

Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes

Sondergutachten der Monopolkommission

gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	1
1. Liberalisierung der Telekommunikation in Deutschland und Gesetzesnovellierung im europäischen Kontext.....	3
2. Grundsätzliche Erwägungen zur Umsetzung des neuen europäischen Rechtsrahmens.....	8
2.1 Marktdefinition und Marktanalyse im europäischen und nationalen Recht.....	8
2.2 Zur Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission und Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition.....	15
2.3 "Funktionsfähiger Wettbewerb" als Rechtsbegriff.....	20
2.4 Europarechtliche Umsetzungsdefizite des Regierungsentwurfs.....	23
2.5 Konkretisierung der Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde.....	25
3. Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde.....	29
4. Zugangsregulierung.....	33
5. Entgeltregulierung.....	39
5.1 Ausgestaltung der Entgeltregulierung nach dem Gesetzentwurf.....	39
5.2 Konsistenzgebot.....	40
5.3 Entgeltregulierung bei den Zugangsleistungen.....	42
5.4 Endkundenentgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht.....	44
5.5 Maßstäbe der Entgeltregulierung.....	46
6. Einzelfragen der Regulierung.....	53
6.1 Resale.....	53
6.2 Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl.....	56
7. Verfahrensfragen.....	59
8. Gerichtliche Kontrolle.....	64
8.1 Welche Gerichte?.....	64
8.2 Gewährleistung eines effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes.....	66
9. Zusammenfassung und Empfehlungen.....	68

Vorwort

1. Mit dem Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 15. Oktober 2003 hat die Bundesregierung ihre Vorstellungen zur Umsetzung des neuen europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste¹ vorgelegt. Der Bundesrat hat seine Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf am 19. Dezember 2003 verabschiedet.² Die Bundesregierung hat am 14. Januar 2004 ihre Gegenäußerung veröffentlicht.³ Es ist zu erwarten, dass das Gesetzgebungsverfahren nicht vor Mitte des Jahres 2004 abgeschlossen sein wird. Der von der Europäischen Kommission gesetzte Umsetzungstermin bis Ende Juni 2003 wird damit um wenigstens ein Jahr überschritten.

2. Die Monopolkommission hat den Prozess der Liberalisierung und Marktöffnung der Telekommunikation von Beginn an kritisch begleitet.⁴ Seit dem In-Kraft-Treten des Telekommunikationsgesetzes zum 1. Januar 1998 nimmt die Monopolkommission gemäß § 81 Abs. 3 TKG regelmäßig zu den Wettbewerbsentwicklungen in der Telekommunikation Stellung.⁵ Sie kann sich dabei auch zu den aus ihrer Sicht notwendigen Konsequenzen für einzelne Bestimmungen des TKG äußern. Der jetzt vorliegende Entwurf einer grundlegenden Novellierung des TKG geht allerdings weit über die in § 81 Abs. 3 TKG zur Diskussion stehenden Reformen in einzelnen Punkten hinaus. Daher hat die Monopolkommission die Novellierung des TKG nicht im Rahmen ihrer im Dezember 2003 vorgelegten dritten Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG kommentiert. Stattdessen legt sie nunmehr eine Stellungnahme in Form eines Sondergutachtens nach § 44 Abs. 1 Satz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor.

3. Zu verfassungs- und europarechtlichen Fragen der Umsetzung des neuen europäischen Rechtsrahmens der Telekommunikation hat die Monopolkommission ein Gutachten von Prof. Dr. Hans-Heinrich Trute, Hamburg, und Privatdozent Dr. Hans Christian

1 Vgl. Richtlinien 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG und 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002, ABl. EG Nr. L 108 vom 24. April 2002, S. 7, 21, 33, 51.

2 Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG), Drs. 755/03 vom 19. Dezember 2003.

3 Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes (TKG) vom 14. Januar 2004.

4 Vgl. Monopolkommission, Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen, Sondergutachten 9, Baden-Baden 1981; dies., Zur Neuordnung der Telekommunikation, Sondergutachten 20, Baden-Baden 1991; dies., Die Telekommunikation im Wettbewerb, Sondergutachten 24, Baden-Baden 1996; sowie Äußerungen im Rahmen verschiedener Hauptgutachten.

5 Zuletzt Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39 vom 11. Dezember 2003.

Röhl, Heidelberg, eingeholt.⁶ Das Gutachten wurde am 13. Februar 2003 erstattet. Die Diskussion mit den Autoren fand am 13. März 2003 in Bonn statt.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter Herrn Dr. Klaus Holthoff-Frank, der die vorliegende Stellungnahme federführend betreut hat.

⁶ H.-H. Trute/H.C. Röhl, Gutachten im Auftrag der Monopolkommission zu Fragen der Umsetzung des neuen Europäischen Rechtsrahmens der Telekommunikation, 13. Februar 2003.

1. Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte in Deutschland und Gesetzesnovellierung im europäischen Kontext

4. Durch das Telekommunikationsgesetz von 1996 wurde die Liberalisierung der deutschen Telekommunikationsmärkte eingeleitet. Das staatlich gesetzte Monopol wurde abgeschafft, die Märkte geöffnet. Jedoch wurden die Telekommunikationsmärkte auch weiterhin nicht einfach wie andere Märkte der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Aufsicht durch das Bundeskartellamt überlassen, sondern der sektorspezifischen Regulierung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) unterstellt. Diese Entscheidung des Gesetzgebers beruhte auf der Erwägung, dass die Besonderheiten der Ausgangssituation besondere Vorkehrungen erforderten, um Wettbewerb in Gang zu bringen. Als Besonderheiten zu nennen wären zum einen die Asymmetrie der Ausgangssituation, in der die meisten Endkunden gewohnt waren, ihre Telekommunikationsdienstleistungen fast ausschließlich vom bisherigen Monopolisten zu beziehen, zum anderen die Abhängigkeit der Telekommunikationsdiensteanbieter von Zusammenschaltungs- und sonstigen Vorleistungen des bzw. der Netzbetreiber, vor allem des Ex-Monopolisten. Diesen Besonderheiten sollte durch die sektorspezifische Regulierung der Endkundenentgelte und durch die Zugangsregulierung Rechnung getragen werden.

5. Allerdings ging der Gesetzgeber davon aus, dass der Telekommunikationssektor bei funktionsfähigem Wettbewerb weniger regulatorische Eingriffe benötige als zu Beginn der Liberalisierung. Daher erteilte er der Monopolkommission in § 81 Abs. 3 TKG den Auftrag, alle zwei Jahre über die Entwicklung des Wettbewerbs in diesem Sektor zu berichten und insbesondere darzulegen, ob die Vorschriften des TKG zur Entgeltregulierung weiterhin erforderlich sind. Hinter diesem Auftrag stand die Vision einer schrittweisen Deregulierung. Im Idealfall könnten bei funktionsfähigem Wettbewerb die sektorspezifischen Regulierungsvorschriften weitgehend entfallen und durch die Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts ersetzt werden, vielleicht auch könnte die Zuständigkeit der RegTP zu den Kartellbehörden wechseln.

6. Die Monopolkommission hat bisher drei Stellungnahmen nach § 81 Abs. 3 TKG vorgelegt.⁷ In diesen Stellungnahmen wird aufgezeigt, dass sich der Wettbewerb bei den Fern- und Auslandsgesprächen in bemerkenswerter Weise entwickelt hat. Dies gilt wohl

⁷ Monopolkommission, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?, Sondergutachten 29, Baden-Baden 1999; dies., Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002; dies., Sondergutachten 39, a.a.O.

auch für die Ortsgespräche, seit im Januar 2003 die Betreiber(vor)auswahl separat eingeführt wurde. Auf der Ebene der Teilnehmeranschlüsse dagegen bleibt die Quasi-Monopolstellung des Ex-Monopolisten Deutsche Telekom AG (DTAG) von gewissen Teilbereichen abgesehen weitgehend unangefochten. In dem der Ex-ante-Entgeltregulierung nicht unterliegenden Bereich der Datenkommunikation hat die DTAG es – begünstigt durch unzureichende regulatorische Eingriffe – verstanden, eine neue Quasi-Monopolstellung bei breitbandigen Internetzugängen (DSL) aufzubauen und diese zur weiteren Verstärkung ihrer Position bei den Teilnehmeranschlüssen zu verwenden. Auf der Ebene der Vorleistungen sind die Wettbewerber weiterhin weitgehend von der DTAG abhängig. Ausnahmen sind gewisse Zusammenschaltungsleistungen, insbesondere im Bereich des nationalen Transit, und gewisse Mietleitungen, insbesondere bei den großen Trassen.

7. Die eingetretenen Wettbewerbsentwicklungen haben die Monopolkommission in ihrer dritten Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG veranlasst, dem Gesetzgeber die Aufhebung der Ex-ante-Entgeltregulierung für Fern- und Auslandsgespräche zu empfehlen. Sofern die möglicherweise auftretenden Bündelungsprobleme unter Kontrolle gebracht werden, hält die Monopolkommission die Wettbewerbsverhältnisse in diesem Bereich trotz fortdauernder Marktbeherrschung durch die DTAG für hinreichend gefestigt, um auf die Ex-ante-Entgeltregulierung bei Fern- und Auslandsgesprächen verzichten zu können. Tatsächlich hat die Ex-ante-Entgeltregulierung bei Fern- und Auslandsgesprächen seit einiger Zeit nur noch eine geringe Rolle gespielt, da die Gesprächsgebühren der DTAG aufgrund des Wettbewerbsdrucks ohnehin weit unter der Obergrenze lagen, die durch die Price-Cap-Regulierung gesetzt war. Insofern diente die Ex-ante-Entgeltregulierung weniger dem Schutz der Kunden gegen Preisüberhöhungen als dem Schutz der Wettbewerber gegen ungerechtfertigte Kampfpreise.

8. Im Übrigen ist die Monopolkommission im Zuge ihrer Berichterstattung zu dem Schluss gekommen, dass der Ordnungsrahmen des TKG sich im Wesentlichen bewährt hat. Daher hat sie sich in ihren bisherigen Stellungnahmen stets gegen eine substantielle Änderung des TKG ausgesprochen.⁸ Soweit in den vergangenen Jahren Probleme aufgetreten sind, betreffen diese weniger das Gesetz selbst als vielmehr die Umsetzung des Gesetzes durch die Beteiligten Deutsche Telekom AG und ihre Wettbewerber, die

⁸ Vgl. Monopolkommission, Netzettbewerb durch Regulierung, Hauptgutachten 2000/2001, Baden-Baden 2003, Tz. 4 ff.

Regulierungsbehörde, das Bundeskartellamt und die Gerichte. Solche Umsetzungsprobleme im Prozess der Gewöhnung an neue Spielregeln sind normal. Es wäre eine Illusion zu glauben, man könne sie durch Änderungen auf der Ebene des Gesetzes beheben. Vielmehr ist zu befürchten, dass grundlegend neue gesetzliche Regelungen neue Anpassungsprobleme schaffen und die Behinderung der Marktprozesse durch Rechtsunsicherheit verstärken. Stabilität des Ordnungsrahmens ist eine wesentliche Voraussetzung für die Entwicklung eines funktionsfähigen, d.h. strukturell abgesicherten Wettbewerbs in den Märkten der Telekommunikation.

9. Der vorliegende Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes der Bundesregierung vom 15. Oktober 2003 jedoch sieht deutliche Änderungen des Ordnungsrahmens der Telekommunikation in Deutschland vor. Dieser Entwurf versteht sich nicht als Erfüllung des in § 81 Abs. 3 TKG impliziten Reformauftrags, sondern als Anpassung an den durch die Richtlinien 2002/19/EG bis 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates gegebenen neuen europäischen Ordnungsrahmen. Diese Erklärung kann aber nur teilweise überzeugen. Viele substantielle Änderungen sind europarechtlich nicht zwingend. In zentralen Punkten stellt der Entwurf selbst sich sogar ausdrücklich gegen die europarechtlichen Vorgaben und lässt es darauf ankommen, wie gegebenenfalls ein Konflikt mit der Europäischen Kommission juristisch entschieden wird.⁹ Die Entscheidung darüber, wie man sich an die europäischen Vorgaben anpasst und wo man den Konflikt sucht, ist offensichtlich eine politische Entscheidung. Die mit dem Entwurf verbundenen substantiellen Änderungen des Ordnungsrahmens der Telekommunikation sind in großen Teilen nicht europarechtlich geboten, sondern von der Bundesregierung politisch beabsichtigt.

10. Vor Änderungen dieses Ausmaßes kann allerdings nur dringend gewarnt werden. Sie schaffen erhebliche Unsicherheit und bergen das Risiko, dass Investitionen im Telekommunikationssektor aufgrund mangelnder Planungssicherheit drastisch beschränkt werden. Gleichzeitig ist eine Rückentwicklung des Wettbewerbs zu befürchten, denn die in den letzten Jahren neu in die Märkte gekommenen Wettbewerber – gegebenenfalls auch prospektive zukünftig neu in die Märkte kommende Wettbewerber – werden von regulatorischen und rechtlichen Unsicherheiten stärker betroffen als die Deutsche Telekom AG mit ihrer deutlich marktbeherrschenden Stellung in den meisten Märkten

⁹ Vgl. unter anderem die Regelung der Entgeltregulierung bei Terminierungsleistungen nach § 28 Abs. 4 TKG-RE, siehe dazu Kapitel 5.3 in diesem Gutachten.

der Telekommunikation. Insofern ist selbst eine Remonopolisierung vieler Bereiche nicht auszuschließen. Der Gesetzgeber sollte sich bewusst sein, dass die im Entwurf der Bundesregierung vorgesehene grundsätzliche Änderung des Ordnungsrahmens die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in den Märkten aufs Spiel setzt.

11. Problematisch sind insbesondere die deutliche Zunahme der Regelungsdichte und der Versuch des Gesetzgebers, materielle Probleme bei der Umsetzung des Gesetzes durch den Regulierer und die Gerichte bereits im Vorfeld durch eine Aufnahme von Regulierungsdetails in die Gesetzesvorschriften zu vermeiden. Die Verdoppelung des Gesetzesumfangs weist auf die hochgradige Kompliziertheit der Entwurfsvorschriften hin. Das Ziel einer größeren Rechtssicherheit bedingt zwar die Klarstellung von bisher unklaren Rechtsbegriffen. Der vorliegende Gesetzentwurf geht aber weit darüber hinaus und führt eine größere Anzahl zusätzlicher, oftmals nicht oder nicht eindeutig definierter Rechtsbegriffe ein. Zum Beispiel unterscheidet das Gesetz drei Arten von Wettbewerb, den *wirksamen*, den *funktionsfähigen* und den *nachhaltigen* Wettbewerb. Keines dieser Wettbewerbskonzepte ist eindeutig definiert, das Verhältnis zueinander unklar. Die Belastung der Marktteilnehmer durch Rechtsunsicherheiten nimmt dadurch zu. Dies gilt für die Deutsche Telekom AG ebenso wie für ihre Wettbewerber. Es ist absehbar, dass die Vielzahl neuer Rechtsbegriffe, die Detailliertheit und Länge sowie die mangelnde Eindeutigkeit der Normen dafür sorgen wird, dass die Anzahl der Verfahren vor den Verwaltungsgerichten weiter steigen wird. Davon profitiert die Branche der Rechtsberater, der Wettbewerb wird eher unsicherer.

12. Das Problem der Unsicherheit mit neuen Rechtsnormen wird durch die europarechtliche Reform weiter verschärft. Der neue europäische Rechtsrahmen dient insbesondere zwei Zielen: Zum einen wird eine Gemeinschaftskompetenz zur Koordination der Regulierung der Telekommunikationsmärkte in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union geschaffen. Zum anderen wird die hinter § 81 Abs. 3 TKG stehende, oben skizzierte Vision einer schrittweisen Überführung der Telekommunikationsmärkte aus der sektorspezifischen Regulierung in das allgemeine Wettbewerbsrecht für die Europäische Union übernommen und in den Richtlinien kodifiziert. Gegenüber dem deutschen TKG ergibt sich dabei die Neuerung, dass die Frage, welche Märkte überhaupt als Gegenstand der Regulierung in Frage kommen, nicht mehr der politischen Entscheidung des Gesetzgebers, etwa im Rahmen der in § 81 Abs. 3 angesprochenen möglichen Novellierung des TKG, überlassen wird, sondern über das Verfahren der Marktdefinition von den na-

tionalen Regulierungsbehörden in Abstimmung mit der Europäischen Kommission zu entscheiden ist. Der hier vorgenommene Versuch einer Juridifizierung der Deregulierung wirft neue materielle, institutionelle und verfahrensrechtliche Fragen auf und bringt seinerseits erhebliche Rechtsunsicherheit mit sich.

13. Das Problem der Rechtsunsicherheit im Umgang mit dem neuen europäischen Rechtsrahmen wird durch verschiedene Aspekte des vorliegenden Gesetzentwurfs noch künstlich vergrößert. Problematisch ist insbesondere die Unklarheit der Regelungen zum Verhältnis zwischen der Regulierung in Deutschland und den europäischen Institutionen und europarechtlichen Vorgaben. Das Zusammenspiel der verschiedenen Rechtsnormen und der verschiedenen Institutionen, insbesondere die Regelung von Konfliktfällen, wird im vorliegenden Regierungsentwurf nicht genügend behandelt. Vielmehr wird durch den Entwurf selbst der Konflikt mit den europäischen Institutionen in wichtigen Punkten vorprogrammiert.

Aber auch im Umgang mit der Regulierung in Deutschland sind erhebliche zusätzliche Probleme zu erwarten. Im Gesetzentwurf werden die Entscheidungskompetenzen des Regulierers erheblich ausgeweitet. Nicht alle diese Ausweitungen sind europarechtlich geboten; die meisten schaffen zusätzliche Unsicherheiten für die Marktteilnehmer. Es ist absehbar, dass die Einräumung derart weitgehender Ermessensspielräume für die Regulierungsbehörde verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die ihrerseits wiederum gerichtlich zu prüfen sein werden.

2. Grundsätzliche Erwägungen zur Umsetzung des neuen europäischen Rechtsrahmens

2.1 Marktdefinition und Marktanalyse im europäischen und nationalen Recht

14. Der neue europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikation sieht für die Bestimmung der zu regulierenden Märkte ein zweistufiges Vorgehen vor.¹⁰ In Stufe 1 ("Marktdefinition") wird eine Liste von Märkten erstellt, deren Merkmale dafür sprechen, dass sie für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Nach der Empfehlung der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte kommen Märkte für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht, die (i) durch beträchtliche, anhaltende strukturelle oder rechtliche Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (ii) in absehbarer Zeit zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen (iii) das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem identifizierten Marktversagen entgegenzuwirken.¹¹ In Stufe 2 ("Marktanalyse") werden die in der Liste aus Stufe 1 aufgeführten Märkte analysiert. Wird in dieser Stufe festgestellt, dass es auf einem Markt keinen "wirksamen Wettbewerb" gibt, so ist dieser Markt der sektorspezifischen Regulierung zu unterstellen. Dabei ist "wirksamer Wettbewerb" definiert als das Fehlen von "beträchtlicher Marktmacht". Die Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht zwischen benachbarten Märkten ist in die Analyse einzubeziehen.

15. In diesem Verfahrensraster gibt es zwei Möglichkeiten, wie ein Markt der sektorspezifischen Regulierung entzogen werden kann: (i) Er steht nicht auf der Liste in Stufe 1 und (ii) er steht zwar auf der Liste in Stufe 1, doch wird in Stufe 2 festgestellt, dass es in diesem Markt keine "beträchtliche Marktmacht" gibt. Dagegen sind Märkte, die in Stufe 1 auf die Liste gesetzt werden und für die in Stufe 2 "beträchtliche Marktmacht" festgestellt wird, zwangsläufig der sektorspezifischen Regulierung unterworfen. Dabei sehen die europäischen Vorschriften eine erhebliche Bandbreite von Regulierungsmöglichkeiten vor, von einem einfachen Transparenzfordernis bis hin zur Ex-ante-Entgeltregulierung.¹² Der deutsche Gesetzgeber will – im Einklang mit den Vertretern der

¹⁰ Art. 15 und 16 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).

¹¹ Vgl. Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. EG Nr. L 114 vom 8. Mai 2003, Rn. 9.

¹² Art. 9 bis 13 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März

Branche – diese Bandbreite der Regulierungsmöglichkeiten nicht ausschöpfen, sondern beschränkt sich im Wesentlichen auf Zugangsregulierung, Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung sowie Missbrauchsaufsicht.

16. Unabhängig von der Frage der Kompetenzverteilung zwischen nationalen und europäischen Instanzen im Hinblick auf die Bestimmung der Märkte, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, wirft das beschriebene Verfahrensraster verschiedene *methodische* Fragen auf:

- Auf welcher analytischen Grundlage erfolgt die Entscheidung in Stufe 1? Konzeptionell wird nach § 10 Abs. 2 TKG-RE angestrebt, Märkte mit funktionsfähigem Wettbewerb aus der Regulierung herauszunehmen. Funktionsfähiger Wettbewerb wird in § 3 Nr. 10 TKG-RE definiert als Wettbewerb, der bestimmte Funktionen – produktive und dynamische Effizienz – erfüllt und dabei so abgesichert ist, dass er auch nach Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht. Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass es bei der Analyse der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf einem Telekommunikationsmarkt grundsätzlich auf dieselben Merkmale der Marktstruktur ankommt wie bei der Analyse der Marktbeherrschung nach dem GWB, auch wenn sich die Beurteilungskriterien unterscheiden.¹³ Damit steht das Problem im Raum, wie nach § 10 TKG-RE zwischen Märkten mit funktionsfähigem Wettbewerb und Märkten ohne funktionsfähigen Wettbewerb unterschieden werden kann, ohne dass man schon die erst für Stufe 2 vorgesehene Marktanalyse nach § 11 TKG-RE durchgeführt hätte.
- Wie ist bei der "Marktanalyse" nach § 11 TKG-RE auf Stufe 2 die *Marktabgrenzung* vorzunehmen und wie verhält sich "beträchtliche Marktmacht" zum Begriff der Marktbeherrschung im Sinn von Art 82 EGV bzw. § 19 GWB? Diese Fragen betreffen zum einen das Verhältnis von Marktdefinition in Stufe 1 und Marktanalyse in Stufe 2, zum anderen das Verhältnis von Telekommunikationsrecht und Wettbewerbsrecht. Sie sind letztlich entscheidend dafür, welches Ausstiegsszenario aus der sektorspezifischen Telekommunikationsregulierung das neue TKG verfolgt. Erfolgen Regulierung und Deregulierung nach "Bereichen" oder nach "Märkten" im wettbewerbsrechtlichen Sinne?

2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie).

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 10 sowie dies., Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 11.

17. Im Hinblick auf die *Marktabgrenzung* enthält die von der Europäischen Kommission für das Marktdefinitionsverfahren nach Art. 15 Rahmenrichtlinie vorgelegte Empfehlung relativ weit gefasste Spezifizierungen von Märkten bzw. Gruppen von Märkten.¹⁴ Die Empfehlung spricht explizit von "Marktbereichen", die in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts zu definieren sind und die – entsprechend ihren Nachfragecharakteristika – auch aus einer Anzahl getrennter Einzelmärkte bestehen können. Die Abgrenzung sachlich relevanter Märkte nach den Kriterien des Wettbewerbsrechts würde in den meisten Fällen *deutlich engere* Abgrenzungen verlangen. Welches Verfahren ist im Rahmen der Marktanalyse nach § 11 TKG sachgerecht? Nach Auffassung der Monopolkommission wird im Rahmen der Marktanalyse nach dem TKG regelmäßig eine weitere Marktabgrenzung als bei der wettbewerblichen Analyse notwendig sein. In Anbetracht dessen, dass TKG und GWB dasselbe Wort "Markt" verwenden, ist aber nicht klar, ob im Rechtsverfahren die erforderliche Flexibilität für die hier angesprochene Differenzierung bestehen wird.

18. Nach § 11 Abs. 1 TKG-RE verfügt ein Unternehmen über *beträchtliche Marktmacht*, wenn es allein oder gemeinsam mit anderen eine der Beherrschung gleichkommende wirtschaftlich starke Stellung einnimmt, die es ihm gestattet, sich in beträchtlichem Umfang unabhängig von Wettbewerbern und Endnutzern zu verhalten. Diese Definition entspricht Art. 14 Rahmenrichtlinie. Die Leitlinien der Europäischen Kommission zur Marktanalyse und zur beträchtlichen Marktmacht führen aus, es handle sich bei der beträchtlichen Marktmacht grundsätzlich um dasselbe wie bei der Marktbeherrschung nach Art 82 EGV, in Anbetracht der Verschiedenheit des Kontextes jedoch auch wieder nicht um dasselbe.¹⁵ Die Begründung zu § 11 TKG-RE spricht davon, dass der telekommunikationsrechtliche Begriff der beträchtlichen Marktmacht an den Marktbeherrschungsbegriff des allgemeinen europäischen Wettbewerbsrechts "angelehnt" sei. Was dies bedeutet, bleibt unklar. Die Frage ist dennoch von grundsätzlicher Bedeutung. Sie stellt sich spätestens dann, wenn die Möglichkeit im Raum steht, dass die Marktanalyse nach Stufe 2 beträchtliche Marktmacht verneint, die wettbewerbsrechtliche Analyse dagegen das Vorliegen von Marktbeherrschung feststellt, so dass die Missbrauchsaufsicht nach dem GWB greifen würde. Die Vorschriften des europäischen Wettbewerbsrechts sind ohnehin immer anwendbar.

¹⁴ Empfehlung der Kommission ..., a.a.O.

¹⁵ Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, ABl. EG Nr. C 165 vom 11. Juli 2002, S. 6.

19. Wie ist vor diesem Hintergrund mit der Möglichkeit der Deregulierung umzugehen? Das Verhältnis von Marktdefinition und Marktanalyse im neuen europäischen Rechtsrahmen weist gewisse Ähnlichkeiten zum Verhältnis von § 81 Abs. 3 und den §§ 25, 33 ff. im noch geltenden alten TKG auf. Das TKG in der Fassung vom 26. Juli 1996 beschreibt ebenfalls zwei Möglichkeiten, wie ein Markt der sektorspezifischen Regulierung entzogen werden kann: Zum einen kann die Monopolkommission in ihrer Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 das Vorliegen funktionsfähigen Wettbewerbs feststellen und dem Gesetzgeber die Herausnahme dieses Marktes aus der sektorspezifischen Regulierung empfehlen. Im neuen europäischen Rechtsrahmen entspräche der bisherigen Deregulierung auf der Grundlage einer Gesetzesänderung die Herausnahme des Marktes aus der Liste der zu analysierenden Märkte im Zuge der Marktdefinition in Stufe 1. Zum anderen entfällt nach den §§ 25, 33 ff. des TKG in der Fassung von 1996 die in diesen Vorschriften jeweils spezifizierte Regulierung, wenn keine marktbeherrschende Stellung im Sinne des GWB vorliegt. Im neuen europäischen Rechtsrahmen entspräche dem die Feststellung im Rahmen der Marktanalyse in Stufe 2, dass keine beträchtliche Marktmacht festzustellen ist. Ein wesentlicher Unterschied liegt darin, dass die in § 81 Abs. 3 TKG angesprochene Möglichkeit der Deregulierung ein Tätigwerden des Gesetzgebers verlangt und insofern als *politisches* Verfahren anzusehen ist. Die Monopolkommission hat dementsprechend immer darauf hingewiesen, dass § 81 Abs. 3 TKG keinen Rechtsanspruch auf Deregulierung begründet und dass es bei der Feststellung funktionsfähigen Wettbewerbs im Rahmen der Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG nicht um eine Sachverhaltssubsumtion geht, sondern um eine Sachverhaltsbewertung, die spätestens dann politischer – und nicht rechtlicher – Natur ist, wenn es darum geht, gegebenenfalls kollidierende Befunde bezüglich der verschiedenen Dimensionen und verschiedenen Funktionen des Wettbewerbs zu gewichten.

20. In Anbetracht der Parallelität des zweistufigen europäischen Verfahrens mit dem Ansatz des bisher geltenden TKG ist es sinnvoll, sich die Erfahrungen mit dem alten TKG in Erinnerung zu rufen. Dies betrifft zunächst den Umgang mit der Marktbeherrschungsvoraussetzung der Ex-ante-Endkundenentgeltregulierung nach § 25 TKG. Nachdem die Monopolkommission in ihrem ersten Sondergutachten nach § 81 Abs. 3 TKG¹⁶ eine Gesetzesänderung abgelehnt hatte, verfolgte die Deutsche Telekom AG verstärkt die Möglichkeit, eine Deregulierung zu erreichen, indem der Fortfall einer marktbeherrschenden Stellung behauptet wurde. Die Stellungnahme der Bundesregierung zu dem 16 Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O.

genannten Sondergutachten der Monopolkommission maß dieser Möglichkeit der Deregulierung besonderes Gewicht zu und wies die Regulierungsbehörde an, geeignete Eckpunkte zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung zur Diskussion zu stellen.¹⁷ Im Zentrum der nachfolgenden Diskussion standen Fragen nach dem Verhältnis von Marktabgrenzung und Marktbeherrschung in der Anwendung von § 25 TKG relativ zum GWB, Fragen nach der Möglichkeit der abwechselnden Anwendbarkeit und Nichtanwendbarkeit der Regulierung (Jojo-Effekt) je nachdem, wie sich die Position des führenden Unternehmens entwickelt, schließlich auch die Frage nach dem Verhältnis von Märkten mit und Märkten ohne Ex-ante-Endkundenentgeltregulierung.

21. In der ersten Runde von Regulierungsverfahren zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung in den Jahren 2000 und 2001 hielt sich die *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (RegTP) an ein vergleichsweise engeres Marktabgrenzungskonzept, stellte aber fest, dass bei den Märkten für Auslandsgespräche nach Dänemark und in die USA weiterhin eine marktbeherrschende Stellung der DTAG vorlag und nur bei den Gesprächen in die Türkei die Marktbeherrschungsvoraussetzung des § 25 TKG entfallen war.¹⁸ Die Abgrenzung eines räumlich auf die Stadt Berlin begrenzten Marktes für Anschlüsse und Gespräche von Geschäftskunden wurde ebenfalls abgelehnt. Schließlich hat die RegTP Anfang 2003 auch die länderspezifische Abgrenzung von Märkten für Auslandsgespräche (unter anderem nach Japan, in die Russische Föderation, in die Ukraine) abgelehnt.¹⁹

22. In der Auseinandersetzung um Marktabgrenzung und Marktbeherrschung bei der Anwendung von § 25 TKG hat die *Monopolkommission* in ihrer zweiten Stellungnahme nach § 81 Abs. 3 TKG einerseits betont, dass es wichtig sei, im Umgang mit dem Begriff der Marktbeherrschung keine Diskrepanz zwischen GWB und TKG zu schaffen. Andererseits hat die Monopolkommission geraten, die auch im Rahmen der Anwendung des GWB bestehende Flexibilität bei der Beurteilung der Marktbeherrschung zu nutzen, um den spezifischen Zielen des TKG und seiner Rechtsnormen Rechnung zu tragen.²⁰ So sollte das auch in der Anwendung des GWB bedeutsame prognostische Element be-

17 Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Tätigkeitsbericht der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post 1998/99 und zum Sondergutachten der Monopolkommission "Wettbewerbsentwicklung auf Telekommunikation- und Postmärkten?" vom 16. August 2000, S. 9 f.

18 Vgl. Tätigkeitsbericht 2000/2001 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bonn 2001, S. 98 ff; Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 145 f.

19 Vgl. Tätigkeitsbericht 2002/2003 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Bonn 2003, S. 75 f; Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 125 ff.

20 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 148 ff.

nutzt werden, um vermittels einer dynamischen Betrachtungsweise etwaigen Jojo-Effekten vorzubauen, indem man ein nur als temporär vermutetes Unterschreiten der Vermutungsgrenze für die Marktbeherrschung noch nicht als hinreichenden Grund für ein Entfallen der Regulierung ansieht. Auch sollten Quersubventionierungsprobleme als Anlass für eher weite Marktabgrenzungen genommen werden. Die insgesamt ablehnende Haltung der RegTP gegenüber einer auf viele eng abgegrenzte Einzelmärkte abstellenden Handhabung von § 25 TKG fand weitgehend die Zustimmung der Monopolkommission.

23. Sowohl die Diskussion um Marktabgrenzung und Marktbeherrschung in der Anwendung von § 25 TKG als auch das in den Formulierungen der Europäischen Kommission zur Marktdefinition und Marktanalyse²¹ zum Ausdruck kommende Unbehagen über eine Gleichsetzung der Begriffe "beträchtliche Marktmacht" und "Marktbeherrschung" lassen nach Auffassung der Monopolkommission ein grundsätzliches Problem erkennen, das letztlich auch das Vorgehen bei der Marktanalyse in Stufe 2 des nach neuem europäischen Recht vorgesehenen Verfahrens betrifft: Soweit man den aus dem Wettbewerbsrecht übernommenen Begriff der Marktbeherrschung als Tatbestandsvoraussetzung für die Unterwerfung unter die sektorspezifische Regulierung verwendet, muss man in der Anwendung des Begriffs dem Unterschied der Normzwecke Rechnung tragen und darf nicht einfach die im Wettbewerbsrecht üblichen Verfahren zur Feststellung der Marktbeherrschung mechanisch übertragen.

Der wettbewerbsrechtliche Begriff der "Marktbeherrschung" setzt die Marktabgrenzung voraus. Dieser haftet immer eine gewisse Willkür an, weshalb sie sich so gut als Streitobjekt der Anwälte und der Gutachter in Kartellverfahren eignet. Im Wettbewerbsrecht kann man damit leben, da es um punktuell zu treffende Einzelentscheidungen, nämlich das Verbot eines Missbrauchs oder die Untersagung einer Fusion, geht und man kein besseres Verfahren hat.

24. Die Inzidenz eines Regulierungsregimes davon abhängen zu lassen, ist demgegenüber problematisch. Dies gilt um so mehr, als es bei der sektorspezifischen Regulierung und Deregulierung nicht nur um den einzelnen Markt, sondern auch um das Gesamtsystem und die Kohärenz des Ordnungsrahmens für die Branche insgesamt gehen muss. So hat die Monopolkommission in ihrer zweiten und dritten Stellungnahme nach § 81

²¹ Vgl. Leitlinien der Kommission ..., a.a.O., Rn. 24 ff.

Abs. 3 TKG empfohlen, die Vorleistungsmärkte weiterhin der Regulierung zu unterwerfen und nicht etwa die Märkte für Zusammenschaltungen auf der Fernebene oder die Märkte für Mietleitungen auf den großen Trassen aus der Regulierung herauszunehmen.²² Als wichtigen Grund für diese Empfehlung hat die Kommission angegeben, dass in Anbetracht der hohen Gemeinkosten des Netzes eine kostenorientierte Regulierung des Netzzugangs einen integrierten Ansatz für alle Netzzugangsleistungen erfordert, auch wenn bei einzelnen dieser Leistungen andere Anbieter aktuell oder potentiell als Wettbewerber vorhanden sind. Eine rein nachfragerorientierte Abgrenzung der Vorleistungsmärkte würde für dieses Argument keinen Raum mehr lassen.

25. Bei einer rein wettbewerbsrechtlichen Marktabgrenzung geht es um die Frage, inwiefern der Nachfrager oder Wettbewerber im sachlich und räumlich relevanten Markt einer möglichen Marktmacht oder einem Missbrauch von Marktmacht ausgesetzt ist. Missbrauchsaufsicht bekämpft den Missbrauch, Fusionskontrolle das Entstehen von Missbrauchsmöglichkeiten. Zusammenhänge zwischen Märkten spielen nur eine untergeordnete Rolle. Es ist zu hoffen, dass der ausdrückliche Verweis auf die Möglichkeit der Übertragung von Marktmacht zwischen Märkten in Art. 14 Abs. 3 Rahmenrichtlinie und § 11 Abs. 1 TKG-RE hier etwas mehr Flexibilität lässt. Bislang jedoch ist nicht klar, was unter der Übertragung von Marktmacht zwischen Märkten überhaupt zu verstehen ist. Die Entscheidung des Gerichts erster Instanz im Fall Tetra Laval BV setzt diesbezüglich durchaus strenge Maßstäbe.²³ Für die Telekommunikationsregulierung wird es darauf ankommen, dass man einen konzeptionellen Rahmen entwickelt, der die Möglichkeit gibt, z.B. die im Rahmen der deutschen Diskussion zu Tage getretenen Überlegungen zur Bedeutung der Kohärenz des Ordnungsrahmens im Querschnitt der verschiedenen Teilmärkte bei der Anwendung der Vorschrift einzubringen.

26. Im Umgang mit ihrem Auftrag nach § 81 Abs. 3 TKG hat die Monopolkommission für eine Vorgehensweise plädiert, bei der bestimmte funktional ähnliche, von anderen deutlich zu trennende Märkte zusammengefasst und entweder alle reguliert oder alle nicht reguliert werden. Diese Vorgehensweise ist nach Auffassung der Monopolkommission auch im neuen Rahmen angemessen; sie sollte sowohl die Marktdefinition nach Stufe 1 als auch die Marktanalyse nach Stufe 2 des neuen Verfahrens prägen.

²² Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 72 f.

²³ Vgl. EuG, Rechtssache T-5/02, Urteil vom 25. Oktober 2002, Slg. 2002, II-4381, Rn. 188 ff.

Bei der Umsetzung einer solchen teilweisen Deregulierung stellen sich allerdings verschiedene Fragen:

- Wie stellt man die Trennung von regulierten und nicht regulierten Aktivitäten sicher? Eine materielle Trennung von Unternehmensteilen dürfte ausgeschlossen sein; wie steht es aber mit einer Trennung der Rechnungslegung und den Möglichkeiten einer Kontrolle von Quersubventionierungen?
- Inwiefern erfordert die Kontrolle von Quersubventionierungen eine Transparenzregulierung? Nach Auffassung der Monopolkommission ist nicht auszuschließen, dass eine vollständige Entlassung aus der sektorspezifischen Regulierung bei bestimmten Leistungen auch auf lange Sicht nicht angebracht ist. Daraus folgt, dass man im Minimum eine gewisse Transparenzregulierung braucht, für die der Gesetzgeber im novellierten TKG, entsprechend den europäischen Richtlinien, Raum schaffen sollte.
- Wie sind im Fall der teilweisen Deregulierung die Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und RegTP zu regeln? Die Einheitlichkeit der Anwendung des Wettbewerbsrechts scheint eine Zuständigkeit des Kartellamts für die aus der Regulierung entlassenen Bereiche zu fordern. Die Kohärenz von Regulierungs- und Wettbewerbspolitik für den Telekommunikationssektor dagegen scheint eine Zuständigkeit der Regulierungsbehörde zu fordern. Auf jeden Fall ist eine Koordination beider Behörden erforderlich. In Anbetracht dessen, dass Märkte, die in Stufe 1 nicht in die Marktdefinition kommen, und Märkte, für die in Stufe 2 nicht das Vorliegen beträchtlicher Marktmacht festgestellt wird, im Gesetzentwurf und in den europäischen Richtlinien nicht weiter behandelt werden, besteht hier eine Lücke.

2.2 Zur Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission und Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition

27. Im Vorfeld der Marktdefinitionen durch die nationalen Regulierungsbehörden erlässt die Europäische Kommission eine Empfehlung zu den relevanten Produkt- und Dienstmärkten des elektronischen Kommunikationssektors, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen.²⁴ Vor Erlass dieser Empfehlung hört die Kommission die Öffentlichkeit und die nationalen Regulierungsbehörden an. Strittig ist, ob die Empfehlung der Kommission im Hinblick auf die zu regulierenden Märkte für den nationalen Regulierer in Deutschland verbindlich ist oder ob dieser die Möglichkeit be-

²⁴ Empfehlung der Kommission ..., a.a.O.

sitzt, Märkte aus der sektorspezifischen Regulierung zu entlassen, bevor ein Marktanalyseverfahren nach § 11 TKG-RE durchgeführt worden ist. Nach Auffassung der Europäischen Kommission kann die in der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte genannte Auflistung von Märkten mit Zustimmung der Kommission zwar verlängert, nicht aber verkürzt werden.

28. Der Regierungsentwurf zum TKG sieht die Kompetenz der Marktdefinition grundsätzlich bei der RegTP. Nach § 10 TKG-RE kommen für eine Regulierung Märkte in Betracht, auf denen kein "funktionsfähiger Wettbewerb" herrscht. Diese Märkte werden von der RegTP im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes und im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt bestimmt. Allerdings sind dabei die Empfehlungen der Europäischen Kommission "weitestgehend" zu berücksichtigen.²⁵ Legt die RegTP einen Markt fest, der sich von jenen der Empfehlung der Europäischen Kommission unterscheidet, hat diese zudem nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG-RE ein Vetorecht für den Fall, dass ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht und insbesondere den politischen Zielen des europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Art. 8 Rahmenrichtlinie) bestehen.

29. Nach der Empfehlung der EU-Kommission über relevante Produkt- und Dienstleistungsmärkte kommen Märkte für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht, die (i) durch beträchtliche, anhaltende strukturelle oder rechtliche Marktzutrittsschranken gekennzeichnet sind, (ii) in absehbarer Zeit zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen (iii) das allgemeine Wettbewerbsrecht nicht ausreicht, um dem identifizierten Marktversagen entgegenzuwirken.²⁶ In diesen Märkten ist zu prüfen, ob wirksamer Wettbewerb besteht oder das Bestehen beträchtlicher Marktmacht die Auferlegung von Vorabverpflichtungen im Sinne von konkreten Regulierungsmaßnahmen auslöst. Aus diesem zweistufigen Prüfungsschema folgt, dass auch nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission die bloße Existenz beträchtlicher Marktmacht nicht ausreicht, um einen sektorspezifischen Regulierungsbedarf zu begründen. Insofern bildet das in § 9 Abs. 1 TKG-RE verankerte zweistufige Prüfungsschema das in der Rahmenrichtlinie und der Empfehlung der Europäischen Kommission verankerte Verfahren nach. Ein Dissens mit dem Europarecht würde möglicherweise bestehen, wenn das Kriterium der Marktdefinition im TKG nicht mit den Kriterien der Marktdefinition im europäischen

²⁵ Art. 15 Abs. 3 Rahmenrichtlinie.

²⁶ Vgl. Empfehlung der Kommission ..., a.a.O., Rn. 9.

Rechtsrahmen übereinstimmt. Der Bundesrat empfiehlt daher in seiner Stellungnahme zum TKG-Entwurf, den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs anhand der Kriterien der Empfehlung der Europäischen Kommission zu definieren.²⁷ Die Monopolkommission schließt sich dem Petitum des Bundesrates in dieser Frage an.

30. Offen bleibt allerdings, ob die von der Europäischen Kommission vorgenommene Prüfung die Frage der Zuordnung eines Marktes in den Bereich der sektorspezifischen Regulierung im Sinne einer Minimalanforderung abschließend behandelt und inwiefern die nationalen Instanzen die Kompetenz haben, aufgrund von Besonderheiten der Entwicklungen in den jeweiligen nationalen Märkten noch andere Abgrenzungen vorzunehmen, wie dies der TKG-RE vorsieht. Der europarechtliche Befund ist eindeutig. Während eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie sich richtet, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist und lediglich die Wahl der Form und Mittel den innerstaatlichen Stellen überlässt, sind nach Art. 249 EGV Empfehlungen der Europäischen Kommission *nicht* verbindlich. Zwar bedeutet die Unverbindlichkeit von Empfehlungen nicht, dass sie rechtlich bedeutungslos wären. Sie legen dem Adressaten ein bestimmtes Verhalten nahe und setzen damit eine Orientierung.²⁸ Außerdem hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, dass nationale Gerichte Empfehlungen zur Auslegung innerstaatlicher, Gemeinschaftsrecht durchführender Rechtsvorschriften oder zur Ergänzung verbindlicher gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften heranzuziehen haben.²⁹ Gleichwohl bleibt nach Auffassung der Monopolkommission für den deutschen Gesetzgeber ausreichend Spielraum, innerstaatlichen Stellen eigene Kompetenzen bei der Marktdefinition einzuräumen. Dass der Grad der Verbindlichkeit der Empfehlung deshalb höher ist, weil das Marktdefinitionsverfahren als solches durch die Rahmenrichtlinie und mithin rechtsverbindlich im Hinblick auf das zu verfolgende Ziel vorgegeben ist, bleibt umstritten. Letztlich bedarf es hier einer Klärung durch den EuGH.

31. Unterstellt man, dass die europarechtlichen Risiken der Einräumung von nationalen Kompetenzen bei der Marktdefinition gering sind, gibt es verfahrensrechtlich alternative Regelungsmöglichkeiten:

²⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 7a).

²⁸ Vgl. C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –, 2. Aufl., Neuwied/Kriftel 2002, Art. 249, Rn. 119 f.

²⁹ Vgl. EuGH, Rechtssache C-322/88 "Salvatore Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles", Urteil vom 13. Dezember 1989, Slg. 1989, 4407, Rn. 18.

- Die RegTP überlässt die Identifizierung der sektorspezifisch zu regulierenden Märkte der EU-Kommission und löst das Problem, einen nationalen Markt sektorspezifisch regulieren zu müssen, auf dem möglicherweise bereits funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, über das "Wie" der Regulierung. In einem solchen Fall würde z. B. die Auflegung einer Transparenzverpflichtung genügen. Für diesen Ansatz spricht, dass es keine Konkurrenz verschiedener innerstaatlicher und gemeinschaftsweiter Institutionen in der Frage gäbe, welche Märkte sektorspezifisch zu regulieren sind. Zudem würde auch ein gegebenenfalls bestehendes Restrisiko für die Existenz eines europarechtlichen Dissenses entfallen. Dem Anliegen einer möglichst großen Rechtssicherheit für die Unternehmen wäre damit Rechnung getragen. Ein Nachteil des Ansatzes ist, dass die Marktdefinition der EU-Kommission notwendigerweise die Entwicklungen auf sämtlichen nationalen Märkte innerhalb der Europäischen Union berücksichtigen muss und eine Deregulierung durch die Herausnahme eines Marktes von der Liste der sektorspezifisch zu regulierenden Märkte erst dann in Betracht kommen kann, wenn auf dem letzten nationalen Markt alle drei Kriterien der Empfehlung der Europäischen Kommission erfüllt sind.
- Die RegTP hat grundsätzlich die Kompetenz, bei der Marktdefinition von der Empfehlung der Europäischen Kommission abzuweichen. Dies geschieht im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt. Zudem hat die Europäische Kommission die Möglichkeit, im Rahmen des nationalen Konsolidierungsverfahrens der Entscheidung zu widersprechen. Gegen diesen Ansatz, der im Wesentlichen dem vorliegenden Regierungsentwurf entspricht, sprechen folgende Erwägungen. Erstens führt eine Überschneidung bzw. Konkurrenz von europäischen und nationalen Kompetenzen in dieser Frage zu Rechtsunsicherheiten, die zu vermeiden sind. Zweitens ist das Verfahren zur Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach § 10 TKG-RE materiell nicht vom Verfahren der Marktanalyse nach § 11 TKG-RE zu trennen, auch wenn sich die Kriterien "funktionsfähiger Wettbewerb" und "wirksamer Wettbewerb" im Sinne der Abwesenheit "beträchtlicher Marktmacht" unterscheiden.³⁰ Sein Vorteil liegt darin, dass die Identifizierung der sektorspezifisch zu regulierenden Märkte nicht auf einer Durchschnittsbetrachtung aller Mitgliedstaaten, sondern auf der Grundlage der aktuellen und der zu prognostizierenden Entwicklungen des Wettbewerbs auf den nationalen Telekommunikationsmärkten beruht.

³⁰ Vgl. Kapitel 2.1.

32. Um die verfahrensrechtlichen Probleme zu minimieren und einen Konflikt zwischen der Europäischen Kommission und der Regulierungsbehörde möglichst zu vermeiden, gleichwohl aber die vorstehend beschriebene eigene Kompetenz der RegTP in den Fragen der Marktdefinition zu sichern, schlägt die Monopolkommission vor, dass die Überprüfung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht obligatorisch für jeden Markt der Empfehlung vorzunehmen ist. Sie soll sich auf solche Ausnahmefälle beschränken, bei denen aufgrund der spezifischen Entwicklungen auf dem nationalen Markt ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass die für den gemeinschaftsweiten Markt zutreffende Diagnose auch die nationalen Verhältnisse widerspiegeln. Im Einzelnen sollte das Verfahren der Marktdefinition nach § 10 TKG-RE dem folgenden Regelaufbau folgen: (i) Der sektorspezifischen Regulierung nach den Vorschriften des TKG unterliegen diejenigen Märkte, bei denen die Europäische Kommission einen Regulierungsbedarf nach den Kriterien der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte in der jeweiligen Fassung festgestellt hat. (ii) Die RegTP kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt weitere Märkte identifizieren, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, wenn auf diesen Märkten kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Ebenso kann die RegTP im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt einen Markt aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen, wenn auf diesem Markt funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. (iii) Bevor die RegTP von den Empfehlungen der Europäischen Kommission in Bezug auf die Marktdefinition abweicht, führt sie ein öffentliches Konsultationsverfahren, möglicherweise unter Einbeziehung der Monopolkommission, durch. (iv) Die EU-Kommission hat im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens die Möglichkeit eines Vetos, soweit ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Gemeinsamen Markt oder mit den Zielen des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikation bestehen.

Auch dann bleibt allerdings das Problem, dass der Begriff der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs selbst einer gerichtlichen Prüfung nur eingeschränkt zugänglich ist und daher als Anknüpfungspunkt für eine unmittelbar einklagbare Rechtsfolge nicht in Frage kommt. Diesem Umstand trägt der Regierungsentwurf in § 10 Abs. 2 Satz 2 Rechnung, in dem er der Regulierungsbehörde bei der Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs einen Beurteilungsspielraum einräumt. Die Monopolkommission befürwortet diese Regelung.

2.3 "Funktionsfähiger Wettbewerb" als Rechtsbegriff

33. Der Regierungsentwurf für ein Telekommunikationsgesetz verwendet den Begriff des funktionsfähigen Wettbewerbs an verschiedenen Stellen und in verschiedener Weise:

- als Ziel der Regulierung in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG-RE,
- als Kriterium der Marktregulierung und der Marktdefinition nach §§ 9 und 10 TKG-RE,
- als Kriterium für die Auferlegung von Verpflichtungen für Teilnehmernetzbetreiber nach § 18 Abs. 2 TKG-RE,
- als Kriterium für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 1 TKG-RE,
- als Kriterium für eine Ex-ante-Entgeltregulierung auf Endnutzermärkten nach § 37 Abs. 1 TKG-RE.

Zum Teil wird eine Rechtsfolge an das *Bestehen* von funktionsfähigem Wettbewerb geknüpft (§ 10), zum Teil werden Rechtsfolgen an die *Prognose des Bestehens* funktionsfähigen Wettbewerbs in der Zukunft geknüpft (§ 37 Abs. 1), in anderen Vorschriften ist von der *Entwicklung* eines funktionsfähigen Wettbewerbs die Rede, auf die sich eine Verpflichtung beziehen soll (§ 18 Abs. 2) oder deren mögliche Behinderung eine konkrete Rechtsfolge auslöst (§ 19 Abs. 1).

34. Die Definition des funktionsfähigen Wettbewerbs in § 3 Nr. 10 TKG-RE als Wettbewerb, der bestimmte wettbewerbliche Funktionen erfüllt und der auch nach der Rückführung der wettbewerbsgestaltenden Regulierung fortbesteht, knüpft an die Interpretation an, die die Monopolkommission im Rahmen ihres Gutachtauftrages nach § 81 Abs. 3 des bestehenden alten TKG verwendet hat.³¹ Die Monopolkommission hat darauf hingewiesen, dass es bei der Feststellung der Funktionsfähigkeit sowohl darauf ankommt, die tatsächlich stattfindenden Wettbewerbsprozesse zu erfassen, als auch zu prognostizieren, welche Wettbewerbsprozesse im Falle der Rückführung der Regulierung stattfinden werden. Sie hat auch darauf hingewiesen, dass das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs nicht wohl definiert ist und für eine Sachverhaltssubsumtion nicht in Betracht kommt. Der Grund dafür liegt darin, dass Wettbewerb vielfältige Funktionen hat (Allokationsfunktion, Anpassungsfunktion, Freiheitsfunktion, Kontroll-

³¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 9.

funktion, Innovationsfunktion, Verteilungsfunktion), die auch im Widerstreit untereinander liegen können.³² Die Beurteilung der Funktionsfähigkeit hängt davon ab, wie man die verschiedenen Funktionen gewichtet. Dies ist zumindest teilweise eine Frage der politischen Wertung und gründet sich nicht allein auf die Erfassung des Sachverhalts selbst.

Diese Problematik wird auch nicht durch eine Konkretisierung der Begriffsfassung im Sinne der Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstmärkte behoben, wie sie in der Stellungnahme des Bundesrates zum TKG-RE vorgeschlagen wird.³³ Das Konzept der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs eignet sich grundsätzlich nicht als Kriterium, an das unmittelbare Rechtsfolgen geknüpft werden und dessen Gültigkeit insofern von den Gerichten zu prüfen ist. Daraus folgt, dass das TKG entweder auf den Begriff der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs verzichten sollte oder an seine Verwendung keine Rechtsfolgen knüpfen sollte, die unmittelbar der gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein müssen.

35. Als Ziel der Regulierung (§ 2 TKG-RE) und als Kriterium für die Marktdefinition (§§ 9, 10 TKG-RE) kann die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach Auffassung der Monopolkommission beibehalten werden. Allerdings ist hier ausdrücklich ein Beurteilungsspielraum für die RegTP vorzusehen. Das Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Grundlage für die Definition der im Hinblick auf einen Regulierungsbedarf zu prüfenden Märkte (Marktdefinition) trägt dem Umstand Rechnung, dass die bloße Existenz beträchtlicher Marktmacht – auch nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission – nicht ausreicht, um einen Bedarf für sektorspezifische Regulierung zu begründen. Insofern bildet das in den §§ 9 Abs. 1 und 10 Abs. 2 TKG-RE verankerte zweistufige Prüfungsschema das in der Rahmenrichtlinie und der Empfehlung der Europäischen Kommission vorgesehene Verfahren nach. Dabei tritt das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs an die Stelle der drei Kriterien, nach denen die Europäische Kommission diejenigen Märkte identifiziert, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen.³⁴ Eine entsprechende Anpassung der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 10 TKG-RE sollte erfolgen.

³² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 13.

³³ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 7.

³⁴ Vgl. Empfehlung der Kommission ..., a.a.O., Rn. 9.

Dem Problem, dass die Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs wettbewerbspolitische Wertungen erfordert, die über die reine Sachverhaltssubsumtion hinausgehen, ist dadurch Rechnung zu tragen, dass der RegTP bei der Beurteilung, ob auf einem Markt funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, ein gesetzlicher Beurteilungsspielraum zusteht. Nach der Rechtssprechung räumen die Gerichte der Verwaltung in bestimmten Fällen einen Beurteilungsspielraum ein; dazu gehören vor allem Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen im Bereich des Wirtschafts- und Umweltrechts. Prognoseentscheidungen bei der abstrakten Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Recht der Telekommunikation lassen sich dieser Fallgruppe in weitem Umfang zurechnen.

36. Der Gesetzgeber sollte bei den §§ 18 Abs. 2, 19 Abs.1 und 37 Abs. 1 TKG-RE auf das Kriterium des funktionsfähigen Wettbewerbs verzichten. Während der Bezug auf die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt für die Möglichkeit der Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes nach § 18 Abs. 2 ohnehin unklar bleibt, werden bei den beiden anderen Vorschriften Rechtsfolgen an eine gegebenenfalls zu befürchtende Behinderung der Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 19 Abs. 1 Auferlegung von Zugangsverpflichtungen) bzw. die Vermutung, dass in absehbarer Zeit kein funktionsfähiger Wettbewerb entsteht (§ 37 Abs. 1 Ex-ante-Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen), geknüpft. Dazu eignet sich das Kriterium – wie ausgeführt – nicht. Bei der gerichtlichen Überprüfung von Regulierungsentscheidungen auf der Grundlage dieser Vorschriften ist einerseits zu befürchten, dass bei strikter Interpretation des Prüfauftrags durch das Gericht die Regulierungsbehörde kaum in der Lage sein wird, ihrer Darlegungspflicht hinsichtlich dieses zumindest teilweise auf Wertungen beruhenden Kriteriums zu genügen; andererseits würde bei Einräumen eines Beurteilungsspielraums die gerichtliche Überprüfbarkeit der Regulierungsentscheidungen stark eingeschränkt. Nach Auffassung der Monopolkommission muss aber die gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen, die in die individuellen Rechte der betroffenen Unternehmen eingreifen, gewährleistet sein. Dies gilt insbesondere für so weitreichende Entscheidungen wie die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen oder die Unterstellung bzw. Nichtunterstellung unter eine Ex-ante-Entgeltregulierung. Damit unvereinbar ist die Verwendung eines Kriteriums wie der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs", dessen Vagheit und dessen prognostische Komponenten die Annahme eines Beurteilungsspielraums nahe legen.

2.4 Europarechtliche Umsetzungsdefizite des Regierungsentwurfs

37. Nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in Art. 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen aufzuerlegen.³⁵ Im Einzelnen handelt es sich um Transparenzverpflichtungen, Gleichbehandlungsverpflichtungen, Verpflichtungen zur getrennten Rechnungsführung hinsichtlich des Zugangs zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung sowie zur Preiskontrolle und Kostenrechnung. Der deutsche Gesetzgeber will diese Bandbreite der Regulierungsmöglichkeiten nicht ausschöpfen und verzichtet unter anderem auf die Möglichkeit für den Regulierer, Transparenzverpflichtungen nach Art. 9 Zugangsrichtlinie aufzuerlegen. Die Monopolkommission sieht hierin ein Umsetzungsdefizit des vorliegenden Regierungsentwurfs für ein Telekommunikationsgesetz. Gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber der RegTP den Spielraum einzuräumen hat, Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht Transparenzverpflichtungen aufzuerlegen. Zwar bestehen Spielräume im Hinblick auf die möglichen Inhalte von Transparenzverpflichtungen. Das Instrument als solches muss der Gesetzgeber allerdings vorsehen. Die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebots nach § 21 TKG-RE kann – wie weiter unten noch zu diskutieren sein wird – das Regulierungsinstrument der Transparenzverpflichtungen nicht ersetzen.³⁶

Darüber hinaus kann nach Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie die nationale Regulierungsbehörde einem Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht andere als die in den Art. 9 bis 13 vorgesehenen Regulierungsmaßnahmen auferlegen, dies allerdings nur mit Zustimmung der Kommission. Hier handelt es sich um eine Ausnahmvorschrift, die zugleich eine Generalklausel darstellt. Dem Gesetzgeber steht es frei, eine Präzisierung der außergewöhnlichen Umstände vorzunehmen, ebenso auch, die möglichen Maßnahmen festzulegen. Ob der Gesetzgeber frei ist, im Telekommunikationsgesetz gänzlich auf die Möglichkeit der Auferlegung anderer Maßnahmen zu verzichten, ist zumindest fraglich.

35 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).

36 Vgl. Kapitel 4, Tz. 59.

38. Ein Dissens mit den europarechtlichen Vorgaben ist zudem zu erwarten, wenn der Gesetzgeber die Anwendung einzelner Regulierungsmaßnahmen für bestimmte Bereiche der Telekommunikation faktisch ausschließt. § 38 Abs. 2 TKG-RE regelt, dass die Verpflichtung zur Gewährleistung der Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl gemäß Art. 19 Universaldienstrichtlinie³⁷ den Teilnehmernetzbetreibern im Mobilfunkmarkt nicht auferlegt werden soll, wenn auf dem Mobilfunkendnutzermarkt ein "nachhaltiger Dienstwettbewerb" besteht. Die Begründung zum Gesetzentwurf verweist darauf, dass Art. 19 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung der Betreiber vorauswahl in "anderen Netzen" als dem Festnetz ein Auswahlermessen einräumt, welches sich an den "Anforderungen der Nutzer" orientiert. Das heißt, wenn den Nutzeranforderungen in anderer Art und Weise Rechnung getragen werden kann, muss die Betreiber vorauswahl als mögliches Regulierungsinstrument nicht vorgegeben werden. In Art. 19 Abs. 2 Universaldienstrichtlinie heißt es, dass die Anforderungen der Nutzer hinsichtlich der Bereitstellung von Betreiber Auswahl und -vorauswahl in anderen Netzen oder auf andere Art und Weise gemäß dem Marktanalyseverfahren zu bewerten und gemäß den Vorschriften über den Netzzugang in der Zugangsrichtlinie umzusetzen sind. Das Marktanalyseverfahren wiederum stellt auf "wirkamen Wettbewerb" und eben nicht auf "nachhaltigen Dienstwettbewerb" ab. Was genau unter einem "nachhaltigen Dienstwettbewerb" zu verstehen ist, lässt der Regierungsentwurf offen. Die Entwurfsbegründung spricht von einem "ausreichenden Dienstwettbewerb, der zur Entwicklung bzw. zur Erhaltung funktionsfähiger Wettbewerbsstrukturen beiträgt", was ebenfalls nicht zu einer Begriffsklärung führt.

39. Nach Auffassung der Monopolkommission gibt es durchaus Argumente dafür, im Mobilfunk unter den gegenwärtigen Wettbewerbsbedingungen auf die Einführung der Betreiber vorauswahl zu verzichten. Der europäische Rechtsrahmen dürfte dies zulassen. Dafür spricht bereits, dass die Universaldienstrichtlinie, die die Regulierung von Endnutzerleistungen regelt, größere Umsetzungsspielräume im Hinblick auf das vorzuhaltende Instrumentarium lässt als die Zugangsrichtlinie.³⁸ So spricht Art. 17 Universaldienstrichtlinie lediglich davon, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die Regulierungsbehörden Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegen. Problematisch und gegebenenfalls mit dem europä-

³⁷ 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).

³⁸ Vgl. Trute/Röhl, a.a.O., S. 44.

schen Rechtsrahmen nicht vereinbar ist es allerdings, die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und -vorauswahl im Mobilfunk an das nicht näher spezifizierte Kriterium eines "nachhaltigen Dienstwettbewerbs" zu binden. Dies gilt insbesondere, da nicht klar wird, in welchem Verhältnis der "nachhaltige Dienstwettbewerb" zu dem im europäischen Telekommunikationsrecht und dem im TKG-RE gebräuchlichen "wirksamen Wettbewerb" steht. Eine solche Regelung ist auch in der Sache schädlich, da die Bindung einer unmittelbaren Rechtsfolge an einen unbestimmten Rechtsbegriff die Rechtsunsicherheit für die Mobilfunkunternehmen erhöht.

40. Der Gesetzgeber sollte sicherstellen, dass dem Regulierer sämtliche nach dem europäischen Rechtsrahmen vorgesehenen Regulierungsinstrumente zur Verfügung stehen. Ebenso ist sicherzustellen, dass die Anwendung von vorgesehenen Regulierungsmaßnahmen nicht für Teilbereiche der Telekommunikation faktisch auf Dauer ausgeschlossen werden. Bei der Regelung der Aussetzung der Betreiber Auswahl und -vorauswahl im Mobilfunk sollte der Gesetzgeber darauf verzichten, diese an das rechtlich unbestimmte Kriterium des "nachhaltigen Dienstwettbewerbs" zu binden.

2.5 Konkretisierung der Ermessensspielräume der Regulierungsbehörde

41. Bei der Umsetzung des europäischen Rechtsrahmens kommt in der bisherigen Diskussion der Frage, wer die Kompetenz zur Bestimmung der anzuwendenden Regulierungsmaßnahmen besitzt, eine wesentliche Bedeutung zu. Der vorliegende Gesetzentwurf räumt der Regulierungsbehörde unterschiedlich weit ausgeprägte Ermessensspielräume ein. Als "Kann-Vorschrift" geregelt sind unter anderem die Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 1 und 2 TKG-RE, die Verpflichtung zur getrennten Rechnungslegung nach § 22 TKG-RE und die präventive Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen nach § 37 Abs. 1 TKG-RE. Bei diesen Vorschriften kann die Regulierungsbehörde beim Vorliegen des Tatbestandes wählen, ob und in welchem Umfang sie die in der Vorschrift vorgesehene Maßnahme anwenden will. Bei der Ermessensausübung muss sie sich vom Zweck der jeweiligen Vorschriften leiten lassen, der sich insbesondere aus den Regulierungszielen des Art. 8 Rahmenrichtlinie erschließt. Die verwaltungsgerichtliche Prüfung einer diesbezüglichen Entscheidung beschränkt sich auf die Feststellung, ob der Tatbestand erfüllt ist und ob die Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessensfehler gemacht hat. Als "Soll-Bestimmung" (intendiertes Ermessen) geregelt sind die Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 3 TKG-RE. Beim intendierten Ermessen ist die Entscheidung der

Behörde im Normalfall vorgegeben, so dass diese davon lediglich in besonderen Ausnahmefällen abweichen kann. Ohne jegliches Ermessen der RegTP geregelt sind die Ex-ante- und die Ex-post-Entgeltregulierung bei Zugangsleistungen nach § 28 TKG-RE.

42. Die Bundesregierung begründet die Einräumung von weitreichenden Ermessensspielräumen für den Regulierer mit europarechtlichen Vorgaben. Im Bereich der Vorleistungsregulierung legt der Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 Rahmenrichtlinie nahe, dass den nationalen Regulierungsbehörden das gesamte Regulierungsinstrumentarium nach Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie zur Verfügung steht und die Auswahlentscheidung mit hin vom Regulierer getroffen wird. Der Regulierungsansatz des Richtlinienpaketes sieht im Kern zweierlei vor: (i) die Flexibilisierung des bisherigen Regulierungsinstrumentariums, um der steigenden Komplexität und Dynamik der Telekommunikationsmärkte Rechnung zu tragen, (ii) die harmonisierte Anwendung des Gemeinschaftsrechts, die durch die Einbindung der nationalen Regulierungsbehörden in einem europäischen Regulierungsverbund gewährleistet werden soll. Da das nationale Recht nach den Vorgaben der Rahmenrichtlinie sicherstellen muss, dass die nationalen Regulierungsbehörden bei ihren Entscheidungen die Stellungnahmen der Europäischen Kommission und der anderen nationalen Regulierungsbehörden "weitestgehend" berücksichtigen (Konsolidierungsverfahren), können anderweitige Festlegungen, etwa die eines nationalen Gesetzgebers, lediglich marginal sein.³⁹ Dem widersprechen verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf den so genannten Parlamentsvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot, nach denen der deutsche Gesetzgeber einer Behörde keine beliebigen Entscheidungen zugestehen darf, sondern diese rechtsstaatlich disziplinieren muss. Allerdings hängt das Maß der verfassungsrechtlich erforderlichen Bestimmtheit gesetzlicher Vorschriften von einer Vielzahl von Faktoren ab.⁴⁰ Einerseits spricht die Vielgestaltigkeit der zu erfassenden Wettbewerbskonstellationen und der Umstand, dass diese in weiten Teilen noch nicht zu prognostizieren sind, dafür, dass der verfassungsrechtlich gebotene Bestimmtheitsgrad der gesetzlichen Normen eher gering ist. Andererseits sind in allen wesentlichen der praktisch besonders bedeutsamen Fälle die Wettbewerbskonstellationen bekannt und zumindest mittelfristig prognostizierbar.⁴¹ Das gilt jedenfalls für die bereits regulierten Bereiche, insbesondere für weite Teile der Zugangsregulie-

³⁹ Vgl. Trute/Röhl, a.a.O., S. 17.

⁴⁰ Vgl. C. König/S. Loetz/A. Neumann, Sektorspezifische Regulierung im neuen Telekommunikationsrecht – Umsetzungsspielräume, verfassungsrechtliche Vorgaben und Verfahrensgestaltung, in: Kommunikation & Recht, Jg. 6, 2003, Beilage 2, S. 17 ff.

⁴¹ So auch Koenig/Loetz/Neumann, a.a.O., S. 21.

nung und die Regulierung des Anschlussbereichs auf der Endnutzerebene. Hier dürften verfassungsrechtlich strengere Anforderungen an die Bestimmtheit des gesetzlichen Regelungsrahmens bestehen.

43. Deutlich weniger umstritten ist die Frage der Maßnahmenkompetenz bei der Regulierung der Endnutzerdienste nach der Universalienrichtlinie. Art. 17 Universalienrichtlinie spricht lediglich davon, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass die Regulierungsbehörden Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegen. Insofern sind die diskretionären Spielräume im Hinblick auf das "Wie" der Regulierung nicht zwingend den Regulierungsbehörden zugewiesen, sondern können auch durch den nationalen Gesetzgeber konkretisiert werden. Das europäische Recht schreibt lediglich vor, dass es sich um "geeignete" Maßnahmen handeln muss.⁴² Fehlt es auf einem Endnutzermarkt an wirksamem Wettbewerb und erweisen sich Vorleistungsregulierung und die Verpflichtung zur Betreiberwahl und -vorauswahl als unzureichend im Hinblick auf die Verwirklichung der Regulierungsziele, muss die Regulierungsbehörde dem oder den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht "geeignete" Verpflichtungen auferlegen.

44. Die Monopolkommission spricht sich insbesondere aus Gründen einer größeren Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer für eine stärkere Ausfüllung und Begrenzung der Ermessensspielräume der RegTP in den Bereichen aus, in denen der Regierungsentwurf dem Regulierer durch eine Kann-Vorschrift Ermessen bei der Auswahl des Regulierungsinstrumentariums einräumt. Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 249 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Form und diejenigen Mittel zur Umsetzung der Richtlinien zu wählen, die am besten geeignet sind, die praktische Wirksamkeit der Richtlinie unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks sicherzustellen.⁴³ Die Regulierungsverfahren des Richtlinienpaketes sollen eine effiziente und zeitnahe Regulierung gewährleisten. Dies ist nur möglich, wenn sich die Regulierungsverfahren in die Vorgaben des nationalen Verwaltungsrechts soweit wie möglich einfügen.⁴⁴ Zwar setzt die im Richtlinienrecht verankerte stärkere Rolle der nationalen Regulierungsbehörden einer vollständigen Determinierung der Regulierung durch den Gesetzgeber Grenzen. Gleichwohl bedürfen die bestehenden Auslegungs- und Entscheidungsspielräume einer

⁴² Vgl. Trute/Röhl, a.a.O., S. 44.

⁴³ Grundlegend EuGH, Rechtssache 48/75 "Jean Noël Royer", Urteil vom 8. April 1976, Slg. 1976, 497 (517), Rn. 69/73; vgl. auch Koenig/Loetz/Neumann, a.a.O., S. 27.

⁴⁴ Ebenda.

Konkretisierung, um stabile Rahmenbedingungen und ein möglichst großes Maß an Rechtssicherheit zu gewährleisten. Dies gilt umso mehr, als die RegTP – wie die nachfolgenden Erörterungen zeigen – nach der gegenwärtigen Ausgestaltung des Regierungsentwurfs nicht frei von politischen Einflussnahmen sein wird.

3. Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde

45. Die Monopolkommission wendet sich gegen die Tendenzen des Entwurfs für ein Telekommunikationsgesetz, den *politischen Einfluss* insbesondere der Bundesregierung auf die Regulierungsbehörde und grundlegende Regulierungsentscheidungen zu verstärken. Sie hält diese Entwicklung für sachlich verfehlt und für europarechtlich unzulässig. Im Einzelnen geht es um die Verankerung eines Rechts auf Einzelweisungen gegenüber der Behörde und die Ausweitung der Zuständigkeiten der so genannten Präsidentenkammer.

46. Nach § 115 TKG-RE sind Weisungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit gegenüber der RegTP, die sich unmittelbar oder mittelbar auf den Erlass oder die Unterlassung von Beschlusskammerentscheidungen nach § 130 TKG-RE auswirken, im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Die Gesetzesbegründung stellt klar, dass sich diese Regelung auf allgemeine und auf *Einzelweisungen* des Ministeriums gegenüber der Behörde bezieht.⁴⁵ Dies ist mit den Vorgaben des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikation nicht vereinbar.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 Rahmenrichtlinie sorgen die Mitgliedstaaten "dafür, dass *alle* den nationalen Regulierungsbehörden mit dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien übertragenen Aufgaben von *einer* zuständigen Stelle wahrgenommen werden" (Hervorhebungen durch die Monopolkommission). Die beabsichtigte Konzentration aller Funktionen lässt sich nicht damit vereinbaren, dass in der Behördenhierarchie das Ministerium der nationalen Regulierungsbehörde im Einzelfall Weisungen erteilt. In der Sache wäre damit die Konzentration der Aufgaben bei *einer* Behörde nämlich gerade nicht erreicht.

47. Darüber hinaus haben die Mitgliedstaaten nach Art. 3 Abs. 2 Rahmenrichtlinie "die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden" zu gewährleisten, "indem sie dafür sorgen, dass sie rechtlich und funktional von allen Unternehmen unabhängig sind, die elektronische Kommunikationsnetze, -geräte oder -dienste anbieten". Wie sich aus dem Kontext deutlich ergibt, zielt diese Vorschrift auf eine Unabhängigkeit der RegTP von den Unternehmen ab, nicht dagegen auf eine Unabhängigkeit von der Regierung.

45 Diese Klarstellung im Hinblick auf die Möglichkeit von Einzelweisungen knüpft an die im allgemeinen Wettbewerbsrecht seit den Tagen der Entstehung des GWB bestehende rechtsdogmatische Auseinandersetzung über die Frage an, ob Einzelweisungen des Ministeriums – § 51 GWB sieht eine Veröffentlichungspflicht für "allgemeine Weisungen" gegenüber dem Bundeskartellamt vor – explizit verboten sind oder lediglich nicht veröffentlicht werden müssen. Zu dieser Diskussion vgl. S. Klaue, in: Immenga/Mestmäcker, GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 3. Aufl., München 2001, § 51, Rn. 11 und die dort zitierte Literatur.

Allerdings hat der europäische Gesetzgeber sehr wohl die Gefahr erkannt, die der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von den Unternehmen dadurch droht, dass der Mitgliedstaat weiterhin Kapitaleigner eines Telekommunikationsunternehmens ist. Für diesen Fall heißt es in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 Rahmenrichtlinie: "Wenn Mitgliedstaaten weiterhin an Unternehmen beteiligt sind, die elektronische Kommunikationsnetze und/oder -dienste bereitstellen, oder diese kontrollieren, müssen sie eine wirksame strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion von Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Eigentum oder der Kontrolle sicherstellen."

48. Eine strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion der Regulierung von den unternehmerischen Tätigkeiten ist zwar durch die Ausgliederung der Deutschen Telekom AG aus dem Staatsverband vollzogen worden. Das zusätzliche Erfordernis der *Wirksamkeit* dieser strukturellen Trennung deutet aber darauf hin, dass die Privatisierung eines Unternehmens als solche nicht genügt, wenn der Staat neben der Wahrnehmung der hoheitlichen Funktion weiterhin Kontroll- und Anteilsrechte eines Eigentümers des Telekommunikationsunternehmens hat. Dafür spricht auch, dass Art. 3 Abs. 2 Satz 1 Rahmenrichtlinie verlangt, dass die Regulierungsbehörden "rechtlich und *funktional* von allen Unternehmen unabhängig sind" (Hervorhebung durch die Monopolkommission). Nur eine über die Rechtsform hinausreichende funktionale Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde kann die "Unparteilichkeit ihrer Beschlüsse sicherstellen", die in Erwägung 11 und in Art. 3 Abs. 3 der Rahmenrichtlinie als Ziel bezeichnet wird.

Mit dem Regierungsentwurf wird die angestrebte Unabhängigkeit nicht erreicht. Denn der Entwurf schließt einerseits nicht aus, dass die Bundesregierung durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit der Regulierungsbehörde Weisungen im Einzelfall erteilt; andererseits ist die Bundesregierung als Mehrheitsaktionär der Deutschen Telekom AG am wirtschaftlichen Wohlergehen dieses Unternehmens aus fiskalischen Gründen unmittelbar interessiert. Hier besteht die Gefahr, dass die fiskalischen Interessen des Staates umschlagen in konkrete Weisungen gegenüber der RegTP. Dies zu verhindern, ist das wesentliche Ziel von Art. 3 Rahmenrichtlinie. Durch § 115 TKG-RE wird dieses Ziel nicht erreicht.

49. Die Möglichkeiten für eine politische Einflussnahme insbesondere der Bundesregierung auf die Regulierungsbehörde wird zudem in dem Maße größer, in dem die so genannte Präsidentenkammer an Zuständigkeiten bei grundlegenden Regierungsent-

scheidungen gewinnt. Nach § 130 TKG-RE entscheidet die RegTP durch Beschlusskammern, die nach Bestimmungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit gebildet werden. Eine der Beschlusskammern entscheidet mit dem Präsidenten als Vorsitzendem und den beiden Vizepräsidenten als Beisitzern. Während die Präsidentenkammer nach bisher geltendem Recht lediglich in Fällen der §§ 11 (Vergabeverfahren bei beschränkter Anzahl von Lizenzen) und 19 (Auferlegung von Universaldienstleistungen) des alten TKG zuständig war, werden ihre Kompetenzen nach § 130 TKG-RE wesentlich ausgeweitet. Danach entscheidet die Präsidentenkammer über das Vergabeverfahren für Frequenzen und die Freigabe von Frequenzbereichen für einen Frequenzhandel, über die Festlegung von Universaldienstleistungen sowie über sämtliche Festlegungen im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 und der Marktanalyse nach § 11 TKG-RE. Der Bundesrat fordert in seiner Stellungnahme darüber hinaus, dass auch die Entscheidungen über das jeweils geeignete und angemessene Regulierungsinstrument, welches zur Anwendung gelangen soll, wenn aufgrund der Ergebnisse der Marktanalyse Verpflichtungen auferlegt, beibehalten oder widerrufen werden, wegen der hohen Bedeutung für die Marktteilnehmer durch die Präsidentenkammer erfolgen müsse. Bei den Beschlusskammern bliebe dann die Entscheidung über eine konkrete Anordnung im Einzelfall. Die Monopolkommission lehnt eine Ausweitung der Zuständigkeiten der Präsidentenkammer auf die meisten grundlegenden Entscheidungen der Regulierungsbehörde ab und hält sie für einvereinbar mit den europarechtlichen Vorgaben.

50. Für die Beurteilung dieser Kompetenzzuweisungen ist maßgeblich, dass der Präsident und die beiden Vizepräsidenten nach dem Personalrechtlichen Begleitgesetz⁴⁶ zum Telekommunikationsgesetz in einem politischen Verfahren ernannt werden und "aus wichtigem Grund" auch wieder abberufen werden können; dies begründet die Gefahr einer politischen Instrumentalisierung. Der Präsident und die Vizepräsidenten werden auf Vorschlag des aus Vertretern des Bundesrates und des Bundestages bestehenden Beirates von der Bundesregierung benannt. Aufgrund der personalrechtlichen Regelungen ist die Unabhängigkeit des Präsidenten und der Vizepräsidenten deutlich schwächer ausgeprägt als z.B. die Unabhängigkeit des Präsidenten des Bundeskartellamts. Um so schwerer wiegt die Zuweisung der meisten wesentlichen Kompetenzen an ein Gremium, dessen Mitglieder "aus wichtigem Grund" abberufen werden können. Rechtlich sieht die Monopolkommission hierin einen Verstoß gegen das europarechtliche Erfordernis der

⁴⁶ Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz (BegleitG) vom 17. Dezember 1997, BGBl. I S. 3108, Artikel 1 Personalrechtliches Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz (PersBG).

Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde (Art. 3 Abs. 1 Rahmenrichtlinie). Sachlich ist es problematisch, wenn die Regulierung der Telekommunikationsmärkte faktisch in Abhängigkeit der jeweiligen Wünsche der Bundesregierung gebracht wird. Dies gilt um so mehr, als der Bund noch mit ca. 40 % an der DTAG beteiligt ist.

51. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Konzentration von grundlegenden Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer zurückgenommen werden. Die Präsidentenkammer sollte allerdings auf die Einheitlichkeit der Entscheidungspraxis der Behörde achten; dies könnte freilich auch auf Divergenzvorlage von Beschlussabteilungen hin geschehen. Weiterhin sollte die persönliche Unabhängigkeit des Präsidenten und der Vizepräsidenten durch eine Änderung des Personalrechtlichen Begleitgesetzes zum TKG gestärkt werden. Vorzusehen wären zum einen ein Amtsverhältnis statt einer vertraglichen Regelung, zum anderen eine Verlängerung der Amtsperiode auf acht bis zehn Jahre bei gleichzeitiger Abschaffung der Möglichkeit einer Wiederberufung. Nicht zuletzt ist ein Abschluss der materiellen Privatisierung der DTAG und damit ein endgültiges Ausscheiden des Bundes aus dem Kreis der Telekom-Aktionäre unabdingbar.

4. Zugangsregulierung

52. Erhebliche Risiken für den Wettbewerb birgt nach Auffassung der Monopolkommission die Regelung der Zugangsverpflichtungen. Nach § 19 Abs. 1 TKG-RE *kann* die RegTP Betreiber von Telekommunikationsnetzen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere, wenn anderenfalls die Entwicklung eines *funktionsfähigen Wettbewerbs* auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde. Kritisch an dieser Formulierung ist erstens, dass mit der Einführung einer *Kann-Vorschrift* der Regulierungsbehörde im Hinblick auf die Frage, ob überhaupt eine Zugangsregulierung stattfindet, ein weitreichendes Ermessen eingeräumt wird. Hier ist eine deutliche Veränderung nicht nur zur gegenwärtigen Rechtslage in den §§ 33 ff. TKG, sondern auch zu dem im Februar 2003 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vorgelegten Arbeitsentwurf zur TKG-Novelle festzustellen. Die Monopolkommission lehnt diese Veränderung ab. Dies gilt insbesondere, wenn die Kompetenz zur Ausfüllung des Ermessens der Präsidentenkammer zugewiesen wird, wie es der Referentenentwurf zum Telekommunikationsgesetz vom 30. April 2003 vorsah und der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Telekommunikationsgesetzes vorsieht.⁴⁷ Die Mitglieder der Präsidentenkammer werden, wie oben ausgeführt, in einem politischen Verfahren durch die Bundesregierung bestimmt und können gegebenenfalls durch diese abberufen werden. Die Bundesregierung vertritt gleichzeitig den Bund, der als Großaktionär des vermutlich wichtigsten Adressaten von Zugangsverpflichtungen damit vor erheblichen Interessenkonflikten steht.

53. Ferner hält die Monopolkommission es für problematisch, wenn die Möglichkeit der Auferlegung einer Zugangsverpflichtung von dem Kriterium abhängig gemacht wird, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert wird. Bereits weiter oben bei der Diskussion der Marktabgrenzung hat die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Kriterium für eine gegebenenfalls in einem gerichtlichen Verfahren zu überprüfende Verwaltungsentscheidung nicht geeignet ist. Bei der jetzigen Formulierung des Zugangstatbestandes ist es kaum vermeidbar, dass die Frage, ob einem marktbeherrschenden Netzbetreiber überhaupt Zugangsverpflichtungen auferlegt werden können, zum Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Auseinandersetzungen wird. Bei einem Entschei-

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 7 c).

dungskriterium, das wettbewerbspolitische Wertungen erfordert und insofern einer reinen Sachverhaltssubsumtion im juristischen Sinne nicht zugänglich ist, wird die Regulierungsbehörde die im Verwaltungsgerichtsverfahren geforderte Darlegungspflicht nicht erfüllen können. Insofern steht hier nach Auffassung der Monopolkommission das Regime der Zugangsregulierung insgesamt in Frage. Als Voraussetzung für Wettbewerb in den Märkten der Telekommunikation ist die Zugangsregulierung jedoch weiterhin unabdingbar. Der Gesetzgeber muss wissen, dass jede Beeinträchtigung der Zugangsregulierung ein erhebliches Risiko der Rückkehr zum Monopol in sich birgt.

54. Die Monopolkommission hielte es auch für problematisch, wenn der Verweis auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in diesem Zusammenhang der RegTP erhebliche Beurteilungsspielräume eröffnete, sei es weil die Gesetzesformulierung einen solchen Spielraum ausdrücklich vorsieht, sei es weil sich ein solcher Spielraum aus der Praxis der Gerichte ergibt. Eine derartige Formulierung würde das Risiko beinhalten, dass das "Ob" der Zugangsregulierung jeglicher gerichtlichen Kontrolle entzogen wird. Aus Sicht der Monopolkommission wäre das nicht akzeptabel. Die Entscheidung über die geschäftlichen Chancen der Wettbewerber auf den Telekommunikationsmärkten kann nicht allein in die Hände einer Behörde gelegt werden. Der Gesetzgeber sollte daher auf das Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs an dieser Stelle verzichten. Die Monopolkommission schlägt vor, in § 19 Abs. 1 Satz 1 TKG-RE den letzten Halbsatz "*..., insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde. ...*" zu streichen.

55. Der Bundesrat schlägt in seiner Stellungnahme eine Ergänzung für § 19 Abs. 1 Satz 1 TKG-RE vor. Danach kann die RegTP Betreiber von Telekommunikationsnetzen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, "*... insbesondere, wenn anderenfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde oder diese Entwicklung den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde.*"⁴⁸ Die Bundesregierung stimmt diesem Änderungsvorschlag zu.⁴⁹ Die Monopolkommission begrüßt im Grundsatz den Hinweis auf die Endnutzerinteressen. Allerdings ist die vom Bundesrat gewählte Formulierung problematisch, denn sie suggeriert, dass die Gewährleistung funktions-

⁴⁸ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 13.

⁴⁹ Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung ..., a.a.O., "zu Nummer 13 (§ 19 Abs. 1 Satz1)".

fähigen Wettbewerbs den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen könnte. Das ist sachlich unangemessen, denn Wettbewerb ist der beste Garant für die Verbraucherinteressen. Allerdings lässt die Begründung des Bundesrats-Vorschlags mit seinem Verweis auf Art. 12 Zugangsrichtlinie die Interpretation zu, dass es sich lediglich um eine sprachliche Ungenauigkeit handelt. Nach Art. 12 Zugangsrichtlinie setzt Zugangsregulierung dann ein, wenn Zugangsverweigerung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endverbraucherebene behindert oder auf andere Weise den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würde. Eine Schädigung der Verbraucherinteressen ergäbe sich damit aus der Zugangsverweigerung und nicht aus der Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs.

Allerdings erscheint auch das Kriterium des Verbraucherinteresses problematisch, da es politische Wertungen erfordert, etwa in der Abwägung von kurz- und langfristigen Verbraucherinteressen. Insofern wirft es dieselben Probleme auf wie das Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs. Vorzugswürdig wäre auch hier, dass der Gesetzgeber auf das Kriterium der "Interessen der Endnutzer" in § 19 Abs. 1 Satz 1 TKG-RE verzichtet. Wenn der Gesetzgeber auf den Schutz der Interessen der Endnutzer hinweisen möchte, was die Monopolkommission ausdrücklich begrüßen würde, sollte dies im Rahmen der Begründung erfolgen, etwa als Klarstellung im Zusammenhang mit dem Wettbewerbskriterium. Vorzugswürdig ist nach Auffassung der Monopolkommission allerdings, die Zugangsregulierung erst gar nicht in das Ermessen der RegTP zu stellen, sondern gesetzlich *verbindlich* vorzugeben.⁵⁰

56. Legt die Regulierungsbehörde einem marktbeherrschenden Telekommunikationsnetzbetreiber eine Zugangsverpflichtung auf, so hat sie gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 TKG-RE zu prüfen, ob diese *gerechtfertigt* ist und in einem *angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen* des Gesetzes steht. Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen hat die Regulierungsbehörde eine Reihe von Sachverhalten zu berücksichtigen, die im Gesetzentwurf in einer nicht abschließenden Aufzählung genannt (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 7) und in der Gesetzesbegründung zum Teil weiter konkretisiert werden. Die genannten Voraussetzungen sind im Wesentlichen aus Art. 12 Abs. 2 Zugangsrichtlinie übernommen. Was sie materiell und verfahrensrechtlich bedeuten, bleibt in wesentlichen Punkten unklar. Praktisch alle genannten Voraussetzungen werfen Beweislastprobleme auf. Nach welchen Kriterien etwa sollte die Regulierungsbehörde einem Gericht gegenüber bele-

⁵⁰ Zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer derartigen Vorgabe vgl. Abschnitt 2.5.

gen, dass sie "die technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen angesichts des Tempos der Marktentwicklung" (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 TKG-RE) berücksichtigt hat. Die hier vorliegende materielle und verfahrensrechtliche Unklarheit hinsichtlich der Voraussetzungen der Zugangsregulierung birgt Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Zugangsregulierung als Voraussetzung für Wettbewerb in den Märkten für Telekommunikationsdienstleistungen. Diesen Gefahren ließe sich begegnen, wenn man für einzelne Zugangsleistungen nach § 19 Abs. 2 TKG-RE eine Vermutungsregelung einführt. Danach ist bei diesen Zugangsleistungen zu vermuten, dass die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG-RE erfüllt sind; diese Vermutung könnte immer noch widerlegt werden, doch läge die Darlegungspflicht auf Seiten des betroffenen Unternehmens. Eine solche Vermutungsregelung war noch im Referentenentwurf vom 30. April 2003 (§ 16 Abs. 2 TKG-E) für einige Zugangsleistungen aufgeführt.

§ 19 Abs. 2 und 3 TKG-RE enthalten Aufzählungen von Zugangsverpflichtungen, die die RegTP marktbeherrschenden Betreibern von Telekommunikationsnetzen auferlegen kann bzw. soll. Der Maßnahmenkatalog des § 19 Abs. 2 TKG-RE ist nicht abgeschlossen. Diese und weitere potentielle Zugangsverpflichtungen müssen den in § 19 Abs. 1 genannten Voraussetzungen entsprechen. Da § 19 Abs. 2 als "Kann-Vorschrift" geregelt ist, verfügt die RegTP über ein weitreichendes Ermessen, und zwar nicht nur im Hinblick auf das "Ob" der Zugangsregulierung, sondern zusätzlich auch im Hinblick auf das "Wie". Eine solche Koppelung der Ermessensstatbestände wird im Ergebnis zu einer weitgehenden Ermächtigung für die RegTP zur Ermessensausübung, bei der die Kontrollmöglichkeiten der Gerichte besonders gering sind.⁵¹ Die Monopolkommission hält dies für problematisch. Sie schlägt vor, die Ermessensspielräume der RegTP in § 19 Abs. 2 TKG-RE dadurch zu präzisieren, dass im Einzelnen festgelegt wird, bei welchen Leistungen das Erfordernis der angemessenen Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG-RE vermutet wird und bei welchen die RegTP diesbezüglich die Darlegungspflicht trägt.

57. Deutlich eingeschränkt ist das Ermessen der RegTP im Hinblick auf die Auferlegung der Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 3 TKG-RE, der als "Soll-Vorschrift" formuliert ist. Genannt werden hier die Zugangsverpflichtungen (i) vollständig entbün-

⁵¹ Vgl. B. Kind u.a., Änderung des Rechtswegs im Rahmen der TKG-Novelle?, in: MultiMedia und Recht, Jg. 6, 2003, Beilage 12, S. 15 f.

delter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, (ii) Zusammenschaltung von Telekommunikationsnetzen, (iii) offener Zugang zu technischen Schnittstellen und Protokollen sowie (iv) Kollokation und andere Formen der gemeinsamen Nutzung von Gebäuden, Leitungen und Masten. Das Ermessen der RegTP ist bei diesen Zugangsverpflichtungen – so die Begründung des Gesetzentwurfs – reduziert, da sie bereits heute durch Gesetz oder europäische Verordnung festgelegt sind. Auch wenn diese Begründung zutrifft, legt die unterschiedliche Behandlung der Zugangsverpflichtungen in den Abs. 2 und 3 der Vorschrift eine andere Interpretation nahe, nämlich die, dass es sich bei den Verpflichtungen nach § 19 Abs. 3 TKG-RE um den schon seit langem von der Deutschen Telekom AG geforderten abgeschlossenen Katalog wesentlicher Zugangsleistungen handelt. Die Monopolkommission hat einen solchen Katalog stets mit der Begründung abgelehnt, dass der dominierende Infrastrukturanbieter andere wesentliche Einrichtungen finden wird, über die der Wettbewerb bei den Endnutzerdiensten behindert werden kann, wenn die bekannten Essential Facilities in einem abschließenden Katalog geregelt sind.⁵² Allerdings muss der Bundesregierung zugestanden werden, dass das Gefährdungspotential für den Wettbewerb durch die abschließende Nennung von Zugangsverpflichtungen in § 19 Abs. 3 TKG-RE nicht so groß ist, da potentielle weitere Verpflichtungen nach Abs. 2 der Vorschrift auferlegt werden können. Dabei verfügt die RegTP allerdings über einen deutlich erweiterten Ermessensspielraum.

58. Grundsätzlich positiv zu werten ist die Möglichkeit nach § 21 TKG-RE, Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, die einer Zugangsverpflichtung unterliegen, zur Unterbreitung eines Standardangebotes zu verpflichten, soweit dafür eine allgemeine Nachfrage besteht. Die Regulierungsbehörde *soll* die Verpflichtung zur Unterbreitung eines Standardangebotes auferlegen, das *in der Regel* innerhalb von drei Monaten zu veröffentlichen ist. Mit der Formulierung als Soll-Vorschrift und mit der Einschränkung der zeitlichen Vorgabe auf "in der Regel" werden nach Auffassung der Monopolkommission allerdings wiederum Ermessensspielräume für die RegTP eröffnet, die zu einer Abschwächung der Verpflichtung führen. Nach Auffassung der Monopolkommission muss die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes im Gesetz verpflichtend geregelt sein.

⁵² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 29, a.a.O., Tz. 63; dies., Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, Hauptgutachten 1998/1999, Baden-Baden 2000, Tz. 16.

59. Im Übrigen sieht Art. 9 Abs. 2 Zugangsrichtlinie die Veröffentlichung eines Standardangebotes für Unternehmen vor, denen Gleichbehandlungsverpflichtungen auferlegt werden. Dazu können nach § 18 TKG-RE auch Unternehmen gehören, die den Zugang zu Endnutzern kontrollieren (Teilnehmernetzbetreiber) und nicht über beträchtliche Marktmacht verfügen. Das TKG-RE sollte dem Regulierer die Möglichkeit einräumen, auch diese Unternehmen zur Vorlage eines Standardangebotes zu verpflichten.

Die Bundesregierung geht in ihrer Begründung zum Gesetzentwurf davon aus, dass die Vorschriften zur Regelung eines Standardangebotes das in der Zugangsrichtlinie der Europäischen Kommission vorgesehene Regulierungsinstrument der Transparenzverpflichtungen überflüssig macht. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung nicht. Transparenzverpflichtungen nach Art. 9 Abs. 1 Zugangsrichtlinie beziehen sich auf die Veröffentlichung von Informationen zur Buchführung, zu technischen Spezifikationen, Netzmerkmalen, Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie den Tarifen. Ein Standardangebot nach § 21 TKG-RE umfasst mit den Bereitstellungs- und Nutzungsbedingungen sowie den Tarifen lediglich einen Teil dieser Informationen. Nach Auffassung der Monopolkommission kann der nationale Gesetzgeber nicht mit dem Hinweis auf § 21 TKG-RE auf eine eigenständige Regelung von Transparenzverpflichtungen verzichten.

5. Entgeltregulierung

5.1 Ausgestaltung der Entgeltregulierung nach dem Gesetzentwurf

60. Nach der bisherigen Rechtslage unterliegen die Entgelte für Vorleistungen und Endkundenleistungen im Rahmen der Festnetztelefonie der Genehmigungspflicht, alle anderen Dienste wie Datendienste, Mobilfunk oder Satellitenfunk der nachträglichen Entgeltregulierung. Das neue Recht trifft eine explizite Festlegung über das "Ob" und "Wie" der Entgeltregulierung lediglich im Bereich der Zugangsleistungen (Vorleistungen). Nach § 28 TKG-RE unterliegen Entgelte eines Betreibers öffentlicher Telekommunikationsnetze, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, für die nach § 19 TKG-RE auferlegten Zugangsleistungen der *Entgeltgenehmigung*. Von diesem Grundsatz gibt es eine Reihe von Ausnahmen, etwa für die Entgelte für Fakturierung und Inkasso oder die Terminierungsentgelte. Endkundenleistungen unterliegen nur dann der Ex-ante-Entgeltregulierung, wenn die Zugangsregulierung oder die Verpflichtungen zur Betreiberwahl und Betreibervorauswahl nicht ausreichen, um die Regulierungsziele des Gesetzes zu erreichen. Dabei soll die präventive Entgeltregulierung auf Endkundenmärkte beschränkt bleiben, auf denen kein funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.

61. Verfahren der Entgeltregulierung sind wie bisher *Einzelpreisprüfung* und *Price-Cap-Verfahren*. Anders als bisher gibt es keine eindeutige Priorität für eines der beiden Verfahren. Die Begründung zu § 32 TKG-RE sagt jedoch, dass Price-Cap-Verfahren im Zugangsbereich nur dann in Betracht kommen, wenn durch entsprechende Auflagen im Vorhinein missbräuchliches Verhalten nach § 26 TKG-RE (Ausbeutung, Dumping, Diskriminierung, Kosten-Preis-Scheren, unangemessene Bündelung) ausgeschlossen werden kann.

62. Maßstab der Einzelpreisprüfung ist weiterhin das Kriterium der auf die einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Anders als bisher haben sich Entgelte an den *Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung* nicht lediglich zu "orientieren". Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bilden nunmehr eine Obergrenze, die nicht überschritten werden darf. Wie bisher muss jedes einzelne Entgelt den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sowie die Maßgaben der Missbrauchsaufsicht (§ 26 TKG-RE) erfüllen und das zu regulierende Unternehmen muss detaillierte Kostenunterlagen und Kostennachweise beibringen. Neu ist, dass § 33 Abs. 1 TKG-RE ausdrücklich neben einer Kostenprüfung zusätzlich eine

Vergleichsmarktbetrachtung und die Berücksichtigung von Kostenmodellen zulässt. Neu ist auch, dass die RegTP ein Regulierungsverfahren von Amts wegen einleiten kann, wenn das Unternehmen den Entgeltantrag nach Aufforderung nicht innerhalb eines Monats stellt. Die Entscheidungsfrist im Rahmen der Einzelpreisprüfung ist zehn Wochen. Eine Verlängerung der Frist ist nicht vorgesehen.

63. Das Verfahren der Price-Cap-Regulierung entspricht den bisherigen Regelungen. Neu ist, dass im Falle der Genehmigung nach diesem Verfahren der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und die Maßgaben der Missbrauchsaufsicht als erfüllt gelten. Damit entfällt die bisher nach § 27 Abs. 3 TKG vorgesehene "Offenkundigkeitsprüfung" und die dazu notwendige Beibringung von Kostenunterlagen. Die RegTP *soll* über Entgeltanträge im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens innerhalb von zwei Wochen entscheiden.

Eine Neuerung stellt schließlich die Vorgabe für den Regulierer dar, die Konsistenz der Entgeltregulierung zu gewährleisten.

5.2 Konsistenzgebot

64. Mit § 25 Abs. 2 TKG-RE führt der Gesetzgeber ein sog. *Konsistenzgebot* in die Entgeltregulierung ein. Nach dieser Vorschrift hat die RegTP darauf zu achten, dass Entgeltregulierungsmaßnahmen in ihrer Gesamtheit *zeitlich und inhaltlich* aufeinander abgestimmt sind. Die inhaltliche Abstimmung zielt – wie aus der Entwurfsbegründung hervorgeht – auf die Vermeidung von regulierungsbedingten Wettbewerbsverzerrungen wie das Auftreten von Kosten-Preis-Scheren ab. Da die Regulierungspraxis konsistente Entgeltregulierungsentscheidungen bisher nicht gewährleisten konnte, ist die gesetzliche Verankerung grundsätzlich zu begrüßen.⁵³

Unklar bleibt, was der Gesetzentwurf unter einer "zeitlichen" Koordination von Entgeltregulierungsmaßnahmen versteht. Die zeitliche Koordinierung von präventiver und nachträglicher Entgeltregulierung bei einer Vielzahl von Vorleistungen und Endkundenleistungen auf verschiedenen Märkten und bei unterschiedlichen Geschäftsmodellen kommt nur dann in Betracht, wenn dies aufgrund der Anträge des zu regulierenden Unternehmens und der vorgegebenen Entscheidungsfristen möglich ist. Auf längere Sicht kann die RegTP hier allerdings "steuernd" eingreifen, indem die Laufzeiten von Entgelt-

⁵³ Zum Problem von Inkonsistenzen in der Entgeltregulierung vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 142 ff.

genehmigungen zeitlich koordiniert werden, damit die Folgeentscheidungen aufeinander abgestimmt werden können.

65. Offen bleibt auch, wie die Durchsetzung des Konsistenzgebotes innerhalb der RegTP gewährleistet werden kann. Ein grundsätzliches Problem ergibt sich aus dem Nebeneinander von Price-Cap-Verfahren und Einzelpreisgenehmigungsverfahren. In der Vergangenheit ergab sich eine Inkonsistenz in Form einer Kosten-Preis-Schere aus der Anwendung der Einzelpreisgenehmigung bei der Festsetzung der Miete für die Teilnehmeranschlussleitung und des Price-Cap-Verfahrens bei der Festsetzung der Endkundenentgelte für den Analoganschluss. Diese spezielle Inkonsistenz ging zwar darauf zurück, dass die Ausgangsbasis für die Anwendung des Price-Cap-Verfahrens bei den Endkundenentgelten aus historischen Gründen weit von den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entfernt war, doch ist auch zu berücksichtigen, dass das Price-Cap-Verfahren grundsätzlich von einem anderen Begriff der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ausgeht als das Verfahren der Einzelpreisgenehmigung. Bei der Einzelpreisgenehmigung werden Fixkosten und Gemeinkosten nach einem vorgegebenen Schlüssel zugeordnet, beim Price-Cap-Verfahren bleibt es – vom konzeptionellen Ansatz her – dem Unternehmen überlassen, auf welche Weise es die einzelnen Leistungen Fixkosten und Gemeinkosten zurechnet. Eine Inkonsistenz von Zugangsentgelten und Endkundenentgelten kann auftreten, wenn die Anwendung zu unterschiedlichen Zuschlägen für Fixkosten und Gemeinkosten auf Vorleistungs- und Endkundenebene führt.

Das Problem wird ansatzweise in § 28 Abs. 6 TKG-RE behandelt, wenn abweichend vom allgemeinen Prinzip der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die Möglichkeit eines Zugangsentgeltes nach dem Prinzip "Retail minus" vorgesehen wird. Der im letzten Satz von § 28 Abs. 6 TKG-RE formulierte Vorbehalt "das Entgelt entspricht mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung" stellt die Möglichkeit der Behebung der Kosten-Preis-Schere durch "Retail minus" allerdings wieder in Frage, zumindest wenn man die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Einzelpreisgenehmigungsverfahren feststellt. Im Fall des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung hätte die Anwendung von "Retail minus" zu einem Preis unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung geführt. Der in § 28 Abs. 6 TKG-RE formulierte Vorbehalt "... entspricht mindestens den Kosten der effizienten Leistungsbe-

reitstellung" hätte die Anwendung von "Retail minus" ausgeschlossen. Die Monopolkommission empfiehlt, diesen Satz ersatzlos zu streichen.

66. Die Durchsetzung des Konsistenzgebots bedarf aller Voraussicht nach organisatorischer Voraussetzungen innerhalb der Regulierungsbehörde. Vorstellbar sind hier verschiedene Ansätze wie die Koordination über eine mit entsprechenden Kompetenzen ausgestattete Grundsatzabteilung oder die Konzentration aller Entgeltregulierungsmaßnahmen auf eine Kammer, gegebenenfalls die vorgesehene Präsidentenkammer.⁵⁴ Auch der Bundesrat weist in seiner Stellungnahme auf das Fehlen "richtungweisender Vorgaben über die materielle und qualitative Ausgestaltung des normierten Konsistenzgebots" hin und fordert die Bundesregierung auf, ein entsprechendes *Konsistenzkonzept* vorzulegen.⁵⁵ Die Bundesregierung lehnt dies mit dem Hinweis darauf ab, dass die Zuständigkeit für ein solches Konzept bei der RegTP liege.⁵⁶ Die Monopolkommission stimmt dem nur insoweit zu, als die Details eines solchen Konzeptes der Ausarbeitung durch die anwendende Behörde bedürfen. Zu grundsätzlichen Fragen, wie der nach der Verankerung und Durchsetzung des Konsistenzgebotes innerhalb der Behörde, sollte der Gesetzgeber seine Vorstellungen allerdings offen legen. Der richtige Ort dafür wäre vermutlich nicht das Gesetz selbst, sondern die Gesetzesbegründung.

5.3 Entgeltregulierung bei den Zugangsleistungen

67. Nach Auffassung der Monopolkommission ist die Ex-ante-Regulierung der Entgelte für Zugangsleistungen und für bestimmte Endkundenleistungen jetzt und auf absehbare Zeit weiterhin unverzichtbar. Sie begrüßt im Grundsatz den Ansatz des Regierungsentwurfs, die präventive Regulierung der Entgelte *wesentlicher Zugangsleistungen* im Gesetz festzuschreiben. Zugangsleistungen sind dann wesentlich, so die Gesetzesbegründung zu § 28 Abs. 1 TKG-RE, wenn das anbietende Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine *faktische Alleinstellung* hat. Hier beginnen allerdings die Probleme: Was ist eine "faktische Alleinstellung"? Die Begründung zum Referentenwurf vom 30. April 2003 sagt dazu noch, dass Marktbeherrschung allein als Begründung für die Wesentlichkeit einer Zugangsleistung nicht ausreicht. Die Begründung zum Regierungsentwurf vom 15. Oktober 2003 verzichtet zwar auf diese Einschränkung, nutzt den Begriff der "faktischen Alleinstellung" allerdings weiterhin als eine Konkretisierung der

⁵⁴ Vgl. ebenda, Tz. 142.

⁵⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 21.

⁵⁶ Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung ..., a.a.O., "zu Nummer 21 (§ 25 Abs. 2)".

"Wesentlichkeit" von Zugangsleistungen. Damit ist zumindest nicht ausgeschlossen, dass "faktische Alleinstellung" eine *Alleinstellung im Sinne eines monopolistischen Angebots sein kann*, bei dem der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, für den die Deutsche Telekom AG weiterhin einen Marktanteil von mehr als 95 % hat, gegebenenfalls *keine* wesentliche Zugangsleistung wäre, da andere Teilnehmernetzbetreiber als Anbieter auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse auftreten, auch wenn sie nur über verschwindend geringe Marktanteile verfügen. Die Entgelte für den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung unterlägen in diesem Fall lediglich der nachträglichen Missbrauchsaufsicht. Die Möglichkeiten zur Entwicklung eines regulierungsbedingten Wettbewerbs beim Endkundenzugang auf der so genannten letzten Meile würden deutlich geschwächt. Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Gesetzgeber auf den Begriff der "faktischen Alleinstellung" in der Begründung zu § 28 Abs. 1 TKG-RE verzichten. Zudem sollte eine Klarstellung im Hinblick auf die Definition der Wesentlichkeit von Zugangsleistungen vorgenommen werden, bei der explizit auf eine Begriffsfassung im Sinne der Essential-Facilities-Doktrin abgestellt wird. Danach sind solche Leistungen "wesentlich", die für den Wettbewerb auf Endkundenmärkten unverzichtbar und nicht unter angemessenem Aufwand zu duplizieren sind.

68. Die Entgelte der in den Abs. 2 bis 5 des § 28 TKG-RE genannten Leistungen werden nicht ex ante reguliert, sondern nachträglich. Problematisch ist dies insbesondere für die Leistungen im Zusammenhang mit der einheitlichen Rechnungstellung zugunsten der Endnutzer und der ersten Entgegennahme oder dem ersten Einzug von Zahlungen (Fakturierung und Inkasso) sowie der Terminierung durch Teilnehmernetzbetreiber. Nach den Feststellungen der Monopolkommission sind alternative Verbindungsnetzbetreiber weiterhin davon abhängig, dass die DTAG die Rechnungstellung und den Ersteinzug der Entgelte für sie übernimmt.⁵⁷ Dies gilt insbesondere für die Anbieter von Verbindungsleistungen im Rahmen des offenen Call-by-Call. Sie verfügen nicht über die notwendigen Kundendaten, um überhaupt eigene Rechnungen zu schreiben. Damit bleiben sie *auf Dauer* entweder auf die Rechnungstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber oder auf die Weitergabe der entsprechenden Bestandsdaten angewiesen. Bei anderen Geschäftsmodellen wie dem geschlossenen Call-by-Call und der dauerhaften Voreinstellung (Preselection) ist das Problem nur so lange relevant, wie die Umsätze in keinem wirtschaftlichen Verhältnis zu den Kosten der selbst organisierten Rechnungstel-

⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 74.

lung oder der Beauftragung eines entsprechenden Dienstleisters stehen.⁵⁸ Handelt es sich bei Fakturierung und Inkasso um "wesentliche" Vorleistungen, dann gibt es nach Auffassung der Monopolkommission keine Begründung dafür, sie im Rahmen der Entgeltregulierung anders zu behandeln als die übrigen wesentlichen Vorleistungen.

69. Nach § 28 Abs. 4 TKG-RE unterliegen Entgelte, die ein Teilnehmernetzbetreiber für Zugangsleistungen (Terminierungsentgelte) verlangt, nur dann einer Genehmigungspflicht, wenn dieser Betreiber sowohl auf dem Vorleistungsmarkt (für die Terminierung von Gesprächen im eigenen Netz) als auch auf dem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt (*Prinzip der Doppelmarktbeherrschung*). Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht oder monopolistischer Stellung auf einem Markt für Zugangsleistungen dort nicht reguliert wird, weil es auf einem anderen Markt durch Wettbewerb kontrolliert wird. Ziel dieser Form einer "asymmetrischen Regulierung" ist es, die Terminierungsentgelte der Mobilfunknetzbetreiber und der alternativen Teilnehmernetzbetreiber der Missbrauchsaufsicht zu unterstellen, während die Terminierungsentgelte der Deutschen Telekom AG im Festnetz weiterhin präventiv reguliert werden. Die Monopolkommission hält dies für sachlich unangemessen. Im Übrigen bestehen erhebliche Zweifel, ob eine solche Regelung mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

5.4 Endkundenentgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht

70. Die Möglichkeit zur Ex-ante-Regulierung der Entgelte von Endkundenleistungen bleibt nach § 37 Abs. 1 TKG-RE in Ausnahmefällen bestehen. Voraussetzung ist, dass die Regulierung der Zugangsleistungen oder die Verpflichtung zur Gewährleistung der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nicht ausreichen, um die Regulierungsziele zu erreichen. Der Regulierer soll nach dieser Vorschrift eine Genehmigungspflicht für Endkundenentgelte auf Märkte beschränken, auf denen in absehbarer Zeit nicht mit dem *Entstehen von funktionsfähigem Wettbewerb* zu rechnen ist. Die Monopolkommission begrüßt im Grundsatz, dass die präventive Entgeltregulierung für Endkundenleistungen in bestimmten Fällen erhalten bleibt. Problematisch sind der weite Ermessensspielraum für die Regulierungsbehörde ("Kann-Vorschrift") und die Verwendung des Kriteriums "Entstehen von funktionsfähigem Wettbewerb".

⁵⁸ Vgl. dazu auch Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 66.

71. Im Sinne größerer Rechtssicherheit für alle Beteiligten ist es nach Auffassung der Monopolkommission notwendig, die Kann-Formulierung in Satz 1 der Vorschrift durch eine Formulierung "*Die Regulierungsbehörde unterwirft ...*" zu ersetzen. Dies ist sachlich geboten, da zentrale Endkundenleistungen wie der Teilnehmeranschluss jetzt und auf absehbare Zeit weiterhin dem Wettbewerb entzogen sind.⁵⁹ Einer solchen Konkretisierung des Ermessensspielraums der RegTP steht auch das europäische Telekommunikationsrecht nicht im Wege. Die Universaldienstrichtlinie, nach der sich die Regulierung von Endnutzerdiensten richtet, lässt die Frage der Maßnahmenkompetenz ausdrücklich offen. Gesetzliche Vorgaben, die das geeignete Instrumentarium allgemein oder für bestimmte Situationen vorstrukturieren, sind in diesem Rahmen zulässig.⁶⁰

72. Die Monopolkommission hat bereits an anderer Stelle ausgeführt, dass der "funktionsfähige Wettbewerb" als Anknüpfungspunkt für die Auferlegung von Verpflichtungen ungeeignet ist, da der Begriff einer gerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist.⁶¹ Für staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit ist aber die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung unverzichtbar, weil sonst der RegTP ein Spielraum zur hoheitlichen Gestaltung des Sektors erwächst, der mit der angestrebten wettbewerblichen Struktur unvereinbar ist.

73. Die Beschränkung der Ex-ante-Regulierung der Entgelte für Endkundenleistungen auf Fälle, in denen die Vorleistungsregulierung oder die Verpflichtungen zur Betreiberaus- und -vorauswahl nicht ausreicht, um die Regulierungsziele zu erreichen, erscheint hinnehmbar, da der vorliegende Gesetzentwurf die bisherigen zentralen Problemfelder (i) Preise unter Kosten (Dumping), (ii) eine nicht ausreichende Spanne zwischen dem Entgelt für die Zugangsleistung und der entsprechenden Endnutzerleistung (Kosten-Preis-Schere) und (iii) eine von den Wettbewerbern aus Kostengründen nicht nachbildbare Bündelung von Leistungen als Vermutungstatbestände für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in § 24 Abs. 2 TKG-E aufnimmt. Der Regulierungsbehörde wird es damit in Zukunft deutlicher schwerer fallen, einen Dumpingtatbestand wie bei T-DSL oder die Kosten-Preis-Schere bei der analogen Teilnehmeranschlussleistung nicht zu beanstanden.⁶² Die Abschwächung des Eingriffskriteriums der Regulierungsbehörde bei Behinderungstatbeständen nach § 26 Abs. 1 Nr. 2 TKG-RE im Ver-

⁵⁹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 75 ff.

⁶⁰ Vgl. Trute/Röhl, a.a.O., S. 44 f. und Tz. 37 in diesem Gutachten.

⁶¹ Vgl. Tz. 27 ff. in diesem Gutachten.

⁶² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Kapitel 5.1.2, 5.2.3 und 5.2.4.

gleich zum bisherigen § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG von "die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigen" zu "die Wettbewerbsmöglichkeiten ... in *erheblicher Weise* beeinträchtigen" wird mit einer Anpassung an § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB begründet. Sie erscheint in Anbetracht der Konkretisierung von Missbrauchstatbeständen in § 24 Abs. 2 TKG-E hinnehmbar.

74. Ein wichtiges Problem der nachträglichen Entgeltregulierung ist der damit verbundene *Zeitverzug*. Die Neuregelung verspricht eine *Beschleunigung*, indem das bisherige zweistufige Verfahren nach § 30 Abs. 4 und 5 TKG, an dessen Ende die Untersagung eines missbräuchlichen Preises steht, ersetzt wird. Gemäß § 36 Abs. 4 TKG-RE untersagt die Regulierungsbehörde ein beanstandetes Entgelt sogleich nach dem Zeitpunkt der Feststellung des Missbrauchs. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit der vorläufigen Anordnung von Entgelten. Von besonderer Bedeutung ist darüber hinaus, dass der Regulierer Entgelte für Zugangsleistungen, die der nachträglichen Regulierung unterliegen, bereits vorab untersagen kann. Solche Entgelte sind der Regulierungsbehörde bereits zwei Monate *vor* ihrer Einführung anzuzeigen. Die Behörde untersagt die Einführung des Entgeltes bis zum Abschluss der Prüfung innerhalb von zwei Wochen, wenn zu vermuten ist, dass eine Vereinbarkeit mit den Maßstäben des Gesetzes nicht gegeben ist. Die Monopolkommission begrüßt diese Regelung.

5.5 Maßstäbe der Entgeltregulierung

75. Die Monopolkommission sieht die Klarstellungen, die das Gesetz im Hinblick auf den Maßstab der Entgeltregulierung und die Verwendung von Kostenmodellen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorgenommen hat, positiv. Nach § 29 Abs. 1 TKG-RE sollen die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht mehr wie bisher eine Orientierungsgröße der Entgeltregulierung sein, sondern stellen die maximal zulässige Preisobergrenze dar. Der Bundesrat fordert in seiner Stellungnahme die Beibehaltung der bisherigen Formulierung "... haben sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu *orientieren*" (Hervorhebung durch die Monopolkommission), da die gesetzliche Festlegung einer Obergrenze für genehmigungsfähige Entgelte nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sei.⁶³ Die Bundesregierung teilt die Auffassung des Bundesrates im Hinblick auf die europarechtliche Zulässigkeit nicht und stimmt diesem Vorschlag zu Recht nicht zu. Die Monopolkommission ist wie die Bundesregierung der Auffassung, dass sich der Begriff der "Orientierung" in der Praxis der Entgeltregulie-

⁶³ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 27.

nung als wenig nützlich erwiesen hat. Die Definition des Begriffs der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht der bisherigen Begriffsfassung in § 3 Abs. 2 Telekommunikations-Entgeltregulierungsverordnung (TEntgV).

76. Problematisch ist der in § 29 Abs. 4 TKG-RE enthaltene Versuch, das Kriterium der "angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals" durch eine Reihe von Prüfkriterien zu konkretisieren. Mit diesen Prüfkriterien soll der Gesetzgeber auf die bisherigen gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen DTAG und RegTP um die Maßstäbe der angemessenen Verzinsung reagieren und zur Klärung der strittigen Punkte beitragen. Dieses Ziel wird jedoch nicht erreicht. Die aufgeführten Kriterien sind vage. Ihre Bedeutung für die Festlegung der angemessenen Kapitalverzinsung wird nicht präzisiert. Der Spielraum für gerichtliche Auseinandersetzungen zwischen DTAG und RegTP um die Maßstäbe der angemessenen Verzinsung wird möglicherweise sogar vergrößert, denn jetzt gilt es zu erproben, was die Gerichte aus diesen vagen Prüfkriterien machen. Insofern liefert die Vorschrift ein Beispiel dafür, dass es müßig sein kann, wenn der Gesetzgeber versucht, die Rolle von Verwaltung und Gerichten bei der Implementierung gesetzlicher Normen vorwegzunehmen.

In der Sache ist anzumerken, dass die Prüfkriterien teilweise im Widerspruch zu dem in § 29 Abs. 1 TKG-RE formulierten Grundsatz der Entgeltregulierung nach den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung stehen. Dies betrifft insbesondere die in Nr. 4 geforderte Berücksichtigung der durchschnittlichen kapitalmarktüblichen Verzinsung vergleichbarer Anbieter in anderen Ländern der Europäischen Union, möglicherweise aber auch den Umgang mit Kapitalstruktur und Marktbewertung des Unternehmens.

77. Die ersten drei der aufgeführten Prüfkriterien (Kapitalstruktur, Verhältnisse auf den Kapitalmärkten, langfristige Renditeerfordernisse) sind dem Grundsatz nach nicht strittig, doch gibt es erhebliche Meinungsverschiedenheiten darüber, wie diese Kriterien zu verwenden sind. In den bisherigen Auseinandersetzungen hat die RegTP ein besonders detailliertes Eingehen auf Kapitalmarktverhältnisse abgelehnt, da sie befürchtete, dass dadurch die regulierten Entgelte allzu sehr den Schwankungen der Kapitalmarktverhältnisse unterworfen würden. Bei der Festsetzung der Fremdkapitalzinsen hat diese Einstellung der RegTP sich zugunsten der DTAG ausgewirkt, da die Zinssenkung der späten neunziger Jahre erst verzögert berücksichtigt wurde. Bei der Bildung des Durchschnitts von Fremdkapital- und Eigenkapitalkosten hat diese Einstellung der RegTP sich

zuungunsten der DTAG ausgewirkt, da hohe Börsenbewertungen des Eigenkapitals nicht zu einer Verschiebung der Gewichte und damit zu einer Erhöhung des durchschnittlichen Kapitalkostensatzes führten.

Die Monopolkommission hat sich in ihrem Sondergutachten 39 ausführlich mit den Maßstäben der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals befasst.⁶⁴ In der hier angesprochenen Frage kam sie zu dem Ergebnis, dass einerseits die Orientierung der Regulierung an den Kapitalmarktverhältnissen erwünscht ist und dem Grundsatz der Regulierung entsprechend den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entspricht, andererseits aber auch das Anliegen der RegTP berechtigt ist, die regulierten Entgelte nicht allen Schwankungen der Kapitalmarktverhältnisse auszusetzen. Die Monopolkommission hat vorgeschlagen, bei grundsätzlicher Orientierung an den Kapitalmarktverhältnissen das Anliegen einer gewissen Stabilität der regulierten Entgelte durch ein explizit gewähltes Verfahren der Durchschnittsbildung zur Geltung zu bringen. Dieses Verfahren wäre offen zu legen und gegebenenfalls gerichtlich zu überprüfen.

Die hier angesprochene Frage, wie weit man die regulierten Entgelte den laufenden Schwankungen der Kapitalmarktverhältnisse aussetzen will, wird durch die Formulierung des Gesetzentwurfs nicht erfasst. Gleichwohl besteht eine gewisse Gefahr, dass bei enger Auslegung des zweiten der in § 29 Abs. 4 TKG-RE aufgeführten Prüfkriterien die RegTP gezwungen sein wird, die regulierten Entgelte von Jahr zu Jahr drastisch zu ändern, je nachdem wie sich die Kapitalmärkte bewegen. Dadurch wird den Zugang begehrenden Unternehmen und der DTAG unnötig Unsicherheit aufgebürdet.

Im besten Fall haben die in § 29 Abs. 4 TKG-RE aufgeführten ersten drei Prüfkriterien keinen Einfluss auf die tatsächliche Entwicklung. Im schlimmsten Fall schädigen sie durch zusätzliche Unsicherheit und/oder sachlich unangemessene Auslegungen die Funktionsfähigkeit des auf Zugangsregulierung angewiesenen Wettbewerbs in den nachgelagerten Märkten.

78. Der Bundesrat hat die Bundesregierung gebeten, zu prüfen, inwiefern im Rahmen der Entgeltgenehmigung bei der Festlegung der angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals kapitalmarktorientierte Bewertungsverfahren nach internationalem Standard zur Anwendung kommen sollen.⁶⁵ Ferner fordert der Bundesrat ein Konzept

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Kapitel 7.

⁶⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 28.

für den Umgang mit dem Problem der Kapitalverzinsung im Rahmen der Entgeltregulierung sowie einen Abwägungs- und Beurteilungsspielraum für die RegTP, der es ermöglicht, auch andere als die in § 29 Abs. 4 TKG-RE genannten Kriterien und international übliche Verfahren zu berücksichtigen. In ihrer Untersuchung der Maßstäbe der angemessenen Verzinsung im Sondergutachten 39 ist die Monopolkommission zu dem Ergebnis gekommen, dass die RegTP im Rahmen ihrer bisherigen Anwendungspraxis die zu berücksichtigenden Risikoprämien wie auch die steuerlichen Belastungen systematisch überschätzt. Daher begrüßt die Monopolkommission den Vorschlag des Bundesrates, dass die RegTP konzeptionelle Überlegungen zu diesem Thema vorlegt und zur Diskussion stellt. Vorgaben im Hinblick auf bestimmte Verfahren zur Ermittlung angemessener Risikoprämien für Fremd- und Eigenkapital (kapitalmarktorientierte Verfahren) sollten nicht auf der Ebene des Gesetzes gemacht werden, sondern im Rahmen eines solchen Konzeptes diskutiert werden.

79. Abzulehnen ist das in § 29 Abs. 4 Nr. 4 TKG-RE aufgeführte Prüfkriterium der durchschnittlichen kapitalmarktüblichen Verzinsung vergleichbarer Anbieter in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Die Kapitalverzinsung bei British Telecom oder France Télécom hat nichts mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung durch die DTAG zu tun. Vielmehr reflektiert die kapitalmarktübliche Verzinsung vergleichbarer Anbieter in anderen Ländern die spezifischen Verhältnisse in diesen Ländern, so etwa im Vereinigten Königreich die unterschiedliche Geldpolitik der Bank of England. Auch innerhalb Eurolands kann es Unterschiede geben, so etwa wenn Unterschiede der Bonität Zugang begehrender Unternehmen in verschiedenen Ländern, unterschiedliche Geschäftspolitiken oder auch Unterschiede im regulatorischen Risiko zu Unterschieden der Risikoprämien in den Kapitalmärkten führen.

Von Seiten der DTAG mag an dieser Stelle angeführt werden, man stehe mit Unternehmen wie British Telecom oder France Télécom weltweit im Wettbewerb und müsse daher vom deutschen Regulierer ähnlich behandelt werden wie diese Unternehmen von ihren Regulierern. Soweit es die relativen Positionen der genannten Unternehmen in Telekommunikationsmärkten wie den englischen Mobilfunkmärkten betrifft, wo die Unternehmen unmittelbar im Wettbewerb miteinander stehen, läuft dieses Argument auf die Forderung nach einer Quersubventionierung dortiger Aktivitäten aus heimischen Monopolpositionen hinaus. Eine solche Quersubventionierung ist aus rechtlichen und sachlichen Gründen abzulehnen. Soweit die betreffenden Unternehmen gar nicht im Wettbe-

werb miteinander stehen, sondern lediglich durch Medien miteinander verglichen werden, beschränkt sich das Argument auf die Forderung nach einem internationalen Benchmarking nicht unähnlich dem Benchmarking, das stattfindet, wenn hohe Vorstandsgehälter oder -abfindungen damit begründet werden, dass ähnlich hohe Gehälter oder Abfindungen z.B. in den USA gang und gäbe seien. Mit Wettbewerb in den Märkten hat das wenig zu tun.

In ihrem Sondergutachten 39 hat die Monopolkommission unter anderem ausgeführt, dass die für die angemessene Verzinsung maßgebliche Risikoprämie anlagespezifisch zu bemessen sei. Es wäre unangemessen, z.B. bei der Festsetzung der Miete für die Teilnehmeranschlussleitung in der Kapitalverzinsung einen Risikozuschlag vorzusehen, der nicht dem Risiko der Teilnehmeranschlussleitung, sondern dem Risiko des Gesamtunternehmens, einschließlich ausländischer Aktivitäten, wie etwa bei Voicestream, entspricht. Ein solches Regulierungsregime würde falsche Anreize setzen. Das regulierte Unternehmen könnte unangemessen hohe Risiken eingehen und darauf vertrauen, dass die Kosten dieser Risiken gegebenenfalls über die regulierten Endkunden- und Zugangsentgelte in Deutschland abgedeckt werden.

80. Problematisch ist ferner, dass das Price-Cap-Verfahren auf jede Form der Kostenprüfung sowohl im Hinblick auf den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als auch im Hinblick auf die Maßgaben der Missbrauchsaufsicht verzichtet. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Sondergutachten auf die Praxis der RegTP hingewiesen, Entgelte der Price-Cap-Regulierung zu unterstellen, damit auf die im Gesetz geforderte Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verzichtet werden kann.⁶⁶ Mit der Neuregelung des Price-Cap-Verfahrens gemäß § 32 TKG-RE wird ein solches Vorgehen rechtlich legitimiert. Zwar ist nach § 32 Abs. 4 TKG-RE bei der Vorgabe der Maßgrößen im Rahmen der Price-Cap-Regulierung das "Verhältnis des Ausgangsentgeltniveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung" zu berücksichtigen. Die Monopolkommission befürchtet jedoch, dass diese Regelung in der Regulierungspraxis ohne Wirkung bleiben wird, da die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ohne Kostenunterlagen und in dem vorgegebenen Zeitrahmen von zwei Wochen nicht zu ermitteln sind. Eine Berücksichtigung im Rahmen der Price-Cap-Regulierung können die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung

⁶⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 151.

damit nur in den Fällen erfahren, in denen sie unabhängig von den Ermittlungen der RegTP bekannt sind.

Ebenfalls nicht geprüft wird die Vereinbarkeit mit den Maßstäben der Missbrauchsaufsicht über Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht nach § 26 TKG-RE. Sie gelten als erfüllt, wenn die Maßgrößen des Price-Cap-Verfahrens eingehalten sind. Soweit es um den Tatbestand missbräuchlich überhöhter Preise geht, ist dies akzeptabel, da Price-Cap diese erfasst. Nicht akzeptabel ist die Einbeziehung des Verdrängungsmissbrauchs in Form von Preisdumping und der Preisdiskriminierung. Sie werden im Rahmen der Price-Cap-Regulierung – die konzeptionell auf den Ausbeutungsmissbrauch durch überhöhte Preise abstellt und lediglich Obergrenzen für Preise vorsieht – nicht erfasst. Das geltende TKG berücksichtigt dies in § 27 Abs. 2 und 3 und differenziert die Behandlung der Missbrauchstatbestände im Rahmen der Price-Cap-Regulierung entsprechend: Der Ausbeutungsmissbrauch ist bei der Einhaltung der Maßgrößen des Price-Cap ausgeschlossen; das Vorliegen von Verdrängungsmissbrauch und Preisdiskriminierung ist im Rahmen der so genannten Offenkundigkeitsprüfung nach § 27 Abs. 3 TKG gesondert zu untersuchen.

Der Regierungsentwurf versucht diese Lücke im Bereich der Zugangsregulierung dadurch abzumildern, dass das Price-Cap-Verfahren nur dann zur Anwendung gelangen soll, wenn – so die Entwurfsbegründung - missbräuchliches Verhalten nach § 26 TKG-RE ausgeschlossen werden kann. Da sichere Aussagen über die Vereinbarkeit eines Entgeltes mit den Maßstäben der Missbrauchsaufsicht aller Voraussicht nach eine Kostenprüfung anhand detaillierter Kostenunterlagen und einen entsprechenden Zeitrahmen voraussetzen, dürfte das Price-Cap-Verfahren im Rahmen der Regulierung der Entgelte von Zugangsleistungen kaum noch eine Anwendungsbasis haben.

Bei der Regulierung der Entgelte von Endkundenleistungen fehlt es allerdings an einer solchen Anwendungsbeschränkung. Soweit die Price-Cap-Regulierung hier zur Anwendung gelangt, werden die Vermutungstatbestände des § 26 Abs. 1 Nr. 2 und 3 TKG-RE faktisch außer Kraft gesetzt. Damit würde nicht zuletzt das Konsistenzgebot des § 25 Abs. 2 TKG-RE ad absurdum geführt.

81. Die Maßstäbe für die nachträgliche Entgeltregulierung sind unklar. § 36 TKG-RE verweist auf die Kriterien des § 26 TKG-RE; die Begründung jedoch sagt ausdrücklich, dass eine Prüfung nach den Kriterien des § 29 Abs. 1 und 2 TKG-RE (Kosten der effi-

zienten Leistungsbereitstellung) nicht vorgenommen werden soll, sondern lediglich die Prüfung im Wege des Vergleichsmarktkonzeptes nach § 33 Abs. 1 Nr. 1 TKG-RE. Eine Kostenprüfung kann lediglich "nachrangig" durchgeführt werden, wobei unklar bleibt, ob "Kostenprüfung" die Prüfung der "Kosten des Unternehmens" oder die Prüfung der "Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung" meint. Ein möglicher Dumpingvorwurf nach § 26 Abs. 2 Nr. 1 TKG-RE kann neben der Vergleichsmarktbetrachtung jedenfalls ausdrücklich nur anhand einer Prüfung der "Kosten des Unternehmens" erfolgen und dies auch nur dann, "sofern das zu überprüfende Unternehmen entsprechende Nachweise vorlegt" (Begründung zu § 36 TKG-RE). In Anbetracht dessen, dass die Kriterien des § 26 TKG-RE in § 26 Abs. 2 TKG-RE ausdrücklich auch auf die Kosten der Leistungsbereitstellung abstellen, besteht hier ein *Widerspruch* zwischen dem Wortlaut des Entwurfs und der Begründung. Darüber hinaus ist die Prüfung im Wege des Vergleichsmarktkonzeptes dort problematisch, wo es keine wettbewerblich organisierten Vergleichsmärkte gibt. Letzteres ist für einen Netzsektor wie die Telekommunikation der Normalfall. Um die hier angedeuteten Schwierigkeiten zu vermeiden, wäre es angebracht, für die nachträgliche Entgeltregulierung ohne Wenn und Aber dieselben Maßstäbe wie für die präventive Entgeltregulierung vorzusehen.

Auch hinsichtlich der im Regulierungsverfahren gegebenenfalls beizubringenden Unterlagen sollte es keinen Unterschied geben. § 31 TKG-RE sieht ein Beibringen von Kostenunterlagen nur im Rahmen der präventiven Entgeltregulierung vor. Diese Vorschrift sollte entsprechend auf das Verfahren der nachträglichen Regulierung von Entgelten – wie auch vom Bundesrat gefordert – ausgeweitet werden.⁶⁷ Ansonsten ist zu befürchten, dass der in § 26 Abs. 2 Nr. 1 TKG-RE vorgesehene Vermutungstatbestand ein toter Buchstabe bleibt, da die zur Prüfung und gegebenenfalls Beweisführung erforderlichen Unterlagen der Regulierungsbehörde nicht zur Verfügung gestellt werden.

⁶⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 31.

6. Einzelfragen der Regulierung

6.1 Resale

82. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE *kann* die RegTP Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht dazu verpflichten, Dritten den Zugang zu bestimmten Diensten, wie sie Endnutzern gemäß allgemeinen Geschäftsbedingungen angeboten werden, zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertriebs (Resale) zu gewähren. Die Entgelte eines Netzbetreibers mit beträchtlicher Marktmacht für die nach § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE auferlegten Zugangsleistungen unterliegen nach § 28 Abs. 1 TKG-RE der *Genehmigung* durch die Regulierungsbehörde. Nach § 28 Abs. 6 TKG-RE ergeben sich die Entgelte aus einem Abschlag auf den Endnutzerpreis, 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.

Die Diskussion um den Wiederverkauf von Telekommunikationsleistungen umfasst verschiedene Aspekte:

- Soll es in Anbetracht der Bedeutung von Infrastrukturwettbewerb für die Telekommunikation überhaupt Resaleverpflichtungen geben?
- Zu welchen Leistungen sollten Reseller gegebenenfalls Zugang erhalten?
- Sollen Reseller als bloße Vertriebschiene der Netzbetreiber dienen oder können bzw. sollen sie die Leistung mit einem Mehrwert versehen?
- Nach welchem Maßstab sollten die Entgelte für den Zugang zu den Resaleprodukten reguliert werden?

83. Die Verpflichtung zur Ermöglichung des Wiederverkaufs von Festnetzdiensten wird insbesondere von denjenigen Unternehmen kritisiert, die maßgeblich in den Aufbau eigener Infrastrukturen investieren. Dies sind vor allem Teilnehmernetzbetreiber. Sie verweisen auf das in Art. 8 Abs. 2 c) Rahmenrichtlinie und in § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE verankerte Ziel der Förderung effizienter Infrastrukturen.⁶⁸ Die Rahmenrichtlinie des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikation habe die Neutralität des ge-

⁶⁸ So etwa die Stellungnahme von breko (Bundesverband der regionalen und lokalen Telekommunikationsgesellschaften e.V.) zu dem Entwurf eines Telekommunikationsgesetzes der Bundesregierung.

setzunglichen Rahmens im Hinblick auf die Art des anzustrebenden Wettbewerbs zugunsten eines infrastrukturbasierten Wettbewerbs aufgegeben. Auch die Monopolkommission hat die Bedeutung von Infrastrukturinvestitionen für einen funktionsfähigen Wettbewerb in der Telekommunikation stets hervorgehoben.⁶⁹ Dies bedeutet jedoch nicht, dass dienstebasierter Wettbewerb verzichtbar ist oder gesetzlich nachteilig behandelt werden sollte. Dies gilt allein schon deshalb, weil der Wettbewerb auf der Diensteebene nach wie vor von herausragender Bedeutung ist. Dem Dienstewettbewerb kommt insbesondere in den Bereichen eine zentrale Stellung zu, in denen auf absehbare Zeit nicht mit dem Aufbau alternativer Infrastrukturen gerechnet werden kann. Nach Auffassung der Monopolkommission ist es daher grundsätzlich positiv zu werten, dass die Möglichkeit der Auferlegung von Resaleverpflichtungen Eingang in das TKG gefunden hat. Im Übrigen hätte der nationale Gesetzgeber auch gar keinen Spielraum, auf das Instrument zu verzichten, da Resale explizit zu den Zugangsverpflichtungen nach Art. 12 Abs. 1 Zugangsrichtlinie gehört und damit den nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung zu stellen ist. Problematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission eher, dass die Möglichkeit zur Auferlegung von Resaleverpflichtungen nach dem vorliegenden Gesetzentwurf lediglich in Form einer "Kann-Vorschrift" erfolgt und damit in das Ermessen der Regulierungsbehörde gestellt wird. Die Monopolkommission hatte sich in ihrem zweiten Sondergutachten gemäß § 81 Abs. 2 TKG für eine obligatorische Resaleverpflichtung in Verbindung mit der Genehmigung von so genannten Bündelangeboten des Marktbeherrschers ausgesprochen.⁷⁰ Dabei sollte sich die Verpflichtung zur Zulassung des Wiederverkaufs durch Dritte auf sämtliche Teilleistungen des Bündelangebotes beziehen.

84. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung beschränkt die Verpflichtung zu einem Resaleangebot auf Dienste, die Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ihren Endkunden anbieten. Damit besteht keine Verpflichtung für den Betreiber, dem Reseller andere Leistungen gemäß dessen spezieller Nachfrage anzubieten. Die Monopolkommission befürwortet diese Regelung. Die Formulierung des § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE "... gemäß den allgemeinen Geschäftsbedingungen ..." bleibt in diesem Zusammenhang unklar und erscheint verzichtbar.

⁶⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O. Tz. 8 ff., 177 ff.; dies., Sondergutachten 29, a.a.O., Tz. 54 ff.

⁷⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 203; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., Tz. 17.

Besonders umstritten ist das so genannte *entbündelte Anschluss-Resale*. Gemeint ist damit der Wiederverkauf des bloßen Teilnehmeranschlusses durch Dritte, ohne dass dieser mit Verbindungsleistungen gekoppelt ist. Die RegTP hatte in ihrem Beschluss gemäß § 33 TKG vom 18. Juli 2003 die DTAG zur Entkoppelung von Anschlussleitung und Verbindungsleistungen im Rahmen eines Resaleangebotes verpflichtet.⁷¹ Nach Auffassung der alternativen Teilnehmernetzbetreiber und der DTAG gefährdet das entbündelte Anschluss-Resale in einem hohen Maße die Geschäftsmodelle aller Netzbetreiber, die in Anschlussnetze investiert haben. Die Monopolkommission teilt diese Auffassung nicht. Der Bereich der Teilnehmeranschlüsse hat sich bisher als weitgehend wettbewerbsresistent erwiesen. Der Marktanteil der DTAG bei den Anschlüssen lag am Ende des ersten Quartals 2003 – gemessen an den Telefonkanälen – immer noch bei knapp 96 %.⁷² Bisher beschränkt sich die Realisierung eigener Anschlüsse durch alternative Teilnehmernetzbetreiber weitgehend auf den entbündelten Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung.⁷³ Die Monopolkommission erwartet, dass die Möglichkeit eines Anschluss-Resale die Entwicklung von Wettbewerb im Bereich der Teilnehmeranschlüsse beschleunigen kann. Allerdings sollte ein entbündeltes Anschluss-Resale so ausgestaltet sein, dass Wettbewerbsverzerrungen zulasten des Modells des entbündelten Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung ausgeschlossen sind. Diese Prämisse ist insbesondere im Rahmen der Regulierung der Entgelte für diese Leistungen zu beachten.

85. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf die Bundesregierung gebeten zu prüfen, ob dem Erwerber im Rahmen der Resaleverpflichtungen die Erbringung eines Mehrwerts auferlegt werden kann.⁷⁴ Begründet wird dies mit dem Argument, der bloße Ankauf und Wiederverkauf von Diensten unter Ausnutzung der Differenz zwischen Großhandels- und Einzelhandelspreis würde den Infrastrukturwettbewerb behindern. Die Bundesregierung hat die Aufnahme eines "Veredelungsgebotes" für Resaleleistungen in § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-RE in ihrer Gegenäußerung abgelehnt, da das europäische Recht keine eigene Wertschöpfung des Resalenehmers vorsehe.⁷⁵ Die Monopolkommission schließt sich in dieser Frage der Bundesregierung an. Allerdings sollte sichergestellt sein, dass die Erbringung von Zusatzleistungen im Rahmen des Wiederverkaufs von Leistungen möglich ist, soweit die Geschäftsmodelle der Reseller dies

71 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 121 ff.

72 Vgl. ebenda, Tz. 31.

73 Die von Wettbewerbern der DTAG bereitgestellten Teilnehmeranschlüsse basieren zu mehr als 90 % auf der entbündelten Teilnehmeranschlussleitung.

74 Vgl. Stellungnahme des Bundesrates ..., a.a.O., Rn. 17.

75 Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung ..., a.a.O., "zu Nummer 17 (§ 19 Abs. 2 Nr. 3)".

vorsehen. Eine entsprechende Klarstellung im Rahmen der Gesetzesbegründung wäre wünschenswert.

86. Die Monopolkommission begrüßt die Aufnahme eines Entgeltmaßstabs für Resale in § 28 Abs. 6 TKG-RE. Die dafür verwendete Formel eines so genannten "Retail-minus-Ansatzes", bei dem der Ausgangspunkt für die Bestimmung des Entgeltes für die Zugangsleistung der Endkundenpreis des Betreibers mit beträchtlicher Marktmacht ist, entspricht einem früheren Vorschlag der Monopolkommission.⁷⁶ Der von diesem Endkundenentgelt vorzunehmende Abschlag soll nach dem Gesetzentwurf "... einem effizienten Anbieter von Telekommunikationsdiensten die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt ermöglichen ...", soweit dabei die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht unterschritten werden. Der Monopolkommission erscheint diese Formel unnötig komplex. Sie bedeutet zudem eine Abkehr von der gegenwärtigen Regulierungspraxis der RegTP, nach der sich der Großhandelsrabatt, den der Marktbeherrscher dem Nachfrager des Resaleproduktes einräumt, den vermeidbaren Kosten auf der Einzelhandelsebene entspricht. Die Monopolkommission empfiehlt die Beibehaltung dieser Preisregel.

6.2 *Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl*

87. Nach § 38 TKG-RE verpflichtet die RegTP Unternehmen, die bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten über beträchtliche Marktmacht verfügen, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Telekommunikationsdiensteanbieter durch *Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl* zu ermöglichen. Dabei ist zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen. Nach § 38 Abs. 1 Satz 4 TKG-RE unterliegen "etwaige Entgelte für Endnutzer", die die vorgenannten Leistungen in Anspruch nehmen wollen, der nachträglichen Regulierung nach Maßgabe des § 36 Abs. 2 bis 4 TKG-RE. Nach Auffassung der Monopolkommission wird nicht hinreichend deutlich, was genau der Gesetzgeber mit "etwaigen Entgelten" meint. Darüber hinaus steht in Frage, ob nicht europarechtliche Vorgaben die präventive Regulierung solcher Entgelte verlangen.

88. In der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 38 Abs. 1 Satz 4 TKG-RE weist die Bundesregierung auf Art. 19 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie hin. Dort ist von "Gebüh-

⁷⁶ Vgl. Monopolkommission, Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O. Tz. 17.

ren für Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Bereitstellung der Betreiber(vor)auswahl" die Rede, die kostenorientiert festzulegen sind. Um Fehlinterpretationen zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber die Formulierung der Universaldienstrichtlinie übernehmen und für § 38 Abs. 1 Satz 4 die entsprechende Formulierung "Endnutzerentgelte für Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit ..." wählen. Dabei sollte der Gesetzgeber im Rahmen der Gesetzesbegründung deutlich machen, dass damit nicht Entgelte im Zusammenhang mit dem Ausgleich des so genannten Anschlussdefizits im Sinne des bisherigen § 43 Abs. 6 TKG gemeint sein können. Ein solches Anschlussdefizit liegt nur dann vor, wenn die von der RegTP genehmigten Entgelte für den Teilnehmeranschluss unterhalb der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen und damit wettbewerbswidrige Abschläge im Sinne von § 24 Abs. 2 Nr. 2 TKG und § 26 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 TKG-RE enthalten. Eine wettbewerbsbehindernde Kostenunterdeckung ließ sich in Deutschland für eine Übergangsfrist rechtfertigen, die allerdings bereits seit Ende 2002 ausgelaufen ist.⁷⁷ Seitdem sind nicht kostendeckende Entgelte nicht mehr mit dem TKG vereinbar.

89. Nach Art. 19 Abs. 3 Universaldienstrichtlinie sorgen die nationalen Regulierungsbehörden dafür, dass die Entgelte für Zugang und Zusammenschaltung im Zusammenhang mit der Betreiber(vor)auswahl "kostenorientiert" festgelegt werden. Da die nachträgliche Entgeltregulierung nach § 36 TKG-RE eine Kostenprüfung lediglich nachrangig vornehmen kann und vorrangig auf die Vergleichsmarktbetrachtung abstellt, droht hier ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht. Nach Auffassung der Monopolkommission kann die Gewährleistung der kostenorientierten Regulierung der Entgelte im Zusammenhang mit der Betreiber(vor)auswahl nur im Rahmen der präventiven Entgeltregulierung nach § 29 TKG-RE erfüllt werden.

90. Zum Schutz bestehender und zukünftiger Infrastrukturinvestitionen ist vorgesehen, dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch *ortsnahe Zuführung* erfolgt. Die Monopolkommission begrüßt diese Vorschrift. Sie ist wie die Bundesregierung der Auffassung, dass bei der Einführung und Umsetzung von Call-by-Call und Preselection im Ortsnetz die Anreize für Investitionen in lokale Netzinfrastrukturen erhalten bleiben müssen.

⁷⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 90.

91. Der Mobilfunk wird von der Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl gemäß § 38 Abs. 2 TKG-RE ausgenommen, solange auf dem Endkundenmarkt ein *nachhaltiger Dienstwettbewerb* herrscht. Die Monopolkommission begrüßt diese Regelung im Grundsatz. Der Betreiberaus- und -vorauswahl kommt zu Beginn der Marktöffnung bei der Überwindung bestehender Monopolstrukturen auf den Telekommunikationsmärkten eine wesentliche Bedeutung zu. Diese Bedeutung nimmt bei zunehmender struktureller Absicherung der Wettbewerbs ab, wie die Entwicklung im Fernbereich des Festnetzes deutlich zeigt. Hier verliert das Geschäftsmodell des klassischen Call-by-Call-Anbieters mit dem Übergang von einem regulierungsbedingten zu einem funktionsfähigen Wettbewerb nach und nach an Bedeutung. Ab einem bestimmten Punkt der Wettbewerbsentwicklung kann das Modell des Call-by-Call-Wettbewerbs die weitere strukturelle Absicherung des funktionsfähigen Wettbewerbs sogar behindern. Problematisch ist nach Auffassung der Monopolkommission allerdings auch hier, dass eine gegebenenfalls einklagbare Rechtsfolge – hier die Aussetzung der Möglichkeit zur Auferlegung der Betreiberaus- und -vorauswahl – an den nicht näher spezifizierten unbestimmten Rechtsbegriff eines "nachhaltigen Dienstwettbewerbs" geknüpft wird.

7. Verfahrensfragen

92. Bereits in Art. 1 Abs. 1 Rahmenrichtlinie kommt zum Ausdruck, dass der Regulierungsansatz des neuen europäischen Rechtsrahmens nicht nur auf eine stärkere Flexibilisierung des Regulierungsinstrumentariums abzielt, sondern auch einen wesentlichen Akzent auf die harmonisierte Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die Institutionalisierung von Verfahren legt.⁷⁸ Auf der einen Seite sollen die nationalen Regulierungsbehörden erweiterte, vor allem flexiblere, auf komplexere und dynamische Märkte abgestimmte Instrumente erhalten. Auf der anderen Seite sollen diese Kompetenzen in einen multilateralen europäischen Regulierungsverbund eingebettet werden. Der Regulierungsverbund als Mechanismus zur Herstellung und Sicherung einer einheitlichen Normanwendung und damit die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen ist ein noch neues Kohärenzkonzept, welches in der Umsetzung im neuen TKG eine Reihe von Fragen aufwirft.

93. Die Umsetzung von Art. 7 (Konsolidierung) und Art. 6 (Konsultation) der Rahmenrichtlinie erfolgt mit § 12 TKG-RE. Der vorliegende Regierungsentwurf enthält gegenüber dem Referentenentwurf vom 30. April 2003 eine Reihe von Klarstellungen im Hinblick auf das Verhältnis von Konsultation und Konsolidierung zueinander, das zeitliche Zusammenspiel der Verfahren sowie die Kompetenzen der Europäischen Kommission. Das Verfahren nach § 12 TKG lässt sich wie folgt skizzieren:

Dem Konsultations- und Konsolidierungsverfahren unterliegen die Ergebnisse der Marktdefinition (§ 10 TKG-RE) und der Marktanalyse (§ 11 TKG-RE).

- Die RegTP gibt den "interessierten Parteien" innerhalb einer festgesetzten Frist die Gelegenheit, zu dem Entwurf der Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse Stellung zu nehmen. "Interessierte Partei" ist – so stellt die Entwurfsbegründung klar – jeder, "dessen Interessen durch die beabsichtigte Maßnahme berührt wird". Die Anhörungsverfahren und deren Ergebnisse werden veröffentlicht.
- *Nach* Durchführung des Konsultationsverfahrens stellt die RegTP den Entwurf der Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse mit einer Begründung der Europäischen Kommission und gleichzeitig den anderen nationalen Regulierungsbehörden zur Verfügung und gibt ihnen Gelegenheit, innerhalb einer nicht verlängerbaren

⁷⁸ Vgl. Trute/Röhl, a.a.O., S. 18.

Frist von einem Monat oder einer vorab festzulegenden längeren Frist Stellung zu nehmen.

- Die RegTP hat den Stellungnahmen der Kommission *und* der nationalen Regulierungsbehörden *weitestgehend* Rechnung zu tragen. Den sich daraus ergebenden Entwurf übermittelt die RegTP der Europäischen Kommission.
- Die Kommission besitzt ein *Vetorecht* gegenüber den Festlegungen der RegTP, wenn (i) Auffassungsunterschiede zur Marktdefinition oder zur Feststellung der beträchtlichen Marktmacht bestehen *und* (ii) die Maßnahmen nach Auffassung der Kommission Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel haben oder (iii) ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Zielen von Art. 8 Rahmenrichtlinie, bestehen.
- Folgen des Vetos der europäischen Kommission sind: (i) Die Festlegungen nach §§ 10 oder 11 TKG-RE durch die RegTP werden um weitere zwei Monate aufgeschoben; (ii) fordert die Kommission innerhalb dieser Frist die RegTP auf, den Entwurf zurückzuziehen, ist die Behörde an diesen Beschluss gebunden. Die Ablehnung des Entwurfs ist von der Kommission zu begründen und mit Änderungsvorschlägen zu versehen. Eine Ersetzungsbefugnis hat die Kommission nicht.
- In der Folge eines Vetos kann die nationale Behörde den Kommissionsvorschlägen folgen und ihren Entwurf – nach erneuter Anhörung der interessierten Parteien – entsprechend ändern oder den Entwurf verwerfen.
- Verwirft die RegTP ihren Entwurf, unterrichtet sie den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, der eine Klageerhebung vor dem Europäischen Gerichtshof prüft.

94. Das beschriebene Konsolidierungsverfahren wirft zwei Fragen von grundsätzlicher Bedeutung auf: Erstens steht in Frage, welche verfassungsrechtlichen Implikationen die Regelung hat, dass die RegTP bei der Erstellung eines Entwurfs der Ergebnisse von Marktdefinition und Marktanalyse den Stellungnahmen der Europäischen Kommission und der nationalen Regulierungsbehörden der anderen Mitgliedstaaten weitestgehend Rechnung tragen muss. Eine Übertragung von Kompetenzen auf zwischen- oder supranationale Einrichtungen ist vom deutschen Verfassungsrecht ohne Zweifel gedeckt. Das Grundgesetz ist durch das Bekenntnis zur europäischen Einigung bestimmt, was schon in der Präambel zum Ausdruck kommt. Diese Zielvorstellung wird durch Art. 23 Abs. 1

Satz 2, 24 Abs. 1 GG dahingehend ergänzt, dass der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf die Europäische Gemeinschaft übertragen kann. Eine Regelung, wonach eine deutsche Regulierungsbehörde zugunsten der Europäischen Kommission auf Kompetenzen verzichtet, stünde sicherlich nicht im Gegensatz zum Grundgesetz. Bedenklich wäre aber die *Kompetenzübertragung an Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten*.⁷⁹ Eine den Art. 23, 24 GG entsprechende Ermächtigung zur Übertragung von Hoheitsrechten an andere Mitgliedstaaten der EU existiert jedenfalls im deutschen Verfassungsrecht nicht. Die verfassungsrechtlichen Bedenken könnten gemindert oder ausgeschlossen werden, wenn der nationale Gesetzgeber in das TKG oder die Gesetzesbegründung eine Klarstellung derart aufnehmen würde, dass die Stellungnahmen der anderen nationalen Regulierungsbehörden zu den Entscheidungsentwürfen der RegTP im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens nach § 12 TKG-RE keinen bindenden Charakter haben. Dafür spricht bereits, dass das Vetorecht gegen Feststellungen der RegTP im Rahmen der Marktdefinition und Marktanalyse nach § 12 Abs. 3 TKG-RE ausschließlich der Europäischen Kommission zusteht.

Zweitens lässt der Gesetzentwurf offen, welche Folgen es hat, wenn die RegTP einen Feststellungsentwurf nach §§ 10, 11 TKG-RE wegen eines Vetos der Europäischen Kommission verwirft und die Bundesrepublik Deutschland gegebenenfalls Klage beim Europäischen Gerichtshof einreicht. Grundsätzlich dürften der RegTP dann zwei Handlungsoptionen offen stehen: Sie kann auf weitere Feststellungen verzichten und den Ausgang der Klage vor dem Europäischen Gerichtshof abwarten. Der in Rede stehende Bereich bliebe in dieser Zeit unreguliert bzw. würde dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterfallen. Näher liegt die zweite Handlungsoption, bei der die Regulierungsbehörde nach § 12 Abs. 4 TKG-RE umgehend *angemessene vorläufige Maßnahmen* erlässt. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass die vorläufigen Maßnahmen bis zum Abschluss der gerichtlichen Klärung und einem gegebenenfalls wiederum kontrovers verlaufenden erneuten Verfahren einen längerfristigen Charakter annehmen. Aus Sicht der Marktteilnehmer wäre ein solcher Verlauf wegen der damit verbundenen Rechtsunsicherheiten wenig wünschenswert.

95. Im Übrigen sollte nach Auffassung der Monopolkommission nicht der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, sondern die RegTP darüber entscheiden, ob im Falle

⁷⁹ Vgl. Monopolkommission, Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform, Sondergutachten 32, Baden-Baden 2002, Tz. 31 f.

eines Dissenses mit der Europäischen Kommission Klage vor dem Europäischen Gerichtshof eingelegt wird. Dafür spricht, dass es die Regulierungsbehörde ist, die mit ihren maßgeblichen Entscheidungen in den Regulierungsverbund mit der Europäischen Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden eingebunden wird. Dies sollte nach Auffassung der Monopolkommission auch die Möglichkeit einschließen, eigenständig Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Regulierungsverbundes zu suchen. Liegt die Entscheidung darüber, ob gegen ein Veto der Europäischen Kommission im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens geklagt wird, dagegen beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, besteht die Gefahr, dass weniger nach sachlichen Kriterien als nach politischer Opportunität entschieden wird. Formal parteifähig nach Art. 230 EGV sind die Gebietskörperschaften, hier die Bundesrepublik Deutschland. Vertreten würde sie in dem von der Monopolkommission vorgeschlagenen Verfahren nicht durch die Bundesregierung, sondern die RegTP.

96. Nach § 121 TKG-RE entscheidet die RegTP unter anderem in den Fällen der §§ 10 und 11 (Marktdefinition und Marktanalyse) *im Einvernehmen* mit dem Bundeskartellamt. Dieses Mitentscheidungsrecht ist insbesondere vor dem Hintergrund von Bedeutung, dass Märkte, die im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens nach § 10 TKG-RE für nicht regulierungsbedürftig angesehen werden – so die Begründung des Gesetzentwurfs –, automatisch dem allgemeinen Wettbewerbsrecht unterfallen mit der Möglichkeit der Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Damit besitzt das Bundeskartellamt im Hinblick auf die Entscheidungen gemäß §§ 10 und 11 TKG-RE eine außerordentlich starke Rechtsposition, die in den bisherigen Regelungen zu den Konsultations- und Abstimmungsverfahren mit den interessierten Parteien, der Europäischen Kommission und den anderen nationalen Regulierungsbehörden weder im Hinblick auf den zeitlichen Ablauf noch im Hinblick auf das Verfahren berücksichtigt ist. Zudem bleibt unklar, auf welche Weise Entscheidungen getroffen werden, wenn Regulierungsbehörde und Bundeskartellamt kein Einvernehmen herstellen können. Hier besteht nach Auffassung der Monopolkommission eine verfahrensrechtliche Lücke, die insbesondere dann problematisch werden kann, wenn gleichzeitig ein Dissens mit der Europäischen Kommission besteht.

97. Unzureichend geregelt erscheint der Rechtsschutz Dritter. Die Wettbewerber reklamieren aus Gründen eines stärkeren Rechtsschutzes Antragsrechte für die Einleitung von Regulierungsverfahren, etwa im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung ge-

mäß § 36 TKG-RE und der Missbrauchsaufsicht nach § 40 TKG-RE. Die Monopolkommission unterstützt diese Forderung mit Nachdruck.

98. Ebenfalls unzureichend geregelt ist schließlich das Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung nach § 131 TKG-RE. Die Vorschrift dient der Umsetzung der Art. 20, 21 Rahmenrichtlinie. Dabei bleiben eine Reihe von Fragen offen: Welche Sachverhalte unterfallen der außergerichtlichen Streitbeilegung? Alles das, was sonst nicht geregelt ist, oder handelt es sich hier um ein zusätzliches Verfahren zum Regulierungsverfahren? Wer ist zum Beispiel zuständig, wenn sich eine Partei an die Behörde und die andere an das Gericht wendet? Schließt das behördliche Streitbeilegungsverfahren ein paralleles bzw. vor- oder nachgelagertes gerichtliches Verfahren aus? Was bedeutet es, dass die Behörde nach Anhörung der Parteien eine "verbindliche" Entscheidung trifft? Gibt es Rechtsschutz gegen eine solche Entscheidung? Nach Auffassung der Monopolkommission sollte es eine Parallelität von gerichtlichem Rechtsschutz und behördlicher Streitbeilegung schon aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten nicht geben, um divergierende Ergebnisse zu vermeiden.⁸⁰ Demzufolge wäre im Gesetz vorzusehen, dass Verfahren vor der RegTP nicht geführt werden können, wenn bereits ein gerichtliches Verfahren (auch ein Eilverfahren) läuft. Ein Forum-Shopping liefe dem Ziel einer effizienten Streitbeilegung zuwider. Zur Aufrechterhaltung des Rechtsschutzes wäre gegebenenfalls die Möglichkeit eines gerichtlichen Verfahrens nach gescheiterter behördlicher Streitbeilegung vorzusehen. In diesem Fall sollte auf die Möglichkeit von Rechtsmitteln im Streitbeilegungsverfahren nach § 131 TKG-RE verzichtet werden.

⁸⁰ Vgl. M. Wissmann/M. Klümper, Effizienter Rechtsschutz und Rechtsweg im künftigen Kommunikationsrecht, in: Kommunikation & Recht, Jg. 6, 2003, S. 53 f.

8. Gerichtliche Kontrolle

99. Für die Marktteilnehmer ist die Möglichkeit zur Erlangung eines effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes von herausragender Bedeutung. Der vorliegende Gesetzentwurf enthält im Hinblick auf die gerichtliche Kontrolle von Regulierungsentscheidungen eine Reihe von Änderungen. Dazu gehört die Verkürzung des Instanzenzuges, die Einräumung von Beurteilungsspielräumen der Regulierungsbehörde und die Eröffnung eines Weges zur außergerichtlichen Streitbeilegung.

8.1 Welche Gerichte?

100. Keine Änderung zum bisherigen TKG nimmt der Gesetzgeber im Hinblick auf den zugewiesenen *Rechtsweg* vor. Die Monopolkommission vertritt dagegen weiterhin die Auffassung, dass an die Stelle der Verwaltungsgerichte die Kartellsenate des Oberlandesgerichts und der Bundesgerichtshof treten sollten.⁸¹ Dies hätte mindestens zwei gravierende Vorteile: Erstens wäre damit bereits durch die Verkürzung des Instanzenzuges eine Beschleunigung der Verfahren erreicht und zweitens wäre die Gefahr einer Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung bei sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht weniger groß.

Die Monopolkommission hat bereits in ihrer Stellungnahme zu dem damaligen Gesetzentwurf für das heute geltende TKG auf die Gefahr der Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung bei einer Zuordnung der gerichtlichen Kontrolle auf die Verwaltungsgerichte hingewiesen.⁸² Die bisherige Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte konnte diese Bedenken nicht entkräften. Sie sind insbesondere im Bereich der Entgeltregulierung bisher nicht zu der wünschenswerten Rechtssicherheit gelangt.⁸³ Das zentrale Argument, dass TKG und GWB gemeinsame Rechtsbegriffe verwenden, deren Auslegung sich bei der Anwendung durch unterschiedliche Verwaltungsbehörden und Gerichte auseinander entwickelt, gilt auch weiterhin. Die Marktabgrenzung im Rahmen des Marktdefinitionsverfahrens soll nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien erfolgen; das Konzept der beträchtlichen Marktmacht wird in Anlehnung an das Konzept der Marktherrschaft im europäischen Wettbewerbsrecht ausgelegt. Auch wenn die Unterschiede der Normzwecke für die Marktabgrenzung im Rahmen von Marktdefinition und

81 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 213; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., 20 f.

82 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 24, a.a.O., Tz. 33.

83 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 93; dies., Hauptgutachten 2000/2001, a.a.O., Tz. 21.

Marktanalyse eine andere Vorgehensweise erfordern als für die Marktabgrenzung im Umgang mit Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle nach dem GWB,⁸⁴ ist doch auf die Einheitlichkeit in der Auslegung der zugrunde liegenden Rechtsbegriffe zu achten, so etwa in der Auslegung des an das Konzept der Marktbeherrschung angelehnten Konzepts der beträchtlichen Marktmacht.

101. Gravierender noch ist, dass mit der Möglichkeit der Deregulierung wegen des Bestehens funktionsfähigen Wettbewerbs im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 TKG-RE oder der Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht nach den Feststellungen der Marktanalyse nach § 11 TKG-RE Telekommunikationsmärkte der sektorspezifischen Regulierung entzogen sind und damit dem allgemeinen Wettbewerbsrecht – sprich Bundeskartellamt und Kartellgerichtsbarkeit – unterstehen. Damit ist eine Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung innerhalb des Wirtschaftsbereichs der Telekommunikation vorprogrammiert, die nur dann zu vermeiden sein wird, wenn die ohnehin gegebene Zuständigkeit verschiedener Verwaltungen auf der Ebene der Kartellgerichte wieder zusammengeführt wird.⁸⁵ Das Anliegen, ein Auseinanderdriften von allgemeinem und sektorspezifischem Wettbewerbsrecht zu verhindern, ist umso dringlicher, als sowohl der europäische als auch der nationale Ordnungsrahmen für die Telekommunikation einen schrittweisen Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht vorsehen. Während dieses Übergangs wird es zu parallelen Anwendungen von TKG und GWB kommen. Das wiederum erfordert eine übereinstimmende Interpretation und Auslegung der zentralen Rechtsbegriffe.

102. Für die Monopolkommission ist allerdings die Frage, ob Verwaltungsgerichte oder Zivilgerichte als Tatsacheninstanzen für das TKG zuständig sein sollten, weniger wichtig als die Frage, welches Gericht als letzte Revisionsinstanz tätig wird. Um eine Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung zu vermeiden, ist es nach Auffassung der Monopolkommission unabdingbar, dass *dieselbe Revisionsinstanz* für die Interpretation der gemeinsamen Rechtsbegriffe in TKG und GWB zuständig ist. Die Monopolkommission empfiehlt nachdrücklich, dass der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hierfür vorgesehen wird, der für diese Aufgabe aufgrund einer jahrzentelangen Erfahrung und der dabei entwickelten Sachkompetenz hervorragend geeignet ist.

⁸⁴ Vgl. dazu oben Tz. 23.

⁸⁵ Vgl. auch Kind u.a., a.a.O., S. 8 f.

Im Übrigen spricht gerade auch der geforderte besondere richterliche Sachverstand – Art. 4 Abs. 1 Rahmenrichtlinie spricht von "angemessenem Sachverstand", über den ein Gericht verfügen muss, um seiner Aufgabe gerecht zu werden – eher für den Kartell- als den Verwaltungsrechtsweg. Bei den Spruchkörpern der Kartellgerichte hat sich über Jahrzehnte eine hohe Sachkunde in Fragen des Kartellrechts herausgebildet, die auch immer technische und ökonomische Aspekte umfassen. Dass die Kartellgerichte weniger Erfahrung mit telekommunikationsspezifischen Sachverhalten sammeln konnten, kann dagegen hingenommen werden. Ohnehin wird die materiell und verfahrensrechtlich weitreichende Novellierung des TKG zu einer Diskontinuität der Rechtsanwendung und damit zu einem nicht unerheblichen Neubeginn in der Anwendung des Telekommunikationsrechts führen.⁸⁶

8.2 Gewährleistung eines effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes

103. Der Beschleunigung des Verfahrens der gerichtlichen Überprüfung von Entscheidungen der RegTP dient die in § 135 Abs. 3 TKG-RE vorgesehene *Verkürzung des verwaltungsgerichtlichen Instanzenzuges*. Dies gilt sowohl für das Hauptsacheverfahren als auch für den einstweiligen Rechtsschutz. Die Monopolkommission begrüßt dies. Wie die Erfahrung mit dem GWB zeigt, führt die Konzentration auf eine Tatsacheninstanz nicht zu einer Abschwächung des Rechtsschutzes. Dies gilt umso mehr, wenn die Behördenentscheidung in einem gerichtsähnlichen Beschlusskammerverfahren fällt, wie das im Bundeskartellamt und in der Regulierungsbehörde (wegen der gegebenen Abhängigkeiten möglicherweise mit Ausnahme der Präsidentenkammer) der Fall ist. Auch das Problem, dass im Eilverfahren keine Revision möglich ist und es dann grundsätzlich nur eine Instanz gibt, wiegt vermutlich weniger schwer, als die Marktteilnehmer befürchten, denn im Kartellrecht ist die entsprechende Regelung mit keinen erkennbaren Schwierigkeiten verbunden.

Alleinige Tatsacheninstanz soll nach dem Gesetzentwurf das Verwaltungsgericht sein. Das Verwaltungsgericht Köln ist, so die Begründung des Entwurfs, bisher schon als Eingangsinstanz für die Überprüfung von Regulierungsentscheidungen tätig und hat dabei erhebliches Spezialwissen in der besonders komplexen Materie des Telekommunikationsrechts erworben. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass für den angestrebten Beschleunigungseffekt auch die Frage der vorhandenen und der gegebenenfalls zu erreichenden personellen Kapazitäten des zuständigen Gerichts von Bedeutung ist.

⁸⁶ Vgl. auch Wissmann/Klümper, a.a.O., S. 58.

Die Richter beim *Oberverwaltungsgericht* verfügen in aller Regel über die größere Erfahrung, was regelmäßig dazu führt, dass ihre Entscheidungen bei den streitenden Parteien, aber auch bei der Revisionsinstanz auf eine vergleichsweise größere Akzeptanz stoßen.⁸⁷ Die größere Erfahrung der Richter beim Oberverwaltungsgericht rührt nicht nur daher, dass sie in aller Regel über die längere berufliche Erfahrung verfügen, sondern auch daher, dass ihre Verweildauer am selben Gericht im Durchschnitt höher ist als die von Richtern am Verwaltungsgericht. Damit ist beim Oberverwaltungsgericht die Wahrscheinlichkeit größer, dass spezifischer richterlicher Sachverstand, der sich in einem spezialisierten Spruchkörper gebildet hat, über eine längere Zeit erhalten bleibt. Bei den Verwaltungsgerichten dagegen ist spezialisierter Sachverstand aufgrund der Beförderungspraxis in aller Regel von eher kürzerer Dauer.

⁸⁷ Vgl. Holznagel, B., Anforderungen an die gerichtliche Kontrolle im Lichte der TKG-Novellierung, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, Februar 2003, S. 40.

9. Zusammenfassung und Empfehlungen

104. Der TKG-Entwurf der Bundesregierung vom 15. Oktober 2003 sieht deutliche Veränderungen des bisherigen Ordnungsrahmens der Telekommunikation in Deutschland vor. Viele substantielle Änderungen sind durch Europarecht nicht geboten. Zum Teil stellt der Entwurf selbst sich in zentralen Fragen ausdrücklich gegen die europarechtlichen Vorgaben und lässt es darauf ankommen, wie gegebenenfalls ein Konflikt mit der Europäischen Kommission juristisch entschieden wird.⁸⁸ Materielle Änderungen dieses Ausmaßes sorgen für Rechtsunsicherheiten. Sie bergen das Risiko, dass Investitionen im Telekommunikationssektor wegen mangelnder Planungssicherheit drastisch beschränkt werden. Gleichzeitig ist eine Rückentwicklung des Wettbewerbs zu befürchten, da rechtliche und organisatorische Unsicherheiten die zuletzt in den Markt eingetretenen und potentielle neue Wettbewerber stärker belasten als die in den meisten Märkten der Telekommunikation weiterhin marktbeherrschende Deutsche Telekom AG. Problematisch ist bereits die deutliche Zunahme der Vorschriften und der Versuch des Gesetzgebers, materielle Probleme bei der Umsetzung des Gesetzes durch den Regulierer und die Gerichte bereits im Vorfeld durch eine Aufnahme von Regulierungsdetails in die Gesetzesvorschriften zu vermeiden. Die Verdoppelung des Gesetzesumfangs, die Kompliziertheit der Regelungen sowie die Vielzahl unklarer Rechtsbegriffe gehen zu Lasten der Rechtssicherheit und werden die Anzahl der Verfahren vor den Verwaltungsgerichten weiter steigen lassen. Unklar bleibt insbesondere das Zusammenspiel der nationalen und europäischen Rechtsnormen und Institutionen. Dies betrifft auch die Regelung von Konfliktfällen, die im vorliegenden Referentenentwurf nicht genügend behandelt wird. Zusätzliche Unsicherheiten bei den Marktteilnehmern entstehen dadurch, dass die Entscheidungskompetenzen des nationalen Regulierers erheblich ausgeweitet werden. Es ist nicht auszuschließen, dass hier verfassungsrechtliche Fragen aufgeworfen werden, die gegebenenfalls gerichtlich zu prüfen sein werden.

105. Ein grundlegendes Problem betrifft die *Bestimmung der zu regulierenden Märkte*. Der europäische Rechtsrahmen für die Telekommunikation sieht dazu ein zweistufiges Verfahren vor: In Stufe 1 (Marktdefinition) wird eine Liste von Märkten erstellt, deren Merkmale dafür sprechen, dass sie für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. In Stufe 2 (Marktanalyse) werden diese Märkte im Hinblick auf die Existenz

⁸⁸ So etwa bei der Entgeltregulierung von Terminierungsleistungen gemäß § 28 Abs. 4 TKG-RE.

wirksamen Wettbewerbs untersucht. Die sektorspezifische Regulierung greift, wenn es in einem Markt an wirksamem Wettbewerb fehlt.

Dieses Verfahrensraster wirft eine Reihe methodischer Fragen auf:

- Wie kann im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 TKG-RE zwischen Märkten mit funktionsfähigem Wettbewerb und Märkten ohne funktionsfähigen Wettbewerb entschieden werden, ohne dass man schon das Marktanalyseverfahren nach § 11 TKG-RE durchgeführt hätte?
- Nach welchen Kriterien ist im Rahmen der Marktanalyse nach § 11 TKG-RE die Marktabgrenzung vorzunehmen und wie verhält sich "beträchtliche Marktmacht" zum Begriff der "Marktbeherrschung"?

Märkte, die entweder nicht auf der Liste in Stufe 1 erscheinen oder bei denen die Marktanalyse das Bestehen wirksamen Wettbewerbs festgestellt hat, unterliegen *nicht* der sektorspezifischen Regulierung. Auch bei der Umsetzung einer solchen teilweisen Deregulierung stellen sich verschiedene Fragen, die der vorliegende Gesetzentwurf nicht oder nur unzureichend beantwortet:

- Wie soll bei den Adressaten der Regulierung die Trennung von regulierten und nicht regulierten Aktivitäten sichergestellt werden?
- Inwiefern erfordert die Kontrolle von Quersubventionierungen eine Transparenzregulierung?
- Wie sind im Falle der teilweisen Deregulierung die Zuständigkeiten von Bundeskartellamt und Regulierungsbehörde im Hinblick auf die Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts geregelt?

106. Strittig ist die *Kompetenzverteilung zwischen Europäischer Kommission und Regulierungsbehörde bei der Marktdefinition*. Im Vorfeld der Marktdefinition durch die nationalen Regulierungsbehörden erlässt die Europäische Kommission eine Empfehlung zu den relevanten Produkt- und Dienstmärkten, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen. Nach Auffassung der Kommission ist die in dieser Empfehlung genannte Liste von zu regulierenden Märkten verbindlich. Sie kann auf der nationalen Ebene gegebenenfalls verlängert, nicht jedoch verkürzt werden. Der vorliegende Gesetzentwurf regelt dies anders. Nach § 10 TKG-RE entscheidet die RegTP im Einver-

nehmen mit dem Bundeskartellamt über die zu regulierenden Märkte auf der Grundlage des Kriteriums der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs". Auch wenn die von der Europäischen Kommission im Vorfeld erlassene Empfehlung bei der Marktdefinition dabei "weitestgehend" zu beachten ist, schließt § 10 TKG-RE die Kompetenz der RegTP ein, aufgrund von Besonderheiten der Wettbewerbsentwicklungen in den nationalen Telekommunikationsmärkten auch andere Abrenzungen vorzunehmen. Mit dieser Regelung sind verschiedene Probleme verbunden: (i) Sie steht möglicherweise im Widerspruch zum europäischen Recht. (ii) Eine Konkurrenz von europäischer und nationaler Kompetenz bei der Marktdefinition führt zu weiteren Rechtsunsicherheiten. (iii) Das Verfahren zur Beurteilung der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs im Rahmen der Marktdefinition nach § 10 TKG-RE ist materiell nicht von dem Verfahren der Marktanalyse nach § 11 TKG-RE zu trennen.

107. In der Sache folgt die Monopolkommission der Auffassung, dass nationale Besonderheiten der Wettbewerbsentwicklung ein Abweichen von den Empfehlungen der Europäischen Kommission in der Frage der Marktdefinition rechtfertigen können. Dabei ist das Risiko eines Verstoßes gegen europäisches Recht zu vernachlässigen, da die eingeschränkte rechtliche Verbindlichkeit einer Empfehlung ausreichend Spielraum für nationale Kompetenzen bei der Marktdefinition lässt. Gleichwohl sollte nach Auffassung der Monopolkommission der Konflikt mit der Europäischen Kommission in der Frage der Marktdefinition möglichst vermieden werden. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die Marktdefinition durch die RegTP nach dem Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht obligatorisch für jeden Markt der Kommissionsempfehlung vorzunehmen ist, sondern sich auf diejenigen Märkte beschränkt, bei denen aufgrund spezifischer Wettbewerbsentwicklungen ernsthafte Zweifel bestehen, dass die für den gemeinschaftsweiten Markt durch die Europäische Kommission getroffene Diagnose pro Regulierungsbedarf auch die nationalen Verhältnisse widerspiegelt.

Im Einzelnen sollte das Verfahren der Marktdefinition nach § 10 TKG-RE dem folgenden Regelungsaufbau folgen: (i) Der sektorspezifischen Regulierung nach den Vorschriften des TKG unterliegen diejenigen Märkte, bei denen die Europäische Kommission einen Regulierungsbedarf nach den Kriterien der Empfehlung über relevante Produkt- und Dienstmärkte in der jeweiligen Fassung festgestellt hat. (ii) Die RegTP kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt weitere Märkte identifizieren, die für eine sektorspezifische Regulierung in Betracht kommen, wenn auf diesen Märkten kein

funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. Ebenso kann die RegTP im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt einen Markt aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen, wenn auf diesem Markt funktionsfähiger Wettbewerb herrscht. (iii) Bevor die RegTP von den Empfehlungen der Europäischen Kommission in Bezug auf die Marktdefinition abweicht, führt sie ein öffentliches Konsultationsverfahren, möglicherweise unter Einbeziehung der Monopolkommission, durch. (iv) Die EU-Kommission hat im Rahmen des Konsolidierungsverfahrens die Möglichkeit eines Vetos, soweit ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem Gemeinsamen Markt oder mit den Zielen des europäischen Rechtsrahmens für die Telekommunikation bestehen.

108. Auch dabei bleibt das Problem, dass der Begriff der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" einer gerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist und daher als Anknüpfungspunkt für unmittelbare, gegebenenfalls gerichtlich einklagbare Rechtsfolgen nicht in Frage kommt. Der Regierungsentwurf verwendet den *funktionsfähigen Wettbewerb* als Rechtsbegriff an verschiedenen Stellen und in verschiedener Weise. Die Monopolkommission rät davon dringend ab. Der Gesetzgeber sollte bei den §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1 und 37 Abs. 1 TKG-RE auf das Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs verzichten. Während der Bezug auf die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt für die Möglichkeit der Auferlegung eines Diskriminierungsverbotes nach § 18 Abs. 2 ohnehin unklar bleibt, werden bei den beiden anderen Vorschriften Rechtsfolgen an eine gegebenenfalls zu befürchtende Behinderung der Entwicklung funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 19 Abs. 1 Auferlegung von Zugangsverpflichtungen) bzw. die Vermutung, dass in absehbarer Zeit kein funktionsfähiger Wettbewerb entsteht (§ 37 Abs. 1 Ex-ante-Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen), geknüpft. Dazu eignet sich das Kriterium nicht.

Als Ziel der Regulierung (§ 2 TKG-RE) und als Kriterium für die Marktdefinition (§§ 9, 10 TKG-RE) kann die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nach Auffassung der Monopolkommission beibehalten werden. Allerdings ist hier ausdrücklich ein Beurteilungsspielraum für die RegTP vorzusehen. Das Kriterium der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs als Grundlage für die Definition der im Hinblick auf einen Regulierungsbedarf zu prüfenden Märkte (Marktdefinition) trägt dem Umstand Rechnung, dass die bloße Existenz beträchtlicher Marktmacht – auch nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission – nicht ausreicht, um einen Bedarf für sektorspezifische Regulierung zu begründen. Eine Anpassung der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 10 TKG-RE an die in Rn. 9 der

Empfehlung der Europäischen Kommission über relevante Produkt- und Dienstemärkte genannten Kriterien sollte erfolgen.

109. Nach Art. 8 Abs. 1 Zugangsrichtlinie stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass die nationalen Regulierungsbehörden befugt sind, die in Art. 9 bis 13 Zugangsrichtlinie genannten Verpflichtungen aufzuerlegen. Im Einzelnen handelt es sich um Transparenzverpflichtungen, Gleichbehandlungsverpflichtungen, Verpflichtungen zur getrennten Rechnungsführung, hinsichtlich des Zugangs zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung sowie zur Preiskontrolle und Kostenrechnung. Der deutsche Gesetzgeber will diese Bandbreite der Regulierungsmöglichkeiten nicht ausschöpfen und verzichtet unter anderem auf die Möglichkeit für den Regulierer, Transparenzverpflichtungen nach Art. 9 Zugangsrichtlinie aufzuerlegen. Die Monopolkommission sieht hierin ein Umsetzungsdefizit. Der Gesetzgeber sollte sicherstellen, dass dem Regulierer sämtliche nach dem europäischen Rechtsrahmen vorgesehenen Regulierungsinstrumente zur Verfügung stehen. Ebenso ist sicherzustellen, dass die Anwendung von vorgesehenen Regulierungsmaßnahmen nicht für Teilbereiche der Telekommunikation, wie den Mobilfunk, faktisch auf Dauer ausgeschlossen wird. Bei der Regelung der Aussetzung der Betreiberwahl und -vorauswahl im Mobilfunk sollte der Gesetzgeber darauf verzichten, diese an das rechtlich unbestimmte Kriterium des "nachhaltigen Dienstewettbewerbs" zu binden.

110. Der Gesetzentwurf räumt der Regulierungsbehörde bei der Anwendung der Regulierungsinstrumente unterschiedlich weit ausgeprägte *Ermessensspielräume* ein. Als "Kann-Vorschrift" geregelt sind unter anderem die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 1 und 2 TKG-RE, der Verpflichtung zur getrennten Rechnungslegung nach § 22 TKG-RE sowie die präventive Entgeltregulierung bei Endnutzerleistungen nach § 37 Abs. 1 TKG-RE. In diesen Fällen kann die Regulierungsbehörde beim Vorliegen des Tatbestandes wählen, ob und in welchem Umfang sie die in der Vorschrift vorgesehene Maßnahme anwenden will. Bei der Ermessensausübung muss sie sich vom Zweck der jeweiligen Vorschriften leiten lassen, der sich insbesondere aus den Regulierungszielen des Art. 8 Rahmenrichtlinie erschließt. Als "Soll-Vorschrift" geregelt sind die Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 3 TKG-RE. Hier ist die Entscheidung der Behörde im Normalfall vorgegeben, so dass diese davon lediglich in besonderen Ausnahmefällen abweichen kann. Ohne jegliches Ermessen der RegTP geregelt ist die Entgeltregulierung bei Zugangsleistungen nach § 28 TKG-RE.

Die Bundesregierung begründet die Einräumung von weitreichenden Ermessensspielräumen für den Regulierer mit europarechtlichen Vorgaben. Für den Bereich der Vorleistungsregulierung sieht Art. 8 Rahmenrichtlinie vor, dass der nationalen Regulierungsbehörde das gesamte Regulierungsinstrumentarium der Zugangsrichtlinie zur Verfügung steht und die Auswahlentscheidung mithin von der Regulierungsbehörde getroffen wird. Dem können verfassungsrechtliche Vorgaben im Hinblick auf den so genannten Parlamentsvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot widersprechen. Zumindest in den bisher bereits regulierten Vorleistungsbereichen, insbesondere für weite Teile der Zugangregulierung, sind die Wettbewerbskonstellationen bekannt und mittelfristig soweit prognostizierbar, dass hier verfassungsrechtlich strenge Anforderungen an die Bestimmtheit des gesetzlichen Rahmens zu stellen sind.

Deutlich weniger Vorgaben im Hinblick auf ein Auswahlermessen des Regulierers bei den Regulierungsmaßnahmen macht das Gemeinschaftsrecht im Bereich der Regulierung von Endnutzerleistungen. Die Universaldienstrichtlinie schreibt vor, dass die Mitgliedstaaten dafür Sorge tragen, dass den Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht geeignete regulatorische Verpflichtungen auferlegt werden. Die Ermessensspielräume im Hinblick auf das "Wie" der Regulierung stehen damit nicht notwendigerweise der Regulierungsbehörde zu, sondern können durch den nationalen Gesetzgeber konkretisiert werden.

Die Monopolkommission spricht sich insbesondere aus Gründen einer größeren Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer für eine stärkere Ausfüllung und Begrenzung der Ermessensspielräume der RegTP in den Bereichen aus, in denen der Regierungsentwurf dem Regulierer durch Kann-Vorschriften Ermessen bei der Auswahl des Regulierungsinstrumentariums einräumt. Zwar setzt die im Richtlinienrecht verankerte stärkere Rolle der nationalen Regulierungsbehörden einer vollständigen Determinierung der Regulierung durch den Gesetzgeber Grenzen. Gleichwohl bedürfen die bestehenden Auslegungs- und Entscheidungsspielräume einer Konkretisierung. Dies gilt umso mehr, als die RegTP – wie die nachfolgenden Erörterungen zeigen – nach der gegenwärtigen Ausgestaltung des Regierungsentwurfs nicht frei von politischen Einflussnahmen sein wird.

111. Die Monopolkommission wendet sich gegen die Tendenzen des Gesetzentwurfs, den *politischen Einfluss* insbesondere der Bundesregierung auf die Regulierungsbehörde und grundlegende Regulierungsentscheidungen zu verstärken. Sie hält diese Entwick-

lung für sachlich verfehlt und für europarechtlich unzulässig. Im Einzelnen geht es um die Verankerung eines Rechts auf *Einzelweisungen* gegenüber der Behörde und die Ausweitung der Zuständigkeiten der so genannten *Präsidentenkammer*.

Nach der Rahmenrichtlinie haben die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu gewährleisten. Das betrifft die Unabhängigkeit von den Unternehmen ebenso wie die Unabhängigkeit von der Regierung. Die Unabhängigkeit von der Regierung ist nur dann sichergestellt, wenn die strukturelle Trennung der hoheitlichen Funktion der Regulierung von der unternehmerischen Tätigkeit nicht nur formal, sondern auch *funktional* sichergestellt ist. Die funktionale Unabhängigkeit ist nicht erreicht, wenn die Möglichkeit besteht, dass die fiskalischen Interessen des Staates in konkrete Weisungen gegenüber der Regulierungsbehörde münden können. Nach Auffassung der Monopolkommission muss das Telekommunikationsgesetz die Möglichkeit von Einzelweisungen gegenüber der Regulierungsbehörde ausdrücklich ausschließen.

Die Gefahren von politischer Einflussnahme auf die Regulierung wird in dem Maße größer, in dem die so genannte Präsidentenkammer an Kompetenzen bei grundlegenden Regulierungsentscheidungen gewinnt. Für die Beurteilung dieser Kompetenzzuweisungen ist maßgeblich, dass der Präsident und die beiden Vizepräsidenten nach dem Personalrechtlichen Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz in einem politischen Verfahren ernannt werden und "aus wichtigem Grund" auch wieder abberufen werden können; dies begründet die Gefahr einer politischen Instrumentalisierung.

Die Monopolkommission empfiehlt, die Konzentration von grundlegenden Regulierungsentscheidungen auf die Präsidentenkammer zurückzunehmen. Weiterhin sollte die persönliche Unabhängigkeit des Präsidenten und der Vizepräsidenten durch eine Änderung des Personalrechtlichen Begleitgesetzes zum TKG gestärkt werden. Vorzusehen wären zum einen ein Amtsverhältnis statt einer vertraglichen Regelung, zum anderen eine Verlängerung der Amtsperiode auf acht bis zehn Jahre bei gleichzeitiger Abschaffung der Möglichkeit einer Wiederberufung. Nicht zuletzt ist ein Abschluss der materiellen Privatisierung der DTAG und damit ein endgültiges Ausscheiden des Bundes aus dem Kreis der Telekom-Aktionäre unabdingbar.

112. Erhebliche Risiken für den Wettbewerb birgt nach Auffassung der Monopolkommission die Regelung der Zugangsverpflichtungen. Nach § 19 Abs. 1 TKG-RE *kann* die RegTP Betreiber von Telekommunikationsnetzen mit beträchtlicher Marktmacht ver-

pflichten, anderen Unternehmen Zugang zu gewähren, einschließlich einer nachfragegerechten Entbündelung, insbesondere, wenn anderenfalls die Entwicklung eines *funktionsfähigen Wettbewerbs* auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde. Kritisch an dieser Formulierung ist erstens, dass mit der Einführung einer *Kann-Vorschrift* der Regulierungsbehörde im Hinblick auf die Frage, ob überhaupt eine Zugangsregulierung stattfindet, ein weitreichendes Ermessen eingeräumt wird. Die Monopolkommission lehnt dies ab und spricht sich für die obligatorische Verpflichtung zur Zugangsgewährung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht aus.

Problematisch ist zweitens, die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen von Prognosen der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs auf nachgelagerten Endkundenmärkten" abhängig zu machen. Das Kriterium "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" ist einer gerichtlichen Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich und kommt als Anknüpfungspunkt für unmittelbare, gegebenenfalls gerichtlich einklagbare Rechtsfolgen nicht in Betracht. Dasselbe gilt für das vom Bundesrat zusätzlich vorgeschlagene Kriterium des Verbraucherinteresses. Die Monopolkommission hielte es auch für problematisch, wenn der Verweis auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs in diesem Zusammenhang der RegTP erhebliche Beurteilungsspielräume eröffnete, sei es, weil die Gesetzesformulierung einen solchen Spielraum ausdrücklich vorsieht, sei es, weil sich ein solcher Spielraum aus der Praxis der Gerichte ergibt. Eine derartige Formulierung würde das Risiko beinhalten, dass das "Ob" der Zugangsregulierung jeglicher gerichtlichen Kontrolle entzogen wird. Aus Sicht der Monopolkommission wäre das nicht akzeptabel. Sie schlägt vor, in § 19 Abs. 1 Satz 1 TKG-RE den letzten Halbsatz "*..., insbesondere wenn anderenfalls die Entwicklung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Endnutzermarkt behindert würde.*" zu streichen. Auch sollte der Gesetzgeber auf das vom Bundesrat vorgeschlagene zusätzliche Kriterium des Verbraucherinteresses im Gesetzestext verzichten. Wenn der Gesetzgeber auf den Schutz der Verbraucherinteressen hinweisen möchte, was die Monopolkommission ausdrücklich begrüßen würde, sollte dies im Rahmen der Gesetzesbegründung zu § 19 TKG-RE erfolgen.

113. Legt die Regulierungsbehörde einem Telekommunikationsnetzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht eine Zugangsverpflichtung auf, so hat sie gemäß § 19 Abs. 1 Satz 2 TKG-RE zu prüfen, ob diese *gerechtfertigt* ist und in einem *angemessenen Verhältnis zu den Regulierungszielen* des Gesetzes steht. Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen hat die Regulierungsbehörde eine Reihe von Sachverhalten zu berücksichtigen,

die im Gesetzentwurf in einer nicht abschließenden Aufzählung genannt (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 7) und in der Gesetzesbegründung zum Teil weiter konkretisiert werden. Was sie materiell und verfahrensrechtlich bedeuten, bleibt in wesentlichen Punkten unklar. Praktisch alle genannten Voraussetzungen werfen Beweislastprobleme auf. Die hier vorliegende materielle und verfahrensrechtliche Unsicherheit hinsichtlich der Voraussetzungen der Zugangsregulierung birgt Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Zugangsregulierung als Voraussetzung für Wettbewerb in den Märkten für Telekommunikationsdienstleistungen.

114. In den Absätzen 2 und 3 des § 19 TKG-RE werden eine Reihe von Zugangsverpflichtungen aufgezählt, die die RegTP marktbeherrschenden Betreibern von Telekommunikationsnetzen auferlegen kann bzw. soll. Die nicht abschließend aufgezählten Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 2 TKG-RE *können* von der RegTP auferlegt werden. Dies bedeutet, dass der Regulierer nicht nur über Ermessen im Hinblick auf das "Ob" der Zugangsregulierung, sondern zusätzlich auch im Hinblick auf das "Wie" der Regulierung verfügt. Eine solche Koppelung der Ermessensstatbestände wird im Ergebnis zu einer weitgehenden Ermächtigung für die RegTP zur Ermessensausübung, bei der die Kontrollmöglichkeiten der Gerichte besonders gering sind. Die Monopolkommission lehnt dies ab. Sie schlägt vor, die Ermessensspielräume der RegTP in § 19 Abs. 2 TKG-RE dadurch zu präzisieren, dass im Einzelnen festgelegt wird, bei welchen Leistungen das Erfordernis der angemessenen Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 TKG-RE vermutet wird und bei welchen die RegTP diesbezüglich die Darlegungspflicht trägt.

Die abschließend aufgezählten Zugangsverpflichtungen nach § 19 Abs. 3 TKG-RE sollen einem Netzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden. Die Monopolkommission begrüßt die Einschränkung der Ermessensspielräume für die RegTP, lehnt aber die abschließende Nennung von wesentlichen Zugangsleistungen im Gesetz ab. Eine solche Liste muss offen bleiben, da der dominierende Infrastrukturanbieter andere wesentliche Einrichtungen finden kann, über die der Wettbewerb bei den Endnutzern behindert werden kann.

Grundsätzlich positiv zu werten ist die Möglichkeit, Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht, die einer Zugangsverpflichtung unterliegen, zur Unterbreitung eines Standardangebotes zu verpflichten, soweit dafür eine allgemeine Nachfrage besteht. Mit der For-

mulierung als Soll-Vorschrift und mit der Einschränkung der zeitlichen Vorgabe auf "in der Regel" werden nach Auffassung der Monopolkommission allerdings wiederum Ermessensspielräume für die RegTP eröffnet, die zu einer Abschwächung der Verpflichtung führen. Nach Auffassung der Monopolkommission muss die Verpflichtung zur Vorlage eines Standardangebotes im Gesetz verpflichtend geregelt sein.

115. Die Monopolkommission begrüßt, dass der Regierungsentwurf die *präventive Regulierung der Entgelte* für *wesentliche* Zugangsleistungen im Grundsatz festschreibt. Kritisch ist allerdings, dass Zugangsleistungen – so die Entwurfsbegründung – dann wesentlich sind, wenn das anbietende Unternehmen über eine "faktische Alleinstellung" verfügt. Der Begriff der "faktischen Alleinstellung" ist nicht definiert. Es ist nicht auszuschließen, dass damit eine *Alleinstellung im Sinne eines monopolistischen Angebots gemeint ist*, die erst bei einem Marktanteil von 100 % erreicht ist. Dann wäre selbst der entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, für den die Deutsche Telekom AG weiterhin einen Marktanteil von mehr als 95 % hat, *keine* wesentliche Zugangsleistung. Die Entgelte unterlägen der nachträglichen Missbrauchsaufsicht. Die Möglichkeiten zur Entwicklung eines regulierungsbedingten Wettbewerbs beim Endkundenzugang würden deutlich geschwächt.

Nach Auffassung der Monopolkommission sollte der Gesetzgeber auf den Begriff der "faktischen Alleinstellung" in der Begründung zu § 28 Abs. 1 TKG-RE verzichten. Zudem sollte eine Klarstellung im Hinblick auf die Definition der Wesentlichkeit von Zugangsleistungen vorgenommen werden, bei der explizit auf eine Begriffsfassung im Sinne der Essential-Facilities-Doktrin abgestellt wird. Danach sind solche Leistungen "wesentlich", die für den Wettbewerb auf Endkundenmärkten unverzichtbar und nicht unter angemessenem Aufwand zu duplizieren sind.

116. Ausgenommen von der Ex-ante-Regulierung bleiben die Entgelte für Fakturierungs- und Inkassoleistungen sowie für die Terminierung in Teilnehmernetzen. Die Monopolkommission lehnt dies ab. Insbesondere die Anbieter von Verbindungsleistungen im Rahmen des offenen Call-by-Call sind weiterhin davon abhängig, dass die DTAG für sie die Rechnungstellung und den Ersteinzug der Entgelte übernimmt. Sie bleiben *auf Dauer* entweder auf die Rechnungstellung durch den Teilnehmernetzbetreiber oder auf die Weitergabe der entsprechenden Bestandsdaten angewiesen.

Die Ex-ante Regulierung der *Terminierungsentgelte* ist nach Auffassung der Monopolkommission unumgänglich, da Teilnehmernetzbetreiber a priori Monopolisten beim Angebot von Terminierung im eigenen Netz sind. Die Regelung in § 28 Abs. 4 TKG-RE, nach der Terminierungsleistungen nur dann einer Genehmigungspflicht unterliegen, wenn der Netzbetreiber sowohl auf dem Vorleistungs- als auch dem Endkundenmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt, ist sachlich unangemessen. Zudem bestehen erhebliche Zweifel, dass dies mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.

117. Der Gesetzentwurf hält die Möglichkeit der präventiven Regulierung der *Entgelte für Endkundenleistungen* offen. Im Sinne größerer Rechtssicherheit ist es allerdings geboten, den Ermessensspielraum der RegTP zu reduzieren. Die Monopolkommission empfiehlt, die Kann-Formulierung in § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG-RE zu ersetzen. § 37 Abs. 1 TKG-RE beginnt dann mit der Formulierung : "Rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass die Verpflichtungen im Zugangsbereich oder zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl nach § 38 nicht zur Erreichung der Regulierungsziele nach § 2 Abs. 2 führen, *unterwirft* die Regulierungsbehörde ...". Das Gesetz sollte aus den bereits ausgeführten Gründen auch in diesem Zusammenhang auf das Kriterium der "Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs" verzichten; § 37 Abs. 1 Satz 2 TKG-RE sollte gestrichen werden.

118. Die Monopolkommission sieht die Klarstellungen, die der Gesetzentwurf im Hinblick auf den *Maßstab der Entgeltregulierung* und die Verwendung von *Kostenmodellen* im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorgenommen hat, positiv. Ein Zurück zu dem bisherigen Begriff der "Orientierung" an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, wie vom Bundesrat vorgeschlagen, lehnt die Monopolkommission ab. Diese Formulierung hat sich bereits in der bisherigen Regulierungspraxis als wenig nützlich erwiesen.

Problematisch ist der Versuch, das Kriterium der "angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals" durch eine Reihe von Prüfkriterien in § 27 Abs. 4 TKG-RE zu verdeutlichen. Die aufgeführten Kriterien sind vielfach vage und ihre Bedeutung für die Festlegung der angemessenen Verzinsung wird nicht präzisiert. Auch hier liegen Risiken für die Funktionsfähigkeit des auf Zugangsregulierung angewiesenen Wettbewerbs.

Die Monopolkommission hält es für geboten, die Kriterien der angemessenen Verzinsung auf der Ebene der Regulierungspraxis bzw. Rechtsprechung zu regeln. Für die Details verweist sie auf die Ausführungen des Sondergutachtens 39, wonach bei grund-

sätzlicher Akzeptanz eines Marktansatzes Risikoprämien spezifisch festzustellen sind und das bisherige Verfahren des Umgangs mit der Besteuerung zu korrigieren ist.⁸⁹ Ein Benchmarking anhand der regulierten Zinssätze in anderen Ländern lehnt die Monopolkommission ab, da es nicht um das Verhältnis Deutsche Telekom AG und Telekommunikationsunternehmen in anderen Ländern, sondern um das Verhältnis Deutsche Telekom AG und den Kunden in Deutschland geht. Die Rahmenbedingungen in verschiedenen Ländern (Geldpolitik, Regulierungspraxis, regulatorische Risiken, Kundenrisiken) sind in verschiedenen Ländern durchaus unterschiedlich; soweit solche Unterschiede für die Kapitalkosten relevant sind, ist ein Benchmarking sachlich nicht gerechtfertigt.

Kritisch ist ferner die Regelung des Price-Cap-Verfahrens. Werden die Maßgrößen des Price-Cap eingehalten, gelten zugleich die Maßstäbe der Missbrauchsaufsicht als erfüllt. Soweit es um den Tatbestand missbräuchlich überhöhter Preise geht, ist dies akzeptabel, da Price-Cap diese erfasst. Price-Cap kann hingegen weder Tatbestände des Verdrängungsmisbrauchs durch Preisdumping noch Preisdiskriminierungen erfassen. Die Missbrauchstatbestände des § 26 Abs. 1 Nr. 2 und 3 werden damit bei Anwendung des Price-Cap faktisch außer Kraft gesetzt.

119. Grundsätzlich positiv zu werten ist, dass die Möglichkeit der Auferlegung von *Resaleverpflichtungen* Eingang in den Gesetzentwurf gefunden hat. Dabei werden die Verpflichtungen zu einem Resaleangebot auf Dienste beschränkt, die Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht ihren Endkunden tatsächlich anbieten. Die Monopolkommission befürwortet diese Regelung. Sie lehnt allerdings das vom Bundesrat in die Diskussion gebrachte "Veredelungsgebot" in Form der Verpflichtung zur Erbringung eines "Mehrwertes" ab, da das europäische Recht keine eigene Wertschöpfung des Resalenehmers vorsieht. Unnötig komplex erscheint der Entgeltmaßstab. In der bisherigen Regulierungspraxis muss der Großhandelsrabatt, den der Marktbeherrscher dem Resalenehmer einzuräumen hat, den *vermeidbaren Kosten* auf der Einzelhandelsebene entsprechen. Die Monopolkommission empfiehlt, diese Preisregel im Gesetz zu verankern.

120. Unzureichend geregelt ist nach Auffassung der Monopolkommission der *Rechtsschutz Dritter*. Die Wettbewerber reklamieren aus Gründen eines stärkeren Rechtsschutzes Antragsrechte für die Einleitung von Regulierungsverfahren, etwa im Rahmen der nachträglichen Entgeltregulierung gemäß § 36 TKG-RE und der Missbrauchsaufsicht

⁸⁹ Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Tz. 152 ff.

nach § 40 TKG-RE. Die Monopolkommission unterstützt diese Forderung mit Nachdruck.

121. Für die Marktteilnehmer ist die Möglichkeit zur Erlangung eines *effektiven und zeitnahen Rechtsschutzes* von herausragender Bedeutung. Bei der Wahl des *Rechtswegs* ist es nach Auffassung der Monopolkommission entscheidend, die Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung bei sektorspezifischem und allgemeinem Wettbewerbsrecht zu vermeiden. Dies ist umso dringlicher, als sowohl der europäische als auch der nationale Ordnungsrahmen für die Telekommunikation einen schrittweisen Übergang in das allgemeine Wettbewerbsrecht vorsehen. Die Monopolkommission tritt weiterhin dafür ein, dass an die Stelle der Verwaltungsgerichte die Zivilgerichtsbarkeit tritt. Sollte der Gesetzgeber dem nicht folgen, ist mindestens sicherzustellen, dass *dieselbe Revisionsinstanz* für die Interpretation der gemeinsamen Rechtsbegriffe in TKG und GWB zuständig ist. Die Monopolkommission empfiehlt nachdrücklich, dass der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hierfür vorgesehen wird, der für diese Aufgabe aufgrund einer jahrzehntelangen Erfahrung und der dabei entwickelten Sachkompetenz hervorragend geeignet ist.

Alleinige Tatsacheninstanz soll nach dem Gesetzentwurf das Verwaltungsgericht sein. Die Monopolkommission gibt zu bedenken, dass die Richter beim Oberverwaltungsgericht wegen der im Durchschnitt höheren Verweildauer am selben Gericht nicht nur über die größere Erfahrung verfügen, sondern dass der telekommunikationsspezifische richterliche Sachverstand dort in aller Regel auch für längere Zeit erhalten bleibt.

Bonn, im Februar 2004

M. Hellwig

J. Aldag

J. Basedow

K. Trebitsch