Entscheidung mit einem Hinweis auf den Vorteil für die Teilnehmer, im Streitfall auf die ungekürzten Daten zurückgreifen zu können. Offen bleibt freilich, ob dieses Ziel nicht nur die Speicherdauer, sondern auch die Aufbewahrung eines völlig unveränderten Datensatzes rechtfertigt.

Die Betroffenen werden dennoch nicht besser gestellt. Im Gegenteil: Der TKG-Entwurf billigt ihnen zwar das Recht zu, gekürzte Nummern oder eine vollständige Löschung zu verlangen (§ 95 Abs. 4). Damit wird aber eine unter Datenschutzgesichtspunkten selbstverständliche Pflicht der Anbieter suspendiert und ihre Erfüllung ganz den Betroffenen überlassen. Mag sein, dass eine solche Regelung dem inzwischen immer weiter um sich greifenden Versuch entspricht, eine Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich solange hinzunehmen wie sich die Betroffenen nicht ausdrücklich dagegen wehren. Im Ergebnis wird freilich dadurch, wie sich gerade bei der Telekommunikation zeigt, die Speicherung einer immer größeren Anzahl von Datensätzen, nicht zuletzt in Kenntnis der mittlerweile durch vielfältige Erfahrungen bestätigten Passivität der Betroffenen, begünstigt. Den verarbeitenden Stellen und nicht nur ihnen eröffnen sich so neue Verwendungsmöglichkeiten. Die Diskussionen im europäischen Bereich legen es jedenfalls nahe, anzunehmen, dass die Bereithaltung der Daten auch dem Interesse anderer Stellen, besonders der Sicherheitsbehörden, entgegenkommt. § 95 Abs. 2 Satz ist daher, jedenfalls in seiner gegenwärtigen Form, mit ei-

nem ernstgenommenen und konsequent praktizierten Datenschutz unvereinbar.

11. Die offenkundigen Mängel der Abschnitte 3 (Datenschutz) und 4 (Öffentliche Sicherheit) des TKG-Entwurfs lassen nur einen Schluss zu: Wenn sich der Gesetzgeber nicht dem Vorwurf aussetzen will, Vorschriften, die gegen elementare Gebote des Datenschutzes verstoßen, und deshalb verfassungswidrig sind, hingenommen zu haben, müssen beide Abschnitte gründlich überarbeitet werden.

Ebenso steht jedoch fest, dass mit Rücksicht auf die Umsetzung der europäischen Richtlinien, die zwar angekündigt aber nicht verlässlich terminierte „Modernisierung“ des Datenschutzrechts nicht abgewartet werden kann. Als Ausweg bietet sich die bereits erwähnte, im Bundestag geforderte einheitliche Datenschutzregelung für den gesamten Telekommunikationsbereich fast von selbst an. Sie lässt sich durchaus kurzfristig verwirklichen. Nicht nur, weil die Probleme hinreichend bekannt sind, sondern auch, weil die nationalen und europäischen Erfahrungen eine ausreichende Grundlage für überzeugende Lösungen bieten.

So gesehen spricht viel dafür, die datenschutzrelevanten Teile aus dem TKG-Entwurf herauszunehmen und in eine besondere Datenschutzregelung einzufügen. Im TKG-Entwurf bräuchte dann lediglich darauf verwiesen zu werden. Wenn aber dieser Weg beschritten werden soll, muss nicht nur mit der Vorarbeit für die Datenschutzbestimmungen unverzüglich begonnen, sondern auch der Zeitpunkt ihrer Vorlage verbindlich festgelegt werden. Anders ausgedrückt: Die Aufteilung ist nur solange hinnehmbar wie beide Teile sowohl inhaltlich als auch zeitlich sorgfältig aufeinander abgestimmt werden.

12. Noch eine abschließende Bemerkung: In öffentlichen Diskussionen genauso wie in parlamentarischen Debatten ist in letzter Zeit immer wieder auf die Verpflichtung des Gesetzgebers hingewiesen worden, eine bürgerfreundliche Sprache zu wählen und damit zugleich verlorengegangenes Vertrauen in die Bürgernähe legislativer Arbeit zurückzugewinnen. Komplexe Aufgaben wie die Regelung der Telekommunikation lassen sich ohne Zweifel nicht auf einige wenige, gleichsam schlagwortartige Sätze reduzieren. Verständlichkeit ist dennoch keine Illusion. Vorschriften wie vor allem die §§ 107 ff. sollten deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt gelesen und überdacht werden.

Frankfurt am Main, den 5. Februar 2004

Prof. Dr. Dres. h.c. S.Simitis

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)972**

5. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

**Inhaltsverzeichnis****I. Zu TOP 1 der Tagesordnung (Markt- und Entgeltregulierung)**

1. Verfahren der Marktregulierung
  - a) Zweistufiges Regulierungsverfahren
  - b) Konsultations- und Konsolidierungsverfahren
2. Zugangsregulierung
  - a) Allgemeines
  - b) Zugangsverpflichtungen
    - aa) Verhältnis der Zugangsverpflichtungen nach § 18 und § 19 TKG-E zueinander
    - bb) Kriterien für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 1 TKG-E
    - cc) Kategorisierung der Zugangsverpflichtungen gemäß § 19 Abs. 2 und 3 TKG-E
    - dd) Verpflichtung zum Angebot von Resalediensten
  - c) Zugangs- und Zusammenschaltungsanordnungen
3. Entgeltregulierung
  - a) Allgemeines
    - aa) Missbräuchliches Verhalten bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten
    - bb) Regulierung von Zugangsentgelten marktbeherrschender Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren (Doppelmarktbeherrschung)
  - b) Ex-ante-Entgeltgenehmigung
    - aa) Allgemeines
    - bb) Angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals

cc) Entgeltgenehmigung im Wege des Price-Cap-Verfahrens

dd) Ex-ante-Regulierung von Endkundenentgelten

c) Nachträgliche Entgeltregulierung

4. Besondere Missbrauchsaufsicht

**II. Zu TOP 2 der Tagesordnung (Befugnisse / Aufsicht / Struktur der Regulierungsbehörde)**

1. Befugnisse
2. Aufsicht
3. Struktur der Regulierungsbehörde
  - a) Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen
  - b) Verwaltungsrechtsweg

**III. Zu TOP 3 der Tagesordnung (Kundenschutz)**

1. Stärkung der Verbraucherrechte
2. Befugnisse zur Bekämpfung rechtswidriger Dialer

**IV. Zu TOP 4 der Tagesordnung (Datenschutz und Sicherheit)****V. Zu TOP 5 der Tagesordnung (Universaldienst / Inkasso / Sonstiges)**

1. Universaldienst
2. Inkasso
3. Sonstiges / Frequenzregulierung
  - a.) Frequenznutzung abweichend von Plänen
  - b) Frequenzhandel

**I. Zu Top 1 der Tagesordnung (Markt- und Entgeltregulierung)**

Die Regelungen des Regierungsentwurfs der Bundesregierung (TKG-E) zur Markt- und Entgeltregulierung zeichnen sich allgemein durch Verfolgung des europarechtlichen Ansatzes aus, die Ex-ante-Regulierung in

eine Ex-post-Regulierung zu überführen. Hierzu wird insbesondere auch die Missbrauchsaufsicht gestärkt. Im Einzelnen werden die Regelungen zur Markt- und Entgeltregulierung wie folgt bewertet:

## 1. Verfahren der Marktregulierung

### a) Zweistufiges Regulierungsverfahren

**Durch die §§ 9 bis 15 TKG-E soll der neue regulatorische Ansatz des EU-Richtlinienpakets in deutsches Recht umgesetzt werden.**

Sinnvoll ist, dass der TKG-E ein zweistufiges Regulierungsverfahren vorsieht, wonach auf der Grundlage der Marktanalyse (vgl. § 11 TKG-E) und nach Durchführung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens (vgl. § 12 TKG-E) im Wege einer „**Regulierungsverfügung**“ oder „**Allgemeinverfügung**“ dem marktbeherrschenden Unternehmen Verpflichtungen nach den §§ 19, 28, 37, 38 und 39 Abs. 1 TKG-E auferlegt werden. Diese sind sodann der weiteren Ausgestaltung durch Einzelfallentscheidungen (vgl. §§ 20 ff. und §§ 27 ff. TKG-E) zugänglich.

Klärungsbedürftig ist allerdings das Verhältnis zwischen den Begriffen „**funktionsfähiger Wettbewerb**“ (vgl. § 3 Nr. 10, § 9 Abs. 1, § 10 Abs. 2, § 19 Abs. 1, § 37 Abs. 1 TKG-E) und „**wirksamer Wettbewerb**“ (vgl. § 9 Abs. 1, § 11 Abs. 1 TKG-E). Nach der EU-Rahmenrichtlinie (RRL) greift die sektorspezifische Regulierung dann ein, wenn auf einem relevanten Telekommunikationsmarkt „kein wirksamer Wettbewerb herrscht“ (vgl. Art. 16 Abs. 4 Satz 1 RRL, s. auch Erwägungsgrund 27). Der Regierungsentwurf stellt demgegenüber auf das Fehlen eines „funktionsfähigen Wettbewerbs“ ab. Dieser wird in § 3 Nr. 10 TKG-E als Wettbewerb definiert, der „bestimmte Funktionen – produktive und dynamische Effizienz – erfüllt und dabei so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht“.

Diese Legaldefinition ist zu begrüßen, wenn „funktionsfähiger“ Wettbewerb als sich selbst tragender, wirksame Marktmachtkontrolle ausübender Wettbewerb verstanden wird. Im Widerspruch hierzu geht die Begründung zum TKG-E (vgl. S. 84) jedoch davon aus, dass „der untersuchte Markt ... trotz Bestehens einer marktbeherrschenden Stellung funktionsfähigen Wettbewerb“ aufweisen kann.

Eine derart interpretierbare vom Richtlinien text abweichende Begriffsverwendung sollte vermieden werden. Im Interesse der Klarheit und Rechtssicherheit sollte die Eingriffsschwelle für Regulierungsmaßnahmen eindeutig im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht festgelegt werden. Hierzu könnte der Begriff „funktionsfähiger Wettbewerb“ aufgrund der Empfehlung der EU-Kommission C(2003)497 in der Weise präzisiert werden, dass funktionsfähiger Wettbewerb vorliegt, wenn der betreffende Markt

- nicht durch beträchtliche und anhaltende strukturelle oder rechtlich bedingte Marktzutrittschranken gekennzeichnet ist,
- in absehbarer Zeit zu wirksamem Wettbewerb tendiert oder
- die Anwendung des Wettbewerbsrechts allein

ausreicht, um dem identifizierten Marktversagen entgegenzuwirken.

### b) Konsultations- und Konsolidierungsverfahren

**Das EU-Richtlinienpaket führt als Neuerung ein Konsultations- und Konsolidierungserfordernis für die Marktdefinition, die Marktanalyse sowie die Regulierungsverfügungen ein (vgl. § 12 TKG-E).**

Es ist durch die konkrete **Ausgestaltung des Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens** sowie des Rechtsschutzes sicherzustellen, dass sich durch die Einbeziehung der Kommission und der Mitgliedstaaten die Verfahren der Marktabgrenzung und Marktanalyse nicht ohne Not in die Länge ziehen. Ziel muss es sein, die Verfahren so schlank und so effizient wie möglich auszugestalten. Die europäische Harmonisierung darf nicht auf Kosten von **Effizienz und Verfahrensdauer** verbindlicher Entscheidungen gehen. Problematisch könnte insoweit sein, dass der Entwurf einer Maßnahme erst nach Durchführung der nationalen Anhörung ggf. der Kommission und den übrigen nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung zu stellen ist (vgl. § 12 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 TKG-E). Als Folge dieses **Nacheinander von Konsultation und Konsolidierung** - das in der Rahmenrichtlinie nicht vorgegeben ist - könnte sich eine Verlängerung einzelner Verfahren um die Frist zur nationalen Anhörung ergeben. In dringenden Fällen wird die Regulierungsbehörde gemäß § 10 Abs. 2 Nr. 4 TKG-E daher einstweilige Maßnahmen erlassen müssen.

Als problematisch könnte sich weiter erweisen, dass nach dem TKG-E das Konsultations- und Konsolidierungsverfahren zu einer Regulierungsverfügung zusammen mit dem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren zu den Entwürfen über die Marktdefinition und die Feststellung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erfolgen soll (vgl. § 13 Abs. 1 S. 3 TKG-E). Nach Art. 7 Abs. 4 RRL hat die Kommission nur im Rahmen der Konsolidierung von Entwürfen der Reg TP über die Marktdefinition und die Marktanalyse ein Vetorecht. Demgegenüber besteht in Bezug auf die Regulierungsverfügungen nur ein Recht der Kommission zur Stellungnahme. Dieser **Unterschied zwischen den Befugnissen der Kommission innerhalb der verschiedenen Konsolidierungsverfahren** könnte durch eine gemeinsame Durchführung **in Frage gestellt** werden. Die Verfahrenszusammenfassung könnte für die Europäische Kommission faktisch einen Anreiz setzen, ihr Vetorecht auch auf konsolidierungspflichtige Regulierungsverfügungen auszuweihen. Der Problematik könnte durch folgende Formulierung von § 13 Absatz 1 Satz 3 TKG-E begegnet werden, die zugleich den oben angesprochenen Effizienzgesichtspunkten Rechnung trägt:

„Die Regulierungsbehörde führt das Verfahren nach Satz 1 **in der Regel** im Anschluss an das Verfahren nach § 12 durch.“

## 2. Zugangsregulierung

### a) Allgemeines

Der TKG-E sieht im Bereich der Zugangsregulierung **Vorabfestlegungen** vor. Nach der Zugangsrichtlinie sind alle in Betracht kommenden Regulierungsinstrumente (Transparenzverpflichtung, Gleichbehandlungsverpflichtung, Verpflichtung zur getrennten

Buchführung, Zugangsverpflichtungen und Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung; vgl. Art. 9 bis 13 ZRL) in das Auswahlmessen der Regulierungsbehörde zu stellen (vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2 ZRL).

Die **Beschränkung des Auswahlmessens** der Regulierungsbehörde im Regierungsentwurf wirft die Frage auf, inwieweit der Gesetzentwurf der Bundesregierung ausreichend berücksichtigt, dass Wettbewerbsunternehmen und vor allem auch die Mobilfunknetzbetreiber ihre Tätigkeit nicht aus einer Monopolstellung aufgenommen haben. Auch diesen Unternehmen dürften nach dem TKG-E grundsätzlich vor allem Zugangsverpflichtungen aufzuerlegen sein. Demgegenüber könnte bezüglich Mobilfunknetzbetreibern und alternativen Teilnehmernetzbetreibern gerade im Hinblick auf die Aufnahme der Tätigkeit im Wettbewerb eine „Soft Regulation“ geboten sein, d.h. die alleinige Anwendung weniger einschneidender Regulierungsinstrumente. Eine „Soft Regulation“ setzt jedoch das vollständige Auswahlmessen der Regulierungsbehörde zwischen verschiedenen Regulierungsinstrumenten voraus.

#### b) Zugangsverpflichtungen

Maßgebliches Regulierungsinstrument im Bereich der Zugangsregulierung ist nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung die **Auferlegung von Zugangsleistungen** (vgl. § 19 TKG-E). Hiernach kann die Regulierungsbehörde einen marktbeherrschenden Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren.

##### aa) Verhältnis der Zugangsverpflichtungen nach § 18 und § 19 TKG-E zueinander

Im Hinblick auf die spätere Rechtsanwendung sollte das **Verhältnis von § 19 TKG-E zu § 18 TKG-E** klargestellt werden. Beide Vorschriften regeln die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen, wobei § 18 TKG-E für Unternehmen gilt, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, und § 19 TKG-E Unternehmen betrifft, die über beträchtliche Marktmacht verfügen. Damit stellt sich aber die Frage, welche Vorschrift Anwendung findet, wenn ein Unternehmen über beträchtliche Marktmacht verfügt *und* zugleich den Zugang zu Endnutzern kontrolliert.

##### bb) Kriterien für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 1 TKG-E

Begrüßenswert ist dem Grunde nach der **Kriterienkatalog** des § 19 Abs. 1 TKG-E, der den unbestimmten und auslegungsbedürftigen Begriff der „*Wesentlichkeit*“ von Zugangsleistungen konkretisiert und so zu mehr Rechtssicherheit beitragen soll.

Problematisch könnte allerdings sein, dass die Regulierungsbehörde nach § 19 Abs. 1 Nr. 7 TKG-E bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt und verhältnismäßig ist, u.a. zu berücksichtigen hat, ob **freiwillige Angebote** am Markt zur Sicherstellung der Regulierungsziele ausreichen. Die Ergänzung des o.g. Passus um „freiwillige Angebote“ erschwert eine mögliche Zugangsregulierung. Die Existenz eines *beliebigen* freiwilligen Angebots, das nur die spezifischen Bedürfnisse eines Wettbewerbers befriedigt, könnte sowohl vom marktbeherrschenden Unternehmen als auch von Gerichten als Indiz für of-

fenen Zugang gewertet werden. Diese Problematik lässt sich am Beispiel der Diskussion um die **Einführung des Bitstromzugangs** verdeutlichen. Die Deutsche Telekom AG könnte ein freiwilliges Bitstromzugangsprodukt anbieten, das im Extremfall nur von einem Wettbewerber nachgefragt wird, während der größte Teil des Marktes ein anderes Bitstromzugangsprodukt vorzieht. Die vorgesehene Formulierung des § 19 Abs. 1 Art. 7 TKG-E würde es damit deutlich erschweren, ein weiteres zusätzliches Bitstromzugangsprodukt zu realisieren, auch wenn hierfür ein erheblicher Bedarf am Markt besteht. Daher sollte der Satzteil „oder freiwillige Angebote am Markt“ gestrichen werden. Alternativ könnte § 19 Abs. 1 Nr. 7 TKG-E auch wie folgt formuliert werden:

*„7. ob bereits auferlegte Verpflichtungen nach diesem Teil oder freiwillige Angebote, die von einem großen Teil des Marktes angenommen werden, zur Sicherstellung der in § 2 Abs. 2 genannten Regulierungsziele ausreichen.“*

##### c) Kategorisierung der Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 2 und 3 TKG-E

Die einzelnen Zugangverpflichtungen werden von § 19 Abs. 2 und 3 TKG-E in **Soll- und Kann-Tatbestände** eingeteilt (vgl. § 19 Abs. 2 und 3 TKG-E). Die Einteilung der Zugangsverpflichtungen wirft Fragen auf. § 19 TKG-E setzt die Richtlinienbestimmung des Art. 12 ZRL um. Der Art. 12 Abs. 1 ZRL sieht aber gerade keine Kategorisierung in „Kann“- und „Soll“-Bestimmungen vor. Dort heißt es:

*„Betreibern darf unter anderem Folgendes auferlegt werden: [...]“*

##### dd) Verpflichtung zum Angebot von Resalediensten

Im Zusammenhang mit den Zugangsverpflichtungen nach § 19 TKG-E ist auffällig, dass die **Verpflichtung, Zugang zu bestimmten Diensten zu Großhandelsbedingungen zu gewähren**, um Dritten den Weitervertrieb in eigenem Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen (sog. **Resale**), nur auferlegt werden „kann“ und nicht wie eine Reihe anderer Verpflichtungen auferlegt werden „soll“ (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E). Nach § 4 der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) besteht derzeit eine objektive Verpflichtung der Netzbetreiber zum Angebot von Resalediensten.

Darüber hinaus beschränkt der TKG-E die Verpflichtung zum **Resale** auf Dienste, wie sie den Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E). Die **Einschränkung auf Dienste gemäß den AGB** kann zukünftige Innovationen hemmen und damit die Entwicklung im Telekommunikationssektor nachhaltig beeinträchtigen. Zum Beispiel dürfte die Entwicklung von Netzen der nächsten Generation, die mehrere bisher getrennte Netze (Mobilfunk, Festnetz, IP-Netze) zu einem Netz zusammenfassen, behindert werden. Für die Errichtung dieser Netze ist der Zugang zu Vorprodukten nötig. Gerade dies wird aber durch die Beschränkung auf Dienstleistungen nach den AGB ausgeschlossen. Zudem erhält das verpflichtete Unternehmen durch die Beschränkung auf Dienste, wie sie gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, die Möglichkeit, durch Änderung seiner

Allgemeinen Geschäftsbedingungen unmittelbar auf die geschäftliche Tätigkeit von Diensteanbietern Einfluss zu nehmen. In § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-E sollten die Worte „wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden“ daher gestrichen werden.

#### c) Zugangs- und Zusammenschaltungsanordnungen

Nach dem Entwurf der Bundesregierung ordnet die Regulierungsbehörde den Zugang an, wenn eine Zugangsvereinbarung nach § 20 TKG-E oder eine Vereinbarung über Zugangsleistungen nach § 18 TKG-E ganz oder teilweise nicht zustande kommt und die sonstigen Voraussetzungen vorliegen (vgl. § 23 Abs. 1 TKG-E). Gegenstand der Anordnung können dabei alle Bedingungen einer Zugangsvereinbarung sowie die Entgelte sein. Hinsichtlich der festzulegenden Entgelte gelten dabei die §§ 25 bis 36 TKG-E (vgl. § 23 Abs. 5 TKG-E).

In Folge des **Verweises auf die Entgeltregulierungsvorschriften der §§ 25 bis 36 TKG-E** stellt sich die Frage, welche Entgelte bei Netzbetreibern anzuordnen sind, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren. Denn deren Entgelte unterliegen nach dem Kabinettsentwurf grundsätzlich der nachträglichen Entgeltregulierung nach § 36 Abs. 2 bis 4 TKG-E, außer sie verfügen auf dem Zugangsmarkt und dem Markt für Endnutzerleistungen über beträchtliche Marktmacht (vgl. § 28 Abs. 4 und 5 TKG-E).

In diesem Zusammenhang erscheint fraglich, ob die **Maßstäbe der nachträglichen Regulierung gemäß § 26 TKG-E** für die Entgeltregulierung nicht marktbeherrschender Unternehmen, die den Zugang zu Endkunden kontrollieren, geeignet sind. § 26 Abs. 1 TKG-E ist auf marktbeherrschende Unternehmen zugeschnitten und wenig konkret (Missbrauch bei Entgelten, die nur aufgrund der – in Fällen von Teilnehmer-netzbetreibern ja eventuell nicht gegebenen – „beträchtlichen Marktmacht“ durchsetzbar sind, nur Dumping-Kontrolle gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 bzw. Prüfung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere gemäß § 26 Abs. 1 Nr. 2 TKG-E i.V.m. Abs. 2 Nr. 2). Eine hinreichend bestimmte Grundlage für die Bewertung und im Streitfall erforderliche Festlegung von Entgelten für nicht marktbeherrschende Teilnehmer-netzbetreiber findet sich im TKG-E dagegen nicht. Wenn auch zuzugeben ist, dass in solchen Fällen ggf. lediglich eine angemessene Obergrenze bzw. ein Korridor für die Zusammenschaltungsentgelte festgelegt werden könnte, so dass kein Missbrauchstatbestand erfüllt wäre, bleibt damit dennoch offen, ob ein nicht marktbeherrschender Teilnehmer-netzbetreiber erst einmal diejenigen Entgelte verlangen darf, die er für berechtigt und angemessen hält. Sollte dem so sein, fragt sich im Übrigen, warum dann überhaupt noch – regelmäßig in einem zweiten Schritt, vgl. § 23 Abs. 6 TKG-E – eine gesonderte Teilentscheidung ergehen muss. Es sollte daher klargestellt werden, ob die Entgelte eines nicht marktbeherrschenden Teilnehmer-netzbetreibers im Rahmen einer Zusammenschaltungsanordnung festgelegt werden können und ggf. auch welcher Maßstab hierfür gilt.

Wie wichtig eine eindeutige gesetzliche Ermächtigungsgrundlage zum Maßstab für die Entgeltkontrolle bzw. Entgeltfestsetzung bei nicht marktbeherrschenden

den Teilnehmer-netzbetreibern ist, zeigt auch ein vor wenigen Tagen ergangener Beschluss des VG Köln vom 28.02.2004, mit dem eine „nicht reziproke Entgeltfestsetzung“ der Reg TP mit folgenden Argumenten aufgehoben wurde:

„Es kann dahingestellt bleiben, ob die hier gegebene Situation, in der sich die Reg TP [...] auf noch nicht umgesetzte Richtlinien stützt, dem Fall gleichzuachten ist, dass sich ein Einzelner gegenüber dem Staat auf eine solche Richtlinie beruft. [...] Denn unabhängig davon fehlt es jedenfalls an der hinreichenden Genauigkeit der in Rede stehenden Bestimmungen [der Zugangsrichtlinie]. [...] Erforderlich ist [...], dass sich der Rechtsgehalt der Richtlinienbestimmung mit der nötigen Sicherheit ermitteln lässt. Das ist aber in Bezug auf die Frage, welcher Beurteilungsmaßstab für ICP-Entgelte von Betreibern ohne beträchtliche Marktmacht nach der Zugangs-RL gelten soll, nicht der Fall. Sie ließe sich [...] allenfalls negativ dahingehend beantworten, dass keine Kostenorientierung nach Maßgabe des Artikels 13 Zugangs-RL erfolgen soll. Ungeregelt bleibt aber auch dann die wesentliche Frage, welcher andere Beurteilungsmaßstab gelten soll. [...] Von einem Regelungsdefizit geht selbst die Reg TP aus, wenn sie im angegriffenen Bescheid ausführt (S. 15, 16), ihr stehe „in Ermangelung sonstiger eindeutiger Maßstäbe“ ein Gestaltungsspielraum zu und sie habe somit (S. 18) „angemessene, den berechtigten Interessen alternativer Teilnehmer-netzbetreiber hinreichend Rechnung tragende Entgelte für Terminierungs- und Zuführungsleistungen“ festzusetzen versucht. Für diese Vorgehensweise bietet die Zugangs-RL keine, geschweige denn eine hinreichende Ermächtigungsgrundlage. Erst recht gilt dies für die Erwägungen, mit denen die Reg TP in Ausnutzung eines Gestaltungsspielraums [...] zu dem Ergebnis [gelangt], ein Zuschlag auf die Tarife der Antragstellerin in Höhe von „ca. 73 %“ [...] sei angemessen.“

Weiter ist anzumerken, dass unklar ist, ob die **zehnwöchige Entscheidungsfrist** nach § 23 Abs. 1 S. 1 TKG-E eine ggf. erforderliche zweite Teilentscheidung einschließt. Das wäre zu knapp. Bisher sind zwei hintereinander gestaffelte, jeweils maximal zehnwöchige Verfahren, also insgesamt 20 Wochen möglich. Dementsprechend sollte für jede Teilentscheidung nach § 23 Abs. 6 TKG eine Frist von zehn Wochen gelten.

### 3. Entgeltregulierung

Bei der Entgeltregulierung zeichnet sich der Entwurf der Bundesregierung einerseits durch eine Reihe von Verbesserungen gegenüber dem TKG (1996) aus. So ist insbesondere die Hervorhebung des **Konsistenzgebots** bei der Entgeltregulierung zu begrüßen (vgl. § 25 Abs. 2 TKG-E). Andererseits erscheinen aber auch nachfolgend dargestellte Änderungen und Konkretisierungen wünschenswert.

#### a) Allgemeines

aa) Missbräuchliches Verhalten bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten

Grundsätzlich positiv ist zu werten, dass der Regierungsentwurf erstmals das **missbräuchliche Verhal-**

**ten bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten** normiert (vgl. § 26 TKG-E). Die Ausgestaltung der Vorschrift im Einzelnen ist allerdings, wenn auch nicht theoretisch, so doch im Hinblick auf ihre praktische Anwendbarkeit, als problematisch zu charakterisieren. Da nach der Begründung zum TKG-E **keine dienstbezogene Prüfung** der Preis-Kosten-Schere vorgesehen ist, besteht die Gefahr, dass die Kontrolle ins Leere läuft. Denn für eine effektive Kontrolle wettbewerbsbehindernder Preisabschläge erscheint es bedeutsam, auch einzelne Entgelte einem entsprechenden Test zu unterziehen. Hinzu kommt, dass § 26 Abs. 2 Nr. 1 TKG-E die **Dumpingschwelle signifikant niedriger definiert** als die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Der genannte Maßstab der „langfristigen zusätzlichen Kosten“ umfasst im Gegensatz zu den Kosten der effizienten „Leistungsbereitstellung“ keine angemessenen Gemeinkosten. Daraus ergäbe sich für das betroffene Unternehmen ein Anreiz, Kostenpositionen aus den Einzelkosten in die Gemeinkosten zu verlagern, um sie der Berechnung der Preisuntergrenze zu entziehen. Um die damit verbundene Problematik zu beheben, ist es erforderlich, dass es der Reg TP obliegt, die angemessenen Gemeinkosten zu definieren bzw. zu bestimmen.

bb)Regulierung von Zugangsentgelten marktbeherrschender Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren (Doppelmarktbeherrschung)

Die Zugangsentgelte marktbeherrschender Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, sollen nach § 28 Abs. 4 TKG-E nur dann der Ex-ante-Preiskontrolle unterliegen, wenn ein Netzbetreiber sowohl auf dem Zugangsmarkt als auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt, sog. **Doppelmarktbeherrschung**. Das Kriterium der beträchtlichen Marktmacht auf „dem Markt für Endkundenleistungen“ ist in der Zugangsrichtlinie nicht als Voraussetzung für die Auferlegung von Verpflichtungen erwähnt (vgl. insbesondere Art. 13 Abs. 1 ZRL). Im Hinblick auf das durchzuführende Konsolidierungsverfahren mit der EU gemäß Art. 8 Abs. 4 S. 2 ZRL i.V.m. Art. 7 Abs. 3 RRL sollte daher die Möglichkeit der „Soft-Regulierung“ z.B. bei den Terminierungsentgelten vom Festnetz zum Mobilfunk eröffnet werden. Die in manchen EU-Ländern wie Österreich, Frankreich oder den Niederlanden erarbeiteten Modelle, die Planungssicherheit und Verbraucherinteressen berücksichtigen, sollten auch in Deutschland möglich sein. Die Alternative keine Eingriffe durch die Regulierungsbehörde oder ein weitergehender Eingriff durch harte Kostenregulierung ist daher ergänzungsbedürftig. Zur Beseitigung dieser Rechtsunsicherheiten könnten folgende Lösungsalternativen in Betracht kommen:

- Die Vorschrift des § 28 Abs. 4 TKG-E könnte als Ermessensvorschrift ausgestaltet werden. Das Merkmal der Doppelmarktbeherrschung könnte dabei als Kriterium zur Konkretisierung für die Ermessensausübung verwendet werden.
- Die Wahl des anzuwendenden Regulierungsverfahrens könnte generell in das pflichtgemäße Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt werden. Dadurch bestünde die Möglichkeit, es nach Umfang der jeweiligen Marktmacht, insbesondere

re auch der Mobilfunknetzbetreiber und der alternativen Teilnehmernetzbetreiber, bei einer Ex-post-Regulierung zu belassen oder eine Ex-ante-Regulierung anzuordnen. § 28 Abs. 1 TKG-E - der bisher automatisch eine Ex-ante-Regulierung der Zugangsleistungen vorsieht, die nach § 19 auferlegt worden sind - könnte als Ermessensvorschrift ausgestaltet werden.

- § 28 TKG-E könnte insgesamt durch eine Regelung ersetzt werden, die der Reg TP ein abgestuftes Ermessen über das anzuwendende Entgeltregulierungsverfahren einräumt. Das Entgeltregulierungsverfahren sowie die anzuwendenden Maßstäbe wären hier einerseits vorstrukturiert andererseits könnte die Reg TP von den gesetzlichen Vorgaben bei Vorliegen besonderer Umstände abweichen.

b) Ex-ante-Entgeltgenehmigung

aa)**Allgemeines**

Als besonders positiv ist zu werten, dass die Regulierungsbehörde künftig die Möglichkeit haben wird, die Vorlage detaillierter **Kostenunterlagen** anzuordnen, Vorgaben **zur Kostenrechnungsausgestaltung** und zu **Kostenrechnungsmethoden** zu machen und entsprechende **Veröffentlichungen** zu veranlassen (vgl. §§ 27, 31 TKG-E).

Das Instrumentarium der Entgeltregulierung findet eine sachgerechte Erweiterung dadurch, dass zusätzlich zu bzw. anstatt von Kostenunterlagen zur Entgeltermittlung das **Vergleichsmarktkonzept** und **Kostenmodelle** herangezogen werden können (vgl. § 33 TKG-E).

bb)Angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals

Problematisch erscheinen die Regelungen zur **angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals** (vgl. § 29 Abs. 4 TKG-E). Nach dem Regierungsentwurf der Bundesregierung sind hierfür lediglich 4 Kriterien heranzuziehen. Insbesondere finden „die wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Förderung von Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten“ und „die langfristige Stabilität dieser Rahmenbedingungen“ - wie noch im Referentenentwurf vom 30.04.2003 enthalten - keine Berücksichtigung mehr. Bei den verbleibenden Kriterien stehen die Verhältnisse auf den in- und ausländischen Kapitalmärkten im Vordergrund der Kapitalverzinsung. In Folge dessen stellt sich die Frage, inwieweit es bei dem – vom Verwaltungsgericht Köln in seiner Entscheidung vom 13. Februar 2003 anerkannten - Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde bei der Methodenwahl für die angemessene Verzinsung verbleibt.

Für die Bestimmung der angemessenen Verzinsung werden in der Praxis grundsätzlich zwei Methoden angewandt, einerseits die Bilanzmethode und andererseits die Kapitalmarktmethod (Weighted Average Cost of Capital / Capital Asset Pricing Model – WACC/CAPM). Nach eingehender Prüfung beider Methoden hat sich die Regulierungsbehörde letztlich für die Bilanzmethode entschieden. Die Bilanzmethode zieht insbesondere Primärdaten aus dem Unternehmen heran. Diese beziehen sich auf veröffentlichte

und testierte Werte des Unternehmens und beruhen somit auf harten Fakten. Fernab sonstiger Interessenlagen spiegeln die Zinsentscheidungen der Regulierungsbehörde insofern bislang ausschließlich die ökonomischen Kräfteverhältnisse im Unternehmen selbst wider. Dieser Rückgriff auf klare Bilanzdaten ist ein wesentlicher Grund dafür, dass der Zins in Deutschland seit Beginn der Regulierung in hohem Maße stabil ist.

Nach dem Kriterienkatalog des ursprünglichen Referentenentwurfs vom 30.04.2003 war die von der Regulierungsbehörde favorisierte Methode möglich. Da jedoch im Regierungsentwurf die oben genannten Kriterien gestrichen wurden, findet eine Reduzierung der Beurteilungselemente und eine graduelle Verschiebung statt, die Zweifel hervorrufen könnten, ob die Bilanzmethode und die WACC/CAPM –Methode noch als gleichwertig im Sinne der Vorschrift zu betrachten sind. Es ist denkbar, dass künftig ausländische WACC/CAPM-Kalkulationen begünstigt werden könnten. In diesem Fall wären die Kostenansätze als auch die Kapitalanteile aus der aktuellen Börsenbewertung abzuleiten. Die Kapitalmärkte können aber starken Schwankungen unterliegen. Zudem bewerten die Kapitalmärkte das Unternehmen als Ganzes, so dass ggf. hohe Risiken aus Auslandsgeschäften in die Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals einfließen könnten. Hinzu käme, dass die Möglichkeit, Besonderheiten der deutschen Situation zu berücksichtigen, eingeschränkt würde. Ausländische Kapitalmarkt- und Unternehmensparameter weichen zum Teil deutlich von den deutschen ab. So ist zum Beispiel die wirtschaftliche Situation von British Telecom eine grundlegend andere als die der Deutschen Telekom AG.

Im Interesse des Wettbewerbs in Deutschland ist es somit von entscheidender Bedeutung, dass die Regulierungsbehörde einen hinreichend breiten Beurteilungsspielraum bei der Wahl der für Deutschland angemessenen Zinsbestimmungsmethode hat. Vor diesem Hintergrund ist die ursprüngliche Fassung des § 29 Abs. 4 TKG-E (§ 27 Abs. 4 des Referentenentwurfs) zu bevorzugen.

§ 29 Abs. 4 TKG-E sollte zusammenfassend wie folgt geändert werden:

Die Worte „prüft die Regulierungsbehörde“ werden durch die Worte „berücksichtigt die Regulierungsbehörde insbesondere“ ersetzt.

Nach der Ziffer 4 werden folgende Ziffern eingefügt:

„5. die wettbewerblichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Förderung von Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten und

6. die langfristige Stabilität dieser Rahmenbedingungen.“

cc) Entgeltgenehmigung im Wege des Price-Cap-Verfahrens

Im Fall der **Entgeltgenehmigung im Wege des Price-Cap-Verfahrens** gelten bei Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen die Maßgaben nach § 26 und 29 TKG-E als erfüllt (vgl. § 33 Abs. 2 S. 2 TKG-E). Diese Annahme erscheint fraglich. Bei dem Price-Cap-Verfahren handelt es sich um ein Preisobergrenzen-

Verfahren. Mit ihm kann deshalb nur die Einhaltung von Preisobergrenzen kontrolliert werden, nicht aber auch die Einhaltung von Preisuntergrenzen. Die Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen kann deshalb nur die Erfüllung der Maßgaben nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 sowie § 29 Abs. 1 TKG-E indizieren. § 33 Abs. 2 TKG-E sollte aus diesem Grund wie folgt gefasst werden:

„Die Regulierungsbehörde prüft für jedes einzelne Entgelt die Einhaltung der Maßgaben nach den §§ 26 und 29. Im Fall einer Genehmigung nach § 30 Nr. 2 gelten bei Einhaltung der vorgegebenen Maßgrößen die Maßgaben nach § 26 Abs. 1 Nr. 1 und § 29 Abs. 1 als erfüllt.“

dd) Ex-ante-Regulierung von Endkunden-Entgelten

Eine **Ex-ante-Regulierung von Endkunden-Entgelten** wird nur noch unter engen Voraussetzungen möglich sein (vgl. § 37 Abs. 1 TKG-E). Um im Falle unangemessener Preisbildung regulierungsseitig dennoch unmittelbar reagieren zu können, ist es zwar möglich, Unternehmen zu verpflichten, die geplanten Entgelte zwei Monate **vor deren Inkrafttreten vorzulegen**. Im Hinblick auf mögliche Dumpingstrategien im Endkundenbereich erscheint eine Vorlagepflicht erst auf Anordnung jedoch nicht ausreichend.

Um dem wichtigen Ziel **der Lockerung der Entgeltregulierung im Endkundenmarkt** konsequent zum Durchbruch zu verhelfen, ist es notwendig, die für Wettbewerber nötigen Vorleistungen schneller und verlässlicher bereitzustellen. In diesem Sinne wäre es sachgerecht, marktbeherrschende Unternehmen zu verpflichten, entsprechende Vorprodukte rechtzeitig anzubieten, ohne jedoch damit die **Möglichkeit vorstoßenden Wettbewerbs** auch marktbeherrschender Unternehmen grundsätzlich in Frage zu stellen. In § 37 TKG-E ist die Vorschrift zur rechtzeitigen Abgabe von Endkunden- und Vorleistungsangeboten (wie noch in § E 13 Abs. 3 des Arbeitsentwurfs v. 20.02.2003 vorgesehen) leider nicht mehr aufgenommen. D.h. ein rechtzeitiges Vorleistungsangebot ist damit nicht mehr erforderlich. Aus hiesiger Sicht ist es jedoch fraglich, ob die mit § E 13 Abs. 3 des Arbeitsentwurfs verfolgte Zielsetzung allein mit den Regelungen in § 19 TKG-E realisiert werden kann. Es könnte ohne die Verkoppelung von End- und Vorprodukten zu Behinderungen des Wettbewerbs kommen.

c) Nachträgliche Entgeltregulierung

Die Ausgestaltung der nachträglichen Regulierung von Entgelten (vgl. §§ 36, 37 Abs. 3 TKG-E) lässt befürchten, dass das Verfahren in der Praxis wenig wirkungsvoll sein wird. Die Möglichkeit nur „offenkundige“ Verstöße zu beanstanden, schränkt die Ex-post-Kontrolle erheblich ein. Auch dürfte die zweiwöchige Beanstandungsfrist sowie die zweimonatige Verfahrensfrist für eine seriöse Prüfung zu kurz sein. Es sollte daher eine angemessene Verlängerung der Zwei-Wochen-Frist erwogen werden. Darüber hinaus sind Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen lediglich anzuzeigen. Gemäß der Begründung sind Hintergrund für die Regelungen der § 36 Abs. 1 Satz 3 und § 37 Abs. 3 Satz 3 TKG-E vornehmlich Verträge, die ein marktbeherrschendes Unternehmen nach Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens eingegangen ist. Problematisch ist

weiter, dass im Rahmen der Ex-post-Entgeltregulierung ein Verweis auf die §§ 31 und 33 TKG-E fehlt mit der Folge, dass keine Vorlagepflicht für Kostenunterlagen besteht. Schließlich erscheint der vorgegebene Maßstab ungeeignet, nach dem ein Missbrauch nur noch vorliegen soll, wenn das Unternehmen Entgelte fordert, die nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzbar sind. Ein allgemeinverbindlicher kartellrechtlicher Preishöhenmaßstab existiert nicht, so dass die Kriterien für eine Kostenprüfung unklar sind.

#### 4. Besondere Missbrauchsaufsicht

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung schafft zudem in begrüßenswerter Weise erstmals eine **Generalklausel** zur Missbrauchsaufsicht (§ 40 TKG-E) und gestaltet im Sinne größerer Rechtssicherheit und Rechtsklarheit die Missbrauchstatbestände näher aus.

Problematisch erscheint, dass nach § 41 Abs. 1 Satz 1 TKG-E nur eine **Abschöpfung von Mehrerlösen** möglich sein soll, die nach Zustellung einer Untersagungsverfügung erzielt wurden, und nicht aller unrechtmäßigen Mehrerlöse, wie noch nach dem Referentenentwurf vom 30.04.2003. Dies hat zur Folge, dass bis zu einer Regulierungsentscheidung erzielte Mehrerlöse im Unternehmen verbleiben. Durch die Mehrerlösabschöpfung werden damit keine Anreize gesetzt, von vornherein ein missbräuchliches Verhalten zu unterlassen. § 41 Abs. 1 S. 1 TKG-E sollte deshalb wie folgt gefasst werden:

"Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig durch ein Verhalten, das die Regulierungsbehörde mit einer Verfügung nach § 40 Abs. 4 untersagt hat, einen Mehrerlös erlangt, so ordnet die Regulierungsbehörde nach Eintritt der Unanfechtbarkeit der Verfügung an, dass das Unternehmen einen diesen Mehrerlös entsprechenden Geldbetrag an die Regulierungsbehörde abführt (Mehrerlösabschöpfung)."

## II. Zu TOP 2 der Tagesordnung (Befugnisse / Aufsicht / Struktur der Regulierungsbehörde)

### 1. Befugnisse

Unklarheiten bestehen nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung über die internationalen Aufgaben und Befugnisse der Regulierungsbehörde, da die Regelung des § 138 TKG-E („**Internationale Aufgaben**“) in ihrer jetzigen Ausgestaltung verschiedene Interpretationen zulässt. Eine Möglichkeit der Interpretation wäre, den § 138 TKG-E so auszulegen, dass sich die Auftragstätigkeit der Regulierungsbehörde im internationalen Bereich nur auf die Aufgaben und Befugnisse beschränkt, die der Regulierungsbehörde nicht bereits über § 114 Abs. 1 Satz 1 TKG-E zugewiesen sind. Da die Regulierungsbehörde gemäß § 52 Abs. 1 TKG-E für die Erstellung des Frequenznutzungsplans unter Berücksichtigung der europäischen Harmonisierung zuständig ist, würden sich die ihr nach § 114 Abs. 1 Satz 1 TKG-E zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse auch auf eine Mitarbeit in internationalen Gremien zur Förderung der europäischen Harmonisierung erstrecken. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit könnte damit nur Aufträge für internationale Gremienarbeit erteilen, die sich auf

andere Themen erstrecken, wie die Inhalte des Frequenzbereichszuweisungsplans und andere telekommunikationspolitische Aspekte (z.B. Standardisierung).

Die andere Möglichkeit der Interpretation des § 138 Abs. 1 TKG-E besteht darin, dass der Regulierungsbehörde durch § 114 Abs. 1 Satz 1 TKG-E nur nationale Aufgaben und Befugnisse zugewiesen werden und eine internationale Tätigkeit der Behörde somit nur im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit erfolgen könnte.

Wünschenswert wäre es daher, diese Vorschrift im Sinne des ersten Interpretationsansatzes zu präzisieren. Dies könnte durch folgende Formulierung des § 138 S. 2 TKG-E geschehen:

„Dies gilt nicht für Aufgaben, die die Regulierungsbehörde aufgrund dieses Gesetzes oder anderer Gesetze sowie aufgrund von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaften wahrnimmt.“

### 2. Aufsicht

In § 115 TKG-E wird in der Tradition des § 66 Absatz 5 TKG (1996) dem Transparenzgebot bei Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit gegenüber der Regulierungsbehörde Rechnung getragen. Hierzu ist auf die Begründung des § 66 TKG im Jahre 1996 hinzuweisen (§ 65 des seinerzeitigen Entwurfs), wonach es heißt:

„Die notwendigen Regulierungsaufgaben gehen über eine bloße Missbrauchsaufsicht weit hinaus und erfordern daher eine sektorspezifische Regulierungsinstanz, die ihre fachliche Entscheidung möglichst unabhängig treffen kann.“

Das Transparenzgebot ist daher ein zentraler Grundsatz der deutschen Regulierungstradition. Die in der Begründung zum § 115 TKG-E enthaltene Feststellung, dass die Veröffentlichungspflicht Sinn und Zweck der Regelungen im GWB entspreche, wonach insbesondere bei wettbewerbsrechtlichen Fragen die Transparenz von Entscheidungen von besonderer rechtspolitischer Bedeutung ist, wird daher begrüßt. Nach § 115 TKG-E soll dieses Prinzip für den Bereich der Beschlusskammervorfahren fortbestehen, für andere Aufgaben der Regulierungsbehörde allerdings entfallen.

Unstreitig ist, dass die Regulierungsbehörde etwa in Teilen des internationalen Bereichs (z.B. ITU, ETSI) im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit tätig werden kann. Als Alternative bietet sich daher eine aufgabenbezogene Abgrenzung im Hinblick auf das Transparenzgebot an: So enthält der TKG-E schon jetzt Regelungen im Hinblick auf eine Zuständigkeit des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit. Dies ist etwa beim Frequenzbereichszuweisungsplan der Fall (vgl. § 51 TKG-E). Delegiert das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit diese Aufgabe an die Regulierungsbehörde, bedarf es daher keiner Veröffentlichung von Weisungen, da die Aufgabe originär in die Kompetenz des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit fällt.

Dort aber, wo originäre Verantwortlichkeiten der Regulierungsbehörde bestehen, sollte Transparenz durch Veröffentlichung entsprechender Vorgaben hergestellt

werden. Folgende Ergänzung des **bisherigen** § 66 Abs. 5 TKG (1996) erscheint daher sachgerecht:

„Dies gilt nicht für solche Aufgaben, die vom Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit aufgrund dieses Gesetzes oder anderer Gesetze in eigener Zuständigkeit wahrzunehmen sind und mit deren Erfüllung es die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post beauftragt.“

### 3. Struktur der Regulierungsbehörde

#### a) Beilegung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen

Die Vorschrift des § 131 TKG-E zur **Beilegung sonstiger Streitigkeiten zwischen Unternehmen** ist als problematisch zu charakterisieren. Nach der Regelung hat die zuständige Beschlusskammer auf Antrag einer Partei eine verbindliche Entscheidung über Streitigkeiten zwischen Telekommunikationsunternehmen zu treffen, die sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus dem TKG-E ergeben. Nach der Begründung zum TKG-E dient § 131 TKG-E der Umsetzung von Art. 20 und 21 der Rahmenrichtlinie (vgl. S. 136), die eine „verbindliche Entscheidung“ der Regulierungsbehörde zur Beilegung (grenzüberschreitender) Streitigkeiten zwischen Unternehmen vorsehen. § 131 TKG-E ist vor diesem Hintergrund dem Prinzip nach zwar nicht zu beanstanden. Überdacht werden sollte allerdings die konkrete Ausgestaltung des Verfahrens. Die Regelung sieht ein **stark formalisiertes Verfahren** vor. Es fehlt eine klare **Abgrenzung zur Zivilgerichtsbarkeit**. Schließlich erscheint § 131 TKG-E auch **inhaltlich unbestimmt**.

#### b) Verwaltungsrechtsweg

In der 1. Lesung des Gesetzentwurfes im Deutschen Bundestag ist auch die Frage diskutiert worden, ob für Gerichtsverfahren gegen Regulierungsentscheidungen weiterhin der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein soll oder aber der Kartellrechtsweg mit dem Oberlandesgericht als Eingangsinstanz. Die Reg TP spricht sich für die Beibehaltung des Verwaltungsrechtsweges aus. Ausschlaggebend hierfür sind folgende Gesichtspunkte:

Durch eine Verlagerung auf den Kartellrechtsweg könnte eine erhebliche **Rechtsunsicherheit** für alle Marktteilnehmer hervorgerufen werden. Die Reg TP hat ihr ganzes Verwaltungshandeln an die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte angepasst. Ebenfalls besteht für die Unternehmen mittlerweile ein durch eine Fülle von verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen gestütztes verlässliches regulatorisches Umfeld. Da die Zivilgerichte nicht an die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte gebunden sind, könnten selbst vom Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich entschiedene Grundsatzfragen wieder neu aufgerollt werden – mit entsprechenden Unwägbarkeiten für alle Beteiligten. Zudem ist die Bindungswirkung verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen wegen ihrer Rechtskräfterstreckung auf Beigeladene deutlich ausgeprägter als im Kartellrecht, was zu mehr Klagen führen könnte.

Die Verwaltungsgerichte haben sich in den vergangenen Jahren das erforderliche ökonomische und technische Spezialwissen im Bereich der Telekommunikation erarbeitet. Das Kartellrecht ist primär auf eine Ex-

post-Missbrauchsaufsicht gerichtet und weniger auf eine gestaltende Vorabregulierung, wie sie die Schaffung von funktionsfähigem Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation erfordert. Die Kartellgerichte müssten sich dieses sektorspezifische Spezialwissen zunächst erarbeiten.

Auch spricht die Dauer der Gerichtsverfahren für eine Beibehaltung des Verwaltungsrechtsweges. Die durchschnittliche Dauer der Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln beträgt im Bereich der Telekommunikation gegenwärtig ca. 2,5 Monate, bei Eilverfahren in Sachen Energie ist von 4-5 Monaten die Rede. Ein Teil des Beschleunigungseffektes, den die geplante Streichung der Berufungsinstanz im Verwaltungsrechtsweg zur Folge hätte, könnte demnach durch den Kartellrechtsweg wieder verloren gehen, wenn man die gleiche Verfahrensdauer unterstellt.

Der Ansatz, gerichtliche Verfahren zu beschleunigen, könnte auch dadurch konterkariert werden, dass die Beschwerdebefugnis nach § 63 Abs. 2 GWB deutlich weiter ist als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Auch ohne in seinen Rechten verletzt zu sein erlangt ein Beigeladener ein subjektiv-öffentliches Recht auf gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung, wodurch der Klägerkreis stark erweitert und die Zahl der Gerichtsverfahren zwangsläufig ansteigen würde.

Hinsichtlich zu erwartender Prozesskosten bietet der Verwaltungsrechtsweg ebenfalls Vorteile. Dies ergibt sich weniger aus der unterschiedlichen Systematik des Anfallens von Gerichtsgebühren als vielmehr aus dem Umstand, dass die Verwaltungsgerichte im Bereich der Telekommunikation regelmäßig niedrige Streitwerte ansetzen und deutlich seltener Sachverständige beauftragen (bisher nur in einem Verfahren), während die Kartellgerichte häufiger Sachverständige zu Rate ziehen und auch deutlich höhere Streitwerte festsetzen. Gerade kleinere Unternehmen könnten daher durch höhere Aufwendungen, z.B. durch Gerichtskostenvorschüsse, stärker belastet werden.

Schließlich ergäbe sich durch die Eröffnung des Kartellrechtsweges gegen Entscheidungen der Beschlusskammern der Reg TP auch eine Aufspaltung des Rechtsweges innerhalb des Telekommunikationsrechts. Gegen eine Vielzahl von Verwaltungsentscheidungen, z.B. im Bereich der Vergabe von Frequenzen oder Rufnummern, wäre auch weiterhin der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Da derartige Fragen häufig in engem rechtlichen und tatsächlichen Zusammenhang mit Fragen der Marktregulierung stehen, wäre eine Aufspaltung des Rechtsweges rechtspolitisch bedenklich.

### III. Zu TOP 3 der Tagesordnung (Kundenschutz)

#### 1. Stärkung der Verbraucherrechte

Zu begrüßen ist die **Stärkung der Verbraucherrechte** durch den Gesetzentwurf der Bundesregierung. Die Ausgestaltung der Untersagungsvorschrift (vgl. § 124 TKG-E) verleiht der Regulierungsbehörde nunmehr die Möglichkeit, die Rechte der Verbraucher gegenüber den Netzbetreibern oder Diensteanbietern auch tatsächlich durchzusetzen.

Weitere wesentliche Regelungen im Bereich des Kundenschutzes sind in der **Telekommunikations-Kundenschutzverordnung** (TKV) enthalten. Auch

die TKV soll vor dem Hintergrund des EU-Richtlinienpaketes novelliert werden. Einen zu diesem Zweck erstellten Referentenentwurf zur TKV hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit auf seiner Internetseite veröffentlicht.

## 2. Befugnisse zur Bekämpfung rechtswidriger Einwahlprogramme (sog. Dialer)

Zu begrüßen ist, dass die Regulierungsbehörde nach dem Regierungsentwurf die Befugnis hat, im Fall der gesicherten Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer 0190er- oder 0900er-Mehrwertdiensterrufnummer gegenüber dem Netzbetreiber die Abschaltung der Rufnummer anzuordnen (§ 65 TKG-E). In der Praxis hat sich allerdings gezeigt, dass der Missbrauch von Mehrwertdiensten vermehrt auch in anderen Rufnummerngassen als (0)190 und (0)900 stattfindet. Daher erscheint es sinnvoll, die Eingriffsnorm des § 65 TKG-E auch auf andere Rufnummerngassen auszuweiten.

Die Vorschrift des § 65 TKG-E enthält im Übrigen keine Ermächtigung bestimmte Kategorien von Dialern zu verbieten. Damit hat die Regulierungsbehörde kein Instrument beispielsweise Dialer zu verbieten, die sich nach der Anwahl einer Mehrwertdiensterrufnummer spurlos vom Rechner des Benutzers entfernen, so dass dieser keine Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung des Dialers mittels der Dialerdatenbank der Reg TP hat.

Vor diesem Hintergrund sollten im Interesse des Verbraucherschutzes folgende Änderungen des § 65 TKG-E erfolgen:

### 1. § 65 Abs. 1 S. 3 TKG-E wird wie folgt gefasst:

„Sie soll ferner im Fall der gesicherten Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung einer für Mehrwertdienste genutzten Rufnummer gegenüber dem Netzbetreiber, in dessen Netz die Nummer geschaltet ist, die Abschaltung der Rufnummer anordnen.“

### 2. § 65 Abs. 1 wird folgender Satz 5 angefügt:

„Die Regulierungsbehörde kann in begründeten Ausnahmefällen Kategorien von Dialern verbieten; Einzelheiten des Verbotsverfahrens regelt die Regulierungsbehörde.“

## IV. Zu TOP 4 der Tagesordnung (Datenschutz und Sicherheit):

Die Regelungen des Siebten Teils des Regierungsentwurfs (Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Öffentliche Sicherheit) sind zu begrüßen. In diesem Zusammenhang ist zu der kürzlich aufgekommenen Überlegung, den Datenschutz- und Sicherheitsteil insgesamt aus dem TKG herauszunehmen, anzumerken, dass eine solche Ausgliederung eines integralen Bestandteils des Gesetzentwurfs unglücklich erschiene.

Die Vorschriften über das **Fernmeldegeheimnis** sind, nicht zuletzt um ihre zentrale Bedeutung für alle verpflichteten Unternehmen zu verdeutlichen, von jeher im Fernmeldeanlagengesetz bzw. im TKG verankert gewesen. Hinsichtlich der **Datenschutzbestimmungen** ist zwar eine künftige Zusammenfassung des allgemeinen Datenschutzrechtes (BDSG) mit allen bereichsspezifischen Regelungen in einem einheitlichen

„Datenschutzgesetzbuch“ wünschenswert. Bis dahin erscheint aber die Integration der Datenschutzbestimmungen in das TKG wegen des fachlichen Zusammenhangs sinnvoller zu sein als eine separate gesetzliche Regelung. Auch in Bezug auf die **Sicherheitsvorschriften** erscheint die Integration in das TKG sowohl vom Sachzusammenhang mit den anderen Regelungen des Gesetzes als auch im Sinne einer adäquaten Berücksichtigung der Belange der Wirtschaft sachgerecht.

## V. Zu TOP 5 der Tagesordnung (Universaldienst / Inkasso / Sonstiges):

### 1. Universaldienst

Die Absicht, für den Universaldienst ein bestimmtes Qualitätsniveau festzulegen (vgl. § 76 Abs. 1 TKG-E) sowie ihn bei entsprechender Nachfrage durch die Allgemeinheit für weitere Dienste zu öffnen, ist zu begrüßen. Allerdings enthält die Vorschrift nicht die dafür erforderlichen Ermächtigungsgrundlagen. Die Möglichkeiten der Regulierungsbehörde, das zu gewährleistende **Qualitätsniveau** zu ermitteln, sind außer für Verpflichtungen nach § 76 Abs. 2 Nr. 4 TKG-E und für das Preisniveau nach § 77 Abs. 1 TKG-E nicht spezifiziert. Damit fehlt ein Maßstab dafür, wann ein Dienst oder seine Qualität als universell verfügbar anzusehen sind. Ebenso fehlt eine Ermächtigungsgrundlage dafür, entsprechend der Forderung des Gesetzes Mindestqualitäten für Dienste festzulegen. § 76 Abs. 1 TKG-E sollte daher um eine an § 76 Abs. 4 TKG-E angelehnte Vorschrift ergänzt werden, die der Regulierungsbehörde die Ermittlung und Festlegung der vom Universaldienst garantierten Dienste und Dienstqualitäten erlaubt.

### 2. Inkasso

Der Entwurf der Bundesregierung sieht die Möglichkeit vor, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht dazu zu verpflichten, Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu gewähren (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-E). Marktbeherrscher können also grundsätzlich zur Rechnungsstellung und zum ersten Rechnungseinzug (sog. Fakturierung) verpflichtet werden. Die **Auferlegung weitergehender Inkassoverbindlichkeiten** ist demgegenüber **nicht ausdrücklich geregelt**. Sie erscheint dennoch nicht gänzlich ausgeschlossen, da die Aufzählung der Zugangsverbindlichkeiten in § 19 Abs. 2 TKG-E nicht abschließend ist. § 19 Abs. 2 TKG-E lautet:

„Die Regulierungsbehörde kann Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 unter anderem verpflichten: [...].“

Die Ausgestaltung der Verpflichtung zu Fakturierungsdienstleistungen im TKG-E selbst erscheint allerdings nicht unproblematisch. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung ist die **Auferlegung der Fakturierungsverpflichtung in das pflichtgemäße Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt** (vgl. § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-E). Durch diese Ausgestaltung der Verpflichtung als Ermessensvorschrift dürften sich für Wettbewerber von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht erhebliche Planungsunsicherheiten ergeben. Bisher wird die Fakturierung in der Regel von der Deutschen Telekom AG übernommen. Ob dies wei-

terhin der Fall sein wird oder die Wettbewerber die Fakturierung selbst vornehmen müssen, kann aus Wettbewerbersicht nun nicht mehr verlässlich beurteilt werden. Im Falle der Beibehaltung der Kategorisierung in „Soll“- und „Kann“-Vorschriften in § 19 TKG-E (vgl. oben zu TOP 1 unter 3.b.) sollte § 19 Abs. 2 Nr. 7 TKG-E daher in den Bereich der Soll-Vorschriften in § 19 Abs. 3 TKG-E überführt werden.

Darüber hinaus unterliegen Entgelte für Fakturierungsdienstleistungen lediglich der **Ex-post-Kontrolle** (vgl. § 28 Abs. 2 TKG-E). Damit ist, wenn eine Verpflichtung eines Unternehmens mit beträchtlicher Marktmacht erfolgen sollte, unklar, welche Kosten auf Wettbewerberseite hierfür anfallen. Die Zuweisung der Entgelte zur Ex-post-Kontrolle hat zur Folge, dass sie nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen müssen, sondern lediglich nicht missbräuchlich sein dürfen (vgl. § 36 Abs. 2 i.V.m. § 26 TKG-E). Eine Streichung von § 28 Abs. 2 TKG-E erscheint daher sinnvoll.

### 3. Sonstiges / Frequenzregulierung

#### a) Frequenznutzung abweichend von Plänen

Problematisch erscheint die Regelung zur **Frequenznutzung abweichend von Plänen** (vgl. § 56 TKG-E). Die Regelung überführt § 4 Abs. 3 FreqZutV in das neue TKG. Sie stellt, insbesondere bei **innovativen Nutzungen**, ein wichtiges Instrument im Sinne unbürokratischer und flexibler Frequenzregulierung dar. Bei der Übertragung in das TKG ist jedoch ein **Redaktionsversehen** unterlaufen, das die angestrebte Flexibilität der Frequenzregulierung ungewollt erheblich einschränkt und die Vorschrift nahezu entwertet. Entgegen der heutigen Rechtslage könnte künftig nur ein anderer Widmungszweck gestattet, nicht aber andere technische Parameter (sog. Frequenznutzungsbestimmungen) ermöglicht werden. § 56 Satz 1 TKG E sollte daher wie folgt lauten:

„In begründeten Einzelfällen, insbesondere zur Erprobung innovativer Technologien in der Telekommunikation oder bei kurzfristig auftretendem Frequenzbedarf, kann von den im Frequenzbereichszuweisungsplan oder im Frequenznutzungsplan enthaltenen **Festlegungen** bei der Zuteilung von Frequenzen befristet abgewichen werden unter der Voraussetzung, dass keine im Frequenzbereichszuweisungsplan oder im Frequenznutzungsplan eingetragene Frequenznutzung beeinträchtigt wird.“

#### b) Frequenzhandel

§ 60 TKG-E ermöglicht nach Anhörung der betroffenen Kreise Frequenzbereiche für den Handel freizugeben. Hierin ist eine wichtige Regelung zur Förderung von Wettbewerb, Investitionen und technologi-

scher Innovation zu sehen. Mit der Eröffnung der Möglichkeit zum Frequenzhandel können Frequenznutzungsrechte entsprechend sich verändernder Marktverhältnisse im Markt angeboten werden. Dies ermöglicht eine nachfragegerechte und effiziente Nutzung der knappen Ressource Frequenz und trägt insbesondere auch den Forderungen der Marktteilnehmer nach Handelbarkeit der Frequenznutzungsrechte Rechnung.

Die Regelung des § 60 TKG-E erscheint allerdings insoweit unglücklich, als die Zulässigkeit des Frequenzhandels daran geknüpft wird, dass „das ursprüngliche Vergabeverfahren nicht entgegensteht“ (vgl. § 60 Abs. 1 Nr. 3 TKG-E). Diese Formulierung ist nicht hinreichend. Im Gesetz finden sich keine Anhaltspunkte dafür, in welchen Fällen das ursprüngliche Vergabeverfahren entgegensteht. Damit besteht die Möglichkeit gerichtlicher Streitigkeiten über die Öffnung bzw. Nichtöffnung von Frequenzbereichen. Dies könnte beispielweise die Frequenzen betreffen, die im Rahmen der UMTS-Versteigerung vergeben wurden. Die UMTS-Vergaberegeln sowie die UMTS-Lizenzen enthalten keine ausdrücklichen Bestimmungen für einen Handel bzw. eine Übertragung von Frequenzen. Die Reg TP versteht die Verweisung in den Lizenzen bzw. Frequenzzuteilungen auch als statische Verweisung auf das zum Zeitpunkt der Erteilung geltende TKG. Anderenfalls könnten durch eine dynamische Verweisung nachträglich Parameter verändert werden, die während des Versteigerungsverfahrens mit ausschlaggebend für das Bietverhalten war. Eine solche Folge wäre nicht erwünscht und würde Rechtsunsicherheiten für die Lizenznehmer bergen. Die bisherige Formulierung könnte jedoch geeignet sein, bei einem Lizenznehmer, der nicht mehr an dem Aufbau eines UMTS-Netzes interessiert ist, Hoffnungen zu wecken, er könne sich durch die nunmehr ermöglichte Veräußerung der Frequenzen seiner Versorgungsverpflichtung entziehen, ohne dass dies den Lizenz- und Frequenzzugang zur Konsequenz haben könnte. Zur Klarstellung, dass ein solches Szenario nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt ist, sollte § 60 Abs. 1 TKG-E um folgenden Absatz 4 ergänzt werden:

„Die Absätze 1 bis 3 finden keine Anwendung auf Verleihungen nach § 2 Abs. 1 FAG und auf Lizenzen oder Frequenzen, die nach den §§ 10, 11 und 47 Abs. 5 TKG in der Fassung vom 01.08.1996 zugeteilt wurden.“

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)968**

5. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

TALKLINE ID GmbH

**Einheitlichkeit von Fakturierung und Mahnung**

Aus Sicht der Talkline ID GmbH, einem der größten Carrier für Mehrwertdienste in Deutschland, hat sich als zentraler und wichtigster Punkt im Rahmen der Gesetzesnovellierung die zukünftige Handhabung von Inkasso und Fakturierung von Call by Call, Auskunfts- und telekommunikations-gestützten Diensten (Mehrwertdiensten), herauskristalisiert.

Zunächst ist sehr zu begrüßen, dass das TKG die Frage, ob das TKG in Teilbereichen auch telekommunikationsgestützte Dienstleistungen – mithin Mehrwertdienste – erfasst, eindeutig klärt. Allein durch diese Normierung können langjährige Rechtsstreitigkeiten beigelegt werden.

Leider ist bis heute im Rahmen der vorliegenden Novelle keine einheitliche Rechnungsstellung und Mahnung durch den marktbeherrschenden Teilnehmer-netzbetreiber vorgesehen. Die alternativen Carrier wären selbstverständlich bereit, für diese Dienstleistung die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Sinne des TKG zu entrichten. Dennoch sieht die DTAG den strategischen Hebel durch die Trennung der beiden Leistungen bis heute als so groß an, dass sie einen Einnahmeverzicht bewusst in Kauf nimmt und eher hofft, dass es durch das eingeschränkte Produktangebot bei Abrechnungsleistungen für Dritte zu einem Marktaustritt bestehender Anbieter kommt.

Die begleitende Diskussion zu dieser Thematik wird dementsprechend auch zunehmend durch eine starke Polemisierung geprägt. So werden vielfach – sei es in der Öffentlichkeit oder in Gerichtsverfahren - unsachliche Argumente herangezogen, die zum Ausdruck bringen sollen, wie unzumutbar eine Fakturierung und Inkassierung von Dienstleistungen der Wettbewerber für die DTAG sei. Hierzu werden die fernliegendsten Beispiele wie der Verkauf von Autos, Häusern oder Brötchen mittels Mehrwertdiensten über die Telefonrechnung der DTAG ins Feld geführt. Dass die Wettbewerber auf diese Leistungen durchaus verzichten würden, wenn im Gegenzug eine einheitliche Rech-

nungsstellung und Mahnung gesichert wäre, wird nicht erwähnt.

**Ökonomische Gesichtspunkte**

Ferner wird alternativen TK-Unternehmen vorgehalten, sie hätten längst alternative Clearinghäuser mit der Fakturierung und Inkassierung von Mehrwertdiensten betrauen können.

Auch dieses Argument geht indes weit an der Realität vorbei. Unabhängig davon, dass eine Vielzahl von Rechnungsstellungen durch unterschiedlichste Unternehmen, zu denen der Anschlussinhaber kein Vertragsverhältnis hat, weder gesetzlich gewollt, noch von den Verbrauchern akzeptiert wird, kann von TK-Unternehmen nicht erwartet werden, nach Handlungsalternativen zu suchen, wenn der gesetzliche Anspruch auf Rechnungsstellung und Mahnung durch das marktbeherrschende Unternehmen besteht und alle Alternativen um ein Vielfaches teurer wären, nicht nur betriebswirtschaftlich, sondern auch volkswirtschaftlich.

**Verbraucherschutz**

Die zwingende Notwendigkeit zur Fakturierung und Inkassierung von Mehrwertdiensten durch marktbeherrschende Unternehmen wird insbesondere offensichtlich, wenn man das unterschiedliche Nutzerverhalten in Bezug auf Mehrwertdienste und sonstige Sprachtelefondienste gegenüberstellt. Viele Anrufer nutzen Mehrwertdienste eher sporadisch und im Einzelfall, was darin begründet ist, dass Mehrwertdienste Serviceleistungen beinhalten, welche keiner regelmäßigen Anwendung unterliegen, sondern im Bedarfsfall abgefragt werden. Unabhängig davon, ob es sich um Wetter, Börsennachrichten oder Erotik handelt.

Ohne auf sonstige Synergievorteile großer Konzerne im Rahmen der Rechnungsstellung und Mahnung näher einzugehen, wird ersichtlich, dass sich in Fällen vereinzelter Inanspruchnahme von Serviceleistungen schon allein aufgrund der Höhe der Portokosten und des Rechnungsandrucks ein gesonderter Einzug für

den Verbindungsnetzbetreiber ein defizitäres Geschäft wäre; selbst wenn die Dienstleistung im Einzelfall höherpreisiger sein sollte. Letztlich wäre aber auch kein Anschlussinhaber bereit, für die vereinzelte Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten mit einer Vielzahl von Verbindungsnetzbetreibern gesonderte Verträge abzuschließen, wie auch die Unterschiedlichkeit von Rechnungsteller und Mahnung bis heute nicht akzeptiert wird.

Wer in einem Geschäft verschiedene Produkte einkauft oder Mängel hinsichtlich dieser Produkte hat, will an der Kasse auch nicht mit Rechnungen der einzelnen Hersteller konfrontiert werden oder sich an eine Vielzahl von verschiedenen Produzenten wenden.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Verpflichtung zur Fakturierung und Inkassierung von Mehrwertdiensten (als auch Auskunftsdiensten und Call-by-Call-Leistungen) bisher nicht in ausreichendem Maße im TKG-E umgesetzt wurde und aus diesem Grunde die Interessen des Verbrauchers nicht in angemessenen Masse berücksichtigt.

#### Lösungsansatz

Zur Gewährleistung eines funktionierenden Wettbewerbs in diesem Bereich ist die Aufnahme der Fakturierungsverpflichtung in den „Soll-Katalog“ des § 19 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs zwingend notwendig. Dabei ist neben den in § 19 Abs. 2 Nr. 7 genannten Verpflichtungen die Vornahme des Inkassos in Form der Erstellung der ersten und zweiten Mahnung aufzunehmen.

Zur Sicherstellung eines zukünftig funktionierenden Wettbewerbs im Sinne aller Telekommunikationsunternehmen wäre folgender Vorschlag für die Formulierung des § 19 Abs. 3 TKG denkbar:

„Die Regulierungsbehörde soll Betreibern öffentlicher Telekommunikations-netze im Festnetzbereich, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, folgende Verpflichtungen auferlegen: Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung zu Gunsten der Endnutzer sowie der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen sowie der Durchführung des außergerichtlichen Mahnwesens in Form der ersten und zweiten schriftlichen Mahnung für Telekommunikationsdienste, Leistungen nach § 76 Abs. 2 Nr. 3 und 4 und für telekommunikationsgestützte Dienste zu gewähren.“

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der oben genannten Formulierung für die alternativen TK-Unternehmen bereits um eine Kompromisslösung handelt, mit der ganze Marktbereiche der DTAG überlassen würden. Selbst im Falle einer Änderung des § 19 TKG-E in oben genannte Fassung, wäre eine Chancengleichheit zwischen der DTAG und den alternativen TK-Unternehmen nicht in allen Bereichen gewährleistet. Höherpreisige Dienstleistungen außerhalb des Regelungsbereichs von des aktuellen § 43 b Abs. 3 TKG müssten ohnehin eigenständig fakturiert werden. Ob der Bereich des Micropayments erfasst ist, bleibt letztlich auch fraglich.

Sollte die DTAG ihr nach der derzeitigen Rechtslage bestehendes Alleinstellungsmerkmal in den Bereichen Micropayment, „Blocktarifizierung“ und „Internetcontent in der Rufnummerngasse 09009“ dazu ausnutzen können, den Verdrängungswettbewerb im Bereich der Mehrwertdienste weiter fortzusetzen, wird seitens Talkline ID auch der vorgeschlagene Lösungsweg als nicht ausreichend erachtet.

Einer drohenden Remonopolisierung kann dann nur noch dadurch entgegengewirkt werden, dass die DTAG zum einen verpflichtet wird, die Fakturierung und Inkassierung von „Eventtarifen“ und „Internetcontent in der Gasse 09009“ vorzunehmen und darüber hinaus den alternativen Wettbewerbern etwaige Micropaymentprodukte als Vorleistung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anzubieten.

Letztlich möchten wir noch darauf hinweisen, dass die in dieser Stellungnahme niedergelegten Grundzüge bereits in ausführlicherer Form veröffentlicht wurden.

Wir möchten in diesem Zusammenhang auf den Aufsatz von Herrn Ditscheid und Herrn Rudloff hinweisen, der sich mit dieser Thematik eingehend befasst (K&R; 2004 Seite 1). Den Beitrag haben wir in Kopie beigefügt. \*)

Mit freundlichen Grüßen

Talkline ID GmbH

Renatus Zilles

Thorsten Blodau

Vorsitzender der Geschäftsführung ppa.

**\*) Der Beitrag liegt in Kopie extra aus!**

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)973**

6. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Prof. Dr. Dres. h.c. Arnold Picot, Institut für Information, Organisation und Management  
Ludwig-Maximilians-Universität München

**Vorbemerkung:**

In den folgenden Ziffern werden einige wichtige Aspekte der aktuellen Diskussion um das TKG, teils unter Bezug auf die Stellungnahme des Bundesrates, aufgegriffen sowie einige ergänzende Hinweise und Empfehlungen gegeben. Dabei kann es sich angesichts der knappen Vorlaufzeit nur um eine Auswahl aus der sehr facettenreichen Debatte handeln.

Die Reihung der Punkte folgt dem Aufbau des Gesetzentwurfs.

**1. Zu Teil 2: Marktregulierung (§§ 9 bis 41)**

(a) Das Verhältnis der Begriffe „wirksamer Wettbewerb“ und „funktionsfähiger Wettbewerb“ bleibt in dem vorgelegten Entwurf weiterhin undurchsichtig. §§ 9 und 10 adressieren den funktionsfähigen Wettbewerb, § 11 dagegen den wirksamen Wettbewerb. Die EU-Rahmenrichtlinie kennt allein den Begriff des wirksamen Wettbewerbs und macht davon die (Nicht)Auferlegung von Verpflichtungen für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht abhängig (Art. 16 EU-Rahmenrichtlinie). Daher sollte vorzugsweise ein einheitlicher, an den Kriterien der EU-Richtlinien orientierter Sprachgebrauch gewählt, zumindest aber in aller Klarheit das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander ausdrücklich formuliert und bereits in den Zielen (§ 2 Abs. 2 Nr. 2.) und Begriffsbestimmungen (§3 Nr. 10. und 31.) niedergelegt werden.

(b) Der Gesetzgeber legt an mehreren Stellen des Gesetzentwurfes, in besonderer Weise mit den Kriterien und Maßnahmen des § 19, große Ermessensspielräume in die Hände der Regulierungsbehörde, ohne dass sehr konkrete Leitlinien zur Wahrnehmung dieser Ermessensspielräume gegeben würden. Dies entspricht dem angelsächsischen Regulierungsmodell. Vermutlich gibt es angesichts der Komplexität und Dynamik der Materie sowie der Vorgaben durch die EU-Richtlinien dazu keine Alternative. Mit dem Versuch einer Vorgabe noch genauerer, in größere Details ge-

hender Vorgehens-, Gewichtung- und Maßnahmenvorschriften würde sich der Gesetzgeber überfordern und die notwendige Flexibilität der Regulierungsarbeit unmöglich machen. Andererseits bedeutet dieses Gesetzesdesign aber auch, dass die Regulierungsverfahren und ihre rechtliche Überprüfung diesen erheblichen Ermessensspielräumen gerecht werden müssen, was u. a. an die Unabhängigkeit und Qualifikation der Behörde sowie an die rechtlichen Wege und Kriterien der Überprüfung ihrer Arbeit besondere Anforderungen stellt (vgl. auch unten Ziff. 18).

(c) Die Regulierungsinstrumente Zugang (Abschnitt 2), Entgelt (Abschnitt 3), sonstige Verpflichtungen (Abschnitt 4) und besondere Missbrauchsaufsicht (Abschnitt 5) werden eingehend im Gesetz geregelt. Demgegenüber fehlt eine ausdrückliche Behandlung der

in Art. 9 und 10 der EU-Zugangsrichtlinie aufgeführten Verpflichtungen zu Transparenz und Gleichbehandlung. Diese sollten ebenfalls explizit in das Instrumentarium des neuen TKG aufgenommen werden. Denn diese (schwächeren) Regulierungsmaßnahmen gehören zum notwendigen Instrumentarium einer differenzierten und abgestuften Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht.

**2. Zu § 14 Abs. 1 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 10)**

Ein Antragsrecht der Unternehmen für eine anlassbedingte Überprüfung der Marktdefinition und Marktanalyse (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 10) erscheint nicht notwendig. Zu berücksichtigen ist, dass mit dem in § 14 Abs. 2 vorgegebenen zweijährigen Überprüfungszyklus eine umfassende Marktdefinition regelmäßig in relativ kurzen Zeitabständen durchgeführt wird. Darüber hinaus muss die Regulierungsbehörde, welche die Märkte beobachtet, bei Bekanntwerden entsprechender Tatsachen aktiv werden (§ 14 Abs. 2).

**3. Zu § 19 Abs. 2 Nr. 1 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 15)**

Eine Aufnahme des Bitstromzugangs in neutraler technologischer Variante in die Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 erscheint angesichts der überragenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung, die der zügigen und nachhaltigen Ausbreitung von breitbandigen Datenzugängen zukommt, im Grundsatz empfehlenswert. Allerdings deckt der richtigerweise weite Telekommunikationsbegriff des Gesetzes (vgl. § 3 Nr. 22) zusammen mit der offenen Formulierung des § 19 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 Nr. 3 den Fall des Bitstromzugangs ab, sofern auf diesem Gebiet Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht festgestellt werden.

**4. Zu § 19 Abs. 3 Nr. 1**

Um die erforderliche Technologieneutralität und –flexibilität des Gesetzes zu ermöglichen, ist in § 19 Abs. 3 Nr. 1 in dem Klammerausdruck hinter „... der Doppelader-Metalleitung“ „oder anderer Zugangstechnologien“ einzufügen; alternativ könnten auch die Worte „der Doppelader-Metalleitung“ gestrichen werden.

**5. Zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 16)**

Soweit gewährleistet ist, dass Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, Geschäfte mit der Öffentlichkeit, also mit Privat- und Geschäftskunden, im Rahmen der jeweiligen AGB abwickeln, besteht kein Änderungsbedarf am Gesetzentwurf. In dem Maße, wie dies nicht der Fall wäre, erscheint es notwendig, der Forderung des Bundesrates zu folgen und die Wörter, "wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden" zu streichen.

**6. Zu § 19 Abs. 2 Nr. 3 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 17)**

Die Auferlegung einer Mehrwerterbringung für Reseller erscheint nicht sinnvoll. Resale ist nichts anderes als klassischer einfacher Handel. Aus ökonomischer Sicht erfüllt Handel, auch wenn er „nur“ aus dem Wiederverkauf von zuvor eingekauften Gütern besteht, Effizienz erhöhende Funktionen wie etwa raschere Überbrückung zeitlicher und räumlicher Distanzen zwischen Angebot und Nachfrage. Hinzu kommen nicht selten weitere Funktionen wie Spezialisierung auf bestimmte Bedarfssegmente, Preisdifferenzierung oder Koppelung mit anderen Angeboten.

**7. Zu § 19 Abs. 2 Nr. 7 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 18)**

Der Gesetzgeber sollte darauf achten, dass sich die Regulierung a priori nicht zu stark in telekommunikationsferne Dienstleistungsfelder ausdehnt. Daher sollte von einer im Gesetzestext festgeschriebenen Verpflichtung, dass Fakturierung, Inkasso und Mahnung in einer Hand liegen müssen, abgesehen werden. Die Prüfung nach § 19 Abs. 1 durch die Regulierungsbehörde bietet ausreichenden Spielraum für den Fall, dass sich derartige Dienstleistungen bzw. Dienstleistungskoppelungen als wesentlich erweisen sollten.

**8. Zu § 25 Abs. 2 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 21)**

Eine konkretisierende, richtungweisende und nachhaltige Vorgabe für die materielle und qualitative Ausgestaltung des Konsistenzgebotes durch den Gesetzgeber über die im Gesetz bereits festgelegten Ziele und Prinzipien der Regulierung hinaus erscheint kaum handhabbar. Der Regulierer wird freilich sein Verständnis von Konsistenz offen zu legen haben.

**9. Zu § 26 Abs. 2 Nr. 3 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 23)**

Die Ergänzung des Bundesrates zu § 26 Abs. 2 Nr. 3 ist sinnvoll. Die Bündelung kann ein wettbewerbliches Problem darstellen, welches sich dadurch bewältigen lässt, dass es den Wettbewerbern ermöglicht wird, Bündelprodukte auch wirtschaftlich nachbilden zu können.

**10. Zu § 27 Abs. 3 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 24)**

Die Formulierung des Gesetzentwurfs setzt Art. 13 Abs. 2 der EU-Zugangsrichtlinie um. Die Möglichkeit der Regulierungsbehörde zur Vorgabe bestimmter Tarifsysteme für Vorleistungen stellt ein bedeutsames Instrument etwa zur Verhinderung von Preis-Kosten Scheren dar. Sie sollte nicht weiter eingeschränkt werden.

**11. Zu § 29 Abs. 4 Entgeltgenehmigung**

Die Prüfkriterien für die Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals in § 29 Abs. 4 erwecken den Anschein, dass sich die Zinshöhe an den Verhältnissen des regulierten Unternehmens insgesamt orientiert. Dies ist jedoch aus ökonomischer Sicht problematisch. Eine wichtige Komponente zur Bestimmung der Zinshöhe ist das jeweilige Risiko. Die Risikolage im jeweils zu regulierenden Segment dürfte sich nur im Ausnahmefall mit der des Gesamtunternehmens decken. Die Zinsbestimmung sollte sich aber an dem Geschäftsrisiko des regulierten Geschäftsfeldes orientieren. Auch das in Nr. 4 angeführte Benchmarking mit vergleichbaren Anbietern aus anderen EU Mitgliedsstaaten dürfte aufgrund der unterschiedlichen Portfoliostrukturen sowie Kapitalmarkt- und Finanzierungsverhältnisse der Unternehmen für die Zinsbestimmung oftmals wenig aussagekräftig sein. Die im Entwurf aufgeführten Kriterien und Einflussgrößen für die Zinsbestimmung sind also nicht als abschließende Liste aufzufassen, sondern können lediglich eine erste Orientierungen bieten und bedürfen der Öffnung und Ergänzung..

**12. Zu § 36 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 31)**

Eine Sicherstellung, dass die Regulierungsbehörde im Rahmen eines Ex-Post Verfahrens nach § 36 Abs. 2 die Möglichkeit hat, auch Kostenunterlagen anzufordern, erscheint sinnvoll, um eine substanzielle, zügige und sachgerechte Beurteilung zu ermöglichen.

**13. Zu § 37 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 33)**

Die Forderung des Bundesrates nach einer Verpflichtung von Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht zur Vorlage eines Angebotes für wesentliche Vorlei-

stungen, ist zu begrüßen. Im Sinne eines konsistenten Entgeltkonzepts sollte der marktbeherrschende Betreiber verpflichtet werden, gleichzeitig mit einer geplanten Entgeltmaßnahme ein qualitativ gleichwertiges Vorleistungsangebot für wesentliche Zugangsleistungen vorzulegen, sofern bei für die Leistungserstellung wesentlichen Vorleistungen der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht alleiniger Anbieter ist. Die Wettbewerber sind unter solchen Voraussetzungen nicht nur auf einen entbündelten und kosteneffizienten, sondern ebenso auf einen zeitnahen Zugang zu diesen Vorleistungen angewiesen.

#### 14. Zu § 40 Abs. 4 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 38)

Bezüglich eines Antragsrechtes für die Wettbewerbsunternehmen bei Verdacht auf missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung schlage ich ein zweistufiges Verfahren vor, ähnlich dem des Bundesverfassungsgerichtes für die Behandlung von Verfassungsbeschwerden. Dabei sollte die Regulierungsbehörde zunächst in einem Vorprüfungsverfahren entscheiden, ob ein Antrag weiterverfolgt werden sollte. Wird dies bejaht, würde in einer zweiten Stufe erst der eigentliche Missbrauchsverdacht in einem förmlichen Verfahren untersucht. Dies erscheint angebracht, um einerseits sicherzustellen, dass die Regulierungsbehörde sich nicht mit einer großen Anzahl unbegründeter Verdachtsfälle ausführlich beschäftigen muss, andererseits berücksichtigt es die Befürchtungen der Wettbewerbsunternehmen, dass die Regulierungsbehörde nicht immer ausreichend zeit- und problemnah agieren kann und sich daher möglicherweise erst zu spät mit etwaigen Missbräuchen befasst.

#### 15. Zu Teil 7, Abschnitt 2: "Datenschutz" (§§ 89 bis 105) (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 63)

Die Forderung des Bundesrates, den Telekommunikationsbereich in datenschutzrechtlicher Sicht nicht umfassender und restriktiver zu regulieren als andere Wirtschaftsbereiche, ist zu begrüßen.

#### 16. Zu § 108

In § 108 TKG-E wird die Einschränkung des Referentenentwurfes (§ 105 TKG) zurückgenommen, der Kreis der Verpflichteten, die auf eigene Kosten technische Einrichtungen zur Umsetzung gesetzlich vorgesehener Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten und organisatorische Vorkehrungen für deren unverzügliche Umsetzung zu treffen, auf Anbieter für die Öffentlichkeit zu begrenzen. Dies bedeutet, dass Unternehmen, die keine öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen erbringen, aber eigene Netze nutzen, mit umfangreichen und aufwändigen datenschutzrechtlichen Auflagen belastet werden. § 108 Abs. 2 TKG-E verweist zwar darauf, dass durch eine Verordnung (TKÜV) Ausnahmeregelungen möglich sind. Diese Ausnahmemöglichkeit ist jedoch für die betroffenen Unternehmen schwer abschätzbar und bietet, sofern sie gewährt wird, den Unternehmen geringere Planungssicherheit als eine gesetzliche Regelung.

Es wird daher vorgeschlagen, die Formulierung des Referentenentwurfes,

„(1)...Telekommunikationsanlage betreibt, mit der Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbracht werden,...“

wieder in das Gesetz aufzunehmen.

#### 17. Zu § 109

In § 109 TKG-E wird durch die Formulierung „Wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt“ der Kreis derjenigen, die verpflichtet werden, umfangreiche Daten über Anschlüsse und deren Nutzer zu erheben und zu speichern, gegenüber der Formulierung des Referentenentwurfes (§ 106 TKG) „Wer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt...“ wesentlich erweitert. Eine solche Verpflichtung hätte erhebliche zusätzliche Aufwendungen bei den zahlreich betroffenen, nicht nur großen Unternehmen zur Folge. Aus einzel- und gesamtwirtschaftlichen Kosten/Nutzen Erwägungen erscheint ein solcher Zusatzaufwand nicht vertretbar. Es wird daher empfohlen den § 109 TKG-E wie folgt zu ändern

(1) „Wer Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit erbringt und...“.

#### 18. Zu § 135ff.: Gerichtsverfahren / Rechtsweg

Die Frage, über welchen Rechtsweg die Entscheidungen der Regulierungsbehörde künftig überprüfbar sein sollen, wird gegenwärtig sehr kontrovers diskutiert. Folgende Gesichtspunkte sind dabei von Gewicht:

1. Es sollte im Verhältnis zur Branche und zum breiteren Publikum möglichst nur ein Rechtsweg bestehen, also entweder Zivil- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dadurch werden die Übersichtlichkeit der Rechtsverfahren sowie Spezialisierungsvorteile der Beteiligten und die Effizienz der Behördenarbeit gefördert.
2. Zu bedenken ist, dass das TKG neben der wettbewerbsbezogenen Regulierung auch in erheblichem Umfang für technische Regulierung verantwortlich ist, die als hoheitliche Aufgabe ohnehin dem Verwaltungsrecht zugeordnet ist.
3. In den vergangenen Jahren haben die Verwaltungsgerichte ein erhebliches Erfahrungswissen im Bereich der Telekommunikationsregulierung sowohl mit Blick auf Wettbewerbsfragen als auch mit Blick auf Fragen der technischen Regulierung aufgebaut.
4. Der besondere Charakter der EU-Regulierungsrahmens und seiner Umsetzung im TKG (s.o. Ziff. 3) verlangen besonderes rechtliches Gespür und Verfahrenskriterien für die Prüfung der Abgrenzung und der Ausübung von Ermessensspielräumen (etwa zur Frage der (Nicht) Verletzung pflichtgemäßen Ermessens bei der Beurteilung komplexer Zusammenhänge unter Berücksichtigung multipler Kriterien). Dazu liegen in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits erhebliche Erfahrungen vor.
5. Die Regulierungsbehörde soll in naher Zukunft ebenfalls mit der Regulierung der Energiemärkte betraut werden.

Vor diesem Hintergrund und nach sorgfältiger Abwägung ist der Beibehaltung des verwaltungsrechtlichen Gerichtswegs der Vorzug zu geben.

**19. Zu § 142 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 87)**

Die Einführung eines Telekommunikationsbeitrages erscheint problematisch. Zum einen entstehen gerade für klein- und mittelständische Unternehmen zusätzliche Belastungen, zum anderen sind mit einem solchen Beitrag keine Anreize zur Effizienzsteigerung der Arbeit der Regulierungsbehörde verbunden.

**20. Zu § 147 (vgl. Stellungnahme des Bundesrates Nr. 89)**

Eine Erweiterung der Bußgeldtatbestände in § 147 Abs. 1 um einen Verstoß gegen § 26 TKG (Missbrauch von Marktmacht bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten) sowie um Nichtvorlage oder nicht fristgerechte Vorlage eines Standardangebotes nach § 21 Abs. 1 TKG erscheint im Sinne einer zielgenauen Regulierung sinnvoll.

**DEUTSCHER BUNDESTAG**

Ausschuss für  
Wirtschaft und Arbeit  
15. Wahlperiode

**Ausschussdrucksache 15(9)974**

6. Februar 2004

**Schriftliche Stellungnahme**

zur öffentlichen Anhörung am 9. Februar 2004 in Berlin zum

**Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) - Drucksachen 15/2316, 15/2329, 15/2345 -**

Prof. Dr. iur. Dr. Rer. Pol. LL.M. (Harvard) Christian Kirchner, Humboldt-Universität Berlin

**1. Allgemeine Stellungnahme**

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Telekommunikationsgesetzes (TKG-RegE) stellt die Regulierung des Telekommunikationssektors in Deutschland auf eine neue Grundlage. Es werden die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien des 'Neuen Rechtsrahmens' für die Regulierung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste<sup>139</sup> konsistent in deutsches Recht umgesetzt. Damit wird für die deutsche Telekommunikationswirtschaft ein neuer Rechtsrahmen geschaffen. Dieser trägt der Tatsache Rechnung, daß mit zunehmendem Wettbewerb in der Branche das allgemeine Wettbewerbs- und Kartellrecht mehr und mehr an die Stelle sektorspezifischer Regulierung treten kann. Ziel muß es sein, die Regulierung, aber auch das Auslaufen der sektorspezifischen Regulierung (vgl. S. 1 des Entwurfes), so zu gestalten, daß ein intensiver infrastrukturbasierter Wettbewerb gefördert wird. Dieser ist die Grundlage für eine starke Position der deutschen Telekommunikationswirtschaft auf den europäischen und den internationalen Märkten.

<sup>139</sup> Richtlinien und Verordnungen des 'Neuen Rechtsrahmens': Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie, RRL), Abl. EG Nr. L 108, S. 33 - 50, vom 24.4.2002; Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und den zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie, ZRL), Abl. EG Nr. L 108, S. 7 - 20, vom 24.4.2002; Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste (Genehmigungsrichtlinie, GRL), Abl. EG Nr. L 108, S. 21 - 33, vom 24.4.2002; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie, URL), Abl. EG Nr. L 108, S. 51 - 77, vom 24.4.2002; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation - DRL), Abl. EG Nr. L 201/37 vom 31.7.2002; Richtlinie über den Wettbewerb auf dem Markt für Kommunikationsnetze, Abl. EG Nr. C 96, S. 2 vom 27.3.2001; Verordnung (EG) Nr. 2887/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.12.2000 über den entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluß (Entbündelungsverordnung), Abl. EG Nr. L 336 v. 30.12.2000, S. 4 - 8.

ten. Voraussetzung dafür ist eine klare und präzise Fassung der tatbestandlichen Voraussetzungen für die Regulierung, um - wie es im Entwurf (S. 1) heißt - "Rechts und Investitionssicherheit zu gewährleisten".

In einigen Punkten besteht Korrektur- und Präzisionsbedarf, soll die genannte Zielsetzung durchgehend erreicht werden. Insbesondere geht es um die Regelung zum Resale, um eine Flexibilisierung der Regulierung des Mobilfunks und um den Schutz neuer Märkte.

**2. Resale**

Mit der Resaleverpflichtung in § 19 TKG-RegE soll Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d der Zugangsrichtlinie (ZRL) umgesetzt werden. Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RegE kann die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, verpflichten "Zugang zu bestimmten, vom Betreiber angebotenen Diensten, wie sie Endnutzern gemäß den Allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen". Eine solche Bestimmung ist geeignet, ein sogenanntes reines Anschluß-Resale zu ermöglichen. Der deutsche Gesetzgeber ist aber aufgrund der Rechtslage des 'Neuen Rechtsrahmens' zu einer Präzisierung der Resaleregelung verpflichtet, die eben dieses ausschließt (vgl. dazu meine Ausführungen in Anhang I vom 15.12.2003). Rechtlich und wirtschaftlich erscheint eine Eingrenzung der Resaleverpflichtung auf 'Verbindungsleistungen' und/oder 'Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen' geboten, wie sie im Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen im Wirtschaftsausschuß des Bundesrates am 4.12.2003 vorgeschlagen worden ist.

**3. Schonende und flexible Regulierung des Mobilfunks**

Für den Mobilfunkbereich hat der deutsche Gesetzgeber - angesichts des funktionierenden Wettbewerbs auf den Mobilfunkmärkten - für Vorleistungsentgelte lediglich eine Mißbrauchskontrolle vorgesehen (§ 28 Abs. 4 TKG-RegE). Nach § 28 Abs. 4 Satz 2 sollen solche Entgelte nur dann einer Genehmigungspflicht

nach § 29 unterworfen werden, wenn ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes sowohl auf dem Zugangsmarkt als auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Diese Herangehensweise, die auf das Erfordernis der 'doppelten Marktbeherrschung' abstellt, entspricht dem 'Grundsatz der schonenden Regulierung im Mobilfunksektor' (vgl. meine Ausführungen im Anhang II "Mobilfunkregulierung im TKG-Regierungsentwurf und der 'Neue Rechtsrahmen' des europäischen Gemeinschaftsrechts", S. 5 f.). Die Regelung ist mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts kompatibel (Vgl. Anhang II, S. 6 - 12). Ein Verzicht auf das Erfordernis der doppelten Marktbeherrschung wäre geeignet, dem Wettbewerb auf den Mobilfunkmärkten schweren Schaden zuzufügen und ist deshalb auch aus ökonomischen Erwägungen abzulehnen.

Aus dem 'Grundsatz der schonenden Regulierung im Mobilfunksektor' folgt außerdem die Verpflichtung des deutschen Gesetzgeber zu einer Flexibilisierung der Regulierungsinstrumente im Mobilfunksektor. Die auf Festnetzbetreiber zugeschnittenen Regelungen zur Kostenregulierung sind für den Mobilfunkbereich nicht angemessen. Es ist daran zu erinnern, daß es im Mobilfunksektor nicht um den Einsatz sektorspezifischer Regulierung für die Überführung eines ehemaligen Staatsmonopols in den Wettbewerb geht, sondern daß hier Unternehmen im Wettbewerb stehen, die auf der Grundlage der selbst erstellten Infrastruktur in einem intensiven (Internet-) Wettbewerb stehen.

#### 4. Schutz neuer Märkte

Die in § 19 TKG-RegE vorgesehenen Zugangsverpflichtungen sehen - zu Recht - nicht vor, daß Wettbewerber Zugang zu innovativen Endkundenprodukten von Anbietern mit beträchtlicher Marktmacht erhalten, der es ihnen ermöglicht, die entsprechenden Produkte zeitgleich mit dem Unternehmen, das diese neuen Produkte entwickelt hat, auf den Markt zu bringen. Eine zeitgleiche Bereitstellung ist im 'Neuen Rechtsrahmen' nicht vorgesehen; sie wäre auch nicht gemeinschaftsrechtskompatibel.

Für 'neu entstehende Märkte' sieht Erwägungsgrund 27 Satz 5 der Rahmenrichtlinie ausdrücklich vor, daß Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf solchen Märkten keine 'ungemessenen Verpflichtungen' aufzuerlegen sind. In den 'Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste'<sup>140</sup> wird dazu ausgeführt, daß eine verfrühte Ex-ante-Regulierung die Wettbewerbsbedingungen auf einem neu entstehenden Markt unverhältnismäßig stark beeinflussen könnte. Die eigentliche Gefahr einer zeitgleichen Bereitstellung innovativer Endkundenprodukte läge in der innovationshemmenden Wirkung einer solchen Regulierung. Dynamischer Wettbewerb setzt voraus, daß dem Innovator ein Innovationsanreiz dadurch gegeben wird, daß er erwarten kann, die Innovation über einen gewissen Zeitraum nutzen zu können, ohne daß die Imitationswettbewerber in der Lage wäre, in diesen neuen Markt vorzustoßen. Wird diese Zeitspanne durch Regulierung nun drastisch verkürzt, im Extremfall auf Null, wird damit zugleich

der Innovationswettbewerb ausgeschaltet. Eine nationale Regulierung, die das bewirkt, würde damit explizit gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht verstoßen. Zugleich wäre die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Telekommunikationswirtschaft auf europäischer und internationaler Ebene ernsthaft gefährdet.

#### 5. Zusammenfassung und Ausblick

Die in den Vorabschnitten vorgeschlagenen Modifikationen und Präzisierungen des Regierungsentwurfes eines Telekommunikationsgesetzes bewirken zweierlei: (1) Die deutschen Regelungen werden in Übereinstimmung mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des 'Neuen Rechtsrahmens' gebracht. (2) Die vorgeschlagenen Änderungen dienen dem Ziel des Gesetzes, intensiven - infrastrukturbasierten - Wettbewerb auf den deutschen Telekommunikationsmärkten zu fördern, um die Wettbewerbsfähigkeit der Branche auf europäischen und internationalen Märkten zu stärken,

<sup>140</sup> Abl. EG C 165/6 vom 11.7.2002

## Anhang I

### Resaleverpflichtung nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RegE und der

#### 'Neue Rechtsrahmen' des europäischen Gemeinschaftsrechts

##### 1. Ausgangsposition

Gemäß § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RegE kann die Regulierungsbehörde Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, unter Beachtung von Absatz 1 verpflichten, Zugang zu bestimmten vom Betreiber angebotenen Diensten zu Großhandelsbedingungen zu gewähren, um Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu ermöglichen (Resale-Verpflichtung). Damit soll Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d Zugangsrichtlinie (ZRL) umgesetzt werden. Im Gesetz wird nicht näher spezifiziert, was unter 'bestimmten' Diensten zu verstehen ist.

##### 2. Konkretisierung durch den Gesetzgeber

Es fragt sich, ob es geraten wäre, daß der Gesetzgeber - schon um die Rechtssicherheit zu verbessern - konkretisiert, was unter 'bestimmten Diensten' zu verstehen ist. Eine sinnvolle Konkretisierung wäre eine Eingrenzung auf 'Verbindungsleistungen' und/oder 'Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen', wie sie im Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen im Wirtschaftsausschuß des Bundesrates am 4.12.2003 erfolgt ist. Im Ergebnis wird durch diese Konkretisierung verhindert, daß auch ein reines Anschluß-Resale unter die Zugangsregulierung fällt. Dann stellt sich aber die Frage, ob eine solche Konkretisierung durch den Gesetzgeber mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts kompatibel ist.

##### 3. § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RegE im Lichte der Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

###### 3.1 Mögliche Gründe für die Kompatibilität oder Inkompatibilität einer konkretisierten Resale-Verpflichtung mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben des Neuen Rechtsrahmens

Konkretisiert der Gesetzgeber die Resale-Verpflichtung in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RegE in dem Sinne, daß er damit das reine Anschluß-Resale ausschließt, könnte dies als fehlerhafte Umsetzung der Zugangsrichtlinie deshalb gerügt werden, weil nunmehr der Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde, der das Instrument, Resale-Verpflichtungen aufzuerlegen, gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d) ZRL an die Hand zu geben ist, eingeschränkt wird. Auf der anderen Seite ist der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinien des 'Neuen Rechtsrahmens' an die dort formulierten Regulierungsziele gebunden und hat die Richtlinienregelungen dementsprechend umzusetzen. Zu prüfen wäre dann, ob eine Konkretisierung der Resale-Verpflichtung in dem Sinne, daß sie nicht das reine Anschluß-Resale umfaßt, mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrecht verträglich ist, ob sie gegebenenfalls vom Gemeinschaftsrecht sogar gefordert wird.

###### 4.2 Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d) ZRL im Kontext der Zugangsregulierung nach Art. 12 ZRL

Gem. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 ZRL können die nationalen Regulierungsbehörden Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, *berechtigten* Anträgen auf Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und zugehörigen Einrichtungen und auf deren Nutzung stattzugeben. Wann ein Antrag als 'berechtigt' zu beurteilen ist, ergibt sich aus dem Kontext von Art. 12 ZRL und aus Erwägungsgrund 19 dieser Richtlinie.

Aus dem zweiten Halbsatz von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 ZRL, demzufolge, einem Zugangsantrag unter anderem stattzugeben ist, wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, daß die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden, ist der Umkehrschluß abzuleiten, daß eine Resale-Verpflichtung dann nicht in Betracht kommt, wenn zwar regulierungsbedingt kurzfristig Wettbewerb auf der Endverbraucherebene hergestellt wird, der langfristig aber nicht von Bestand ist.

Dann kommt es auf den Zusammenhang zwischen der Resale-Verpflichtung und den dadurch erzielten Effekten auf den betroffenen Märkten ab. Also ist eine Wirkungsanalyse der Resale-Verpflichtung durchzuführen.

Die Notwendigkeit einer solchen Wirkungsanalyse ergibt sich auch aus Art. 12 Abs. 2 Satz 1 ZRL. Diese Vorschrift verpflichtet die nationalen Regulierungsbehörden zu prüfen, ob eine Resale-Verpflichtung in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen gemäß Art. 8 Rahmenrichtlinie (RRL) steht. Zu diesen Zielen rechnet gem. Art. 8 Abs. 2 die Förderung des Infrastrukturwettbewerbs. Daß der Richtliniengeber eben dieses Ziel der Rahmenrichtlinie bei der Zugangsregulierung nach Art. 12 ZRL vor Augen hatte, ergibt sich aus Art. 12 Abs. 2 lit. d) ZRL. Dieser Vorschrift zufolge hat die Regulierungsbehörde bei der Prüfung, ob eine Resale-Verpflichtung gem. Abs. 1 lit. d) den Zielen der Rahmenrichtlinie entspricht, der Notwendigkeit zur langfristigen Sicherung des Wettbewerbs Rechnung zu tragen. Was unter einer derartigen 'langfristigen Sicherung des Wettbewerbs' zu verstehen ist, erschließt sich aus Satz 5 des 19. Erwägungsgrundes der Zugangsrichtlinie. Danach sollte die den Wettbewerb kurzfristig belebende Verpflichtung zur Gewährung des Zugangs nicht dazu führen, daß die Anreize für Wettbewerber zur Investition in Alternativeinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, entfallen.

An diese Vorgaben von Art. 8 Abs. 2 RRL und von Art. 12 Abs. 2 ZRL in Verbindung mit Erwägungsgrund 19 Satz 5 ZRL ist der Gesetzgeber, der die Zugangsrichtlinie umsetzt, gebunden.

Es ist dann zu fragen, ob eine gesetzliche Regelung, der zufolge die Resale-Verpflichtung so formuliert ist, daß sie auch das reine Anschluß-Resale umfaßt, mit den genannten Vorgaben des Neuen Rechtsrahmens kompatibel ist. Ergibt sich eine Inkompatibilität einer solchen Regelung mit europarechtlichen Regelungen, ist sie durch eine Regelung zu ersetzen, die das reine Anschluß-Resale ausschließt.

Aufgrund eines reinen Anschluß-Resales ist es einem Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen möglich, ohne eigenes Risiko in das Anschlußgeschäft einzusteigen. Dadurch kann kurzfristig der Wettbewerb auf dem betreffenden Endverbrauchermarkt belebt werden. Da derjenige, der aufgrund des regulierten Anschluß-Resales Dienstleistungen anzubieten in der Lage ist, mit Betreibern in Wettbewerb treten kann, die auf der Grundlage einer eigenen Infrastruktur im Markt tätig sind, ergibt sich kurz- und mittelfristig eine Schieflage, langfristig ein Absterben des infrastrukturbasierten Wettbewerbs.

Die Schieflage folgt daraus, daß Anbieter mit unterschiedlichen Kostenstrukturen und Investitionsrisiken auf denselben Märkten tätig werden. Während die infrastrukturbasierten Anbieter das Investitionsrisiko für ihre Infrastrukturinvestitionen tragen und mit den Kosten dieser Infrastruktur belastet sind, ist der Resale-Anbieter hingegen ohne dieses Risiko und ohne diese Kosten auf dem Markt tätig. So hat er die Möglichkeit, die Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen. Diese ökonomisch unerwünschte Verzerrung des Wettbewerbs führt zu einer Pervertierung der Selektionsfunktion des Wettbewerbs. Nicht die Unternehmen, die falsche Investitionsentscheidungen getroffen haben und die zu hohe Kosten haben, werden sanktioniert, sondern eben die Unternehmen die richtige Investitionsentscheidungen getroffen haben (unter Rahmenbedingungen, in denen ein reines Anschluß-Resale nicht vorgesehen war), werden nunmehr dem Wettbewerb solcher Anbieter ausgesetzt, die regulierungsbedingt Wettbewerbsvorteile genießen. Ein solcher - durch Regulierung verzerrter - Wettbewerb würde die falschen Wettbewerber selektieren.

Gefährlicher als diese Marktschieflage sind die Langfristwirkungen einer derartigen Resale-Regulierung: Jeder Betreiber eines Telekommunikationsnetzes muß dann, wenn die Zugangsregulierung eine reine Anschlußregulierung umfaßt, damit rechnen, daß sich Infrastrukturinvestitionen wegen der regulierungsbedingten Trittbrettfahreneffekte nicht lohnen. Es kommt zu einer Verlangsamung und im Extremfall zu einem Erliegen des Infrastrukturwettbewerbs. Eine Zugangsregulierung, die ein reines Anschluß-Resale vorsieht oder nicht ausschließt, ist aus diesen Gründen mit der Zielsetzung, den infrastrukturbasierten Wettbewerb zu fördern, nicht vereinbar.

Die Konsequenz der Unverträglichkeit einer Verpflichtung zu reinem Anschluß-Resale mit den klaren Zielvorgaben der Zugangsrichtlinie für die Zugangsregulierung über Resale-Verpflichtungen bedeutet für den nationalen Gesetzgeber, der Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d) ZRL umzusetzen hat, daß er die Resale-Verpflichtung in einer Art und Weise zu konkretisie-

ren hat, die sichergestellt, daß reine Anschluß-Resale-Verpflichtungen nicht auferlegt werden können. Die in Abschnitt 2 erörterte Konkretisierung der Resale-Verpflichtung, der zufolge diese auf 'Verbindungsleistungen' und 'Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen' begrenzt wird, wird den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts gerecht. Sie ist europarechtskompatibel. Es ist der an die Vorgaben der Richtlinien des Neuen Rechtsrahmens gebundene nationale Gesetzgeber, der sicherzustellen hat, daß nur europarechtskompatible Resale-Verpflichtungen auferlegt werden. Es existiert insofern kein Ermessensspielraum der nationalen Regulierungsbehörde, den es zu schützen gälte. Der Gesetzgeber hat verlässliche Rahmenbedingungen für Telekommunikationsmärkte zu schaffen, die in Einklang mit den Vorgaben des Neuen Rechtsrahmens stehen. Dem dient die Konkretisierung der Resale-Verpflichtung im vorgeschlagenen Sinne.

#### 4. Fazit

Bei der Umsetzung von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d) ZRL hat der deutsche Gesetzgeber sicherzustellen, daß reines Anschluß-Resale nicht unter die möglichen Resale-Verpflichtungen fällt. Eine Eingrenzung auf 'Verbindungsleistungen' und/oder 'Anschlüsse in Verbindung mit Verbindungsleistungen' - wie sie im Antrag des Landes Nordrhein-Westfalen im Wirtschaftsausschuß des Bundesrates am 4.12.2003 erfolgt ist, trägt dieser Eingrenzungsverpflichtung Rechnung. Damit genügt der Gesetzgeber seiner Verpflichtung, Art. 12 Abs. 1 Satz 2 lit. d) gemeinschaftsrechtsverträglich in deutsches Recht umzusetzen. Es wird damit auch nicht ein möglicher Ermessensspielraum der Regulierungsbehörde berührt; ein solcher Ermessensspielraum existiert hier nicht. Der deutsche Gesetzgeber ist durch die Vorgaben der Zugangsrichtlinie gebunden, die Resale-Verpflichtung zu konkretisieren. Diese Konkretisierung der Resale-Verpflichtungen, die einem Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze auferlegt werden können, entspricht der Wertung im 'Neuen Rechtsrahmen' die der Förderung des infrastrukturbasierten Wettbewerbs ein besonderes Gewicht beimißt. Dies stellt eine der wesentlichen Änderungen des Regulierungsansatzes für Telekommunikationsmärkte nach dem Neuen Rechtsrahmen gegenüber dem derzeit geltenden Recht dar. Würde die derzeit in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RegE beibehalten, bestände eine inhaltliche Diskrepanz zwischen der deutschen Regulierung von Telekommunikationsmärkten und den neuen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Berlin, den 15.12.2003

**Anhang II**

CHRISTIAN KIRCHNER\*

**Mobilfunkregulierung im TKG-Regierungsentwurf und der 'Neue Rechtsrahmen' des europäischen Gemeinschaftsrechts**

*Die Mobilfunkregulierung ist nach den Vorgaben des 'Neuen Rechtsrahmens' des europäischen Gemeinschaftsrechts grundsätzlich in die Regulierung für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste einzubeziehen (Prinzip der technologieneutralen Regulierung). Mobilfunkmärkte unterscheiden sich aber signifikant von denen der Festnetztelefonie. Es geht hier nicht um eine Regulierung des Zugangs zum Netz eines 'etablierten Betreibers', sondern um die Herstellung des End-zu-End-Verbunds. Aus den Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts leitet sich der Grundsatz der schonenden Regulierung ab, der insbesondere für die Regulierung von Mobilfunkmärkten bedeutsam ist. Im Regierungsentwurf des TKG wird diesem Grundsatz - wenn auch nicht in voller Konsequenz - Rechnung getragen. Der deutsche Gesetzgeber sucht, eine "ineffiziente Überbürokratisierung" zu vermeiden. Die Regulierung von Zugangsentgelten ist deshalb in § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE an das gleichzeitige Vorliegen beträchtlicher Marktmacht eines Betreibers auf den Zugangs- und den Endkundenmärkten gebunden. Diese Regelung ist - entgegen Stimmen in der Literatur - europarechtskompatibel. Art. 13 Abs. 1 Zugangsrichtlinie wird korrekt umgesetzt. Das in Art. 16 Rahmenrichtlinie vorgesehene Marktanalyseverfahren wird in dieser Norm modifiziert und präzisiert. Daran ist der deutsche Gesetzgeber gebunden. Das Erfordernis einer 'doppelten Marktbeherrschung' ist auch ökonomisch geboten, da es ohne eine solche Regelung zur Überregulierung kommen könnte. Mobilfunkmärkte, auf denen intensiver Wettbewerb herrscht, unterlägen der Gefahr einer sektorspezifischen Regulierung, die zu nicht gewollten Marktverzerrungen in diesem Bereich führen würde.*

**1. Problemstellung**

Im TKG-Regierungsentwurf (TKG-RegE) unterliegen Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes der sektorspezifischen Regulierung. Für die Zugangsregulierung wird dies in § 16 TKG-RegE, für die Entgeltregulierung in § 26 Abs. 1 Satz 1 TKG-RegE (unter der Einschränkung, daß nur Anbieter, die über beträchtliche Marktmacht verfügen, dieser Regulierung unterworfen werden) bestimmt. Nach § 3 Ziff. 27 werden 'Telekommunikationsnetze' weit definiert, so daß auch 'mobile terrestrische Netze' unter diesen Begriff fallen. Die Folge ist, daß grundsätzlich auch Betreiber von öffentlichen Mobilfunknetzen Adressaten der Vorschriften der sektorspezifischen Regulierung des TKG sind.

Für das derzeit geltende TKG aus dem Jahre 1998 war in der Literatur darüber gestritten worden, ob und wieweit Betreiber öffentlicher Mobilfunknetze der Regulierung unterliegen.<sup>142</sup> Nach richtiger Auffassung

finden die Regelungen zur Betreiber Auswahl und - vorauswahl für diese Betreiber keine Anwendung.<sup>143</sup> Diese Position wird auch von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) geteilt. Der Gesetzgeber ist bei der Novellierung des TKG im jetzt vorliegenden Regierungsentwurf bemüht, eine Überregulierung der Mobilfunkmärkte - Stichwort 'Vermeidung ineffizienter Überbürokratisierung'<sup>144</sup> - zu vermeiden. Da sich aber die Regulierung grundsätzlich auch auf öffentliche Mobilfunknetze erstreckt, treten konkret zwei Probleme auf:

- (1) Der Grundsatz der schonenden Regulierung in Bezug auf die Regulierung öffentlicher Mobilfunknetze wird möglicherweise nicht voll durchgehalten.
- (2) Der in § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE gewählte Ansatz der Entgeltregulierung, der eine Entgeltregulierung nach § 29 TKG-RegE dann nicht vorsieht, wenn der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes nicht sowohl auf dem Zugangsmarkt wie auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt, könnte in Widerspruch zu gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften des 'Neuen Rechtsrahmens' für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste stehen.<sup>145</sup>

Beide Probleme betreffen die Vereinbarkeit der im Regierungsentwurf des TKG vorgesehenen Vorschriften zur Regulierung des Mobilfunks mit europäischem Gemeinschaftsrecht. Beim Grundsatz der schonenden Regulierung geht es um dessen Verankerung im Gemeinschaftsrecht und die daraus zu ziehenden Schlußfolgerungen für die Mobilfunkregulierung im TKG. Bei § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE steht das Verhältnis dieser Norm zur Zugangsrichtlinie (ZRL)<sup>146</sup> und zum in Art. 15 und 16 Rahmenrichtlinie (RRL)<sup>147</sup> vorgesehenen Marktanalyseverfahren zur Diskussion.

**2. Methodischer Ansatz und Vorgehensweise****2.1 Methodischer Ansatz**

Die Prüfung der Vereinbarkeit von Vorschriften des geplanten neuen TKG mit europäischem Gemeinschaftsrecht erfolgt beim ersten Problembereich (Grundsatz der schonenden Regulierung) in drei Schritten: (1) Der Grundsatz selbst ist aus den Regelungen der Rahmenrichtlinie und der Zugangsricht-

betreiber Auswahl und Marktbeherrschung im Mobilfunkbereich, MMR Beilage 1/2002, S. 28 - 34; Schuster/Müller, Verbindungsnetzbetreiber-Auswahl und Entgeltregulierung im Mobilfunk, MMR Beilage 1/2002, 35, 40; Kirchner, Verschärfte Regulierung der Mobilfunkmärkte? MMR-Beilage 8/2003, 1 - 20.

<sup>143</sup> Kirchner (FN. 1) S. 9.

<sup>144</sup> Amtliche Begründung des TKG-RegE zu § 28 (Entgeltregulierung) auf S. 93.

<sup>145</sup> Vgl. Klotz, Der Referentenentwurf zum TKG im Licht europarechtlicher Vorgaben, MMR 8/2003, 495, 499; Heun, Der Referentenentwurf zur TKG-Novelle, CR 7/2003, 485, 492.

<sup>146</sup> Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und den zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie - ZRL), Abl. EG Nr. L 108, S. 7 - 20, vom 24.4.2002.

<sup>147</sup> Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie - RRL), Abl. EG Nr. L 108, S. 33 - 50, vom 24.4.2002.

\* Prof. Dr. iur. Dr. rer.pol. Christian Kirchner, LL.M. (Harvard) lehrt an der Humboldt-Universität zu Berlin und ist dort Mitglied der Juristischen Fakultät und der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

<sup>142</sup> Vgl. Bunte, Markt abgrenzung und Marktbeherrschung auf Mobilfunkmärkten, MMR Beilage 1/2002, S. 1 - 11; Möschel, Verbindungsnetz-

linie zu entwickeln. (2) Sodann sind die Vorschriften im TKG-RegE zu identifizieren, die möglicherweise gegen den Grundsatz verstoßen könnten. (3) Im dritten Schritt ist der Vereinbarkeitstest durchzuführen.

Beim zweiten Problembereich (§ 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE) geht es, da es sich um eine Frage der Zugangsregulierung handelt, zuerst um die Frage, in welchem Verhältnis diese Norm zu den Vorschriften der Zugangsrichtlinie steht, sodann um das Verhältnis zum Marktanalyseverfahren der Rahmenrichtlinie. Im Lichte dieser Dreiecksbeziehungen ist im dritten Schritt die Europarechtskompatibilität von § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu prüfen.

Die rechtliche Methodik ist bei beiden Prüfverfahren eine der Interpretation der vorrangigen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen mit Blick auf das Aufspüren möglicher Widersprüche zwischen diesen Regelungen und dem transformierten deutschen Recht. Dabei stehen systematische Argumente neben wertenden, in denen die Zielsetzung der Normen im Wege teleologischer Interpretation auszuloten ist.

Die *rechtliche Prüfung* der Vereinbarkeit zwischen Vorschriften des TKG-Regierungsentwurfs und denen des ‚Neuen Rechtsrahmens‘ kann nicht losgelöst von ökonomischen Erwägungen durchgeführt werden. Bei den Regelungen dieses ‚Neuen Rechtsrahmens‘ und ihrer Transformation in deutsches Recht geht es um die konkrete Ausgestaltung des rechtlich-institutionellen Rahmens für einen wichtigen Teilbereich der Wirtschaftspolitik. Es ist dieser rechtlich-institutionelle Rahmen für den Telekommunikationssektor, der darüber entscheidet, ob sich dieser Sektor (wieder) zu einem Motor und Innovationsgenerator der deutschen und europäischen Wirtschaft entwickelt. Hinter den Auseinandersetzungen um einzelne Rechtsfragen der europarechtskompatiblen Ausgestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts verbergen sich unterschiedliche Konzeptionen der sektorspezifischen Regulierung des Telekommunikationssektors. Es geht hier um ordnungspolitische Grundsatzentscheidungen.

## 2.2 Vorgehensweise

Im folgenden ist bei beiden Problemen nach der im Vorabschnitt erörterten Dreischrittprüfung vorzugehen. Ökonomische Erwägungen sind jeweils im Kontext der teleologischen Interpretation von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts anzustellen. Zum Schluß ist das durch rechtliche Interpretation gewonnene Ergebnis in den ordnungspolitischen Rahmen zu setzen und ökonomisch zu bewerten.

## 3. Technologieneutraler Regulierungsansatz im ‚Neuen Rechtsrahmen‘

### 3.1 Regelungen in der Rahmenrichtlinie und der Empfehlung

Der ‚Neue Rechtsrahmen‘ des Gemeinschaftsrechts für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste<sup>148</sup> basiert auf dem Prinzip der technologieneutralen

Regulierung.<sup>149</sup> Art. 2 lit. a Rahmenrichtlinie (RRL) definiert ein ‚elektronisches Kommunikationsnetz‘ sehr weit. Erfasst werden nach dem Wortlaut der Norm auch ‚mobile terrestrische Netze‘. In Erwägungsgrund 5 RRL wird dieser umfassende Regulierungsansatz unter Hinweis auf die Verschmelzung von Telekommunikation, Medien und Informationstechnologien gerechtfertigt. Es soll danach für alle Übertragungsnetze ein einheitlicher Rechtsrahmen gelten. Die Konsequenz eines derart umfassenden Regulierungsansatzes ist, daß – soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen gegeben sind – auch Mobilfunkmärkte grundsätzlich in die sektorspezifische Regulierung der elektronischen Kommunikationsnetze und –dienste einbezogen werden. So werden in Anhang I RRL unter den Märkten, die gemäß Art. 15 in die erste Empfehlung der Kommission über die relevanten Produkt- und Dienstmärkte aufzunehmen sind, auch folgende Mobilfunkmärkte aufgeführt: ‚Abgehende Anrufe in öffentliche Mobiltelefonnetzen‘, ‚Anrufzustellung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen‘, ‚Zugang zu öffentlichen Mobiltelefonnetzen einschließlich Betreiberwahl‘ und der ‚einzelstaatliche Markt für internationale Roamingdienste im öffentlichen mobilen Telefonnetz‘. Die Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors<sup>150</sup> empfiehlt den nationalen Regulierungsbehörden, bei der Festlegung relevanter Märkte gemäß Art. 5 Abs. 3 RRL im sogenannten Marktdefinitionsverfahren die im Anhang der Empfehlung aufgeführten Produkt- und Dienstmärkte zu prüfen. Im Anhang der Empfehlung werden unter Großkundenmärkten unter Ziff. 15 ‚Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobiltelefonnetzen‘ und unter Ziff. 17 ‚nationaler Großkundenmarkt für Auslands-Roaming in öffentlichen Mobiltelefonnetzen‘ aufgeführt.

### 3.2 Grenzen der Übertragbarkeit des Regulierungsansatzes im Bereich der Festnetztelefonie auf die Mobilfunktelefonie

Die genannten Regelungen vermitteln anscheinend den Eindruck, als würden nunmehr die betreffenden Mobilfunkmärkte – wie zuvor schon die der Festnetztelefonie – der sektorspezifischen Regulierung unterworfen, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen im einzelnen vorliegen. Technologieneutrale Regulierung, als Dogma betrachtet, würde den Besonderheiten der Mobilfunkmärkte dann nicht Rechnung tragen.

Der wesentliche Unterschied zwischen den Märkten der Festnetz- und der Mobiltelefonie ist die Tatsache, daß im ersten Sektor ‚etablierte Betreiber‘<sup>151</sup> im Zuge der Privatisierung und Liberalisierung die Netzinfrastruktur übernommen haben, aufgrund derer sie – jedenfalls in der ersten Marktphase nach der Liberalisierung – den Zugang zu den Dienstmärkten kontrollie-

den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und –diensten (Universaldienstrichtlinie - URL), Abl. EG Nr. L 108, S. 51 - 77, vom 24.4.2002; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation - DRL); Abl. EG L 201/37 vom 31.7.2002.

<sup>149</sup> Vgl. Erwägungsgrund 5 RRL.

<sup>150</sup> Abl. vom 8.5.2003, L 114/45 – 49.

<sup>151</sup> Der Terminus wird in Erwägungsgrund 11 der Empfehlung verwendet.

<sup>148</sup> Folgende Richtlinien sind neben der Rahmenrichtlinie (Nachweis in Fn. 6) und der Zugangsrichtlinie (Nachweis in Fn. 5) Teil dieses ‚Neuen Rechtsrahmens‘: Richtlinie 2002/20/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über die Genehmigung elektronischer Kommunikationsnetze und –dienste (Genehmigungsrichtlinie - GRL), Abl. EG Nr. L 108, S. 21 – 33, vom 24.4.2002; Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über

ren und insofern über netzspezifische Marktmacht verfügen,<sup>152</sup> während im Mobilfunksektor die Betreiber jeweils ihre eigene Netzinfrastruktur aufgebaut haben.<sup>153</sup>

Im Mobilfunksektor fehlt das Element der netzspezifischen Marktmacht, da der Wettbewerb zwischen den Netzen (Internetzettbewerb)<sup>154</sup> stattfindet und nicht – wie es im Festnetzbereich (noch) in einzelnen Märkten überwiegend der Fall ist – innerhalb eines Netzes (Intranetzettbewerb). Während im Fall des Überwiegens des Intranetz Wettbewerbs die dynamische Aufgabe der sektorspezifischen Regulierung darin liegt, in einer Anfangsphase den Netzzugang für ‚Einsteiger‘<sup>155</sup> zu ermöglichen, um Wettbewerb auf den nachgelagerten Märkten zu sichern, um dann in den Folgephasen Anreize zum Übergang zum Aufbau wettbewerblicher Infrastrukturen und damit zum Internetzettbewerb zu geben, liegt die zentrale Aufgabe der Regulierung im Falle des Internetz Wettbewerbs – wie er im Mobilfunksektor anzutreffen ist – in der Gewährleistung der Interoperabilität der Netze.<sup>156</sup>

Zugangsregulierung im Mobilfunksektor dient also nicht der Ermöglichung von Wettbewerb innerhalb existierender Netze, sondern der Schaffung von Interoperabilität zum Nutzen der Endnutzer. Solange und soweit diese nicht im Marktprozeß hergestellt wird, gibt es eine Rechtfertigung für zwingende Regelungen der Zugangsöffnung und der Zusammenschaltung. Dann spielt der Grundsatz der schonenden Regulierung im Mobilfunkbereich eine besondere Rolle, die über diejenige hinausgeht, die diesem Grundsatz auch in der Regulierung der Festnetztelefonie zukommt.

#### 4. Der Grundsatz der schonenden Regulierung im Mobilfunksektor

##### 4.1 Vorgaben in der Rahmenrichtlinie und der Zugangsrichtlinie

Kommt man von einem traditionellen ökonomischen Regulierungsansatz für Netzindustrien her und konzentriert sich auf die Notwendigkeit der Netzzugangsregulierung, um damit Wettbewerb dort zu eröffnen, wo vormals mit dem Hinweis auf die Existenz ‚natürlicher Monopole‘ die Wünschbarkeit von Wettbewerb verneint worden war, so liegt es nahe, einen Netzzugang möglichst effektiv durch eine Vorabregulierung durchzusetzen. Dieser Ansatz mag zwar einer statischen Monopolsituation gerecht werden, nicht aber den Problem sich dynamisch entwickelnder Märkte, auf denen ehemalige ehemalige Monopolpositionen systematisch erodiert werden, und schon gar nicht den Problem von Märkten, die von Anfang an wettbewerblich strukturiert gewesen sind.

Im ‚Neuen Rechtsrahmen‘ hat sich nun nicht der – alte – statische Regulierungsansatz durchgesetzt, sondern ein Ansatz der dynamischen Regulierung, die eine Entwicklung vom Intranetz-Wettbewerb zum infra-

strukturbasierten Internetz-Wettbewerb begleitet.<sup>157</sup> In diesem Zusammenhang ist auch von einem Auslaufen (*phase-out*) oder von Ablösung der sektorspezifischen Regulierung die Rede.<sup>158</sup>

Kernstück des Ansatzes der dynamischen Regulierung ist Art. 16 Abs. 3 RRL. Dieser Vorschrift zufolge, kommt eine Auferlegung von Verpflichtungen gemäß den Artikeln 16, 17, 18 oder 19 der Universaldienst-Richtlinie, sowie gemäß den Art. 7 und 8 ZRL dann nicht in Betracht, wenn für den betreffenden Markt aufgrund einer Marktanalyse festgestellt wird, daß hier wirksamer Wettbewerb herrscht. Bestehende Verpflichtungen sind nicht beizubehalten. Die Marktanalyse gem. Art. 16 Abs. 1 RRL erfolgt für die nach Art. 15 Abs. 3 RRL von den nationalen Regulierungsbehörden festgelegten relevanten Märkte. Art. 8 Abs. 2 ZRL statuiert, daß Verpflichtungen gem. Art. 9 – 13 der Richtlinie (nur) Betreibern mit im Marktanalyseverfahren festgestellter beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden. Eine Zugangsregulierung in Märkten, in denen weder ein einzelnes Unternehmen noch mehrere Unternehmen gemeinschaftlich über beträchtliche Marktmacht verfügen, ist demnach nicht statthaft. In dem Maße, in dem im Marktprozeß die Marktmacht der ‚etablierten Betreiber‘ erodiert, erfolgt der – automatische – Übergang von der sektorspezifischen Regulierung zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts.

Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, wie sektorspezifische Regulierung dort, wo sie rechtlich geboten ist, zu erfolgen hat. In Art. 8 Abs. 2 ZRL wird statuiert, daß bei Vorliegen beträchtlicher Marktmacht eines Betreibers die nationale Regulierungsbehörde ‚im erforderlichen Umfang‘ die in den Art. 9 bis 13 ZRL genannten Verpflichtungen auferlegt. In Art. 9 bis 13 ZRL reichen diese Verpflichtungen von der Transparenzverpflichtung (Art. 9) über die Gleichbehandlungsverpflichtung (Art. 10) und die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (Art. 11), die Verpflichtung in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Art. 12) bis zur Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung (Art. 13). Dies ist ein abgestuftes Instrumentarium. Der Grundsatz der Erforderlichkeit der auferlegten Verpflichtung ist Ausfluß des in Art. 8 Abs. 1 RRL niedergelegten Verhältnismäßigkeitsprinzips. Gemäß Erwägungsgrund 6 ZRL sind den Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, *ausgewogene Verpflichtungen* aufzuerlegen. Gemäß Erwägungsgrund 13, Satz 4, 2. Halbsatz ZRL sind Regulierungsaufgaben dort zu lockern, wo der Wettbewerb zu den gewünschten Ergebnissen führt. Gemäß Erwägungsgrund 14 ZRL wird die gemeinschaftsrechtlich statuierte Regulierung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht als ‚Obergrenze der Auflagen für Unternehmen‘ festgeschrieben, ‚um eine Überregulierung zu vermeiden‘. Gemäß Erwägungsgrund 19 Satz 5 ZRL soll ‚die den Wettbewerb kurzfristig belebende Verpflichtung zur Gewährung

<sup>152</sup> Vgl. zu diesem Konzept: Knieps, Netzspezifische Marktmacht: Lokalisierung monopolistischer Bottlenecks, in: Immenga u.a., Telekommunikation im Wettbewerb, München 2001, 89 - 99.

<sup>153</sup> Vgl. Kirchner (Fn. 1), 4 - 8.

<sup>154</sup> Vgl. Immenga/Kirchner, Zur Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts, in: TKMR 5/2002, 340, 341.

<sup>155</sup> Der Terminus wird in Erwägungsgrund 11 der Empfehlung verwendet.

<sup>156</sup> Vgl. Erwägungsgrund 9 ZRL.

<sup>157</sup> Ausführlich Kirchner, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für ein Konzept der dynamischen Regulierung der Telekommunikationsmärkte, in: TKMR (2003) Tagungsband zur Veranstaltung „Das Neue TKG“ am 5. Dezember 2002 in der Humboldt-Universität zu Berlin, 38 - 51; auch Immenga/Kirchner (Fn. 13), 354 f.

<sup>158</sup> Immenga/Kirchner, (Fn. 13), 354 f.

des Zugangs ... nicht dazu führen, daß die Anreize für Wettbewerber zur Investition in Alternativeinrichtungen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, entfallen.' Hier wird einer der tragenden Gründe für eine schonende Regulierung sichtbar: Es soll durch eine einseitig am Intranetz-Wettbewerb orientierte Regulierung nicht die Entwicklung des Internet-Wettbewerbs behindert oder gar verhindert werden. Eindeutig wird hier auf den Internet-Wettbewerb als die langfristig stärkere Form des Wettbewerbs gesetzt.

Aus den genannten Vorschriften ergibt sich der Grundsatz der schonenden Regulierung in Bezug auf eine Auswahl der Regulierungsbehörde zwischen den sektorspezifischen Regulierungsinstrumenten. Dieser Grundsatz greift aber insofern über das Problem der Wahl zwischen Instrumenten der sektorspezifischen Regulierung hinaus, als er auch zur Anwendung gelangt, wenn es darum geht, ob das Instrumentarium der sektorspezifischen Regulierung überhaupt zur Anwendung zu gelangen hat, oder statt dessen das allgemeine Wettbewerbs- und Kartellrecht zum Zuge kommt.

In Erwägungsgrund 27 Satz 1 RRL wird der Grundsatz der schonenden Regulierung dergestalt erweitert, daß er nicht nur für die Auswahl zwischen den Instrumenten der sektorspezifischen Regulierung gilt, sondern auch für die Frage, ob statt dieser Instrumente das Instrumentarium des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts zum Einsatz zu gelangen hat. Nach Satz 1 des Erwägungsgrundes sollen Vorabverpflichtungen nur auferlegt werden, wenn kein wirksamer Wettbewerb auf dem betreffenden Markt besteht und wenn die Instrumente des nationalen oder gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht ausreichen, um das Problem zu lösen. Im Lichte der genannten Regelungen der Rahmenrichtlinie und der Zugangsrichtlinie läßt sich der Grundsatz der schonenden Regulierung dann wie folgt formulieren: Auf Märkten, in denen kein wirksamer Wettbewerb im Sinne der Rahmenrichtlinie besteht, sind die Instrumente des nationalen und des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts einzusetzen, wenn diese zur Problemlösung ausreichen. Ist dies nicht der Fall sind aus den Instrumenten der Art. 9 bis 13 ZRL diejenigen Instrumente einzusetzen, die erforderlich sind, das Problem zu lösen. Für die Auswahl des erforderlichen Instruments kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Anwendung.

#### 4.2 Der Grundsatz der schonenden Regulierung für die Regulierung von Mobilfunkmärkten

Der Grundsatz der schonenden Regulierung hat für die Regulierung von Mobilfunkmärkten deshalb besondere Bedeutung, weil es hier nicht um strukturbedingte Zugangshindernisse geht, die sich aus der anfänglichen Kosten- oder Nachfragesituation ergeben, die zu einem Ungleichgewicht zwischen dem etablierten Betreiber und Einsteigern geht, wie dies Erwägungsgrund 11 der Empfehlung als Regulierungsproblem definiert, sondern um den Einsatz der Regulierung zum Zwecke der Sicherstellung der Interoperabilität.<sup>159</sup> Im Rahmen der im Vorabschnitt genannten Kriterien für die Auswahl des geeigneten und

<sup>159</sup>Vgl. Erwägungsgrund 9 ZRL.

erforderlichen Instruments (von der Vorabregulierung über die Ex-post-Regulierung und Regulierungsinstrumente geringerer Eingriffsintensität bis zur Anwendung des Instrumentariums des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts) bedeutet dies, daß nur ein solches Instrument eingesetzt werden darf, das für die Herstellung der Interoperabilität unerlässlich ist.

#### 5. Mögliche Inkompatibilitäten zwischen Regelungen zur Regulierung von Mobilfunkmärkten im TKG-RegE und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben

##### 5.1 Mangelnde Umsetzung des abgestuften Regulierungskonzepts von Art. 9 - 13 ZRL

Das in Art. 9 - 13 ZRL enthaltene abgestufte Instrumentarium, das von der Transparenzverpflichtung (Art. 9) über die Gleichbehandlungsverpflichtung (Art. 10) und die Verpflichtung zur getrennten Buchführung (Art. 11), die Verpflichtung in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung (Art. 12) bis zur Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung (Art. 13) reicht, findet sich in den entsprechenden Normkomplexen des TKG-RegE nicht wieder. Damit verkürzt der deutsche Gesetzgeber die Wahlmöglichkeiten für die Zugangsregulierung nicht unerheblich.

##### 5.2 Kompatibilitätsprüfung der Regelungen zur Mobilfunkregulierung im TKG-RegE

In Teil 2 des TKG-RegE (Marktregulierung) regelt der zweite Abschnitt (§§ 16 - 24) die Zugangsregulierung. Dieser Abschnitt betrifft wegen der Definition des öffentlichen Telekommunikationsnetzes, das auch mobile terrestrische Netze umfaßt (§ 3 Ziff. 27 TKG-RegE). § 19 TKG-RegE bestimmt, welche Zugangsverpflichtungen einem Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, auferlegt werden können. In § 19 Abs. 1 Satz 2 TKG-RegE klingt das dem Grundsatz der schonenden Regulierung inhärente Verhältnismäßigkeitsprinzip an. Danach ist bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 steht, ein im folgenden aufgeführter Katalog von Kriterien zu beachten. Es wird zu prüfen sein, ob eine solche Regelung für Betreiber von Mobilfunknetzen, gemessen an dem gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz der schonenden Regulierung, europarechtskompatibel ist.

In § 19 Abs. 2 TKG-RegE werden die Verpflichtungen genannt, die einem Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, auferlegt werden können. Auch hier wird zu prüfen sein, ob diese Verpflichtungen, angewandt auf Betreiber von Mobilfunknetzen, europarechtskompatibel sind.

In § 19 Abs. 3 TKG-RegE wird statuiert, welche Verpflichtungen die Regulierungsbehörde einem Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, aufzuerlegen hat. Auch hier wird zu prüfen sein, ob diese Verpflichtungen, angewandt auf Betreiber von Mobilfunknetzen, europarechtskompatibel sind.

In § 28 Abs. 1 TKG-RegE wird statuiert, daß die nach § 19 auferlegten Verpflichtungen grundsätzlich im

Wege der Vorabverpflichtung auferlegt werden. Von diesem Grundsatz werden in Abs. 3 und 4 bestimmte Ausnahmen gemacht, auf die in Bezug auf die Regelung des § 28 Abs. 4 Satz 2 in Abschnitt 6 näher einzugehen sein wird.

Obwohl in § 19 Abs. 1 Satz 2 TKG-RegE auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Bezug genommen wird, entspricht dies nicht den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts. Wenn in § 19 Abs. 1 Satz 2 TKG-RegE statuiert wird, daß bei der Prüfung, ob eine Zugangsverpflichtung gerechtfertigt ist und ob diese in einem angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen nach § 2 Abs. 2 steht, die im folgenden Katalog genannten Kriterien zu berücksichtigen seien, kommt es zum einen auf eben diese Kriterien an, zum anderen auf das in der Norm angesprochene Zweck-Mittel-Verhältnis zwischen Zielen der Regulierung und den eingesetzten Mitteln. Bei den Kriterien des Katalogs fehlt eine Prüfung der Erforderlichkeit des jeweils eingesetzten Instruments. Da es sich um einen nicht abgeschlossenen Katalog handelt, wie aus dem Wort ‚insbesondere‘ hervorgeht, ist es möglich, daß die Prüfung der Erforderlichkeit eines konkret eingesetzten Instruments sich aus dem Wortlaut der dem Katalog vorangestellten Regelung ergibt. Hier wird auf das Verhältnis der eingesetzten Instrumente zu den Regulierungszielen abgestellt. Das ist sehr allgemein gehalten. Nur durch eine richtlinienkonforme Auslegung ließe sich sicherstellen, daß damit auf den Grundsatz der schonenden Regulierung Bezug genommen wird: Allein aus dem sehr heterogenen Zielkatalog des § 2 Abs. 2 geht dies nicht hervor.

In § 19 Abs. 2 und 3 TKG-RegE werden die Verpflichtungen aufgeführt, die von der Regulierungsbehörde auferlegt werden können bzw. sollen. Es fehlt jeweils eine Regelung, die besagt, daß dann, wenn die Instrumente des allgemeinen Wettbewerbs- und Kartellrechts zur Problemlösung ausreichend sind, diese einzusetzen sind. Und es fehlt an einer Regelung, aufgrund derer die Regulierungsbehörde verpflichtet wird, das jeweils schonendste Instrument einzusetzen.

In § 28 Abs. 1 – 4 TKG-RegE wird das Prinzip des Vorrangs der Vorabverpflichtung statuiert, ohne daß dieser durch den Grundsatz der schonenden Regulierung qualifiziert würde. Das entspricht nicht den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts. Allein die Differenzierung zwischen einer Vorab- und einer ex post-Regulierung reicht nicht aus, um dem Grundsatz der schonenden Regulierung zu entsprechen.

## **6. Die Regelung des § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE im Lichte der Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts**

### **6.1 Verhältnis von § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu den Regelungen der Zugangsrichtlinie**

§ 28 Abs. 4 Satz 1 TKG-RegE sieht vor, daß Entgelte, die ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der den Zugang zu Endnutzern kontrolliert und über beträchtliche Marktmacht verfügt, im Rahmen von Verpflichtungen nach § 18 verlangt, in der Regel einer nachträglichen Regulierung unter den Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 bis 4 unterliegen. Satz 2 zufolge sollen solche Entgelte nur dann einer Genehmigungspflicht nach § 29 unterworfen werden,

wenn ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes sowohl auf dem Zugangsmarkt als auch auf dem Markt für Endkundenleistungen über beträchtliche Marktmacht verfügt.

Der Begründung des Regierungsentwurfs zufolge<sup>160</sup> hat die Regelung des § 28 Abs. 4 den Zweck zu verhindern, daß Netzbetreiber allein aufgrund der Tatsache, daß die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, ohne daß sie auf den Endkundenmärkten über beträchtliche Marktmacht verfügen, einer eingriffsintensiven Ex-ante-Genehmigungsverfahren unterworfen werden. Dies entspräche auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Diese Argumentation betrifft § 28 Abs. 4 Satz 1 TKG-RegE. Für die Regelung des Satzes 2 wird vorgebracht, daß mit Blick auf Praktikabilitätsüberlegungen und das Ziel, Regulierungseingriffe jeweils am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu spiegeln und eine ineffiziente Überbürokratisierung zu vermeiden, Zugangsleistungen von Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren, nur dann einer Genehmigungspflicht unterworfen werden sollen, wenn die Unternehmen auf den jeweiligen Endnutzermärkten über eine beherrschende Stellung verfügen. Bei Fehlen einer solchen Stellung beträchtlicher Marktmacht auf dem Markt für Endkundenleistungen sollen die Zugangsleistungen nur einer nachträglichen Mißbrauchsaufsicht (§ 36) unterliegen.

Gegen die Regulierung des § 28 Abs. 4 TKG-RegE, die inhaltlich in etwa der alten Regelung des § 26 Abs. 4 TKG-RefE entspricht, aber jetzt ohne Not auf eine ex post-Regulierung verweist, ohne konsequenterweise ganz auf eine sektorspezifische Regulierung zu verzichten, wird vorgebracht, daß sie mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts nicht in Übereinstimmung stehe, da das in den Richtlinien statuierte Ermessen des Regulierers zu weit eingeschränkt werde.<sup>161</sup> Träfe dieses Argument zu, hätte dies zur Konsequenz, daß der deutsche Gesetzgeber entgegen seiner klar geäußerten Intention, hier eine Überregulierung zu vermeiden, gezwungen wäre, es der Regulierungsbehörde freizustellen, ob sie zum Instrument der Vorabverpflichtung greift oder ob sie die nachträgliche Mißbrauchsaufsicht vorzieht.

Ob das Argument der unzulässigen Ermessensverkürzung der Regulierungsbehörde durch den Gesetzgeber stichhaltig ist oder nicht, hängt davon ab, in welchem Verhältnis die Norm des § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu den Regelungen der Zugangsrichtlinie und zu denen der Rahmenrichtlinie steht.

Die Einfachargumentation, daß nach der Rahmenrichtlinie im Marktanalyseverfahren nur zu prüfen ist, ob im betreffenden Markt wirksamer Wettbewerb herrsche und daß es dann im Ermessen der Regulierungsbehörde liege, welche Instrumente sie einsetzen wolle,<sup>162</sup> setzt § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE schlicht nur ins Verhältnis zu den Regelungen der Rahmenrichtlinie, ohne zu berücksichtigen, daß es sich hier um ein Problem der Zugangsregulierung handelt, bei dem auf die speziellere Regelung (*lex specialis*) der Zugangsrichtlinie abzustellen ist, um dann erst im zweiten Schritt zu prüfen, wie sich das Dreiecksver-

<sup>160</sup> S. 93.

<sup>161</sup> Vgl. Klotz (Fn. 4), 499.

<sup>162</sup> Vgl. Heun (Fn. 4), 492.

hältnis zwischen § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE, den Regelungen der Zugangsrichtlinie und denen der Rahmenrichtlinie darstellt.

#### 6.2 Das Verhältnis von § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu den Regelungen der Zugangsrichtlinie

Art. 8 Abs. 1 der Zugangsrichtlinie (ZRL)<sup>163</sup> verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, daß die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in den Artikeln 9 bis 13 der Richtlinie genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Art. 8 Abs., 1 ZRL verweist somit auch auf Art. 13 (Verpflichtung zur Preiskontrolle und Kostenrechnung). Gemäß Art. 13 Abs. 1 ZRL kann die nationale Regulierungsbehörde unter bestimmten Umständen einem Betreiber hinsichtlich bestimmter Arten von Zusammenschaltung und/oder Zugang Verpflichtungen betreffend die Kostendeckung und Preiskontrolle einschließlich kostenorientierter Preise auferlegen.

Die Voraussetzung für eine solche Entgeltregulierung ist, daß eine Marktanalyse darauf hinweist, daß ein Betreiber aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßigen Niveau halten oder Preisdiskriminierung praktizieren könnte.

Die Regelung des § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE könnte deshalb einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 ZRL darstellen, da die Regulierungsbehörde nur dann von dem Instrumentarium der Entgeltregulierung für Zugangsleistungen Gebrauch machen könne, wenn der betreffende Betreiber sowohl auf dem Zugangsmarkt wie auf dem Endkundenmarkt marktbeherrschend ist.

Wird Art. 13 Abs. 1 ZRL dahingehend ausgelegt, daß die Entgeltregulierung allein an das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf dem Zugangsmarkt anknüpft, stünde § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 1 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 ZRL.

Art. 13 Abs. 1 ZRL stellt nicht auf das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf dem betreffenden Zugangsmarkt als solche ab, aus der dann die Möglichkeit der Entgeltregulierung folgt. Es wird vielmehr daran angeknüpft, daß aufgrund eines Mangels an wirksamem Wettbewerb die Gefahr der mißbräuchlichen Ausnutzung von Marktmacht auf den Endkundenmärkten besteht. Das Vorliegen einer Stellung beträchtlicher Marktmacht ist folglich nur eine Vorbedingung für die Möglichkeit der Entgeltregulierung für Zugangsleistungen, mithin ein notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Entgeltregulierung. Entscheidend ist, daß der Mangel an Wettbewerb voraussichtlich zu einem Funktionsdefizit auf dem Endkundenmarkt führt, d.h. sich zum Nachteil des Endnutzers auswirkt. Allein auf das Vorliegen einer Stellung beträchtlicher Marktmacht auf dem Zugangsmarkt kann eine Entgeltregulierung für Zugangsleistungen nicht gestützt werden. Dies ergibt sich bereits aus der Wortlautauslegung von Art. 13 Abs. 1 ZRL.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch eine an Sinn und Zweck des Art. 13 Abs. 1 ZRL orientierte Auslegung. Der Sinn und Zweck der Norm ergibt sich Art.

5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 ZRL. Nach Art. 5 Abs. 1 ZRL haben die nationalen Regulierungsbehörden bei ihren Maßnahmen zur Verwirklichung der in Art. 8 RRL festgelegten Ziele einen angemessenen Zugang zu fördern und garantieren. Sie sollen ihre Zuständigkeit in einer Weise wahrnehmen, daß die Effizienz gefördert wird, der Wettbewerb stimuliert wird und dies den Endnutzern größtmöglichen Nutzen bringt. Entscheidend ist also die Wirkung für die Endnutzer.

Art. 12 Abs. 1 ZRL zufolge soll eine Regulierung von Zugangsbedingungen dazu dienen, die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf der Endverbraucherebene nicht zu behindern. Auch hier wird auf die Interessen der Endnutzer abgestellt. Die Zugangsregulierung ist also nicht Selbstzweck; sie dient dazu, den Wettbewerb auf der Endnutzerebene zu fördern.

Aus Art. 5 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 ZRL ist zu schließen, daß der Sinn und Zweck der Entgeltregulierungsvorschrift des Art. 13 Abs. 1 ZRL darin besteht, die Funktionsfähigkeit des Endkundenmarktes im Interesse der Nachfrager auf diesem Markt zu schützen.

Dies hat zur Konsequenz, daß ein Zweistufentest vorzunehmen: (1) In Stufe 1 ist zu fragen, ob auf dem Zugangsmarkt wirksamer Wettbewerb herrscht oder nicht. (2) Wird diese Frage verneint, ist in der zweiten Stufe zu fragen, ob in Folge des Fehlens wirksamen Wettbewerbs auf dem Zugangsmarkt ein Betreiber seine Preise zum Nachteil der Endnutzer auf einem übermäßig hohen Niveau halten kann oder Preisdiskriminierungen praktizieren kann. Dies setzt aber voraus, daß auf diesem nachgelagerten Markt selbst kein wirksamer Wettbewerb herrscht. Denn bei wirksamem Wettbewerb auf diesem Markt ist ein Betreiber nicht in der Lage, die Preise zum Nachteil der Endnutzer mißbräuchlich zu gestalten.

#### 6.3 Das Verhältnis von § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu den Regelungen der Rahmenrichtlinie

Die von der nationalen Regulierungsbehörde gem. Art. 16 Abs. 1 RRL vorzunehmende Marktanalyse stellt auf die Analyse des Marktes ab, auf dem zu prüfen ist, ob ein potentieller Adressat von Regulierungsverpflichtungen über beträchtliche Marktmacht verfügt. Deshalb ist konsequenterweise in diesem Kontext von *einem* relevanten Markt die Rede, den es zu analysieren gilt.<sup>164</sup> Das legt den Gedanken nahe, daß dann, wenn im Marktanalyseverfahren festgestellt worden ist, daß der betreffende Betreiber auf diesem relevanten Markt über beträchtliche Marktmacht verfügt, die Regulierungsbehörde nach ihrem Ermessen zu entscheiden hat, welche Instrumente sie einzusetzen hat, um das Problem zu lösen.

Folgte man dieser Einfachargumentation, wäre es unzulässig, das Ermessen der Regulierungsbehörde dadurch einzuschränken, daß der Gesetzgeber neben dem Erfordernis der beträchtlichen Marktmacht auf diesem relevanten Markt ein weiteres Erfordernis für die Regulierung statuiert, nämlich das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf einem anderen Markt, nämlich dem Markt für Endkunden.<sup>165</sup> Der Fehler ei-

<sup>163</sup> Abl. EG Nr. L vom 24.4.2002, S. 108/7.

<sup>164</sup> Darauf macht Heun (Fn. 4) auf S. 492 zu Recht aufmerksam.

<sup>165</sup> So die Argumentation von Klotz (Fn.4), 499 und Heun (Fn. 4), 492.

ner solchen Argumentation liegt darin, daß ausschließlich auf das Verhältnis zwischen § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu den Regelungen der Rahmenrichtlinie abgestellt wird, ohne zu berücksichtigen, daß hier, weil es um ein Problem der Zugangsregulierung geht, die Regelungen der Zugangsrichtlinie ins Spiel kommen. Erforderlich ist also die Herstellung einer Dreierbeziehung zwischen § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE und den Regelungen sowohl der Rahmenrichtlinie wie denen der Zugangsrichtlinie.

6.4 § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE im Dreiecksverhältnis zu den Regelungen der Rahmenrichtlinie und zu denen der Zugangsrichtlinie

Bei der Prüfung des Verhältnisses von § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE zu den Regelungen der Zugangsrichtlinie hatte sich zweifelsfrei ergeben, daß die Vorschrift des TKG-Regierungsentwurfs im Lichte der Zugangsrichtlinie europarechtskompatibel ist. Wenn im Verhältnis dieser Norm zu den Regelungen der Rahmenrichtlinie Zweifel an ihrer Europarechtskompatibilität auftauchen, gilt es das Verhältnis der Regelungen der Rahmenrichtlinie zu denen der Zugangsrichtlinie zu klären.

Die mögliche Inkonsistenz des 'Neuen Rechtsrahmens' in Bezug auf die Marktanalyse liegt in der scheinbaren Diskrepanz zwischen der Marktanalyse, wie sie in Art. 16 RRL angeordnet wird, und der Regelung der Marktanalyse in Art. 13 Abs. 1 ZRL, die differenzierter ist und nicht allein auf das Vorliegen wirksamen Wettbewerbs abstellt, sondern auf die Möglichkeit der mißbräuchlichen Ausnutzung einer Position beträchtlicher Marktmacht. Art. 13 Abs. 1 ZRL ist die für die Zugangsregulierung speziellere Norm und qualifiziert insofern das Marktanalyseverfahren, wie es in Art. 16 RRL vorgesehen ist. Sinn und Zweck der Zugangsregulierung ist der Schutz der Kunden auf den Endkundenmärkten (vgl. oben 6.1). Aus diesem Grunde kommen im Rahmen der Zugangsregulierung zwei Märkte ins Spiel, der Zugangsmarkt und der Markt für Endkundendienste. Nur wenn auch auf dem letzteren beträchtliche Marktmacht eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes vorliegt, besteht die Gefahr der mißbräuchlichen Ausnutzung der Marktmacht auf dem vorgelagerten Zugangsmarkt. Folglich muß eine Marktanalyse, die als Grundlage einer Regulierung des Zugangsmarktes dient, differenziert ausgestaltet werden. Eben dies ordnet Art. 13 Abs. 1 ZRL an. Dann fragt sich, ob ein Wertungswiderspruch zwischen Art. 16 RRL und Art. 13 Abs. 1 ZRL vorliegt und welcher Norm gegebenenfalls der Vorrang gebührt. Das Problem läßt sich lösen, indem das Verhältnis zwischen vor- und nachgelagertem Markt geklärt wird. Bei der Marktanalyse nach Art. 13 Abs. 1 ZRL geht es um die Existenz beträchtlicher Marktmacht auf dem Zugangsmarkt. Das ist der relevante Markt, auf den Art. 16 Abs. 2 RRL Bezug nimmt. Da aber Art. 13 Abs. 1 ZRL die beträchtliche Marktmacht auf dem Zugangsmarkt lediglich als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingung für die Regulierung einordnet, muß außerdem geprüft werden, ob die Möglichkeit der mißbräuchlichen Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht auf dem Zugangsmarkt gegeben ist oder nicht. Eben dies hängt aber von der Marktstellung des betreffenden Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnet-

zes auf dem nachgelagerten Markt ab. Also ist die Prüfung des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht auf dem Endkundenmarkt eine weitere notwendige Bedingung für die Möglichkeit mißbräuchlicher Ausnutzung der beträchtlichen Marktmacht auf dem Zugangsmarkt. Es ist also kein Widerspruch zu Art. 16 Abs. 2 RRL, wo auf *einen* relevanten Markt abgestellt wird, wenn bei der Marktanalyse gem. Art. 13 Abs. 1 ZRL unter dem Aspekt der Rückwirkung auf den Zugangsmarkt das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht auf dem nachgelagerten Markt geprüft wird.

#### 6.4 Kompatibilitätsprüfung

Im Lichte der Argumentation in den Vorabschnitten spitzt sich die Frage der Europarechtskompatibilität von § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE auf die Frage zu, ob durch die Entscheidung des Gesetzgebers, beim Vorliegen beträchtlicher Marktmacht eines Betreibers eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes auf dem Zugangsmarkt dann von einer Zugangsregulierung abzusehen, wenn dieser Betreiber nicht gleichzeitig über beträchtliche Marktmacht auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt verfügt, das Ermessen der nationalen Regulierungsbehörde unzulässig eingeschränkt wird.<sup>166</sup> Für die Beantwortung dieser Frage gilt es zu klären, über welchen Ermessensspielraum denn die Regulierungsbehörde verfügt, wenn die Marktanalyse ergeben hat, daß ein Betreiber auf dem Zugangsmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, nicht aber auf dem Endkundenmarkt. Das Ermessen der Regulierungsbehörde wird durch die Regelung des Art. 13 Abs. 1 ZRL dahingehend eingeschränkt, daß in einem solchen Falle eine mißbräuchliche Ausnutzung der Marktmacht auf dem Zugangsmarkt ausscheidet. Eben an diese Regelung der Zugangsrichtlinie ist auch der nationale Gesetzgeber gebunden. Er ist Adressat des 'Neuen Rechtsrahmens'. Die gesetzgeberische Entscheidung in § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE, eine Regulierung nur im Falle des Vorliegens beträchtlicher Marktmacht sowohl auf dem Zugangs- wie auf dem Endkundenmarkt vorzusehen, ist vom Gemeinschaftsrecht geboten. Eine andere Regelung würde gegen den Grundsatz der schonenden Regulierung verstoßen, an den auch die Regulierungsbehörde gebunden ist. Also gibt es im vorliegenden Fall kein Ermessen der Regulierungsbehörde, das vom Gesetzgeber unzulässig eingeschränkt werden könnte. Eine Argumentation, die hier ein Ermessen der Regulierungsbehörde schützen will, verkennt, daß durch europäisches Gemeinschaftsrecht klare Obergrenzen der Regulierung vorgegeben sind (vgl. oben 4.1), an die sowohl der nationale Gesetzgeber als auch die nationale Regulierungsbehörde gebunden sind. Die Regelung des § 28 Abs. 4 Satz 2 TKG-RegE ist vollumfänglich kompatibel mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts.

#### 7. Die Ergebnisse der Kompatibilitätsprüfungen im ordnungspolitischen Rahmen

Nur die hier juristisch durchgeführte Kompatibilitätsprüfung führt zu einem ordnungspolitisch vertretbaren Ergebnis, nämlich der Vermeidung einer Überregulierung der Mobilfunkmärkte. In diesen Märkten herrscht in Deutschland funktionierender Wettbe-

<sup>166</sup> Vgl. Klotz (Fn. 4), 499.

werb.<sup>167</sup> Eine Zugangsregulierung trotz funktionierenden Wettbewerbs auf den Endkundenmärkten würde zu einer Verzerrung der Wettbewerbsbedingungen führen, die geeignet wäre, Investitionen in der Mobilfunkbranche zu gefährden und insbesondere die Marktchancen von Neukommern zu beeinträchtigen.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Mobilfunkregulierung im TKG-Regierungsentwurf grundsätzlich einen ordnungspolitisch richtigen Pfad eingeschlagen, der mit den Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts verträglich ist. Die angemerkteten Tendenzen zur Überregulierung, die darauf zurückzuführen sind, daß dem Grundsatz der schonenden Regulierung nicht immer voll Rechnung getragen wird, lassen sich im Gesetzgebungsverfahren korrigieren.

---

<sup>167</sup> Vgl. Möschel/Haug, Der Referentenentwurf zur Novellierung des TKG aus wettbewerbspolitischer Sicht, MMR 8/2003, 505, 507; Kirchner (Fn. ), 4 – 8.