



Summer School on European
Telecommunications



Besondere Missbrauchsaufsicht: Zugang zu wesentlichen Leistungen / TAL-Zugang



Rechtsgrundlage

➤ **National**

§ 33 Abs. 1 TKG

➤ **EG-Recht**

keine unmittelbare Entsprechung, aber auf EG-Ebene bleiben die Artt. 81, 82 EGV anwendbar
-> Regulierungsergebnisse müssen mit EG-Wettbewerbsrecht in Einklang stehen



Bedeutung

- Zentrale Norm der Wettbewerbsöffnung
- Auffangtatbestand
- weitreichende Zugangsansprüche
- Bedeutende Entscheidungen der TK-Liberalisierung basieren auf § 33 Abs. 1 TKG (Inkasso & Fakturierung / Zugang zum Teilnehmeranschluss)
- ergänzt Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts, § 19 GWB (str.)



§ 33 Abs. 1 S. 1 TKG

„Ein Anbieter, der auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verfügt, hat Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und zu seinen am Markt angebotenen Leistungen, soweit sie wesentlich sind, zu den Bedingungen zu ermöglichen, die er sich selbst bei der Nutzung dieser Leistungen für die Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen einräumt, es sei denn, dass die Einräumung ungünstigerer Bedingungen, insbesondere die Auferlegung von Beschränkungen, sachlich gerechtfertigt ist.“



Aufbau des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG

➤ Adressat (Verpflichteter)

- Anbieter, der
- auf einem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit
- nach § 19 GWB marktbeherrschend ist

➤ Rechtsfolge

- diskriminierungsfreier Zugang zu intern genutzten und am Markt angebotenen Leistungen,
- soweit diese wesentlich sind
- zu Bedingungen, die sich der Marktbeherrscher bei der Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen selbst einräumt
- für Wettbewerber auf diesem Markt

➤ Beschränkungsmöglichkeiten

- sachliche Rechtfertigung ungünstigerer Bedingungen und Beschränkungen
- aber: Beschränkungen nur im Rahmen der grundlegenden Anforderungen nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 90/387/EWG:
Sicherheit des Netzbetriebs / Aufrechterhaltung der Netzintegrität / Interoperabilität der Dienste / Datenschutz

Auslegung des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG

- Dürfte zu den umstrittensten Fragen des deutschen TK-Rechts gehören
- Starke Unterschiede in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur
- Diskussion geprägt durch teleologische Interpretation und Ausrichtung an (vermeintlichen) ökonomischen Vorgaben
- Allgegenwärtigkeit der sog. „Essential Facilities-Doktrin“

EFD und § 33 Abs. 1 S. 1 TKG

- Eine Leistung ist dann als wesentlich anzusehen ist,
 - wenn der Marktzutritt auf dem komplementären Markt ohne Zugang zu einer wesentlichen Einrichtung nicht effektiv
 - möglich ist und
 - einem Anbieter auf dem komplementären Markt es nicht mit angemessenem Aufwand möglich ist, diese Einrichtung zu
 - duplizieren oder zu substituieren
- Voraussetzung: Zwei Märkte, die durch einen Engpaßeinrichtung („bottleneck“) verbunden sind



Probleme der EFD

- Essential Facilities-Doktrin ist kein gefestigtes Konzept, dass im deutschen oder europäischen Wettbewerbsrecht etabliert wäre
- Selbst im „Mutterland“ der EFD - den USA - besitzt diese Rechtsfigur keine wirklich klaren Konturen
- EFD ist wenn überhaupt ein wettbewerbsrechtliches Konzept, § 33 TKG ist allerdings eine Norm der sektorspezifischen Regulierung
- Das allgemeine Wettbewerbsrecht beruht allerdings auf der Prämisse, dass funktionsfähiger Wettbewerb besteht, während das TKG diesen erst schaffen will.
- Wortlaut des § 33 TKG nimmt keinen Bezugnahme auf einen zweiten, komplementären Markt
- § 33 Abs. 1 TKG knüpft nicht an die Regulierung eines „bottlenecks“ im Sinne der EFD dann, sondern an einen denkbar weit gefassten Markt für Telekommunikations-dienstleistungen für die Öffentlichkeit
- § 33 Abs. 1 TKG erfasst auch die am Markt angebotenen Leistungen des Marktbeherrschers, was sich nicht in den Rahmen eines EFD-Konzepts einfügen lässt
- Marktöffnung als Normzweck des § 33 Abs. 1 S. 1 TKG würde ins Gegenteil verkehrt, wenn ein restriktiv zu handhabendes Ausnahmekonzept des allgemeinen Wettbewerbsrechts, wie die EFD vom Gesetzgeber hätte kodifiziert werden sollen



Andere Auslegungsansätze

- **Subjektive Bestimmung der „wesentlichen“ Leistungen**
 - Wesentlich sind solche Leistungen, auf die der **konkrete** Nachfrager angewiesen ist, um seine Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen
 - oder
 - Wesentlich sind solche Leistungen, die ein **typischer oder durchschnittlicher** Nachfrager angewiesen ist, um seine Telekommunikationsdienstleistungen zu erbringen

- **Objektive Bestimmung der „wesentlichen“ Leistungen**
 - Wesentlich sind demnach sämtliche intern genutzten und am Markt angebotenen Leistungen des Marktbeherrschers, ohne die ein Tätigwerden auf diesem Markt ausgeschlossen ist



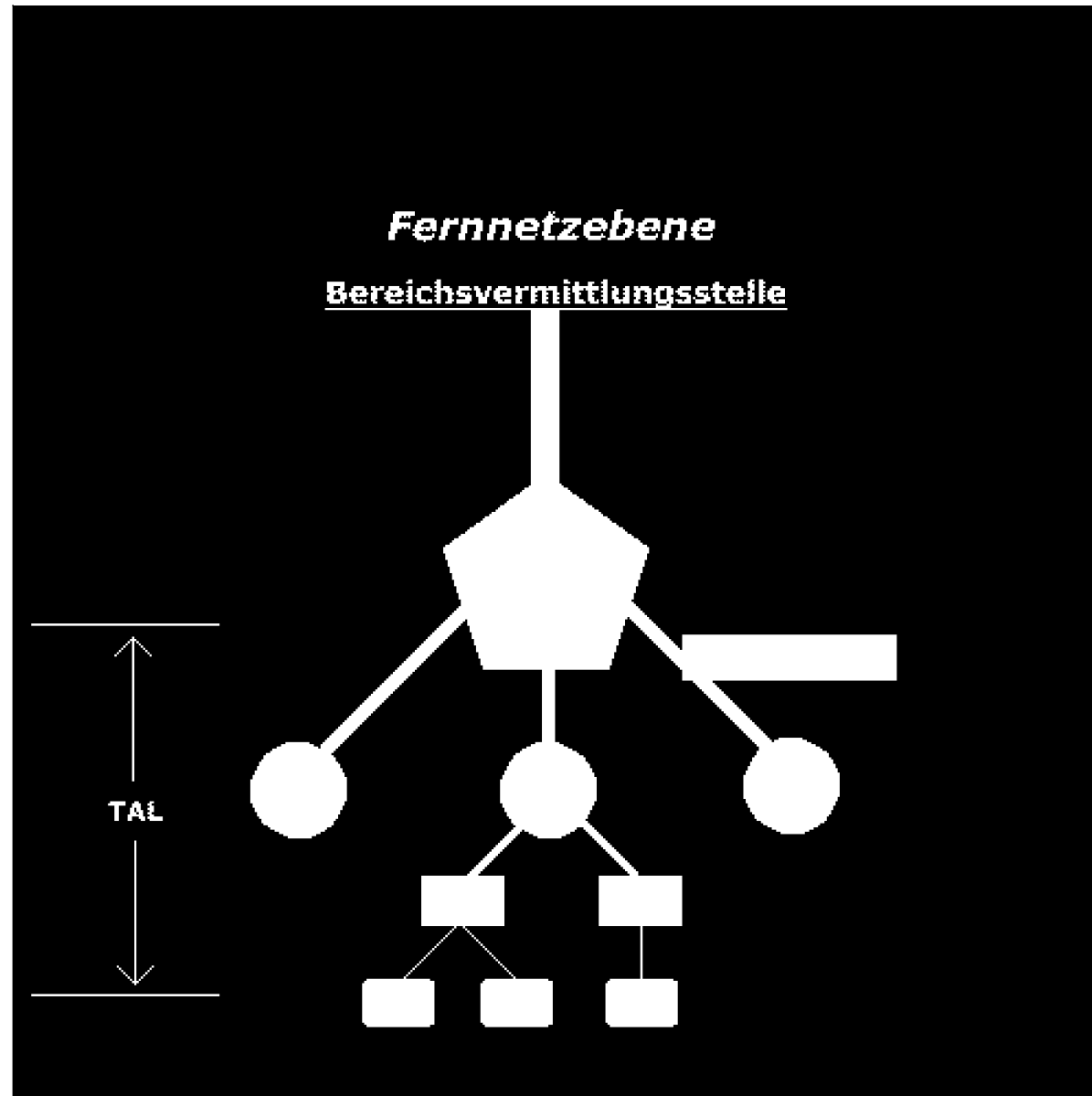
Grundrechtliche Implikationen

- Marktbeherrscher (DTAG) genießt Schutz der Artt. 14 und 12 GG
- Aber:
 - Wettbewerbsöffnung hat ebenfalls Verfassungsrang (Art. 87 f GG)
 - Gesetzgeber verfügt über weiten Beurteilungsspielraum bei der Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung
 - Besonderheiten der Transformation eines früheren Staatsmonopols erweitern diesen Beurteilungsspielraum noch
 - DTAG-Netz wurde mit staatlichen Monopolrenten errichtet
 - Gegenleistung, also die Entgelte für die Inanspruchnahme der wesentlichen Leistungen, sind anzurechnen
 - Wettbewerbsöffnung ist Existenzbedingung der DTAG



Anwendungsfall: Entbündelter Zugang zur TAL

- Bisher wohl bedeutsamster Anwendungsfall des § 33 Abs. 1 TKG
 - Sachverhalt:
 - Wettbewerber fragten bei DTAG Zugang zum blanken Kupferdraht am HVt innerhalb der OVSt nach
 - DTAG war allerdings nur bereit, Zugang zu vorgeschalteter Technik zu gewähren (CCA - Customer Carrier Access-Lösung)
 - Vorgeschaltete Technik (Multiplexer) verhindert aber eigene Produktgestaltung der Nachfrager
- Problem:** Bestand Anspruch der Wettbewerber auf diesen entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung?





Rechtsgrundlage: Entbündelter Zugang

- § 35 Abs. 1 TKG i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 1 NZV „Entbündelungsgebot“:
Nachfrager müssen keine Leistungen abnehmen, die nicht nachgefragt wurden
- § 35 Abs. 1 TKG i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 2 NZV:
„[Marktbeherrscher hat] entbündelten Zugang[s] zu den Teilnehmeranschlussleitungen zu gewähren“
- DTAG: TAL-Zugang ist keine Form des besonderen Netzzugangs, NZV ist verfassungswidrig, da nicht von Ermächtigungsnorm gedeckt
- Rechtsprechung sah § 2 NZV zwar als verfassungskonform an, prüfte aber zur Absicherung TAL-Zugang anhand des § 33 Abs. 1 TKG.
- Im übrigen: Vorschriften über besonderen Netzzugang sehen keine Anordnungsmöglichkeit vor, sondern nur Schlichtungsverfahren nach § 8 NZV

Rechtsprechung zum TAL-Zugang

- „Das Vorprodukt TAL ist eine wesentliche Leistung. Nach dem maßgeblichen Sprach- und Rechtsverständnis im Geltungsbereich des Telekommunikationsgesetzes ist eine Leistung **wesentlich, die für die Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen unabdingbar, d. h. unverzichtbar** und deren Neuanschaffung dem Zugangswilligen wegen des verglichen mit den Kosten der Mitbenutzung unangemessen hohen Aufwandes unzumutbar ist.“
OVG Münster, Beschluss vom 7. Februar 2000 (13 A 180/99), CR 2000, S. 369 (372)
- „Den Satzteil ‚soweit sie **wesentlich** sind‘ interpretiert der Senat dahingehend, dass es sich abstrakt, **d. h. unabhängig vom Bedarf des jeweiligen Wettbewerbers, um solche Leistungen handeln muss, die objektiv für die Erbringung der beabsichtigten Telekommunikation wesentlich sind** [...]“
OVG Münster, Beschluss vom 29.9.1997, MMR 1998, S. 98 (99)
- „Schließlich wird auch nur ein so verstandener weiter Leistungsbegriff dem Anliegen des Telekommunikationsgesetzes gerecht, ‚die staatlichen Rahmenbedingungen in der Telekommunikation so zu gestalten, dass chancengleicher Wettbewerb sichergestellt und ein funktionsfähiger Wettbewerb gefördert wird‘ (BT-Drs. 13/3609, S. 1). **Falls die neu hinzukommenden Wettbewerber auf die Inanspruchnahme des bestehenden Dienstleistungsangebots des marktbeherrschenden Anbieters [...] beschränkt würden, ist der vom Gesetzgeber angestrebte echte Wettbewerb nicht möglich.**“
OVG Münster, Beschluss vom 29.9.1997, MMR 1998, S. 98 (99); OVG Münster, Beschluss vom 2.4.1998, MMR 1998, S. 493 (494)



Folgeprobleme des TAL-Zugangs

- TAL-Kollokation
- Zugang zu Kollokationsräumlichkeiten
- Zu- und Abführung von Telekommunikationsverkehr (Mietleitungen / Festverbindungen)
- Zugang an vorgelagerten Punkten: KVz, APL



EG-Recht: TAL-VO

- VO Nr. 2887/2000: am 2. Januar 2001 in Kraft getreten
- Grund für Erlass: Schleppende Entwicklung beim „local loop unbundling“, Kommission sah Handlungsbedarf
- Adressaten (Verpflichtete):
 - Festnetzbetreiber, die über beträchtliche Marktmacht verfügen
- Rechtsfolge:
 - entbündelter Zugang zu kupferkabelbasierter TAL
 - zu transparenten, fairen und nichtdiskriminierenden Bedingungen
 - erforderlich sind dieselben Bedingungen und Zeitrahmen die für die eigenen Dienste des Betreibers oder solche von Tochtergesellschaften oder Partnerunternehmen gelten
 - VO sieht auch Linesharing-Modelle vor
- Ausgestaltung ähnelt dem EG-Rechtsrahmen für Zusammenschaltung: Verpflichtung der Adressaten zu Standardangeboten inklusive Nebenleistungen



§ 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

- Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen,

[...]

Nr. 4

sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden; dies gilt nicht, wenn das marktbeherrschende Unternehmen nachweist, dass die Mitbenutzung aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.