

Rechtsdogmatische und rechtspolitische Eckpunkte für die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG)

Bei der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes¹ sind komplexe Anforderungen der betroffenen Wirtschaftskreise, des Allgemeininteresses, des Verfassungs- und des europäischen Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen. Bei der Lösung der sich daraus ergebenden Zielkonflikte dürfen zentrale rechtsdogmatische und rechtspolitische Erwägungen jedoch nicht in Vergessenheit geraten. An diese soll daher nachfolgend aus einer rechtswissenschaftlichen Perspektive heraus erinnert werden. Dabei geht es ausdrücklich nicht um Detailfragen, die bereits an anderer Stelle ausführlich behandelt wurden,² sondern um zentrale Eckpunkte der Novellierungsdiskussion:

- *Die Bestimmung der sektorspezifisch zu regulierenden Märkte (Marktdefinition) sollte, wie im Regierungsentwurf vorgesehen, an das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs geknüpft werden.*

Dieses Kriterium ist im deutschen Recht etabliert und ökonomisch fundiert.³ Seine Verwendung auch als Leitkriterium für die Marktdefinition ist überdies gemeinschaftsrechtlich zulässig und auch geboten, um der Regulierung einen materiellen Kern zu verschaffen, der von unverbindlichen Leitlinien und Empfehlungen unabhängig ist.⁴

- *Die Legaldefinition des Begriffs „funktionsfähiger Wettbewerb“ sollte so gefasst werden, wie sie noch im Referentenentwurf vorgesehen war.*

Die Formulierung des Regierungsentwurfs deckt sich nicht mit dem Begriffsverständnis, wie es bislang im deutschen Recht vorzufinden ist.⁵ Sie blendet vier von sieben anerkannten Wettbewerbsfunktionen vollständig aus. Satz 2 der derzeit vorgesehenen Legaldefinition wird vielmehr eine gemeinschaftsrechtswidrige Marktdefinition zur Folge haben.⁶

- *Es ist davon abzuraten, die drei Kriterien, die in der Märktempfehlung der Kommission genannt sind, im Telekommunikationsgesetz zu verankern.*

Diese Kriterien sind ausdrücklich von dem Prüfauftrag mitumfasst, in dessen Erfüllung die Märktempfehlung regelmäßig überarbeitet werden wird. Die Kommission selbst hat eine Überprüfung der drei Kriterien in Aussicht gestellt.⁷

- *Das Ermessen, das der Regulierungsbehörde bei Maßnahmen der Marktregulierung eingeräumt wird, sollte in erheblichem Umfang vom Gesetzgeber vorstrukturiert werden – jedenfalls für Situationen, in denen regulierungspraktische Erfahrungen bestehen.*

Dies ist schon aus Gründen der gesetzlichen Bestimmtheit geboten und mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar.⁸ Nur ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der Regierungsentwurf das Ermessen der Regulierungsbehörde bereits zum jetzigen Zeitpunkt vorstrukturiert und – insbesondere im Bereich der Entgeltregulierung – sogar umfassend beschränkt.

- *Ein Beispiel für eine solche Vorstrukturierung des Ermessens betrifft die Fakturierung und den Ersteinzug von Forderungen von Wettbewerbern durch das regulierte Unternehmen.*

Diese Verpflichtung besteht unter geltendem Recht und hat in erheblichem Umfang die Markterwartung geprägt.⁹ Sie sollte daher als regelmäßig aufzuerlegende Verpflichtung („Soll-Verpflichtung“) auch im neuen Gesetzestext vorgesehen werden.

- *Auf Antragsrechte für Wettbewerber sollte bei den Stufen der Marktdefinition, der Marktanalyse und der Auferlegung von Regulierungsverfügungen verzichtet werden.*

Die Regulierungsbehörde schafft hier als Quasigesetzgeber für eine bestimmte Zeitdauer einen Rechtsrahmen für das regulierte Unternehmen und seine Wettbewerber. Dieser gesetzliche Grundansatz würde verzerrt, wäre die Regulierungsbehörde verpflichtet, diesen von ihr geschaffenen Rechtsrahmen auf Antrag hin zu verändern. Angezeigt wäre hingegen eine detaillierte Ausgestaltung des Drittschutzes im Verfahren der Marktregulierung.¹⁰

- *Auf die vorgesehenen weiteren Einschränkungen des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses sollte verzichtet werden.*

Bereits das geltende Telekommunikationsgesetz kann in zahlreichen Punkten nur bei bewusst restriktiver Auslegung die Anforderungen aus Art. 10 GG und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung erfüllen.¹¹ Vor diesem Hintergrund muss eine weitere Erosion des ohnehin niedrigen Schutzniveaus in diesem Bereich vermieden werden. Darüber hinaus sollten Telekommunikationsunternehmen nicht mit den Kosten der Vorhaltung von Überwachungstechnik belastet werden;¹² hier wäre zumindest eine Anrechnung dieser Kosten auf den Telekommunikationsbeitrag angezeigt.

- *Der Rechtsweg sollte wie bisher zu den Verwaltungsgerichten führen.*

Diese verfügen mittlerweile ohne weiteres über den erforderlichen ökonomischen Sachverstand, wohingegen die Kartellgerichte sich den ebenfalls erforderlichen technischen Sachverstand¹³ erst erarbeiten müssten. Eine solche neuerliche Lernphase der Jurisdiktion ist in der gegenwärtigen Wettbewerbssituation nicht hinnehmbar. Darüber hinaus geht es anders als im allgemeinen Kartellrecht im Telekommunikationsrecht auch gerade nicht primär um eine bloße Ex-post-Missbrauchsaufsicht, sondern um eine durchaus gestalterische Vorabregulierung, die funktionsfähigen Wettbewerb nicht lediglich schützen, sondern erst schaffen muss. Kartellrechtliche Erfahrungen sind mithin nicht einfach in das Telekommunikationsrecht übertragbar.¹⁴ Und zu guter Letzt ist die Marktregulierung nur unvollkommen von der technischen Regulierung zu trennen, etwa im Bereich der Frequenzregulierung. Die Etablierung des Zivilrechtswegs im Bereich der Marktregulierung hätte daher einen gespaltenen Rechtsweg innerhalb des Telekommunikationsrechts zur Folge.

Januar 2004

Alexander Koch/Sascha Loetz/Andreas Neumann

Die *Kommunikationspolitischen Positionspapiere* werden von der tkrecht.de-Redaktion herausgegeben und sind unter <http://www.tkrecht.de/index.php4?direktmodus=positionspapiere> archiviert. Verantwortlich für den Inhalt sind *Alexander Koch, Sascha Loetz* und *Andreas Neumann*, wissenschaftliche Mitarbeiter in der Forschungsprojektgruppe „Europäisches Kommunikationsrecht“ am Zentrum für Europäische Integrationsforschung, Abteilung politische, rechtliche und institutionelle Fragen (Univ.-Prof. Dr. *Christian Koenig* LL. M.). Die Inhalte der *Positionspapiere* sollen die kommunikationspolitische Diskussion anregen und fördern, als deren Rahmen auch die TKRECHT-Mailingliste dienen kann und soll. Weitere Informationen zu dieser Liste sind unter <http://www.tkrecht.de/index.php4?direktmodus=mailingliste> abrufbar; dort besteht auch die Möglichkeit zur Subskription.

- ¹ Vgl. hierzu die Übersicht unter <<http://www.tkrecht.de/index.php4?direktmodus=novelle-genese>>.
- ² Siehe neben den Nachweisen in den nachfolgenden Endnoten hierzu insbesondere die Stellungnahmen der Abteilung A des Zentrums für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn zum Arbeitsentwurf und zum Referentenentwurf zur TKG-Novelle, abrufbar im WWW unter <http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/zei_20030313.pdf> bzw. unter <http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/zei_20030526.pdf>.
- ³ *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. A., 1967; *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann*, Funktionsfähiger Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, 2002, passim; *dies.*, K&R 2003, 8; *Vogelsang/Koenig/Kühling/Loetz/Neumann*, C.T.L.R. 2003, 68.
- ⁴ *Loetz/Neumann*, German Law Journal 4 (12) 2003, 1307, passim, abrufbar im WWW unter <<http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=346>>.
- ⁵ Siehe etwa RegTP, Tätigkeitsbericht 2002/2003, BT-Drs. 15/2220, 15, 35: „Dabei wird unter funktionsfähigem Wettbewerb ein Wettbewerb verstanden, der bestimmte Funktionen – Marktmachtkontrolle, produktive und dynamische Effizienz – erfüllt und dabei so strukturell abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht.“
- ⁶ *Loetz/Neumann*, German Law Journal 4 (12) 2003, 1307, 1330 f.
- ⁷ Kommission, Begründung zur Empfehlung der Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, S. 11 f., abrufbar im WWW unter <http://europa.eu.int/information_society/topics/telecoms/regulatory/maindocs/documents/explanmemode.pdf>.
- ⁸ Ausführlich hierzu *Koenig/Loetz/Neumann*, Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes, 2003, S. 3 ff.; *dies.*, K&R-Beilage 2/2003, 1, 2 ff.; eine Vorabfassung des Textes ist abrufbar im WWW unter <http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/vatm-gutachten_20030131.pdf>.
- ⁹ *Holznagel/Koenig/Loetz*, Der Begriff der wesentlichen Leistungen nach § 33 TKG, 2001, S. 125 f.
- ¹⁰ Zu letztgenanntem Aspekt *Koenig/Loetz/Neumann* (En. 8), S. 126 f.; *dies.*, K&R-Beilage 2/2003, 1, 32.
- ¹¹ *Koch*, RTkom 2001, 217, 220 ff.; *Neumann/Wolff*, TKMR 2003, 110, 115 f.
- ¹² *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, 289, 294 ff.
- ¹³ Ausschuss des Europäischen Parlaments für Industrie, Außenhandel, Forschung und Energie, A5-0053/2001 endgültig vom 07.02.2001, Begründung zum Änderungsantrag 29.
- ¹⁴ *Koenig/Vogelsang/Kühling/Loetz/Neumann* (En. 3), S. 38.