



# Anmerkungen zum TKG- Referentenentwurf

**Mai 2003**

**Telecommunications, Internet and Media (TIM) Committee**

**American Chamber of Commerce in Germany**

Contact Person:  
James Ryan Anderson

Manager Government Relations  
Trade & Investment

American Chamber of  
Commerce in Germany e.V

Charlottenstrasse 42  
10117 Berlin  
T +49 30 28 87 89 23  
F +49 30 28 87 89 29  
E [ejranderson@amcham.de](mailto:ejranderson@amcham.de)  
[www.amcham.de](http://www.amcham.de)

# Vorbemerkung

---

Mit etwa 3.000 Mitgliedern ist die AmCham Germany die größte bilaterale Wirtschaftsvereinigung in Europa. Die Kammer versteht sich als Kommunikationsbrücke zu Investoren in den Vereinigten Staaten. Die Förderung der deutsch-amerikanischen Wirtschaftsbeziehungen und des Wirtschaftsstandorts Deutschland stehen im Vordergrund. Das Telekommunikation, Internet and Media (TIM) Committee der American Chamber of Commerce in Germany arbeitet intensiv an einer Weiterentwicklung des deutschen Telekommunikationsmarktes. Es besteht aus über 50 Repräsentanten weltweit tätiger Unternehmen und hat sich die Unterstützung des wirtschaftlichen Austausches zwischen Deutschland und den USA und die Erhöhung amerikanischer Investitionen in den oben genannten Märkten zur Hauptaufgabe gemacht. Unsere Mitglieder sind unter dem Aspekt der TKG-Novelle betrachtet Teilnehmer, Endnutzer, Nutzer und Diensteanbieter, die ein evidenten Interesse an fairen Marktbedingungen haben.

Die gegenwärtige Wettbewerbslage auf den Telekommunikations-, Internet- und Medienmärkten (TIM-Märkte) kann noch immer nicht als stabil bezeichnet werden. Die Novellierung des Telekommunikationsgesetzes soll daher mit den darin umgesetzten europäischen Vorgaben und den an veränderte Marktbedingungen angepassten Regelungen entscheidend zur Entwicklung eines selbsttragenden Wettbewerbs beitragen.

AmCham sieht einige der kürzlich gemachten Veränderungen als Verbesserungen an, muss jedoch nach wie vor wichtige Bereiche als nicht ausreichend einstufen. Das neue Regelwerk würde in dieser Form nicht zu einer Verbesserung der Marktbedingungen führen. Es gibt den Unternehmen kaum kalkulierbare Rahmenbedingungen vor und geht damit an den eigentlichen Zielvorgaben des Gesetzes und denen des EU - Gesetzgebers vorbei. Im Interesse eines gut funktionierenden und fairen Wettbewerbs muss das Gesetz einerseits Rechts- und Planungssicherheit für Investoren garantieren, andererseits aber im Interesse künftiger technischer Entwicklungen genügend Flexibilität bieten. Eine gelungene Reformierung des TKG wäre für den Wirtschaftsstandort Deutschland von großem Interesse, denn Deutschland muss für Investoren wieder attraktiver werden.

Die wichtigsten Faktoren, die zur gewünschten Verbesserung der Marktlage beitragen würden und Investitionen in Deutschland nach sich zögen, sind zum einen Planungssicherheit für Investoren und zum anderen die Sicherung eines diskriminierungsfreien Zugangs.

Diese werden durch den Referentenentwurf noch nicht im ausreichenden Maße gefördert, durch einige Regelungen sogar völlig missachtet und bedürfen der Nachbesserung, damit transparente und nachvollziehbare Voraussetzungen für den zukünftigen Telekommunikationsmarkt geschaffen werden.

Mit der Novellierung besteht für Deutschland die historisch einmalige Gelegenheit den Telekommunikationsmarkt entscheidend zu reformieren und einen konsistenten rechtlichen Rahmen zu entwickeln, der die Interessen von Verbrauchern, Staat und Unternehmen in Einklang bringt und damit das Potenzial für Wachstum und Innovation für die gesamte Wirtschaft voll ausschöpft.

Auf den nachfolgenden Seiten unterbreiten wir daher wichtige Änderungsvorschläge, damit Deutschland auf dem Gebiet der elektronischen Kommunikation nicht zurückbleibt und die Möglichkeit, das Wirtschaftswachstum nachhaltig zu stimulieren, genutzt wird.



**Dr. Gunnar Bender**

Vorsitzender des TIM Committee  
Director Government Relations & Strategic  
Policy, AOL Time Warner



**James Ryan Anderson**

Manager Government Relations  
AmCham Germany

# Wichtige Änderungsempfehlungen

---

## I. Allgemeines

1. Zunächst bestehen für die Regulierungsbehörde zu viele unbegründete Ermessens- und Beurteilungsspielräume. So ist zum Beispiel nicht verständlich wieso in § 38 Abs. 4 RefETKG das Einschreiten gegen ein missbräuchliches Verhalten eines Unternehmens im Ermessen der Behörde liegt.
2. Ferner tragen die Sollvorschriften, Regelfristen und unpräzisen Formulierungen bezüglich möglicher Entscheidungen der Regulierungsbehörde nicht zu der notwendigen Straffung und Beschleunigung der Verfahren (die der Gesetzgeber dem Grunde nach aber verfolgt) und folglich auch nicht zur Planungssicherheit für Investoren bei.
3. Die zum Teil uneinheitliche Anwendung der Definitionen des TKG erschwert ein schnelles Einschreiten und führt nicht zu durchgreifenden Veränderungen. So wird zum Beispiel in § 3 Nr. 9 RefETKG „funktionsfähiger Wettbewerb“ definiert, diese Begrifflichkeit dann aber im Gesetz nicht durchgängig verwendet, vgl. §§ 7 Abs. 1, 8 Abs. 2 RefETKG.
4. Den Wettbewerbern wurden erneut keine Antragsrechte bei Verfahren vor der Regulierungsbehörde und vor Gerichten zugesprochen, obwohl die EU-Richtlinien eindeutig ein Beschwerderecht aller durch die Entscheidung betroffener Unternehmen vorsehen. Es ist notwendig, dass für Wettbewerber eine gesetzliche Möglichkeit verankert wird, Entscheidungen der Regulierungsbehörde gerichtlich kontrollieren zu lassen.
5. Die politische Neutralität der Regulierungsbehörde sollte abgesichert werden. Indem die Vizepräsidenten der Behörde nunmehr im Gegensatz zu früher durch das BMWA festgelegt werden, wird kaum die erstrebenswerte Neutralität erreicht. Insbesondere unter dem Aspekt, dass nunmehr alle wichtigen Verfahren bei der Präsidentenkammer konzentriert sind, § 127 Abs. 3 RefETKG, sollte dieser Punkt nochmals bedacht werden.

## II. Besonderer Teil

### 1. Marktregulierung

- Europarechtliche Bedenken bestehen bezüglich § 11 Abs. 1 Satz 1 RefETKG. Die EU-Vorlagepflicht auf die Fälle, in denen die Maßnahmen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten haben zu beschränken, erscheint insoweit nicht Richtlinienkonform.

## 2. Zugangsregulierung

- Auch hier ist zu beanstanden, dass das Einschreiten im Ermessen der RegTP liegt. Kommt die Behörde einmal zu dem Entschluss, dass ohne Zugangsverpflichtung die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs behindert würde, so ist ein erneutes Ermessen fragwürdig.
- Für einen durchschlagenden Erfolg des Gesetzes ist es notwendig, dass eine Resale-Verpflichtung der marktbeherrschenden Unternehmen nicht an weitere Voraussetzungen geknüpft wird, sondern als klare Verpflichtung im Gesetz verbleibt.
- Ebenfalls wünschenswert ist eine Nachbesserung des retail minus- Ansatzes, indem man diesen konkretisiert.
- Die vorgesehene Fakturierungsverpflichtung muss sich auch auf Mehrwert- und Contentdienste erstrecken und um die Verpflichtung zur ersten Mahnung ergänzt werden.
- Insbesondere fehlt nunmehr die noch im Arbeitsentwurf enthaltene Regelung, marktbeherrschende Unternehmen, die im Endkundenbereich Entgeltmaßnahmen treffen, auch zu Angeboten auf dem Vorleistungsmarkt zu verpflichten. Diese muss in der entgültigen Fassung wieder enthalten sein.

## 3. Entgeltregulierung

- Bezüglich des Einschreitens der Regulierungsbehörde bei missbräuchlichem Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens muss statt einer Kannbestimmung eine eindeutige Verpflichtung aufgenommen werden.
- Erneut findet sich auch in § 24 Abs. 1 Nr. 2 RefETKG eine zu weiche und unklare Formulierung. Die Frage wann „erhebliche“ und wann „unerhebliche“ Beeinträchtigungen des Wettbewerbs gegeben sind, wird nur schwer zu beantworten sein.
- Nicht mit EU-Recht und WTO- Handelsverpflichtungen der Bundesrepublik vereinbar ist die Regelung in § 26 Abs. 3 RefETKG. Die rechtliche Möglichkeit, dass eine ex-ante Regulierung faktisch nur noch dann zum Tragen kommt, wenn „doppelte“ Monopole bestehen - im vorgelagerten Großhandels- und im nachgelagerten Teilnehmermarkt-, verunsichert Investoren zutiefst und protegiert marktbeherrschende Unternehmen. Eine solche Norm darf daher in dieser Form nicht bestehen bleiben, denn solange auf dem vorgelagerten Markt noch kein gesunder Wettbewerb besteht ist eine ex-ante Regulierung bei Zugang und Zusammenschaltung zwingend erforderlich. Die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Großhandelsangebots sowie von Zugang und Zusammenschaltung durch einen amtlich als marktbeherrschend eingestuftem Betreiber auf Grundlage kostenorientierter Tarife ist entscheidend.

***(Detaillierte Erläuterungen mit den Bezügen zum TKG, dem EU Recht und den WTO Vereinbarungen sind dieser Stellungnahme als Anhang beigelegt)***

- Besonders wichtig ist das Vorhandensein eines konsistenten Entgeltregulierungskonzepts, um wettbewerbsbehindernde Preis-Kosten-Scheren zu vermeiden. Das TKG muß einerseits Impulse für effiziente Infrastrukturen und Innovationen geben, andererseits aber einen Ausgleich zwischen Infrastruktur und Dienstewettbewerb herbeiführen. Dies wird erreicht, indem in jeder

Entgeltentscheidung die unterschiedlichen Wertschöpfungsstufen betrachtet werden und eine Abstimmung und Abstufung von Teilnehmeranschluss-, Zusammenschaltungs-, Endkunden- und Resaleentgelten vorgenommen wird, die nachhaltigen Wettbewerb auf jeder Wertschöpfungsstufe ermöglicht. Der Regulierungsbehörde müssen Sanktionsmittel zur Verfügung gestellt werden, um jederzeit eine Einhaltung dieses Konsistenzgebotes garantieren zu können.

#### **4. Weitere wichtige Empfehlungen**

- Elementar ist die Beibehaltung der im alten TKG enthaltenen Konzernklausel, die besagt, dass sich ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht dadurch den Verpflichtungen aus dem Gesetz entziehen kann, indem es die Geschäftsfelder auf Tochtergesellschaften ausgliedert. Der RefETKG enthält diese Klausel bislang nicht.
- Bedenken bestehen trotz der Erläuterungen in der Gesetzesbegründung noch hinsichtlich des Entbündelungsgebots. Hier sollte noch an eine klarere Regelung gedacht werden.

# Schlussbetrachtung

---

Trotz dieser wichtigen änderungsbedürftigen Regelungen ist indes die Regelung, welche eine Berufung gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde über die Erstinstanz hinaus ausschließt, schon positiv zu bewerten. Des weiteren erhielt die Regulierungsbehörde nunmehr das alleinige Recht zur Marktabgrenzung, da Sie ohnehin die sachnähere Behörde ist.

Auch ist das GWB nach dem Referentenentwurf neben dem TKG anwendbar, § 2 Abs. 3 RefETKG.

AmCham begrüßt diese Veränderungen. Gleichwohl kann die Intention des europäischen Gesetzgebers, Regulierung zu reduzieren und sukzessiv durch allgemeines Wettbewerbsrecht zu ersetzen, nur erreicht werden, wenn dort, wo noch kein gesunder Wettbewerb besteht, zunächst noch eine wettbewerbsfördernde Regulierung stattfindet. Wachstum und Innovation in den TIM - Märkten hängen somit entscheidend von den rechtlichen Rahmenbedingungen ab. Sind diese Rahmenbedingungen fair und stabil, ist auch der wirtschaftliche Erfolg von Investitionen besser vorherzusagen. Ein wesentlich attraktiveres Umfeld für Investitionen würde damit geschaffen werden.

Mit der Novellierung des TKG unter Berücksichtigung der hier gegebenen Empfehlungen, bietet sich die Chance, den bestehenden Regulierungsrahmen zukunftsgerecht und in diesem Sinne zu verändern.

# Anlage

---

## Erläuterungen von AT&T Global Network zu Punkt 3 Entgeltregulierung - § 26 (3)

Die im *Referentenentwurf zur TKG Novelle § 26 (3)* enthaltende Möglichkeit, Großhandelsleistungen (wholesale) eines als amtlich marktbeherrschend eingestuftem Netzbetreiber schon dann aus der ex-ante Preisregulierung dieses „wholesale“ Marktes zu entlassen, wenn die Behörde feststellt, dass dieser Marktbeherrscher auf einem benachbarten, nachgelagerten Teilnehmermarkt nicht mehr marktbeherrschend ist,

- beunruhigt Investoren im deutschen TK Markt,
- ist nicht mit EU Recht (Zugangsrichtlinie und Rahmenrichtlinie) zu diesem Sachverhalt vereinbar und
- lässt sektorspezifische Handelsverpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland bei der WTO außer Betracht.

Eine Regelung in der im Referentenentwurf enthaltenen Form würde einen anhaltend funktionsfähigen Wettbewerb im deutschen Telekommunikationsmarkt behindern.

### **Eines der wichtigsten Ziele dieser TKG Novelle ist in**

- TKG § 2 (2) 2 mit *„die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation“* beschrieben
- Einer der entscheidenden Bestandteile für die Erreichung eines nachhaltigen Wettbewerbs in Deutschland - wie auch im Binnenmarkt - ist für Wettbewerber das diskriminierungsfreie Großhandelsangebot von *Netzzugang* und *Zusammenschaltung*, bei amtlich als marktbeherrschend festgestellten Netzbetreibern, und zwar auf Grundlage von Nutzungstarifen, die sich an den Kosten orientieren.
- Nur eine solche Regulierung des vorgelagerten Großhandelsmarktes für *Zugang* und *Zusammenschaltung* unterstützt die Entwicklung eines wettbewerblichen *Teilnehmer* und *Endnutzermarktes*.
- Im Gegensatz dazu würden willkürliche - nicht an den Kosten orientierte Preise - den Zugang von und die Zusammenschaltung mit Wettbewerbern behindern und so die Auswahl an Telekommunikationsdiensten für Teilnehmer, Endnutzer und Nutzer beschränken.
- Solche Bedenken werden nicht nur von internationalen und nationalen Teilnehmern am deutschen Telekommunikationsmarkt gesehen, sondern werden auch von der EU Kommission willkürliche Preise für gesetzlich vorgeschriebenen Netzzugang und Zusammenschaltung amtlich festgestellt. Die Deutsche Telekom AG ist seit der



Marktliberalisierung von 1998 bis heute ihren gesetzlichen Verpflichtungen nach Netzzugang und Zusammenschaltung, wie im TKG von 1996 und nach EU Recht vorgesehen zum Nachteil neuer Wettbewerber nicht nachgekommen. (Presseveröffentlichung der Kommission IP/03/717 21. Mai 2003) . Durch von der Kommission bei der Deutschen Telekom festgestellten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung mittels dem Abverlangen überhöhter Preise für den Zugang der Wettbewerber zu den Telekom Ortsnetzen wird eindringlich gezeigt, dass die im Entwurf dieser Novelle vorhandene Möglichkeit einer *ex-post* Begutachtung von Preisen noch nicht angebracht ist. Zur Herstellung von Rechtssicherheit für Investoren muss eine solche gesetzliche Möglichkeit unterbunden werden.

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)

- Die Richtlinie über den Netzzugang 2002/19/EG vom 7. März 2002 schreibt den Mitgliedsstaaten in Artikel 8 (1) vor, „sicherzustellen, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, (marktbeherrschenden Unternehmen) die in den Artikeln 9 bis 13 genannten Verpflichtungen aufzuerlegen“. So sind die nationalen Regulierungsbehörden in den Stand zu versetzen, die Anforderungen der Richtlinie bei den Marktteilnehmern durchsetzen, so auch die dort verlangte *ex-ante* Tarif-Regulierung marktbeherrschender Unternehmen. Nirgendwo in dieser Richtlinie - wie auch in anderen EU Vorgaben für den TK- Binnenmarkt, wird die Möglichkeit eröffnet - *ganz abgesehen von gefordert* - einem marktbeherrschenden Unternehmen im Markt der Telekommunikation nur deshalb eine *ex-post* Preisbegutachtung in einem vorgelagerten Großhandelsmarkt bei Zugang und Zusammenschaltung zu ermöglichen, nur weil auf einem nachgelagerten Teilnehmer- und Endnutzermarkt Wettbewerb besteht.

- Auch eine so geartete Wirtschaftspolitik wäre für die Marktentwicklung schädlich, weil sich herausgestellt hat, dass Wettbewerb im nachgelagerten Teilnehmermarkt eben nur deshalb entsteht, weil im vorgelagerten Großhandelsmarkt bei Zugang und Zusammenschaltung eine aktive Tarifregulierung durchgesetzt worden ist. Die Erlassung von *ex-ante* Regulierung bei Zugang und Zusammenschaltung würde es einem marktbeherrschenden Netzbetreiber ermöglichen - ja fordert diesen erst heraus - seine hindernde Macht nun auch im nachgelagerten Teilnehmermarkt auszuspielen.

- Die Rahmenrichtlinie -2002/21/EG vom 7. März 2002 - fordert in ihrem § 14 Abs. (3) genau das Gegenteil des Referentenentwurfes TKG 26 (3). Dort heißt es: „Verfügt ein Unternehmen auf einem bestimmten Markt über beträchtliche Marktmacht, so kann es auch auf einem benachbarten Markt als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht angesehen werden, wenn die Verbindungen zwischen beiden Märkten es gestatten, diese von dem einen auf den anderen Markt zu übertragen und damit die gesamte Marktmacht des Unternehmens zu verstärken. Damit wäre für ein solches Unternehmen eine reine *ex-post* Begutachtung von Preisen nicht mehr akzeptabel.

- Über den EU Binnenmarkt hinaus, ist die Bundesrepublik Deutschland auch durch Abkommen der EU mit der Welthandelsorganisation WTO bei Handel und Dienstleistungen zur Kontrolle des Marktes für Netzzugänge anders festgelegt als im Referentenentwurf ausgeführt: Die Zusagen der EU an die WTO fordern sicherzustellen, dass ein bedeutender Netzbetreiber (z.B. wenn er über notwendige Einrichtungen verfügt) diskriminierungsfreie Zusammenschaltung auf der Grundlagen kostenorientierter Tarife sicherzustellen. (*European Communities and their Member States, Schedule of Specific Commitments Supplement 3, GATS/SC/31/Suppl., at*

*Reference Paper Section 2.2 (11 April 1997).* Auch diese Verpflichtung entlässt die Bundesrepublik Deutschland bei beherrschenden Unternehmen im Großhandelsmarkt von Zugang und Zusammenschaltung nicht aus einer ex-ante Regulierung, wenn auch im nachgelagerten Teilnehmermarkt Wettbewerb herrscht. Um der Handelsverpflichtung zweifelsfrei nachzukommen, sollte die Möglichkeit der Regulierungsbehörde, bei Wettbewerb im nachgelagerten Teilnehmermarkt im vorgelagerten Großhandelsmarkt auf eine ex-ante Tarifregulierung zu verzichten, unmöglich gemacht werden. Aufgrund der Systematik deutscher Behörden bleibt die Regulierungsbehörde am besten gesetzlich verpflichtet, bei marktbeherrschenden Unternehmen - ohne wenn und aber - eine ex-ante Regulierung vorzunehmen.

Wenn man die wettbewerbsfördernden Ziele des TKG, die Regeln des Binnenmarktes mit seinen Direktiven zum Telekommunikationsmarkt und die Handelsverpflichtungen Deutschland bei der WTO zusammenfasst, kommt man zur Erkenntnis:

### **§ 26 Entgeltregulierung ist in seiner jetzigen Fassung fehlerhaft.**

- Unbedeutend bleibt, ob der neue § 26 (3) politisch so gewollt ist oder nicht: Das Vertrauen von Investoren wird durch solche Unklarheiten beeinträchtigt, weil sie nicht mit einem kostenorientierten Tarif für den Zugangs oder eine Zusammenschaltung rechnen kann. Schon die gesetzliche Möglichkeit, dass eine ex-ante Regulierung nur noch dann angewandt werden könnte, wenn doppelte Monopole - im vorgelagerten Großhandels- und im nachgelagerten Teilnehmermarkt vorliegen - verunsichert Investoren und dies kommt einem Schutz des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Regierung gleich. Diese Verunsicherung betrifft fast alle Teilbereiche bei denen das Netz des marktbeherrschenden Betreibers zwingende Voraussetzung ist:

- mobile Rufe ins Festnetz
- ADSL
- Mitleitungen
- Teilnehmeranschlussleitung, etc.

### **Zusammenfassung der Empfehlung**

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ist § 26 (3) RefETKG fehlerhaft.

**Kontakt:** Hermann R. Neus, Consultant für TK-Regulierungsfragen  
Am Bleidriesch 36, 53129 Bonn  
Tel.: 0228- 23 17 65, Email: hneus@attglobal.net