

Prof. Dr. Christian Koenig LL.M.

Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn

„Der Arbeitsentwurf zur Novellierung des TKG und die regulatorischen Herausforderungen des Internet-Zeitalters“

**Vortrag anlässlich des TeleTreffs beim Tucher
am 12. März 2003 in Berlin**

Sehr geehrte Damen und Herren,

vor ziemlich genau einem Jahr durfte ich in einem Gutachten die Defizite des deutschen Telekommunikationsrechts mit Blick auf die Internet-Märkte herausarbeiten. Damals identifizierte ich acht praktisch besonders

bedeutsame Bereiche, in denen das Telekommunikationsrecht den Herausforderungen des Internet-Zeitalters nicht gerecht wurde: das Problem der Bündelung, die unklare Abgrenzung des Telekommunikations- zum Telemedienrecht, die unzureichende Berücksichtigung interdependenter Märkte, eine ungenügende normative Absicherung einer Vorleistungsflatrate, des Resales, des Billings und des Line Sharings sowie schließlich allgemeine Vollzugsdefizite. All diese Defizite führten in ihren tatsächlichen Auswirkungen dazu, dass der ehemalige Monopolist seine Marktmacht aus den klassischen Telefoniemärkten dazu nutzen konnte, die Entfaltung des Wettbewerbs auch auf den Internet-Märkten zu beeinträchtigen.

Heute befinden wir uns mitten im Prozess der Neugestaltung des deutschen Telekommunikationsrechts. Seit knapp drei Wochen zirkuliert ein erster Arbeitsentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums zur TKG-Novelle. Ihm lassen sich die Regulierungsansätze entnehmen, die dem zukünftigen Telekommunikationsgesetz zugrunde liegen werden. Und wenn ich den Entwurf mit der von mir im Vorjahr erstellten Mängelliste vergleiche, komme ich zu der Feststellung: Das Ministerium hat die Defizite des Gesetzes erkannt und sich entschieden um ihre Behebung bemüht. Mit

einer einzigen Ausnahme wurde jeder Mangel auch im Ministerium als solcher erkannt und hatte eine Anpassung oder Ergänzung der gesetzlichen Vorgaben zur Folge. Doch lassen Sie uns die Liste einmal Punkt für Punkt durchsehen.

Besondere Gefährdungen für einen funktionsfähigen und chancengleichen Wettbewerb auf den Internet-Märkten können bekanntlich von Bündelprodukten marktbeherrschender Unternehmen ausgehen. Wer den Telefonanschluss und den Breitbandinternetzugang – und das vielleicht auch noch zu Sonderkonditionen – vom selben Unternehmen beziehen kann, zeigt dem Wettbewerber nur zu gerne die kalte Schulter. Dieser Gefahr nimmt sich der Arbeitsentwurf nunmehr erfreulicherweise an prominenter Stelle an. Nach § E 2 Absatz 2 Nummer 3 liegt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor, wenn ein Unternehmen bei seinem Produktangebot eine Bündelung vornimmt, von der eine nicht nur unerhebliche und nicht nur vorübergehende wettbewerbliche Beeinträchtigung ausgeht. Bei der Frage, ob dies der Fall ist, hat die Regulierungsbehörde insbesondere zu prüfen, ob es Wettbewerbern möglich ist, das Bündelprodukt zu vergleichbaren Konditionen anzubieten. Außerdem kann die Regulierungsbehörde im Falle eines derartigen Missbrauchs gemäß § E 12

Absatz 4 auch vorgeben, in welcher Weise der Marktbeherrscher eine Entbündelung vorzunehmen hat. Der Arbeitsentwurf stellt insoweit einen großen Schritt in die richtige Richtung dar. Allerdings verbleiben Zweifel im Detail: Ist es wirklich sachgerecht, die Bündelung als eine Form des Entgeltmissbrauchs einzustufen, wie es derzeit angesichts § E 2 Absatz 1 Satz 2 der Fall ist? Sind die genannten Vorschriften hinreichend operabel oder enthalten sie zu viele unbestimmte Rechtsbegriffe? Meines Erachtens wäre es auch überlegenswert, die so genannte Adding-up-Regel ausdrücklich gesetzlich zu verankern. Mit dieser könnte das marktbeherrschende Unternehmen dazu verpflichtet werden, die einzelnen Komponenten eines Bündels auch isoliert den Verbrauchern anzubieten – und zwar zu einem Preis, der in der Summe den für das Bündel nicht übersteigt. Gestaltet man eine solche Adding-up-Regel als gesetzliche Vermutung für die Widerlegung eines Missbrauchs aus, würde für den Marktbeherrscher sogar ein positiver Anreiz geschaffen, sein Dienstangebot von sich aus an der Adding-up-Regel auszurichten.

Der zweite Punkt meiner Mängelliste betraf die Unsicherheiten bei der Abgrenzung des Telekommunikationsrechts vom Recht der Tele- und Mediendienste. Diese Abgrenzung ist aus regulatorischer Sicht von grund-

legender Bedeutung. Denn was nicht Telekommunikationsdienst ist, sondern ausschließlich Teledienst, unterfällt auch nicht dem telekommunikationsrechtlichen Regelungsregime. Ein aktuelles Beispiel hierfür ist die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln, das Internet-Access-Provider ausschließlich für Anbieter von Telediensten, nicht jedoch von Telekommunikationsdiensten hielt. Hier bietet der Arbeitsentwurf eine überraschende Antwort, indem er einfach auf die Definition des Telekommunikationsbegriffs verzichtet. Der Gegenstand des Telekommunikationsrechts wird demnach künftig nicht mehr legaldefiniert. Stattdessen knüpft der Arbeitsentwurf an das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes an. Ob ein solcher Dienst vorliegt, macht er davon abhängig, ob der fragliche Dienst „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze“ besteht. Damit knüpft § 3 Nummer 27 des Entwurfs zwar an die Legaldefinitionen des EG-Telekommunikationsrechts an, öffnet zugleich jedoch ein Einfallstor für zahlreiche neue Abgrenzungsschwierigkeiten. So ist beispielsweise völlig unklar, wann die Signalübertragung den überwiegenden Charakter eines Dienstes ausmacht. Marktbeherrschende Unternehmen werden diese Unsicherheit als Chance begreifen, sich möglicherweise weitgehend den Vorgaben des neuen Telekommunikationsrechts entziehen zu können, indem sie Telekommunikati-

onsdienste nur noch in Verbindung mit bestimmten Telediensten anbieten. Meines Erachtens muss an dieser für den Anwendungsbereich des Gesetzes zentralen Stelle gerade mit Blick auf die Internet-Märkte dringend nachgebessert werden.

Interessanterweise wird das Wort „Internet“ selbst im Arbeitsentwurf übrigens nur in drei verschiedenen Zusammenhängen verwendet. Lediglich an einer Stelle betrifft es den Umfang der materiellen Wettbewerbsregulierung. In § 3 Nummer 29 wird der insoweit zentrale Begriff des Telekommunikationsnetzes legaldefiniert. Hierbei ordnet der Arbeitsentwurf das Internet pauschal den festen terrestrischen Netzen zu. Auch wenn es sich insoweit um die unveränderte Übernahme einer Richtlinienvorschrift handelt, weckt der Arbeitsentwurf dadurch jedoch Zweifel an der dem Gesetz zugrunde liegenden Vorstellung über das so genannte Netz der Netze, das ja gerade von einem bestimmten physikalischen Trägermedium unabhängig ist. Zumindest mit Blick auf das mobile Internet, also insbesondere GPRS und UMTS, sollte der Gesetzgeber hier seine Definitionshoheit nutzen, um die Begrifflichkeiten den Realitäten anzunähern.

Punkt 3 meiner Mängelliste, die bislang unzureichende Berücksichtigung benachbarter Märkte, dürfte hingegen nun zumindest auf Gesetzesebene bereits behoben sein. § M 2 Absatz 1 Satz 4 des Arbeitsentwurfs übernimmt vollinhaltlich die Vorgaben des Artikel 14 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie. Er erlaubt damit eine sachgerechte Berücksichtigung der Vermachtungspotenziale, über die Marktbeherrscher auch auf Märkten verfügen, die mit dem beherrschten Markt zwar nicht identisch sind, mit diesem jedoch Interdependenzen aufweisen. Dabei bietet insbesondere der Anschlussmarkt dem Marktbeherrscher vielfältige Möglichkeiten, den Wettbewerb auch auf benachbarten Märkte zu beeinträchtigen. Auch der Internet-Zugangsmarkt könnte hiervon betroffen sein. Flankiert wird § M 2 im Bereich der Entgeltregulierung überdies durch das neu geschaffene Konsistenzgebot in § E 1 Absatz 2. Dieses war im Vorfeld oft eingefordert worden und verpflichtet den Regulierer, darauf zu achten, dass Maßnahmen der Entgeltregulierung in ihrer Gesamtheit aufeinander abgestimmt sind. Das betrifft insbesondere die Vorleistungsentgelte im Verhältnis zu den Endkundenentgelten. Preis-Kosten-Scheren sollten damit der Vergangenheit angehören – zumindest in der Theorie. Mit Leben füllen wird dieses Gebot freilich erst die künftige Regulierungspraxis.

Wenig Hoffnung besteht hingegen hinsichtlich eines Anspruchs der Wettbewerber auf eine Vorleistungsflatrate, wenn der Marktbeherrscher selbst keine Endkundenflatrate anbietet. Denn im Rahmen der besonderen Missbrauchsaufsicht stellt der Arbeitsentwurf wie bislang schon § 33 TKG darauf ab, ob der Zugang zu Leistungen verwehrt wird, die intern genutzt oder am Markt angeboten werden. Es liegt also nach wie vor in der Hand des Marktbeherrschers, durch den Verzicht auf ein eigenes Angebot den Zugriffsanspruch der Wettbewerber auf das entsprechende Vorprodukt zu verhindern. Es handelt sich mithin um den einzigen Punkt der Mängeliste, der im Arbeitsentwurf nicht aufgegriffen wurde. Hier könnte künftig nur auf der Ebene der Norminterpretation ein Anspruch auf Leistungen begründet werden, die intern lediglich nutzbar sind – und nicht auch tatsächlich genutzt werden. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes finden sich Hinweise auf ein derartiges Gesetzesverständnis, das dann auch für § Mi 1 nutzbar gemacht werden könnte.

Etwas ganz anderes gilt nun wiederum für den fünften Punkt der Liste der internetspezifischen Regulierungsdefizite. Nachdem die Rechtsanwendung schon unter dem geltenden Telekommunikationsgesetz Resaleansprüche gegen Marktbeherrscher weitgehend anerkannt hat, findet

diese Form der wirtschaftlichen Tätigkeit im Arbeitsentwurf nunmehr auch ausdrücklichen normativen Niederschlag. So übernimmt § Z 3 Absatz 2 Nummer 4 die Vorgabe aus Artikel 12 Absatz 2 litera d der Zugangsrichtlinie. Die Regulierungsbehörde kann daher zukünftig marktbeherrschende Unternehmen verpflichten, bestimmte Dienste, wie den Breitbandinternetzugang, Wettbewerbern zu Großhandelsbedingungen anzubieten, damit diesen der Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglicht wird. Dabei kann eine wirksame Resaleregulierung gemäß Artikel 17 der Universaldienstrichtlinie auch dazu führen, dass die Regulierung von Endnutzerentgelten überflüssig oder gar nicht erst notwendig wird.

Kritisch anzumerken ist insoweit jedoch, dass der Arbeitsentwurf die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Auferlegung einer solchen Verpflichtung ohne Not deutlich gegenüber dem Spielraum angehoben hat, den die Zugangsrichtlinie eigentlich einräumt. So kommt eine Zugangsverpflichtung nach § Z 3 Absatz 1 nur in Betracht, wenn anderenfalls die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endnutzerebene behindert würde. Artikel 12 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Zugangsrichtlinie erlaubt die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen hin-

gegen unabhängig von einer Voraussetzung, die über das Fehlen wirksamen Wettbewerbs auf dem Vorleistungsmarkt hinausgeht. Die Behinderung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endnutzerebene nennt die Zugangsrichtlinie nur als ein Beispiel für eine Situation, in der die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen gerechtfertigt ist. Ergänzend macht Artikel 12 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Zugangsrichtlinie überdies deutlich, dass die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen insbesondere auch dann in Betracht kommt, wenn sie im Interesse der Endnutzer liegt. Selbst dieses zweite Beispiel hat im Arbeitsentwurf keinen Niederschlag gefunden. Die breite Auswahl an Regulierungsinstrumenten, auf die die Regulierungsbehörde künftig zugreifen kann, ist somit im Arbeitsentwurf an unnötig enge Voraussetzungen geknüpft. Um eine effektive Regulierung nicht zu gefährden, sollte der Gesetzgeber überlegen, ob er sich hier nicht stärker an den Richtlinienvorgaben orientiert.

Darüber hinaus stellt der Arbeitsentwurf die Auswahl der anzuwendenden Regulierungsinstrumente weitgehend in das Ermessen der Regulierungsbehörde. Hier sollte der Gesetzgeber auch zukünftig stärker bindende Vorgaben machen. Dies gilt zumindest mit Blick auf einige zentrale Regulierungsinstrumente wie eben Resale. Zu denken wäre hier trotz des

grundsätzlich flexiblen Regulierungsansatzes der EG-Richtlinien an die Schaffung zwingender Vorgaben, zumindest jedoch an Soll- oder Dispensvorschriften.

Punkt 6 der Mängelliste betraf das Problem, dass Wettbewerber des marktbeherrschenden Teilnehmernetzbetreibers diesen zur Fakturierung und zum Inkasso der Entgelte für ihre eigenen Leistungen benötigen. Dies liegt zum einen an den tatsächlichen Bedürfnissen der Kunden, die eben nicht mit einer Vielzahl von Rechnungen und Einzelforderungen konfrontiert werden wollen. Es liegt aber zum anderen auch an den Größen- und Verbundvorteilen, die der vertikal integrierte Marktbeherrscher gerade auch im Bereich des Billing realisieren kann. Der Arbeitsentwurf greift diese Problematik insbesondere in § Z 3 Absatz 2 Nummer 9 auf, indem dort ausdrücklich eine auf die Leistungsabrechnung bezogene Verpflichtung normiert wird, die dem Marktbeherrscher durch die Regulierungsbehörde auferlegt werden kann. Das marktbeherrschende Unternehmen muss dann Wettbewerbern Zugang zu Dienstleistungen im Bereich der einheitlichen Rechnungsstellung sowie der ersten Entgegennahme beziehungsweise des ersten Einzugs von Zahlungen gewähren. Hinzu kommt hier jedoch eine zeitliche Begrenzung. So muss die Regulierungsbehörde

erstmals zum 1. Januar 2006 und danach in regelmäßigen Abständen überprüfen, ob diese Verpflichtung grundsätzlich aufrecht zu erhalten ist. Diese Einschränkung ist systemwidrig. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sollte auf sie nach Möglichkeit verzichtet werden.

Die Fakturierung und das Inkasso können aber unabhängig von der Auferlegung einer spezifischen Vorabverpflichtung nach wie vor auch Gegenstand der besonderen Missbrauchsaufsicht werden. Da sich in § Mi 1 im Gegensatz zu § 33 des geltenden Telekommunikationsgesetzes keine Einschränkung auf *wesentliche* Leistungen mehr findet, kommt es künftig grundsätzlich nicht mehr darauf an, inwieweit es sich bei der Fakturierung und dem Inkasso um solche Leistungen handelt. Problematisch ist allerdings die derzeitige Formulierung des zweiten Absatzes von § Mi 1. Sie ist jedenfalls ihrem Wortlaut nach einer Interpretation zugänglich, wonach nur die Einräumung ungünstigerer Bedingungen bei der Gewährung eines Zugangs die Missbrauchsvermutung begründet, nicht aber die gänzliche Verweigerung des Zugangs zu den intern genutzten Leistungen. Hier sollte eine eindeutiger Formulierung gefunden werden. Zu erwähnen bleibt schließlich noch, dass der Anwendungsbereich der Missbrauchsvermutung nicht nur durch die Streichung der Einschränkung auf

wesentlichen Leistungen erweitert wurde. Es reicht nunmehr auch aus, dass die Wettbewerber den Zugang zu den Leistungen des Marktbeherrschers für Dienste benötigen, die nur *im Zusammenhang* mit den jeweiligen Telekommunikationsdiensten stehen. Diese Erweiterung könnte gerade auch im Internet-Bereich eine pragmatische Lösung der Fälle erlauben, in denen nicht ganz klar ist, ob es sich noch um einen bloßen Telekommunikationsdienst handelt oder ob auch ein Mehrwert- oder Inhaltssdienst vorliegt.

Kommen wir nun zum siebten Punkt der Mängelliste, dem Line Sharing, also der gemeinsamen und gleichzeitigen Nutzung des Teilnehmeranschlusses durch den Marktbeherrscher und den Wettbewerber. Line Sharing erlaubt die Bereitstellung breitbandiger Datendienste durch den Wettbewerber unabhängig von dem schmalbandigen Sprachtelefondienst. Diesen kann der Kunde nach wie vor vom Altsassen beziehen. Vorab muss hier festgehalten werden, dass sich eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Ermöglichung von Line Sharing bereits aus der TAL-Verordnung 2887/2000/EG ergibt. Diese wurde durch den neuen Rechtsrahmen nicht aufgehoben und gilt daher nach wie vor allgemein, verbindlich und unmittelbar auch in Deutschland. Da jedoch zugleich der

Kommission aufgegeben wurde, beizeiten die Aufhebung der TAL-Verordnung vorzuschlagen, bedarf es auch hier vorsorglich einer Verankerung entsprechender Verpflichtungen auf nationaler Ebene.

Und tatsächlich findet sich mit § Z 3 Absatz 2 Nummer 1 eine Vorschrift im Arbeitsentwurf, die für das Line Sharing nutzbar gemacht werden kann. Hiernach kann dem Marktbeherrscher auferlegt werden, Wettbewerbern den Zugang zu bestimmten Netzkomponenten und/oder -einrichtungen zu gewähren. Als ein Beispiel hierfür wird ausdrücklich der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung genannt. Zwar wird hier, anders als in der TAL-Verordnung, der gemeinsame Zugang als Grundlage der Realisierung von Line Sharing nicht mehr ausdrücklich erwähnt. Dass der entbündelte Zugang im Sinne von § Z 3 Absatz 2 Nummer 1 des Arbeitsentwurfes im Sinne der TAL-Verordnung zu verstehen ist und damit auch den gemeinsamen Zugang umfasst, ergibt sich meines Erachtens aber eindeutig aus der gemeinschaftsrechtlichen Überformung der Vorschrift. Auf gesetzlicher Ebene noch ungeklärt bleibt freilich die Frage, was passiert, wenn der Kunde seinen Vertrag mit dem Altsassen kündigt oder zu einem anderen Ortsnetzanbieter wechselt. Von der Antwort auf diese Frage hängt die Attraktivität von Line Sharing für

die Wettbewerber in nicht unerheblichem Umfang ab. Man kann hier auf die Weisheit der Regulierungsbehörde vertrauen, die die Frage bei der konkreten Auferlegung der Verpflichtung gegenüber dem Marktbeherrscher zu beantworten haben wird. Man könnte angesichts der überragenden regulatorischen Bedeutung des Zugangs zum Teilnehmeranschluss aber auch daran denken, die Verpflichtung des § Z 3 Absatz 2 Nummer 1 aus dem Beispielkatalog der Zugangsverpflichtungen herauszunehmen und in einer gesonderten gesetzlichen Vorschrift präziser und detaillierter auszugestalten. Dort könnte dann auch vorgegeben werden, dass der Wettbewerber nur die für sein Angebot erforderliche Line-Sharing-Leistung beziehen muss, auch wenn der Sprachtelefondienstvertrag zwischen dem Kunden und dem Marktbeherrscher gekündigt wird.

Damit sind wir dann auch bereits beim letzten Punkt der Mängelliste angelangt. Die besten gesetzlichen Regulierungsvorgaben sind nutzlos, wenn sie nicht oder nur unzureichend umgesetzt werden. Inwieweit Vollzugsdefizite im künftigen Telekommunikationsrecht tatsächlich vermieden werden, hängt natürlich in ganz erheblichem Maße vom politischen Willen des Regulierers ab und entzieht sich insoweit der gesetzlichen Vorsteuerung. Der Arbeitsentwurf will jedoch ersichtlich für eine erheblich verbes-

serte Transparenz des Gesetzesvollzugs sorgen und ordnet an zahlreichen Stellen die Veröffentlichung von Entscheidungen und Entscheidungsentwürfen an. Dabei wird in Zukunft erfreulicherweise nicht mehr das Amtsblatt der Regulierungsbehörde die alleinige offizielle Informationsquelle sein. Der Arbeitsentwurf stellt ihm vielmehr die Internetseite der Behörde als weitgehend gleichwertige Alternative zur Seite. Bislang verabsäumt wurde hingegen bedauerlicherweise ein explizites Verbot nur vorläufiger oder auch testweiser Entgeltgenehmigungen, die unter dem bisherigen Telekommunikationsgesetz ein erhebliches Vollzugsproblem darstellen. Hier sollten die schlechten praktischen Erfahrungen noch zu einer entsprechenden Anpassung der gesetzlichen Vorgaben führen.

Keinen Einfluss hat der Gesetzgeber hingegen auf die Verfahren, mit denen Entscheidungen der Regulierungsbehörde in den europäischen Kontext einbezogen werden. Diese Konsolidierungsverfahren werden zu einer Verzögerung der Entscheidungen auf nationaler Ebene führen und könnten damit die Effektivität der Regulierung reduzieren. Die Praxis wird zeigen, wie gravierend diese Nachteile sein werden, die sich aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zwingend ergeben. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Effektivität des Regulierungsvollzugs wer-

den schließlich die Ausgestaltung der Organisation und der Verfahren der Regulierungsbehörde sowie ihre Anbindung an das Bundeskartellamt und das Bundeswirtschaftsministerium sein. Insoweit ist der Arbeitsentwurf noch lückenhaft. Es bleibt zu hoffen, dass der folgende Referentenentwurf hier keine unerfreulichen Überraschungen enthalten wird. Insbesondere die justizförmigen Beschlusskammerverfahren sollten meines Erachtens in jedem Fall erhalten bleiben.

Mein Fazit fällt nach alledem mithin vorsichtig hoffnungsvoll aus. Viele regulatorische Defizite des bisherigen Telekommunikationsrechts wurden im Arbeitsentwurf zumindest als solche erkannt, freilich durchaus auch aufgrund entsprechender Vorgaben seitens der Europäischen Gemeinschaft. Dennoch besteht noch erhebliches Optimierungspotenzial im Detail. Viel wird darüber hinaus von der tatsächlichen Rechtsanwendung abhängen. Dies gilt natürlich in besonderem Maße, wenn es bei dem Regulierungsansatz bleibt, der dem Arbeitsentwurf zugrunde liegt. Mit diesem Ansatz werden zahlreiche Entscheidungen von der gesetzlichen auf die administrative Ebene verlagert. Hier sollte der Gesetzgeber meines Erachtens seine Verantwortung wahrnehmen, die sich für ihn aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot ergibt, und seinerseits der Behörde

durchaus weitergehende Vorgaben machen. In jedem Fall, und damit möchte ich meinen Vortrag schließen, stellt der Arbeitsentwurf aber einen großen Schritt in die richtige Richtung dar, um die besonderen Herausforderungen zu bewältigen, die sich in den Internet-Märkten stellen.

Ich danke Ihnen vielmals für Ihre Aufmerksamkeit und darf uns nun gemeinsam guten Appetit und eine anregende Diskussion wünschen!