

Zeitschrift für  
Informations-,  
Telekommunikations-  
und Medienrecht

# MMMR

## *MultiMedia* und *Recht*

---

Herausgeber:

Dietrich Beese  
Dorothee Belz  
Dr. Michael Bertrams  
Dr. Herbert Burkert  
Dr. Oliver Castendyk  
Jürgen Doetz  
Prof. Dr. Carl-Eugen Eberle  
Erich Gahrau  
Hans-Willi Hefekäuser  
Prof. Dr. Thomas Hoeren  
Prof. Dr. Bernd Holznagel  
Prof. Dr. Günter Knieps  
Christopher Kuner  
Matthias Kurth  
Prof. Dr. Wernhard Möschel  
Prof. Dr. Christoph Paulus  
Dr. Bernd Pill  
Robert Queck  
Prof. Dr. Peter Raue  
Dr. Wolfgang von Reinersdorff  
Dr. Eike Röhling  
Prof. Dr. Alexander Roßnagel  
Prof. Dr. Joachim Scherer  
Prof. Dr. Gerhard Schricker  
Dr. Raimund Schütz  
Prof. Dr. Ulrich Sieber  
Prof. Dr. Gerald Spindler  
Dr. Arthur Waldenberger

### Interconnection und Carrier-Selection im Mobilfunk

- 1 HERRMANN-JOSEF BUNTE  
**Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf  
Mobilfunkmärkten**
- 11 CHRISTIAN KOENIG  
**Die fallweise Auswahl des Verbindungsnetz-  
betreibers in Mobilfunknetzen**
- 28 WERNHARD MÖSCHEL  
**Verbindungsnetzbetreiberauswahl und  
Marktbeherrschung im Mobilfunkbereich**
- 35 FABIAN SCHUSTER/ULF MÜLLER  
**Verbindungsnetzbetreiberauswahl und  
Entgeltregulierung im Mobilfunk**

<http://www.mmr.de>

**MMR-Beilage**  
**1/2002**

---

Seiten 1–48  
5. Jahrgang, 9. Januar 2002  
Verlag C.H. Beck München

Wir sind eine in persönlicher, kollegialer Atmosphäre geführte Kanzlei in Düsseldorf. Der Focus unserer Tätigkeit liegt in den Branchen Telekommunikation und neue Medien (einschließlich Multimedia, IT und Internet). Mit unserem zehnköpfigen Anwaltsteam gehören wir im Telekommunikationsrecht zu den führenden Kanzleien, beraten unsere Mandanten aber auch auf den anderen Gebieten des Wirtschaftsrechts auf hohem Niveau.

Für den weiteren Ausbau unserer Aktivitäten haben wir stets Interesse an sympathischen und qualifizierten

## **Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälten (insb. IT/EDV-, Kartell- und Medienrecht)**

Sie verfügen neben dem Interesse an den neuen Medien über Prädikatsexamina, Dissertation, verhandlungssicheres Englisch sowie mindestens zwei Jahre einschlägige Berufserfahrung. Sie sind in der Lage, Mandate selbstständig zu betreuen. Zu unserem Verständnis eines erfolgreichen Anwalts gehören daneben eine gute Portion Realitätssinn (gerne auch als Justiziar erworben), Freude an Veröffentlichungen und der Juristerei sowie ein gesunder Schuss Ehrgeiz. Ebenso sind uns Kollegen mit eigenem Mandantenstamm willkommen, ggf. auch an anderen Standorten als Düsseldorf.

Wir übertragen Ihnen sofort eigenständige Aufgaben und Verantwortung, mit der Möglichkeit der persönlichen Profilierung z.B. durch Publikationen, ohne Sie jedoch damit allein zu lassen. Wir bieten Ihnen im dynamisch wachsenden Telemedia-Umfeld attraktive Konditionen und Perspektiven. Ein Umgang, bei dem das gute, menschliche Miteinander groß geschrieben wird, ist für uns selbstverständlich. Wir wissen auch, dass es bei aller Leistungsfreude neben der Arbeit auch noch (wesentliche) andere Dinge wie Familie, Sport etc. gibt. Wenn Sie diese Arbeitseinstellung anspricht, sollten wir miteinander reden.

Wir freuen uns auf Ihre aussagekräftige Bewerbung, die Sie bitte mit den üblichen Unterlagen (insbesondere Zeugnissen) an Rechtsanwälte Piepenbrock & Schuster, Achenbachstr. 73, 40237 Düsseldorf senden. Eine Vorabinformation mit Lebenslauf per E-Mail an RA Dr. Fabian Schuster (fs@piepenbrock-schuster.de) ist uns sehr willkommen. Gerne können Sie uns auch unter 0211/68 78 88 0 anrufen und uns online besuchen unter [www.telemediarecht.de](http://www.telemediarecht.de).

HERMANN-JOSEF BUNTE

# Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf Mobilfunkmärkten

Die Zusammenschaltung von Verbindungsnetzbetreibern (VNB) mit Mobilfunk-Netzbetreibern nach §§ 35 ff. TKG bedarf entsprechender Zusammenschaltungsverträge. Im Rahmen des Zusammenschaltungsverfahrens nach §§ 36, 37 TKG und des Entgeltgenehmigungsverfahrens nach § 39 TKG spielt die Frage einer Marktbeherrschung von Netzbetreibern eine entscheidende Rolle. Die Netzzusammenschaltung wird von den Mobilfunkbetreibern blockiert. Eine Regulierungsentscheidung zu

Gunsten des Call-by-Call-Verfahrens im Mobilfunk würde nach allgemeiner Einschätzung den Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt erheblich beleben. Die Reg TP hat bisher keine Marktbeherrschung auf dem Mobilfunkmarkt festgestellt. Der nachfolgende Beitrag hat neben der Abgrenzung des relevanten Marktes im Mobilfunkmarkt und der Frage der Marktbeherrschung von Netzbetreibern vor allem das Verhältnis der Regeln des TKG zum allgemeinen Kartellrecht zum Gegenstand.

## I. Meinungs- und Entscheidungsstand

### 1. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post

#### a) Markt für Zusammenschaltung

Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (Reg TP) hat bisher die Auffassung vertreten, dass im Bereich der Zusammenschaltung zum Zweck der Terminierung in Mobilfunknetze bei keiner der denkbaren Marktabgrenzungen eine marktbeherrschende Stellung eines Mobilfunknetzbetreibers vorliegt.<sup>1</sup> Die Reg TP hat dabei offen gelassen, ob auf einen Markt für Zusammenschaltung in jeweils ein bestimmtes Mobilfunknetz oder aber auf den Markt für Zusammenschaltungen in Mobilfunknetze insgesamt abzustellen ist; jedenfalls liege eine marktbeherrschende Stellung bei keiner dieser denkbaren Abgrenzungen vor. Weder bestehe Einzelmarktbeherrschung eines Unternehmens noch eine marktbeherrschende Stellung eines Oligopols zwischen zwei oder zwischen drei der Mobilfunknetzbetreiber. Es lasse sich nämlich nicht feststellen, dass im Innenverhältnis dieser Unternehmen kein Wettbewerb bestehe.

In der Verfügung heißt es: „Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschaltungsentgelte der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber geht hier von den Endkunden aus. Das vom Festnetzbetreiber zu entrichtende Zusammenschaltungsentgelt bestimmt die Höhe des Endkundenentgeltes für Verbindungen vom Festnetz in das Mobilfunknetz maßgeblich mit. Je nach Höhe der Zusammenschaltungsentgelte reagieren daher unmittelbar die Festnetzteilnehmer durch kürzere oder längere Gesprächsverbindungen mit Mobilfunkteilnehmern, mittelbar die Mobilfunkkunden, die bei ihrer Entscheidung, ob sie Teilnehmer eines bestimmten Netzes werden oder bleiben, zunehmend auch den Preis für Verbindungen aus dem Festnetz in ihr Mobilfunknetz berücksichtigen.“

#### b) Eckpunkte zur Marktabgrenzung und Marktbeherrschung

Die Reg TP hat am 20.2.2001 Eckpunkte für Marktabgrenzung und Marktbeherrschung auf TK-Märkten veröffentlicht.<sup>2</sup> Die Eckpunkte hatten den Charakter von Fragestellungen; interessierte Kreise wurden gebeten, zu diesem ersten Papier Stellung zu nehmen. In den Eckpunkten kommt aber die Auffassung der Reg TP bereits deutlich zum Ausdruck. Die Reg TP will insbesondere dem Marktanteil eine besondere Bedeutung beimessen und verweist auf das europäische SMP-Konzept (beträchtliche Marktmacht ab einem Marktanteil von über 25%) sowie auf die Vermutungsregel des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB (Marktbeherrschungsvermutung bei einem Marktanteil von mindestens einem Drittel). Die Reg TP will bei der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung eine Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände vornehmen und sich nicht auf das Vorliegen einzelner Kriterien beschränken.

### 2. Urteil des VG Köln vom 3.4.2001 zur Netzbetreiberportabilität

Das VG Köln hatte über die Verpflichtung der Sicherstellung von Netzbetreiberportabilität zu entscheiden.<sup>3</sup> Nach § 43 Abs. 5 TKG haben Betreiber von TK-Netzen sicherzustellen, dass Nutzer bei einem Wechsel des Betreibers und Verbleiben am selben Standort ihnen zugeteilte Nummern beibehalten können (Netzbetreiberportabilität). Die Reg TP kann diese Verpflichtung aussetzen, solange und soweit das Fehlen von Netzbetreiberportabilität den Wettbewerb auf einzelnen Märkten und die Interessen des Verbrauchers nicht wesentlich behindert. Das VG Köln geht in der Begründung davon aus, dass die Nummernübertragbarkeit ein geeignetes Mittel ist, um den Wettbewerb auch im Mobilfunk zu fördern. Auf dem Mobilfunkmarkt sei von einer Marktstruktur auszugehen, bei der wesentliche Behinderungen des Wettbewerbs zu erwarten sind. Denn das Oligopol der führenden Mobilfunkbetreiber sei „eng und gemessen an den Marktanteilen nahezu ausgeglichen“; daraus ergebe sich eine hohe Reaktionsverbundenheit. Das daraus folgende Parallelverhalten sei aber gerade Indiz einer marktbeherrschenden Stellung. VNB, die Mobilfunkgespräche anbieten, fehlen.

1) Vfg. 21/2000, ABl. Reg TP 5/2000, S. 879.

2) ABl. Reg TP 4/2001, S. 555.

3) VG Köln MMR 2001, 556 m. Anm. Feser = CR 2001, 515 m. Anm. Schuster = K&R 2001, 479.

### 3. Mestmäcker-Gutachten zur Marktbeherrschung und zum Wettbewerb im Mobilfunk

*Mestmäcker* hat für *Mannesmann Mobilfunk (D2)* ein Gutachten erstattet.<sup>4</sup> Auf dieses Gutachten hat sich die *Reg TP* bei ihrer Verfügung im Wesentlichen gestützt.<sup>5</sup> Auch das *VG Köln* hat sich recht weit, wenn auch nicht im Ergebnis von dem Auftragsgutachten von *Mestmäcker* für D2 leiten lassen.<sup>6</sup> Das Gutachten hat im Wesentlichen folgende Ergebnisse: Auf dem Markt für Mobilfunkdienstleistungen besteht weder Einzelmarktbeherrschung noch oligopolistische Marktbeherrschung. Soweit übereinstimmende Preise und Preisbewegungen festzustellen sind, ist dieses Fehlen von Wettbewerb auf die regulatorischen Marktinformationen zurückzuführen. Nach *Mestmäcker* bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der zwischen den Mobilfunkunternehmen mögliche Wettbewerb durch Vorkehrungen irgendwelcher Art eingeschränkt sei. Das Marktverhalten entspreche in jeder Phase der Marktentwicklung dem unabhängigen Eigeninteresse der Unternehmen. Es bestehe eine Rivalität um höhere Marktanteile. Auch die Preispolitik sei mit dem Zweck der individuellen Markterschließung jederzeit vereinbar.

## II. Relevante Eingriffsnormen

### 1. Marktbeherrschung im System des TKG

#### a) Entgeltregulierung

Das TKG unterwirft marktbeherrschende Unternehmen auf dem Gebiet der Telekommunikation verschiedenen nationalen Eingriffsnormen. Nach § 25 TKG unterliegen TK-Unternehmen einer ex-ante- bzw. ex-post-Entgeltregulierung, wenn der Anbieter über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügt. Während § 25 Abs. 1 TKG dabei an TK-Unternehmen für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachentelefondienst i.R.d. Lizenzklassen 3 und 4 anknüpft, betrifft § 25 Abs. 2 TKG die sonstigen TK-Unternehmen.

#### b) Offener Netzzugang und Zusammenschaltung

Das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung wird auch in §§ 33–35 TKG gefordert. Nach § 33 Abs. 1 TKG muss ein Anbieter, der auf einem Markt für TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügt, den Wettbewerbern auf diesen Markt diskriminierungsfrei Zugang zu allen Leistungen ermöglichen, die entweder marktmäßig angeboten oder intern genutzt werden. § 33 TKG stellt damit eine der zentralen Regelungen des TKG dar, indem die Vorschrift den Wettbewerbern von marktbeherrschenden Unternehmen den Zugriff auf die intern genutzten Leistungen des Marktbeherrschers ermöglicht.<sup>7</sup>

Zu den Kernstücken des TKG gehört ferner die Regelung in § 35 TKG über die Gewährung von Netzzugang. Der Betreiber eines TK-Netzes, der TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit anbietet und auf einem solchen Markt über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügt, hat anderen Nutzern Zugang zu seinem TK-Netz oder zu Teilen desselben zu ermöglichen. Dabei ist der besondere Netzzugang, also die physische oder logische Verbindung des TK-Netzes mit anderen TK-Netzen über besondere Anschlüsse zum Zweck des Zugriffs auf die Funktionen des Netzes, eine wesentliche Voraussetzung für die Vernetzung von Telefonnetzen, den Zugang zu potenziellen Kunden und damit die Entstehung von Wettbewerb.<sup>8</sup>

Kommt das marktbeherrschende Unternehmen den Verpflichtungen aus dem § 35 TKG nicht nach, werden Zusammenschaltungen gem. § 37 TKG durch die Regulierungsbehörde angeordnet. Eine Zusammenschaltungsanordnung setzt nicht voraus, dass der Betreiber des öffentlichen TK-Netzes marktbeherrschend ist. Das Gesetz verlässt in §§ 36 und 37 TKG den Ansatz der asymmetrischen Regulierung und verpflichtet sämtliche Betreiber öffentlicher TK-Netze. Hintergrund ist das überragende Interesse an der Vernetzung der von den jeweiligen Netzbetreibern errichteten Infrastruktur; ein Nebeneinander verschiedener TK-Netze, deren Nutzer nicht miteinander kommunizieren könnten, wurde als volkswirtschaftlich unsinnig und nicht hinnehmbar angesehen.<sup>9</sup>

### 2. Grundsatz der normzweckbezogenen Marktabgrenzung im GWB

Das TKG enthält keine eigene Definition der Marktbeherrschung, sondern verweist für die Marktbeherrschung durchgängig auf § 19 GWB. Die Feststellung des Marktes und der Marktbeherrschung sind daher im TKG grundsätzlich nach den Kriterien zu beurteilen, die im GWB für die Missbrauchsaufsicht und für die Verhaltenskontrolle nach §§ 19 und 20 GWB gelten.<sup>10</sup> Streitig ist dabei, ob die Zwecke des TKG bei der Marktabgrenzung und bei der Feststellung der Marktbeherrschung berücksichtigt werden müssen.<sup>11</sup>

Die Definition des sachlich und räumlich relevanten Marktes dient der Erfassung der Intensität der Wettbewerbsbeziehungen auf der einen Marktseite und der ihr entsprechenden Wahlmöglichkeiten auf der Marktgegenseite.<sup>12</sup> Ziel der Bestimmung des relevanten Marktes ist die Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen die kartellrechtlich zu beurteilenden Unternehmen ausgesetzt sind. Die Ermittlung dieser Wettbewerbskräfte ist notwendig, um danach zu beurteilen, ob diese Kräfte genügen, um zu verhindern, dass sich die zu beurteilenden Unternehmen einem wirksamen Wettbewerbsdruck entziehen können.<sup>13</sup> Für die Prüfung der Marktbeherrschung sind daher die konkreten Marktverhältnisse entscheidend, in denen das marktrelevante Handeln der betroffenen Unternehmen stattfindet. Mit der Abgrenzung eines Marktes in so wohl sachlicher wie auch räumlicher Hinsicht soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten des jeweils zu überprüfenden Unternehmens Schranken zu setzen und es daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.

Für die Anwendung des GWB ist daher auch anerkannt, dass im Hinblick auf die unterschiedlichen Zielrichtungen der kartellrechtlichen Eingriffsnormen bereits bei der Marktabgrenzung der Zweck der jeweiligen Norm zu berücksichtigen ist. Nach diesem Grundsatz der normzweckbezogenen Marktabgrenzung können sich ver-

4) Veröffentlicht als MMR-Beilage 8/1998, 1 ff.

5) ABl. Reg TP 2000, S. 879.

6) *VG Köln* (o. Fußn. 3).

7) *Harms*, in: Langen/Bunte, Komm. zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Anh. zum 5. Abschnitt, Rdnr. 37.

8) So *Harms* (o. Fußn. 7), Rdnr. 48.

9) Vgl. BT-Drs. 13/3609, S. 35; BT-Drs. 13/4864, S. 78 ff.

10) *Mestmäcker*, MMR-Beilage 8/1998, 2.

11) Vgl. hierzu *Wendland*, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, Vor § 33 Rdnr. 9.

12) *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 5.

13) Bekanntmachung der *EU-Kommission* v. 9.12.1997 über die Definition des relevanten Marktes, abgedr. in: Langen/Bunte (o. Fußn. 7), Bd. 2, S. 2992.

schiedene Marktabgrenzungen bei der Legalisierung von Kartellen nach §§ 3, 5 oder 7 GWB, bei der Missbrauchsaufsicht nach § 19 GWB, bei der Anwendung des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots nach § 20 GWB und bei der Fusionskontrolle ergeben.<sup>14</sup> Die sog. Relativität des Marktbeherrschungsbegriffs will also darauf abstellen, dass ein Unternehmen nicht als solches, sondern hinsichtlich einer bestimmten Funktion oder hinsichtlich eines bestimmten Teils seiner Aktivitäten marktbeherrschend ist.

Der Grundsatz der normzweckbezogenen Marktabgrenzung ist auch in der Rechtsprechung anerkannt. Der *BGH* hat mehrfach entschieden, dass der Begriff der marktbeherrschenden Stellung nicht absolut zu behandeln ist, sondern „ganz wesentlich von dem Zweck der Gesetzesvorschrift her bestimmt wird“.<sup>15</sup> Bei der Fusionskontrolle geht es darum, ob die strukturellen Wettbewerbsverhältnisse sich so verändern, dass durch den Zusammenschluss die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ernstlich gefährdet wird.<sup>16</sup> Daher hat der *BGH* insbesondere die Unterschiedlichkeit der Prüfung der marktbeherrschenden Stellung in der Fusionskontrolle betont im Vergleich zur Prüfung der Eignung zur Markteinbeeinflussung i.S.v. § 1 GWB.

### 3. Marktbeherrschung nach dem Normzweck der Regulierung im TKG

Das TKG bezeichnet als Regulierung alle Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 TKG genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von TK-Unternehmen beim Angebot von TK-Dienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt wird, sowie die Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen ergriffen werden. Ziel der Regulierung ist in erster Linie die Schaffung eines sich selbst tragenden funktionsfähigen Wettbewerbs in der Branche. Zentrales Regulierungsinstrument der *Reg TP* ist die Regulierung bestimmter Leistungsentgelte der marktbeherrschenden Unternehmen. Die sog. Entgeltregulierung hat naturgemäß erheblichen Einfluss auf die Wettbewerbssituation auf dem TK-Markt. Deshalb ist die Vertragsfreiheit in diesem Bereich eingeschränkt.

Eine Aufhebung der Regulierung für die Endkundenmärkte und für Teile der Vorproduktmärkte kann nicht mit dem Hinweis auf das allgemeine Wettbewerbsrecht begründet werden. Die Preismissbrauchsaufsicht nach den Vorschriften des GWB hat wegen ihrer konzeptionellen Probleme und der hohen Anforderungen an den Nachweis eines Missbrauchs in der Amtspraxis der Kartellämter bislang lediglich eine nachgeordnete Rolle gespielt.<sup>17</sup> Außerdem sind solche Verfahren sehr langwierig. In aller Regel landen sie vor den Kartellgerichten und werden hier erst in letzter Instanz entschieden. Im Falle eines Verdrängungswettbewerbs durch Preisdumping könnte ein Konkurrent dadurch sogar insolvent sein, bevor das Ergebnis des Missbrauchsverfahrens feststeht. Nach der Gesetzesbegründung ist davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber bei Abfassung des TKG die Problematik der endgültigen Klärung

von Rechtsfragen in einem langwierigen Verfahren gerade angesichts der Dynamik der TK-Märkte bekannt war.<sup>18</sup>

### 4. Normzweckbezogene Marktabgrenzung beim Netzzugang und der Zusammenschaltung

§§ 33 ff. TKG stellen zentrale Regelungen des TKG dar, durch die den Wettbewerbern von marktbeherrschenden Unternehmen der Zugriff auf die intern genutzten Leistungen des Marktbeherrschers ermöglicht wird.

Dabei gehört die Regelung in § 35 TKG über die Gewährung von Netzzugang zu den Kernstücken des TKG. Bedeutung kommt dabei vor allem dem Anspruch von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens auf Einräumung von besonderen Netzzugängen zu. In der Begründung zum Gesetzentwurf des TKG wird hierzu ausgeführt: „Mit der Öffnung des Wettbewerbs werden neben den Telekommunikationsnetzen der Deutschen Telekom AG weitere Netze entstehen, über die Telekommunikationsdienstleistungen angeboten werden. Damit die Nutzer der verschiedenen Telekommunikationsnetze Verbindungen zueinander aufbauen können, sind Möglichkeiten für die Zusammenschaltung und das Zusammenwirken von Netzen zu schaffen. Hierfür bedarf es besonderer Regelungen, die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsnetze in Abhängigkeit von ihrer Marktstellung im Ergebnis dazu anhalten bzw. verpflichten, Zusammenschaltungen ihrer Netze mit öffentlichen Netzen anderer Anbieter zu ermöglichen sowie den Zugang anderer Nutzer zu ihren Netzen zu gewähren. Zu verwirklichen sind im Einzelnen die Prinzipien des im sekundären Gemeinschaftsrecht verankerten offenen Netzzugangs. Die Regelungen zur Zusammenschaltung und zum Netzzugang umfassen technische, betriebliche und kommerzielle Aspekte und sind von wesentlicher Bedeutung für den Erfolg des Wettbewerbs.“<sup>19</sup>

Entsprechend gibt § 37 Abs. 1 TKG der *Reg TP* die Befugnis, den Zusammenschluss öffentlicher TK-Netze anzuordnen, wenn zwischen den Betreibern eine Vereinbarung über Zusammenschaltung nicht zu Stande kommt. Adressat der Anordnungsbefugnis nach § 37 Abs. 1 TKG ist – unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung – der Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes. Eine Marktabgrenzung und die Feststellung einer Marktbeherrschung ist hierfür nicht erforderlich. Nach Auffassung der *Reg TP* gilt dies auch für die nach § 39 TKG mögliche Anordnung der Entgelte für eine Netzzusammenschaltung. Die *Reg TP* kann sich dabei auf eine Bemerkung des Gesetzgebers in der Begründung stützen, wonach die Zusammenschaltungspflicht auch für Anbieter öffentlicher TK-Netze gilt, die nicht marktbeherrschend sind, wobei diese Zusammenschaltungsverpflichtung keine Entgeltregulierung i.S.v. § 39 TKG beinhaltet.<sup>20</sup> § 39 TKG stellt aber klar, dass für Zusammenschaltungsentgelte, die marktbeherrschende Anbieter für die Zusammenschaltung mit ihren Netzen verlangen, die Vorschriften für die Regulierung von Entgelten einschlägig sind.<sup>21</sup>

Die in § 35 Abs. 1 TKG enthaltene Verpflichtung zum Netzzugang wendet sich an Betreiber öffentlicher TK-Netze, die auf einem Markt für TK-Dienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung i.S.v. § 19 GWB haben. Damit ist mindestens für § 35 GWB die Frage des relevanten Marktes und der Marktbeherrschung von Bedeutung. Die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts kann im Bereich der Zusammenschaltung zu sehr engen relevanten Märkten führen. Aus der Sicht des Nachfragers ist eine Zusammenschaltung mit einem bestimmten TK-Netz nämlich

14) *Ruppelt*, in: Langen/Bunte (o. Fußn. 7), § 19 Rdnr. 6.

15) *BGH WuW/E BGH* 1685, 1691.

16) *BGH WuW/E BGH* 1501; 1754 – Klöckner/Becorit.

17) Vgl. *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1992/93 (1994), TZ 498 ff.

18) So auch *OVG Münster K&R* 2000, 519, 520.

19) BT-Drs. 13/3609, S. 35.

20) Begr. RegE. BT-Drs. 13/3609, S. 47.

21) Begr. RegE. BT-Drs. 13/3609, S. 47.

nicht durch eine Zusammenschaltung mit einem anderen TK-Netz austauschbar, denn die an ein bestimmtes Kommunikationsnetz angeschlossenen Teilnehmer können in der Regel nicht über andere Netze erreicht werden. Daher kann die Zusammenschaltung eines Netzes mit einem bestimmten anderen Netz einen selbstständigen Markt darstellen.<sup>22</sup>

Nach der herkömmlichen Betrachtung muss auf homogene Wettbewerbsbedingungen in den einzelnen zu betrachtenden Märkten abgestellt werden. Nur dann, wenn die Verhältnisse in den einzelnen Bereichen sich deutlich unterscheiden, kommt eine Abgrenzung enger Märkte in Betracht. Sind dagegen in Bezug auf das angebotene Produkt, den Preis oder Preisnachlässe sowie in Bezug auf die strukturellen Wettbewerbsbedingungen die Verhältnisse homogen, besteht kein Anlass zu einer differenzierten Marktabgrenzung.<sup>23</sup> Zum hier zu behandelnden Problem der Zusammenschaltung von Festnetzen mit Mobilfunknetzen wird zu Recht gesagt:<sup>24</sup> „Bei der Zusammenschaltung von Festnetzen mit Mobilfunknetzen ist allerdings zu berücksichtigen, dass die derzeitigen Zusammenschaltungstarife der jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber untereinander erheblich differieren, so dass hier nicht von einheitlichen Wettbewerbsbedingungen gesprochen werden kann. Einen einheitlichen sachlich relevanten Markt gibt es daher in diesem Bereich zurzeit nicht. Folglich liegt einer Zusammenschaltung von Festnetzen mit jedem einzelnen Mobilfunknetz ein jeweils selbstständiger sachlich relevanter Markt zu Grunde. Zusammenschaltungen von Mobilfunknetzen untereinander existieren gegenwärtig nicht.“

### III. Marktabgrenzung auf dem Mobilfunkmarkt

#### 1. Mobilfunk für den Endkunden als eigener Markt

##### a) Mobilfunk- und Festnetztelefonie als unterschiedliche Märkte

Mobilfunkdienstleistungen sind nach der Definition in § 3 Nr. 8 TKG TK-Dienstleistungen, die für die mobile Nutzung bestimmt sind. Viele Endverbraucher führen zwar die von den TK-Unternehmen vermittelten Telefongespräche sowohl über das Festnetz wie auch über Mobilfunktelefone. Gleichwohl werden allgemein die über das Mobilfunknetz geführten Telefongespräche derzeit noch nicht als Substitut zu den festnetzgebundenen Telefongesprächen in denselben Markt einzubeziehen sein.

Die Marktabgrenzung hängt nach dem Konzept der funktionalen Austauschbarkeit vor allem davon ab, ob die festnetzgebundene Sprachtelekommunikation und die Sprachtelefonie auf der Basis von Mobilfunk als im Wesentlichen gleichwertige Angebote aus der Sicht der Endkunden zu betrachten sind. Beide Arten von TK-Diensten erfüllen zwar für den Endkunden dasselbe Grundbedürfnis, individuell mit einem anderen Telefenteilnehmer kommunizieren zu können. Gegenwärtig betrachten die Teilnehmer den Mobilfunk jedoch nicht als Substitut, sondern als Ergänzung zum Telefondienst über das Festnetz. Dies zeigt sich darin, dass die Teilnehmer, die ein Mobiltelefon benutzen, ihr festinstalliertes Telefon in der Wohnung oder am Arbeitsplatz in der Regel nicht abmelden. Die Zahl der Teilnehmer, die wegen eines Mobilfunkanschlusses vollständig auf einen Festnetzanschluss verzichten, ist gegenwärtig noch so gering, dass hiervon keine wettbewerblich

relevante Kontrolle des Verhaltensspielraums von Festnetzanbietern ausgeht. Ferner sind die Kosten für die Nutzung des Mobilfunks regelmäßig deutlich höher als die Kosten für Festnetztelefondienste. Zwar würde ein Teil der Gespräche, die über Mobilfunk geführt werden, bei Nichtbestehen der Mobilfunktelefonie über das Festnetz geführt werden. Daher ist eine gewisse Substitution der Festnetztelefonie durch die Mobilfunktelefonie durchaus vorhanden. Die Mobilfunktelefonie ist aber angesichts des derzeit noch höheren Preisniveaus nicht in der Lage, an die Stelle der Festnetztelefonie zu treten.

Dies entspricht auch der Meinung in der Literatur.<sup>25</sup> Allerdings gilt:<sup>26</sup> „Je weiter die Mobilfunkpreise in nächster Zeit fallen werden, umso größer wird der Wettbewerbsdruck, der von der Mobilfunk- auf die Festnetztelefonie ausgeht, so dass in absehbarer Zeit die Bildung eines einheitlichen Marktes wahrscheinlich ist.“

Auch die *EU-Kommission* grenzt unterschiedliche Märkte für Festnetztelefonie und Mobilfunktelefonie ab.<sup>27</sup> Sie sieht zwischen den beiden Bereichen nur eine sehr geringe Austauschbarkeit. Die Mobilfunktelefonie sei ein neuer, zusätzlicher Dienst, der mit dem herkömmlichen Telefondienst nicht austauschbar sei. Die Unterscheidung zwischen beiden Systemen spiegele sich in einem deutlichen Preisunterschied wider, wobei denkbar sei, dass mit der weiteren Verbreitung des Mobilfunks ein einziges TK-System entstehen werde. Auch das *BKartA* geht davon aus, dass getrennte Märkte für das Angebot von mobilen TK-Dienstleistungen einerseits und von Festnetz-TK-Dienstleistungen andererseits zu unterscheiden sind.<sup>28</sup>

##### b) Mobilfunknetze als eigene Märkte?

Streitig und unklar ist, ob es innerhalb des Marktes für Mobilfunktelefonie unterschiedliche Märkte für das analoge C-Netz und die digitalen D- und E-Netze auf der Basis des GSM-Systems gibt. Die *EU-Kommission* hat zunächst angenommen, dass die GSM-Mobilfunkdienste einen gegenüber dem analogen Funk-TK-Dienst gesonderten Markt darstellen.<sup>29</sup> *Mestmäcker*<sup>30</sup> hat dem entgegengehalten, dass das Hauptinteresse der Mobilfunktelefonnutzer an der mobilen Sprachtelefonie bestehe, die sowohl das analoge als auch das digitale Netz biete. Die zusätzlichen Möglichkeiten der digitalen Technik seien nur ergänzende Faktoren. Allerdings ist eine einseitige Abwanderung der Nutzer des C-Netzes zu den D- und E-Netzen hin festzustellen, so dass einseitig Austauschbarkeit besteht und die wettbewerblichen Handlungsspielräume der Anbieter in den D- und E-Netzen nicht vom C-Netz her begrenzt werden. Insoweit dürften doch getrennte Märkte zwischen C-Netz einerseits und den digitalen D- und E-Netzen andererseits anzunehmen sein.

Unklar war auch zunächst, ob Netze nach dem GSM 900-Standard (D-Netze) und Netze nach dem GSM 1800-Standard (E-Netze) unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind. Nach einhelliger Meinung ist von einem einheit-

22) *BGH* WuW/E BGH 3058, 3062 – Pay-TV-Durchleitung.

23) *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 60.

24) *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 6.

25) *Mestmäcker* (o. Fußn. 10), S. 3; *Salje*, K&R 1998, 331, 332; *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 64.

26) *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 64.

27) *Kommission*, ABl. EG 1995, Nr. L 280, S. 52.

28) *BKartA* WuW 1997, 414 – VEBA/RWE; WuW 1997, 416 – AT&T/Unisource Telecom/DB Kom.

29) *Kommission*, ABl. EG 1995 Nr. L 280, S. 52 – Telekom Italia.

30) *Mestmäcker* (o. Fußn. 10), S. 10 f.

lichen Markt für digitale Mobilfunktelefondienste auszugehen, unabhängig von dem verwendeten Standard.<sup>31</sup>

## 2. Zugangsmärkte, insbesondere Zusammenschaltungsmärkte

### a) Unterscheidung zwischen Dienstleistungs- und Zugangsmärkten

Unabhängig von der vorstehend erörterten Frage, wie die Märkte für TK-Dienstleistungen, die für Endnutzer erbracht werden (Dienstleistungsmärkte) gegeneinander abzugrenzen sind, muss nach herkömmlicher Marktabgrenzung zwischen diesen Dienstleistungsmärkten und den Märkten für den Zugang zu den Einrichtungen, die zur Erbringung dieser Dienstleistungen für Endbenutzer erforderlich sind (den sog. Zugangsmärkten), unterschieden werden. Zugangsmärkte sind dadurch gekennzeichnet, dass auf der Nachfrageseite die TK-Anbieter selbst stehen, die den Zugang benötigen, um die TK-Dienstleistungen gegenüber ihren Kunden erbringen zu können. So heißt es in der Bekanntmachung der *Kommission* über Zugangsvereinbarungen im TK-Bereich:<sup>32</sup>

„Damit ein Diensteanbieter Dienstleistungen für Endbenutzer erbringen kann, wird er häufig Zugang zu einer oder mehreren (vorgelagerten oder nachgeordneten) Einrichtungen benötigen. Um beispielsweise die Dienstleistung physisch den Endbenutzern anbieten zu können, benötigt er Zugang zu den Abschlusspunkten des Telekommunikationsnetzes, an das diese Endbenutzer angeschlossen sind. Dieser Zugang kann auf der physischen Ebene über eigene oder eine gemeinsam genutzte lokale Infrastruktur erfolgen, die der Anbieter entweder selbst bereitstellt oder von einem Anbieter lokaler Infrastruktur mietet. Der Zugang kann auch über einen Diensteanbieter erfolgen, bei dem diese Endbenutzer bereits Kunden sind, oder über den Anbieter einer Zusammenschaltung, der mittelbaren oder unmittelbaren Zugang zu den betreffenden Netzabschlusspunkten hat.“ Zu den Zugangsmärkten ist nach der Mitteilung der *Kommission* vor allem der Markt für die Zusammenschaltung von Netzen zu zählen.

### b) Enge Märkte für die Zusammenschaltung von Netzen

Die Anwendung des Bedarfsmarktkonzepts kann im Bereich der Zusammenschaltung zu sehr engen relevanten Märkten führen. Aus der Sicht des Nachfragers ist eine Zusammenschaltung mit einem bestimmten TK-Netz nämlich nicht durch eine Zusammenschaltung mit einem anderen TK-Netz austauschbar. Denn die an ein bestimmtes Netz angeschlossenen Teilnehmer können in der Regel nicht über andere Netze erreicht werden. Die *Reg TP* hat dieses Problem zwar erkannt, aber in der Entscheidung 21/2000 offen gelassen.<sup>33</sup>

Es heißt dort: „Bei der sachlichen Marktabgrenzung kann derzeit dahingestellt bleiben, ob auf einen Markt für Zusammenschaltungen in jeweils ein bestimmtes Mobilfunknetz oder aber auf den Markt für Zusammenschaltung in Mobilfunknetze insgesamt abzustellen ist. Denn derzeit liegt eine marktbeherrschende Stellung bei keiner dieser denkbaren Abgrenzungen vor. Für die erstgenannte sachliche Marktabgrenzung spricht, dass es aus Sicht des

Nachfragers gerade darauf ankommen könnte, die Verbindung zu einem bestimmten Mobilfunkteilnehmer herzustellen. Demnach wäre die Zusammenschaltung mit dem Mobilfunknetz – hier die Terminierung in einem Mobilfunk –, an das dieser Teilnehmer angeschaltet ist, nicht mit der Zusammenschaltung mit einem anderen Teilnehmernetz austauschbar.“

In den folgenden Ausführungen beruft sich die *Reg TP* dann auf die Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation und meint, dass diese Richtlinie nicht von einer engen Marktabgrenzung ausgeht, nach der jeder Mobilfunknetzbetreiber bezogen auf sein Netz einen Marktanteil in Höhe von 100% hat. Die *Reg TP* will daher nicht jedes der Mobilfunknetze als eigenen Markt ansehen.

### c) Markt für Zusammenschaltung und nachgelagerter Dienstleistungsmarkt

Die *Reg TP* verkennt dabei die Bedeutung der Zusammenschaltung des Netzes mit einem bestimmten anderen Netz. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, der durch die 6. GWB-Novelle zum 1.1.1999 eingeführt wurde, behandelt im Missbrauchskatalog die Weigerung eines marktbeherrschenden Unternehmens, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastrukturen zu gewähren. Der deutsche Gesetzgeber wollte damit unter bewusster Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Praxis zu Art. 82 EGV der zunehmenden volkswirtschaftlichen Bedeutung sog. Netzindustrien und anderer für die Aufnahme von Wettbewerb wesentlichen Einrichtungen Rechnung tragen.<sup>34</sup> Der Gesetzgeber des GWB verwies darauf, dass auch in der Telekommunikation die physischen Netze Ressourcen darstellen, die anderen Marktteilnehmern diskriminierungsfrei zur Nutzung offen stehen müssen, wenn Wettbewerb entstehen soll und verwies dabei auf die für den TK-Sektor spezialgesetzlichen Regelungen, die den Netzzugang sicherstellen (§§ 33 ff. TKG). Entscheidend ist aber das wettbewerbspolitische Ziel von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB, die Übertragung der Marktherrschaft von einem Markt auf einen vor- oder nachgelagerten zweiten Markt zu verhindern.<sup>35</sup>

Diese Betrachtung ist für die Auslegung des § 33 Abs. 1 TKG wichtig, weil dort streitig ist, auf welchem Markt die festzustellende marktbeherrschende Stellung des Anspruchsverpflichteten bestehen muss. § 33 Abs. 1 TKG wird zum Teil so verstanden, dass die marktbeherrschende Stellung auf demjenigen Markt bestehen muss, auf dem sich der Anspruchsverpflichtete und der Anspruchsberechtigte als Wettbewerber im horizontalen Verhältnis gegenüberstehen. Eine solche Auslegung wäre auf Grund des zweideutigen Wortlauts in § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG auch durchaus möglich. Jedoch widerspräche sie der Systematik zu § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB und würde sich auch zur Zielsetzung des § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG in Widerspruch setzen. Der Zweck des § 33 TKG besteht darin, zu verhindern, dass vertikal integrierte, auf dem vorgelagerten Markt marktbeherrschende TK-Unternehmen andere Unternehmen dadurch behindern, dass sie ihnen den Zugang zu Leistungen, die diese für die Erbringung anderer, nachgelagerter TK-Leistungen benötigen, nicht ermöglichen. Das Anknüpfen an eine marktbeherrschende Stellung des Anspruchsverpflichteten auf diesem nachgelagerten Markt würde dem Gesetzeszweck gerade nicht gerecht werden. § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG sollte also so verstanden werden, dass die für die Anwendbarkeit der Norm erforderliche

31) So *Mestmäcker* (o. Fußn. 10), S. 11; *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 75.

32) Abgedr. bei: *Langen/Bunte* (o. Fußn. 7), Bd. 2, S. 3427, 3440 TZ 44.

33) ABl. Reg TP 5/2000, S. 879.

34) Begr. RegE. BT-Drs. 13/9720, S. 36.

35) *Schwintowski*, WuW 1999, 842, 850.

marktbeherrschende Stellung des Anspruchsverpflichteten auf dem vorgelagerten Markt bestehen muss, dem die nachgefragte „wesentliche Leistung“ zugerechnet werden kann. Es reicht somit aus, dass der Anspruchsverpflichtete auf dem nachgelagerten Markt ebenfalls als Anbieter auftritt, ohne dass es insoweit auf eine – eventuell auch dort bestehende – marktbeherrschende Stellung ankäme.

Für das hier zu behandelnde Problem bedeutet dies, dass ein Markt für Zusammenschaltungen in jeweils ein bestimmtes Mobilfunknetz anzunehmen ist, weil die Zusammenschaltung mit dem Mobilfunknetz, an das ein Teilnehmer angeschlossen ist, nicht mit der Zusammenschaltung mit einem anderen Teilnehmernetz austauschbar ist. Für das Zusammenschaltungsbegehren reicht aus, dass bei der Marktgegenseite im Interesse einer Verbreiterung des Angebots ein Bedarf für die Leistungen besteht, dass es ferner durch die Aufnahme des zusätzlichen Dienstes zu Preiswettbewerb und zu einer nachfrageorientierten Differenzierung des Leistungsangebots kommt.

### 3. Räumlich relevanter Markt

Vielfach wird argumentiert, der räumlich relevante Markt könne sich allenfalls auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beziehen, weil die Anwendbarkeit des nationalen TKG an den Grenzen der Bundesrepublik Deutschland ende. Auch die *Reg TP* hat in ihren Eckpunkten<sup>36</sup> festgestellt, dass bei der räumlichen Marktabgrenzung an das gesamte Territorium der Bundesrepublik Deutschland anzuknüpfen sei. Argumentiert wird auch mit dem Zweck des TKG, das den Wettbewerb auf dem inländischen Markt schützen wolle.<sup>37</sup> Hiergegen ist einzuwenden, dass die Frage des Anwendungsbereichs des Gesetzes nicht mit der Frage der räumlichen Marktabgrenzung verwechselt und vermischt werden darf. Die räumliche Marktabgrenzung hat nach den ökonomischen Gegebenheiten zu erfolgen.

Diese werden bestimmt durch die Größe des Lizenzgebiets für die Mobilfunkunternehmen. Dies ist in der Tat das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland. Angestrebt wird auch innerhalb dieses Gebietes eine volle Flächendeckung, so dass eine Trennung verschiedener räumlich relevanter Märkte innerhalb der Bundesrepublik Deutschland nicht geboten ist.

Die Beschränkung der Funktelefonnetze auf die jeweiligen Landesgrenzen ist auch der Grund dafür, dass kein europaweiter Markt der Mobilfunkdienstleistungen angenommen werden kann.<sup>38</sup> Der Mobilfunkmarkt ist bundesweit abzugrenzen.

## IV. Marktbeherrschung auf Mobilfunkmärkten

### 1. Begriff der Marktbeherrschung

Das TKG enthält keine eigene Definition der Marktbeherrschung, sondern geht durch ausdrückliche Verweisung auf § 19 GWB davon aus, dass der Marktbeherrschungsbegriff des GWB gilt. Der Marktbeherrschungsbegriff im GWB wird nicht einheitlich ausgelegt. Vielmehr wird Marktbeherrschung unterschiedlich verstanden, je nachdem, ob Schutzgegenstand die gegenwärtige Marktlage wie bei der Missbrauchsaufsicht nach § 19 Abs. 4 GWB ist oder ob es um die zukünftige Marktlage wie bei der Fusionskontrolle nach § 36 GWB und beim Netzzugang nach § 35 Abs. 1 TKG geht.<sup>39</sup> Die Verhaltenskontrolle nach § 19 GWB hat die Aufgabe, eine Ausnutzung der vom Wettbewerb nicht

kontrollierten Handlungsspielräume marktbeherrschender Unternehmen zu Lasten Dritter zu unterbinden. Bei der Zusammenschlusskontrolle nach § 36 GWB sind dagegen vor allem die strukturellen Merkmale zu berücksichtigen, aus denen sich wesentlicher Wettbewerb ergeben kann. Bei der Verhaltenskontrolle muss die Marktbeherrschung mit Bezug auf einen bestimmten Zeitpunkt festgestellt werden, bei der Zusammenschlusskontrolle ist eine Prognoseentscheidung notwendig, die sich an der Marktstruktur und nicht am Marktverhalten orientieren muss. Die Prognose muss sich auf mögliche Veränderungen von Unternehmens- und Marktstrukturen richten, die für den Wettbewerb bedeutsam sein können. So hat auch der *BGH* als Zweck der Fusionskontrolle beschrieben, eine Unternehmenskonzentration zu verhindern, bei der sich die strukturellen Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt derartig verändern, dass die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nicht mehr gewährleistet ist.<sup>40</sup>

Für das TKG ist – ähnlich wie nach dem GWB – zu prüfen, für welchen Normzweck die Marktbeherrschung tatbestandliche Voraussetzung ist. Bei der ex-ante-Entgeltregulierung nach § 25 und § 30 Abs. 1 TKG geht es zwar einerseits um Verhaltenskontrolle, nämlich um die Verhinderung eines möglichen Preismissbrauchs, andererseits aber auch um die Zukunftswirkungen, die erfordern, künftige Veränderungen der Marktverhältnisse und das Erhalten des Wettbewerbs einzubeziehen.

Beim besonderen Netzzugang nach § 35 Abs. 1 TKG geht es darum, dass Leistungen durch Nutzer in Anspruch genommen werden sollen, die als Anbieter von TK-Leistungen auftreten wollen. Geregelt wird also die Öffnung von Dienstleistungsmärkten für weitere Anbieter. Mit dem Netzzugang wird über die Zahl der Anbieter auf den über das Netz zugänglichen TK-Märkten entschieden.<sup>41</sup> Die Regelung zum Netzzugang ist damit eindeutig der Strukturkontrolle zuzuordnen. Entscheidend ist damit für die Anwendung des § 35 Abs. 1 TKG, ob die nach § 33 TKG vorausgesetzte Marktbeherrschung nach einer anzustellenden Prognose in absehbarer Zeit noch besteht. Dabei können weitere Marktzugänge, z.B. durch den Aufbau alternativer Netze oder durch die Verwendung neuer Technologien, berücksichtigt werden. Netzzugang kann ohnehin nur angeordnet werden, wenn es um wesentliche Leistungen i.S.d. § 33 Abs. 1 TKG geht.

### 2. Marktbeherrschung auf Zugangsmärkten

§ 37 Abs. 1 TKG gibt der *Reg TP* die Befugnis, den Zusammenschluss öffentlicher TK-Netze anzuordnen, wenn zwischen den Betreibern eine Vereinbarung über Zusammenschaltung nicht zu Stande kommt. Nach § 37 Abs. 1 TKG ist der Adressat der Anordnungsbefugnis der Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes, unabhängig vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Insoweit wäre eine Marktabgrenzung und die Feststellung von Marktbeherrschung nicht erforderlich. Trotz des klaren Wortlauts des Gesetzes wird in der Literatur eine restriktive Interpretation gegenüber nicht marktbeherrschenden Betreibern ge-

<sup>36</sup> ABl. Reg TP 4/2001, S. 555.

<sup>37</sup> *Stögmüller*, CR 2001, 507, 509; *Wendland* (o. Fußn. 11), Vor § 33 Rdnr. 44.

<sup>38</sup> So auch *Mestmäcker* (o. Fußn. 10), S. 12.

<sup>39</sup> Vgl. *Immenga*, MMR 2000, 141 ff.; *VG Köln* CR 2001, 515, 519.

<sup>40</sup> *BGH* WuW/E BGH 1501, 1506 – Kfz-Kupplungen.

<sup>41</sup> *Immenga*, in: *Immenga/Kirchner/Knieps/Kruse*, Telekommunikation im Wettbewerb (2001), S. 67.

fordert.<sup>42</sup> Diese Auffassung verkennt die Bedeutung der Zugangsmärkte. Das Gesetz ist so zu lesen, dass jeder Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes in Bezug auf den Zugang zu diesem Netz als marktbeherrschendes Unternehmen zu beurteilen ist. Aus der Sicht des Nachfragers kommt es gerade darauf an, die Verbindung zu und von einem bestimmten Mobilfunkteilnehmer herzustellen; die Zusammenschaltung mit dem Mobilfunknetz, an das dieser Teilnehmer angeschlossen ist, ist nicht mit der Zusammenschaltung mit einem anderen Teilnehmernetz austauschbar.

Die *Reg TP* hat dieser Ansicht entgegengesetzt, die Richtlinie 97/33/EG über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation gehe ersichtlich nicht von einer engen Marktabgrenzung aus, nach der jeder Mobilfunknetzbetreiber bezogen auf sein Netz praktisch einen Marktanteil in Höhe von 100% hat.<sup>43</sup> Denn Art. 4 Abs. 3 dieser Richtlinie, der den Begriff „beträchtliche Marktmacht“ definiert, sehe im Grundsatz vor, dass eine solche „beträchtliche Marktmacht“ gegeben sein könnte, wenn ein Unternehmen „einen Anteil von über 25% an einem bestimmten Telekommunikationsmarkt besitzt“. Die *Reg TP* meint, dass die Richtlinie als Gemeinschaftsrecht gegenüber dem nationalen Recht höherrangig und bei seiner Auslegung zu berücksichtigen sei.

Demgegenüber ist auf Folgendes hinzuweisen: Art. 4 Abs. 3 der Zusammenschaltungsrichtlinie kann vom nationalen Gesetzgeber „übererfüllt“ werden, wenn das Regulierungsziel, nämlich die Liberalisierung der TK-Märkte, gewahrt bleibt. Die unterschiedslose Zusammenschaltungspflicht aller Betreiber öffentlicher TK-Netze verstößt deshalb nicht gegen europäisches Recht, weil sie die europarechtliche Vorgabe „übererfüllt“.

Der Zusammenschaltungstatbestand ist also von der Marktbeherrschung unabhängig. Das Gesetz geht davon aus, dass für Netzbetreiber unabhängig von deren Marktstellung eine Pflicht zur Verhandlung über die Zusammenschaltung besteht. Daher kann auch die Anordnung der Zusammenschaltung nach § 37 TKG unabhängig davon durchgesetzt werden, ob ein marktbeherrschendes Unternehmen beteiligt ist.

Die *Reg TP* hat – bei Annahme eines Markts für Zusammenschaltung in jeweils ein bestimmtes Mobilfunknetz – zwar einen Marktanteil von 100% und damit ein Monopol angenommen, gleichwohl eine marktbeherrschende Stellung verneint, weil das jeweilige Unternehmen nicht in der Lage sei, sein Marktverhalten auf diesem sachlich relevanten Markt so auszurichten, dass es mögliche Handlungsspielräume der Konkurrenten im Mobilfunkbereich einschränkt bzw. sein Verhalten unabhängig von den Reaktionen der Konkurrenten bestimmen kann.<sup>44</sup> Die *Reg TP* nimmt an, dass indirekter Wettbewerbsdruck auf die Terminierungsentgelte durch die Endkunden ausgeübt werde; deshalb seien die Handlungsspielräume auch beschränkt.

Die *Reg TP* verkennt dabei, dass es um die Öffnung des Mobilfunkmarkts für weitere Anbieter geht. Insbesondere

durch das Call-by-Call im Mobilfunk könnten sich Handynutzer den jeweils günstigsten Anbieter für ihr Telefonat aussuchen. Nach allgemeiner Einschätzung würde dies die Intensität des Preiswettbewerbs entscheidend beleben. Ebenso wie die fehlende Nummernportabilität stellen die fehlenden Call-by-Call-Möglichkeiten wesentliche Wettbewerbshemmnisse auf dem Mobilfunkmarkt dar.

Die *Monopolkommission* hat der Auffassung der *Reg TP* bereits widersprochen.<sup>45</sup> Sie hat darauf hingewiesen, dass die Märkte für Terminierungsleistungen, d.h. für die Leistungen, mit denen ein Netzbetreiber einem anderen Netzbetreiber bzw. dessen Kunden den Zugang zu einem Anschluss an seine Kunden vermittelt, sachlich getrennte Märkte sind, auf denen der jeweilige Netzbetreiber ein natürliches Monopol hat. Die Terminierungsgebühren, die letztlich den Anrufern in Rechnung gestellt werden, unterliegen nach zutreffender Auffassung der *Monopolkommission* keiner unmittelbaren Kontrolle durch den Wettbewerb.<sup>46</sup> Diese ungenügende wettbewerbliche Kontrolle liegt darin, dass sich die verschiedenen Netzanbieter in einem gewissen Einvernehmen wechselseitig hohe Terminierungsgebühren abverlangen und abverlangen können, weil wegen der Wechselseitigkeit des Verfahrens alle auf ihre Rechnung kommen und weil die Wechselkosten zwischen Netzen dadurch erhöht werden können. Die *BReg* hat in ihrer Stellungnahme vom August 2001 diese Einschätzung der *Monopolkommission* geteilt.<sup>47</sup>

Geht man von einem eigenen Markt für Zusammenschaltungen aus und betrachtet man den jeweiligen Netzbetreiber als Monopolisten für sein Netz, so kann nicht angenommen werden, dass die Netzbetreiber wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sind und nicht die Marktbedingungen beeinflussen können. Entgegen der Einschätzung der *Reg TP* sind damit die Mobilfunknetzbetreiber auf dem jeweiligen Markt für den Zugang zu und aus ihrem Mobilfunknetz als marktbeherrschend anzusehen.

### 3. Marktbeherrschung auf den Dienstleistungsmärkten

Besteht auf den Zusammenschaltungsmärkten eine Marktbeherrschung, so braucht an sich weder nach den §§ 33 ff. TKG noch nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB eine marktbeherrschende Stellung auf den Endkundenmärkten geprüft zu werden. Wegen des Zusammenhangs zwischen Zugangsmärkten und Endkundenmärkten soll allerdings – auch weil die *Reg TP* in ihrer VfG. 21/2000 darauf abgestellt hat<sup>48</sup> – auch der Wettbewerb auf den Endkundenmärkten untersucht werden. Für die Anwendbarkeit von § 35 TKG muss aber ein Zusammenhang bestehen zwischen dem vorgelagerten Markt und dem nachgelagerten Markt. Entscheidend ist, dass das Unternehmen, das Zusammenschaltung begehrt, diese Leistung für die Erbringung anderer, nachgelagerter TK-Leistungen benötigt, um dort als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden. Diese Situation ist im vorliegenden Fall gegeben.

#### a) Einzelmarktbeherrschung

Die Einzelmarktbeherrschung wird durch das GWB zweifach definiert. Ein Unternehmen ist danach sowohl marktbeherrschend, wenn es gar keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist, wie auch dann, wenn es eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung einnimmt. Diese überragende Marktstellung ergibt sich insbesondere aus dem Marktanteil, der Finanzkraft, dem Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, den Verflechtungen mit anderen Unternehmen

42) Vgl. *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 11), § 37 Rdnr. 6 m.w.Nw.

43) ABl. Reg TP 5/2000, S. 879.

44) ABl. Reg TP 5/2000, S. 879.

45) *Monopolkommission*, XIII. Hauptgutachten, TZ 41.

46) A.a.O. TZ 41.

47) Stellungnahme der *BReg* zum XIII. Hauptgutachten der *Monopolkommission*, BT-Drs. 16/6282, TZ 17.

48) ABl. Reg TP 5/2000, S. 879.

sowie den Marktzutrittsschranken. Nach der Rspr. ist die Beurteilung auf eine Gesamtwürdigung aller auf dem relevanten Markt bestehenden Marktverhältnisse zu stützen.<sup>49</sup>

Ein Monopol auf dem Mobilfunkmarkt wäre nur dann anzunehmen, wenn nur ein Anbieter vorhanden wäre und deshalb gar kein Wettbewerb bestünde. Das Monopol der *Deutschen Telekom AG (DTAG)* endete im Mobilfunkbereich aber schon im Jahre 1990 mit der Zulassung der D-Netze. Seitdem gibt es mehrere Anbieter. Der deutsche Markt für digitalen Mobilfunk hat sich allerdings nicht durch Wettbewerb entwickelt, sondern verdankt seine Struktur in wesentlichen Zügen den ordnungspolitischen Vorgaben durch das ehemalige *BMPT* bzw. später durch die *Reg TP*.

Eine marktbeherrschende Stellung besteht, wenn ein Unternehmen auf Grund markt- oder unternehmensbezogener Strukturkriterien über einen von Wettbewerbern nicht hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum verfügt. Kann das Unternehmen Wettbewerbsparameter einsetzen oder Marktstrategien verfolgen, ohne auf seine Konkurrenten Rücksicht nehmen zu müssen, dann besteht die Gefahr, dass die wesentlichen Funktionen des Wettbewerbs auf dem Markt nicht mehr erfüllt werden. Das Unternehmen ist dann dem Wettbewerb in einem beträchtlichen Maße entzogen und kann die Marktergebnisse steuern.<sup>50</sup>

Bei der Prüfung der Einzelmarktbeherrschung ist zunächst nach den Marktanteilen vorzugehen, denn der Marktanteil ist bei der Prüfung der Marktbeherrschung das wichtigste Kriterium. Er kennzeichnet die aktuelle Stellung und Bedeutung eines Unternehmens und gibt damit Aufschluss über seine Verhaltensspielräume.<sup>51</sup> Nach neuen Untersuchungen haben *DeTe-Mobil (D1)* und *Mannesmann (D2)* seit 1994 bis 2001 Marktanteile von mehr als einem Drittel gehabt, d.h. oberhalb der Marktanteilsgrenze, die bei einem Einzelunternehmen die Vermutung der Einzelmarktbeherrschung begründen würde (§ 19 Abs. 3 Satz 1 GWB).<sup>52</sup> Seit 1995 liegen die kumulierten Marktanteile der D-Netze am Mobilfunkmarkt stabil bei ca. 80%. Sie verteilen sich etwa zu gleichen Teilen auf *D1* und *D2*.

Fraglich ist, ob bei dieser Verteilung der Marktanteile überhaupt eine Einzelmarktbeherrschung in Betracht kommt. Nach überwiegender, aber nicht unbestrittener Meinung kann auf demselben sachlich und räumlich relevanten Markt zur gleichen Zeit entweder nur ein Einzelunternehmen marktbeherrschend i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB sein oder eine Gesamtheit von Unternehmen marktbeherrschend i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB sein. Beide Marktbeherrschungsformen können danach also nicht nebeneinander bestehen.<sup>53</sup> Es erscheint logisch, dass sich die Marktbeherrschung in den beiden Formen schon begrifflich ausschließt, weil auf einem Markt nur ein marktbeherrschendes Unternehmen oder ein marktbeherrschendes Oligopol tätig sein kann.<sup>54</sup> Allerdings kann nach anderer Auffassung ein Unternehmen in einem bestimmten Markt allein marktbeherrschend sein, während zugleich gemeinsame Marktbeherrschung zwischen ihm und weiteren Unternehmen vorliegt.<sup>55</sup> Auch in der Literatur wird angenommen, dass einerseits ein Oligopol keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sein kann, während andererseits ein Unternehmen eine überragende Marktstellung haben kann. Hat danach Unternehmen A einen Marktanteil von 40%, B von 20% und C von 10%, während sich die restlichen Marktanteile auf die kleineren Unternehmen D, E und F mit jeweils weniger als 5% verteilen, so kann danach A im Innenverhältnis zu B und C marktbeherrschend sein und zugleich gemeinsam mit B und C ge-

genüber den Außenseitern D, E und F ein marktbeherrschendes Oligopol bilden. Denn A kann gegenüber B und C einen überragenden Verhaltensspielraum haben und zugleich können A, B und C gegenüber D, E und F überragende und unkontrollierte Verhaltensspielräume haben.

Für den deutschen Mobilfunkmarkt, auf dem *D1* und *D2* jeweils etwa 40% Marktanteile haben, wäre dieser Gedanke grundsätzlich auch anwendbar. Allerdings ist eher anzunehmen, dass wegen der gleichen Marktanteile eine Pattsituation i.S.e. „gegenseitigen Sich-in-Schach-Haltens“ gegeben ist, so dass keines dieser Unternehmen ohne Rücksichtnahme auf den anderen handeln kann. Eine Einzelmarktbeherrschung i.S.d. § 19 Abs. 2 Satz 1 GWB scheidet daher aus.

### b) Oligopolistische Marktbeherrschung

Das GWB verlangt zur Feststellung oligopolistischer Marktbeherrschung bei der Fusionskontrolle eine Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem betroffenen Markt.<sup>56</sup> Zum einen muss der von dem Zusammenschluss betroffene Markt Wettbewerbsbedingungen aufweisen, welche eine Gesamtheit von Unternehmen (Oligopol) von Wettbewerbshandlungen absehen lässt und wettbewerbsbeschränkendes Parallelverhalten begünstigt, so dass wesentlicher Wettbewerb im Oligopol fehlt, zum anderen muss kein wesentlicher Wettbewerb mehr zwischen den Oligopolunternehmen und den weiteren Unternehmen auf dem Markt bestehen. Diese Feststellung kann auch bei einer überragenden Marktstellung des Oligopols gegenüber den Außenseitern getroffen werden.

### Reichweite des Oligopols

Geht man davon aus, dass stets nur ein Marktbeherrscher auf einem Markt denkbar ist, entweder als Einzelmarktbeherrscher oder als marktbeherrschendes Oligopol, so ist zu prüfen, wer diesem Oligopol angehört. Dabei sind zu Grunde zu legen die Marktbeherrschungsvermutungen nach § 19 Abs. 3 Satz GWB. Danach gilt eine Gesamtheit von Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie

- aus drei oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von 50% erreichen, oder
- aus fünf oder weniger Unternehmen besteht, die zusammen einen Marktanteil von zwei Dritteln erreichen,
- es sei denn, die Unternehmen weisen nach, dass die Wettbewerbsbedingungen zwischen ihnen wesentlichen Wettbewerb erwarten lassen oder die Gesamtheit der Unternehmen im Verhältnis zu den übrigen Wettbewerbern keine überragende Marktstellung hat.

Für den deutschen Mobilfunkmarkt bedeutet dies: Die beiden marktführenden Anbieter *D1* und *D2* haben jeweils

<sup>49)</sup> BGHZ 88, 284, 289 – Gemeinschaftsunternehmen für Mineralölprodukte; BGHZ 96, 337, 344 – Abwehrblatt II.

<sup>50)</sup> BGH WuW/E BGH 1506 – GKN-Sachs; *Dirksen*, in: Langen/Bunte (o. Fußn. 7), Art. 82 Rdnr. 11; *Ruppelt* (o. Fußn. 7), § 19 Rdnr. 36.

<sup>51)</sup> Vgl. Checkliste des *BKartA* zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, abgedr. bei: Langen/Bunte, Bd. 2 (o. Fußn. 7), S. 2728, 2729.

<sup>52)</sup> Xonio Mobilfunkreport 2000, Der Markt für öffentlichen Mobilfunk in Deutschland mit GSM 900, GSM 1800 und Peripherie, 7. Jg., Stand Februar 2001.

<sup>53)</sup> *Kleinmann/Bechtold*, Komm. Fusionskontrolle, 2. Aufl. 1989, § 22 Rdnr. 195; Frankfurter Komm./*Paschke/Kersten*, § 22 Rdnr. 324.

<sup>54)</sup> So auch BGH WuW/E BGH 1678, 1680 – Valium II.

<sup>55)</sup> *BKartA* AG 1978, 109, 110 f. – RWE/GfE; WuW/E *BKartA* 1727, 1728, 1730 – RWE-Energieversorgung Leverkusen; auch BGH WuW/E BGH 1501, 1509 – Kfz-Kupplungen.

<sup>56)</sup> BGH WuW/E BGH 2027 – Texaco-Zerssen.

Marktanteile von 40%, also kumuliert oberhalb von 80%, d.h. deutlich oberhalb der Grenze, die zur Erfüllung der Marktbeherrschungsvermutung für ein Oligopol aus bis zu drei Unternehmen festgelegt ist und auch noch oberhalb der Vermutung für ein Fünfer-Oligopol. *E-Plus (E1)* hatte im Dezember 2001 13,7% Marktanteil, *VIAG Interkom (E2)* einen solchen von 6,6%. Der Wortlaut des § 19 Abs. 3 Satz 2 GWB würde es erlauben, wahllos zwei oder vier Unternehmen „zusammenzustellen“, die die Marktanteilsgränze von 50% bzw.  $66 \frac{2}{3}\%$  erfüllen. Es bedarf aber der Feststellung, welche Unternehmen eines Marktes zum Oligopol gehören und welche nicht. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Annahme eines Oligopols von fünf Unternehmen nicht daran scheitert, dass bereits drei Unternehmen die Vermutungsregeln erfüllen, dass es vielmehr auf das Innenverhältnis zwischen den betroffenen Unternehmen ankommt.<sup>57</sup>

Auch in der Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Frage, welche Unternehmen auf einem Markt zu einer Oligopol-Gruppe i.S.v. von § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB zusammengefasst werden, sich nicht schematisch beantworten lässt.<sup>58</sup>

Für den deutschen Mobilfunkmarkt ist – allein auf Grund der offenen Preise – eine hohe Reaktionsverbundenheit anzunehmen, so dass zunächst die Annahme eines Vierer-Oligopols nahe liegt. Zweifellos würde es sich um ein asymmetrisches Oligopol handeln, weil der Marktanteilsabstand der beiden großen Unternehmen zu *E1* immer oberhalb der 25%-Grenze geblieben ist bzw. gegenüber *E2* deutlich oberhalb der 30%-Grenze. Ein asymmetrisches Oligopol weist tendenziell ein höheres Potenzial für individuelles wettbewerbles Verhalten auf, während ein symmetrisches Oligopol mit geringen Marktanteilsabständen der Unternehmen untereinander mit vergleichbaren Ressourcen und einem vergleichbar guten Zugang zu Beschaffungs- oder Absatzmärkten zur Wettbewerbslosigkeit neigt, weil wettbewerbliche Vorstöße für alle Unternehmen gleich spürbar, wegen der Transparenz leicht erkennbar und auf Grund ähnlicher Vergeltungspotenziale auch wenig Erfolg versprechend sind.<sup>59</sup>

Die Marktbeherrschungsvermutungen und die sich daraus ergebenden Grundsätze gelten auch im Verwaltungsverfahren nach dem TKG. Die Rechtfertigung für die Vermutung eines marktbeherrschenden Oligopols bei Erfüllung der Marktanteile folgt daraus, dass bei einer kleinen Zahl von Wettbewerbern mit hohen Marktanteilen die Voraussetzungen für die kooperative Monopolisierung des Marktes besonders günstig sind.<sup>60</sup>

### Fehlen von Binnen- und Außenwettbewerb

Die Feststellung einer gemeinsamen marktbeherrschenden Stellung setzt nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GWB voraus, dass zwischen den beteiligten Unternehmen für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein wesentlicher Wettbewerb nicht besteht (fehlender Binnenwettbewerb) und die oligopolistische Gruppe in ihrer Gesamtheit keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (fehlender Außenwettbewerb).

Das Oligopol der Mobilfunkbetreiber wäre mit vier Unternehmen eng. Die beiden führenden Unternehmen *D1* und

*D2* haben seit Jahren nahezu ausgeglichene Marktanteile von etwa 40%. *E1* hat in den letzten Jahren leicht zugenommen, im Jahre 2000 aber gegenüber dem Jahr 1999 etwa 2,5% verloren. *E2* hat etwa in gleichem Umfang im Jahre 2000 gegenüber 1999 gewonnen. Die beiden marktführenden Anbieter zeigen im Trend eine nach wie vor sehr parallele Entwicklung. *D1* konnte das Abbröckeln der eigenen Marktanteile gegenüber *D2* stoppen. Zwischen *E1* und *E2* ergaben sich leichte Marktanteilsverschiebungen.

Die Marktanteile sind für die Bewertung als Oligopol von entscheidender Bedeutung, sowohl die absolute Höhe der Marktanteile wie auch die Marktanteilsentwicklung und die Marktanteilsabstände. Die beiden Marktführer *D1* und *D2* liegen zusammen weit über der Marktbeherrschungsvermutung für ein Oligopol aus fünf oder weniger Unternehmen. Zusammen mit den beiden Anbietern *E1* und *E2* ergibt sich ein Marktanteil von 100%. Dies legt eine hohe Reaktionsverbundenheit nahe. Hinzu kommt, dass der Zugang zum Markt durch die Frequenzknappheit begrenzt ist. Mit neuen Wettbewerbern ist nach Erteilung der Lizenzen nicht mehr zu rechnen. Die Angebote sind inzwischen nach Art und Qualität weitgehend homogen. Preise und Bedingungen der Netzbetreiber sind weitgehend transparent. Dies sind Bedingungen, die die oligopolistische Reaktionsverbundenheit begünstigen. Hinzu kommt, dass die Kostenstruktur der Mobilfunknetze durch einen hohen Anteil fixer Kosten gekennzeichnet ist.

Daneben ist die Marktanteilsentwicklung der Unternehmen im Oligopol über längere Zeit für das Wettbewerbsgeschehen aufschlussreich. Stabile oder relativ stabile Marktanteile oder Marktanteilsabstände deuten auf ein wettbewerbsloses Oligopol hin. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Markt in einer Expansionsphase befunden hat. Wettbewerb ist ein dynamischer Prozess von Vorstößen einzelner und des Aufholens anderer Unternehmen, so dass Marktanteile von Unternehmen im Zeitablauf grundsätzlich schwanken.

Auf dem deutschen Mobilfunkmarkt haben jedenfalls die beiden marktführenden Anbieter *D1* und *D2* stabile Marktanteile. Ein leichtes Abbröckeln der Marktanteile von *D1* konnte gestoppt und aufgeholt werden. Allerdings zeigen sich zwischen *E1* und *E2* durchaus beachtliche Marktanteilsverschiebungen.

Die Aussage, dass die konstanten Marktanteile über eine längere Zeit auf ein wettbewerbsloses Oligopol hindeuten, wird noch durch die Marktphase unterstrichen. Zu bedenken ist, dass sich in der Zeit seit 1996 bis 2000 die Teilnehmerzahl nahezu verzweifacht hat, was die starke Expansionsphase des Marktes belegt. In einer solchen Expansionsphase sind normalerweise die Wettbewerbsbedingungen stetigem Wandel ausgesetzt; hohe Marktanteile aus frühen Marktphasen werden häufig durch neue Marktteilnehmer abgebaut. Können Unternehmen in einer starken Expansionsphase des Marktes ihre Marktanteile halten, so deutet dies darauf hin, dass zwischen ihnen kein ausreichender Binnenwettbewerb besteht. Dies trifft für *D1* und *D2* zu.

Aus diesem Grund ist anzunehmen, dass *D1* und *D2* ein marktbeherrschendes Duopol bilden, da sie in einer starken Expansionsphase des Marktes ihre Marktanteile über mehrere Perioden konstant bei ca. 40% gehalten haben. Allerdings ist unverkennbar, dass *E1* und *E2* später in den Markt eingetreten sind. Aus diesen Gründen und wegen

57) KG WuW/E OLG 3759, 3765 – Pillsbury/Sonnen-Bassermann.

58) Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. 2001, § 19 Rdnr. 85.

59) Vgl. Checkliste des BKartA zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, abgedr. bei: Langen/Bunte, Bd. 2 (o. Fußn. 7), S. 2847.

60) Mestmäcker (o. Fußn. 10), S. 13.

der erheblichen Marktanteilsabstände kann nicht angenommen werden, dass die „kleinen“ Mobilfunkunternehmen die „großen“ des Marktes i.S. wechselseitiger Reaktionsverbundenheit in den Verhaltensspielräumen begrenzen. Die „großen“ Unternehmen haben vielmehr weitere Verhaltensspielräume als die „kleinen“. Daher ist anzunehmen, dass *E1* und *E2* Außenseiter des Oligopols sind und nicht zum Oligopol gehören, auch weil bei ihnen doch erhebliche Marktanteilsveränderungen zu beobachten sind.

Ob tatsächlich ein Preiswettbewerb auf dem deutschen Mobilfunkmarkt stattfindet, kann nicht hinreichend sicher festgestellt werden. Die Preisstruktur hat sich erheblich differenziert. Es sind viele Sondertarife entwickelt worden. Dass die Preise im Mobilfunk seit 1995 auf 41% des Ausgangsniveaus gesunken sind, ist allein kein ausreichender Beleg für funktionsfähigen Preiswettbewerb, denn der Preisverfall ist auch eine Folge des hohen Ausgangsniveaus.<sup>61</sup> Dass der Handyverkauf subventioniert wird, ist ein Anzeichen für den Kampf um Kunden, spricht aber nicht für einen offenen und unverfälschten Preiswettbewerb. Allgemein wird auch angenommen, dass die Intensität des Preiswettbewerbs noch sehr eingeschränkt ist.

Geht man von einem marktbeherrschenden Oligopol von *D1* und *D2* aus, so sind derzeit nur *E1* und *E2* Wettbewerber. Der Außenwettbewerb durch diese Unternehmen ist nur begrenzt. Zum einen geht es um eine ungünstigere Kostenstruktur dieser Unternehmen, zum anderen um den zeitlichen Vorsprung der beiden größeren Anbieter bei der Erschließung des Marktes. Vor allem aber tragen die unterschiedlichen Terminierungsgebühren dazu bei, dass die großen Gruppen bevorzugt werden.

Die *Monopolkommission* hat dies wie folgt beschrieben:<sup>62</sup> „Terminierungsgebühren von Handy zu Handy sind innerhalb eines Mobilfunknetzes günstiger als zwischen verschiedenen Mobilfunknetzen. Dies kann dazu führen, dass Mitglieder, die später zu einer Gruppe dazukommen, sich in der Wahl des Anbieters nicht mehr völlig frei fühlen, da sie vorwiegend auf Terminierung desjenigen Anbieters angewiesen sein werden, bei dem die anderen Mitglieder der Gruppe bereits sind. Aus demselben Grund wird der einzelne Kunde, der „mit“ einer Gruppe bei einem Mobilfunkanbieter ist, sich nicht ohne weiteres frei fühlen, den Anbieter zu wechseln. Insofern ist damit zu rechnen, dass bei Personen, die auf Telekommunikationsverbindungen innerhalb gewisser Bezugsgruppen abstellen, der Wettbewerb der Mobilfunkanbieter gehemmt ist, ohne dass dabei die Terminierungsgebühren wirklich internalisiert würden.“

Die Diskriminierung zwischen TK-Dienstleistungen im eigenen Netz und TK-Dienstleistungen im Verkehr zwischen Netzen tragen die Tendenz in sich, dass die Kunden zur großen „Gruppe“ gehören wollen. Der Mobilfunkkunde wählt ja den Betreiber nicht auf Grund der Kosten eines Einzelgesprächs aus, sondern macht seine Wahl von den Gesamtkonditionen und von dem Wissen, dass bevorzugte Gesprächspartner im eigenen Netz sind, abhängig.<sup>63</sup>

## V. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. § 33 TKG stellt eine der zentralen Regelungen des TKG dar, indem den Wettbewerbern von marktbeherrschenden Unternehmen der Zugriff auf die intern genutzten Leistungen des Marktbeherrschers ermöglicht wird. Zu den Kern-

stücken des TKG gehört ferner die Regelung in § 35 TKG über die Gewährung des Netzzugangs. Es ist anerkannt, dass die Gewährung von Netzzugang und die Zusammenschaltung von TK-Netzen hohe Bedeutung für einen funktionsfähigen Wettbewerb haben.

2. Das TKG enthält keine eigene Definition der Marktbeherrschung, sondern verweist für die Marktbeherrschung durchgängig auf § 19 GWB. Die Feststellung des Markts und der Marktbeherrschung sind daher im TKG grundsätzlich nach den Kriterien zu beurteilen, die im GWB nach §§ 19 und 20 GWB gelten. Die Zwecke des TKG müssen bei der Marktabgrenzung und bei der Feststellung der Marktbeherrschung berücksichtigt werden. Das TKG zielt auf die Herstellung des funktionsfähigen Wettbewerbs und geht im Gegensatz zum GWB nicht von der Existenz eines funktionierenden Wettbewerbs aus, sondern von Marktstrukturen, die von der Existenz eines ehemaligen Staatsmonopolisten geprägt sind. Diese Marktstrukturen zu öffnen, neuen Anbietern realistische Chancen einer erfolgreichen Betätigung zu gewähren und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen zu steuern, gehört daher zu den primären Zielen des TKG. Das TKG will Rahmenbedingungen für funktionsfähigen Wettbewerb schaffen.

3. Die Definition des sachlich und räumlich relevanten Markts dient der Erfassung der Intensität der Wettbewerbsbeziehungen auf der einen Marktseite und der ihr entsprechenden Wahlmöglichkeiten auf der Marktgegenseite. Abzugrenzen ist nach dem Prinzip der Austauschbarkeit der Leistungen. Der Grundsatz der Relativität des Marktbeherrschungsbegriffs besagt, dass ein Unternehmen nicht als solches, sondern hinsichtlich einer bestimmten Funktion oder hinsichtlich eines bestimmten Teils seiner Aktivitäten marktbeherrschend ist.

4. Die Marktbeherrschung muss normzweckbezogen erfolgen, je nachdem ob Schutzgegenstand die gegenwärtige Marktlage ist oder es um die zukünftige Marktlage und den Netzzugang geht. Bei der Bewertung des Wettbewerbs im Mobilfunk ist Ausgangspunkt der Marktaufsicht nicht nur – wie in anderen Bereichen des TKG – die Marktöffnung, sondern – wie bei der Fusionskontrolle nach dem GWB – das Erhalten des Wettbewerbs.

5. Mobilfunk- und Festnetztelefonie gehören unterschiedlichen sachlichen Märkten an. Zwar ist eine gewisse Substitution der Festnetztelefonie durch die Mobilfunktelefonie durchaus vorhanden. Die Mobilfunktelefonie ist aber aus verschiedenen Gründen, vor allem angesichts des derzeit noch höheren Preisniveaus, nicht in der Lage, endgültig an die Stelle der Festnetztelefonie zu treten. Je weiter die Mobilfunkpreise in nächster Zeit fallen werden, um so größer wird der Wettbewerbsdruck, der von der Mobilfunk- auf die Festnetztelefonie ausgeht, so dass möglicherweise in absehbarer Zeit die Bildung eines einheitlichen Markts wahrscheinlich ist.

6. Die Mobilfunknetze nach dem GSM 900- und dem GSM 1800-Standard sind keine eigenen Endkundenmärkte. Die *Reg TP* hat entschieden, dass es sich bei UMTS um einen sachlich neuen Markt handelt und damit um einen sachlich anderen Markt als den Markt der GSM-Netze. Die Richtigkeit dieser Entscheidung kann dahingestellt bleiben.

61) *VG Köln* (o. Fußn. 3).

62) *Monopolkommission*, XIII. Hauptgutachten, TZ 43.

63) *VG Köln* (o. Fußn. 3), S. 559 f.

7. Unabhängig von der Frage, wie die Endkundenmärkte abzugrenzen sind, müssen davon die Zugangsmärkte unterschieden werden. Bei den Zugangsmärkten führt das Bedarfsmarktkonzept zu sehr engen relevanten Märkten. Eine Zusammenschaltung mit einem bestimmten TK-Netz kann nicht durch eine Zusammenschaltung mit einem anderen TK-Netz ausgetauscht werden, denn die an ein bestimmtes Netz angeschlossenen Teilnehmer können in der Regel nicht über andere Netze erreicht werden. Auch die *BReg* und die *Monopolkommission* haben jeden Teilnehmernetzbetreiber als einen Monopolisten in den Märkten für die seine Kunden betreffenden Terminierungsleistungen betrachtet. Diese Auslegung von § 33 TKG steht mit der neuen Vorschrift des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB in Einklang.

8. Einer Zusammenschaltung von Festnetzen mit jedem einzelnen Mobilfunknetz liegt ein jeweils selbstständiger sachlich relevanter Markt zu Grunde. Für Zusammenschaltungsbegehren kommt es daher nicht darauf an, ob ein TK-Unternehmen auf dem Endkundenmarkt eine marktbeherrschende Stellung hat. Ausreichend ist, dass die Marktbeherrschung auf dem Zugangsmarkt besteht und dass der Zugang

zu diesen Leistungen notwendig ist, um auf dem nachgelagerten Markt eine Leistung anzubieten.

9. Auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkleistungen besteht ein marktbeherrschendes Oligopol aus *D1* und *D2*. Beide Unternehmen vereinigen als finanzkräftige Anbieter konstant ca. 80% Marktanteile, so dass schon nach den Vermutungen des § 19 Abs. 3 GWB ein marktbeherrschendes Oligopol vorliegt. Wegen der bestehenden Reaktionsverbundenheit im engen Oligopol sind an die Annahme eines wesentlichen Binnen- und Außenwettbewerbs hohe Anforderungen zu stellen.

10. Die derzeitigen Anzeichen für einen Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt – differenzierte Preisstruktur und Rabatte für Diensteanbieter – dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Wettbewerb der Mobilfunkanbieter noch stark gehemmt ist und dass die Gefahr besteht, dass er wegen der hohen Reaktionsverbundenheit der Anbieter zum Erliegen kommt. Das TKG will Wettbewerb aber nicht für eine „kurze Episode“ erreichen, sondern will funktionierenden Wettbewerb auch dauerhaft sicherstellen.

CHRISTIAN KOENIG

## Die fallweise Auswahl des Verbindungsnetzbetreibers in Mobilfunknetzen

*Nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG sind Betreiber von Telekommunikations(TK)-Netzen verpflichtet, in ihren Netzen jedem Nutzer die Möglichkeit der freien Auswahl des Verbindungsnetzbetreibers (VNB) zu eröffnen. Der Nutzer muss diese Wahlentscheidung dauerhaft voreinstellen können (sog. Preselection), im Einzelfall jedoch in der Lage sein, die Voreinstellung durch die Wahl einer VNB-Kennzahl zu ersetzen (sog. Call-by-Call). Bis heute besteht in den Mobilfunknetzen im Gegensatz zum Fest-*

*netzbereich keine Möglichkeit der VNB-Auswahl. Namentlich das Verfahren der fallweisen Auswahl des VNB ohne vorherige Anmeldung (sog. offenes Call-by-Call) wurde im Festnetzbereich jedoch von den Nutzern in erheblichem Umfang in Anspruch genommen und hat den Wettbewerb im Festnetz maßgeblich gefördert. Der nachfolgende Beitrag untersucht die tk-rechtlichen Rahmenbedingungen der fallweisen Auswahl des VNB in Mobilfunknetzen und ihre regulatorischen Auswirkungen.*

### I. Mobilfunknetzbetreiber als Adressaten der Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG

Die Verpflichtung zur Ermöglichung der VNB-Auswahl ergibt sich aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG. Da es sich bei den öf-

fentlichen Mobilfunknetzen um TK-Netze i.S.d. § 3 Nr. 21 TKG handelt,<sup>1</sup> sind Mobilfunknetzbetreiber grundsätzlich Adressaten der Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG.<sup>2</sup>

#### 1. Aussetzung nach § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG

Die *Reg TP* hat von der in § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG eröffneten Möglichkeit, die Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG „ganz oder teilweise aus(zu)setzen, solange und soweit dies aus technischen Gründen gerechtfertigt ist“, für den Bereich der Mobilfunknetze mit Verfügung 304/1997<sup>3</sup> Gebrauch gemacht. Diese Aussetzung bis Mitte bzw. Ende 1998 ist – anders als die ebenfalls ursprünglich mit Verfügung 304/1997 ausgesetzte Verpflichtung zur Sicherstellung der Netzbetreiberportabilität gem. § 43 Abs. 5 TKG<sup>4</sup> – nach Ablauf der genannten Fristen nicht verlängert worden. Eine von der *Reg TP* geplante weitere Aussetzung, die sogar die gesamte Laufzeit der GSM-Mobilfunklizenzen umfassen sollte,<sup>5</sup> ist durch das *Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi)* unterbunden worden.<sup>6</sup> Eine Aussetzung aus technischen Gründen nach § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG steht der gesetzunmittelbaren Verpflichtung der Mobilfunknetzbetreiber nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG somit gegenwärtig nicht im Wege.

1) *VG Köln* MMR 2001, 556 m. Anm. *Feser* = CR 2001, 515, 516 f. m. Anm. *Schuster*; *Reg TP*, VfG. 13/2000, ABl. Reg TP 2000, 516, 528; *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, § 6 Rdnr. 70; *Schuster*, CR 2001, 521, 522.

2) *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 516; *Reg TP* (o. Fußn. 1), S. 528; *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (o. Fußn. 1), § 97 Rdnr. 11.

3) *BMPT* VfG. 304/1997, ABl. BMPT 1997, 1866.

4) *BMPT* (o. Fußn. 3), S. 1866. Zur Verlängerung dieser Aussetzung zuletzt *Reg TP*, VfG. 32/2001, ABl. Reg TP 2001, 2527.

5) *Paul/Mellewig*, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 1), § 43 Rdnr. 33. Man wird angesichts der unterschiedlichen Formulierung von Punkt 2.1 und Punkt 2.2 der VfG. 304/1997 jedoch davon auszugehen haben, dass eine weitere Aussetzung von vornherein nur für die dauerhafte Voreinstellung in Betracht kam.

6) Vgl. *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 5), § 43 Rdnr. 33; *Schuster* (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 13.

■ Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig ist Geschäftsführender Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn. Bei dem Beitrag handelt es sich um die stark verkürzte Fassung eines von Prof. Dr. Koenig erstellten Rechtsgutachtens. Der Verfasser dankt Herrn *Andreas Neumann*, wissenschaftlicher Mitarbeiter am ZEI, für die hervorragende Unterstützung bei der Abfassung des Beitrags.

§ 43 Abs. 6 Satz 2 TKG stellt die Aussetzung in das Ermessen der *Reg TP* („kann“). Eine Verpflichtung zur erneuten Aussetzung der Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG kann sich daher (nur) dann ergeben, wenn jede andere Entscheidung rechtswidrig wäre (sog. Ermessensreduzierung auf Null).<sup>7</sup> Dabei kommt es für die Ermessensausübung einzig auf die Frage an, ob eine Aussetzung der Verpflichtung „aus technischen Gründen gerechtfertigt ist“.<sup>8</sup> Dieses den Entscheidungsspielraum auf Rechtsfolgenseite umreißende Kriterium („solange und soweit“) ist insoweit bereits bei der Entschließungsentscheidung zu berücksichtigen.

Die Ermöglichung der VNB-Auswahl in Mobilfunknetzen wirft sicherlich technische Fragestellungen auf, die im Rahmen einer ersten Zusammenschaltung noch zu klären wären. So werden namentlich Schnittstellen zu implementieren sein, über die der VNB Zugriff auf die notwendigen Vermittlungsinformationen des Heimatregisters (Home Location Register – HLR) und der Besucherregister (Visitor Location Register – VLR) des Mobilfunknetzes erhält. Technische Gründe, die eine fortdauernde Aussetzung rechtfertigen könnten, sind indes nicht mehr ersichtlich.<sup>9</sup> Die Entscheidung der *Reg TP*, auf eine weitere Aussetzung zu verzichten, ist damit nicht ermessensfehlerhaft.

## 2. Teleologische Reduktion des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG?

Mit der durch § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG erreichten Trennung der Verbindungnetzebene von der Teilnehmernetzebene aus Nachfragersicht<sup>10</sup> wurde eine wesentliche Voraussetzung für den Wettbewerb im Verbindungsbereich geschaffen.<sup>11</sup> Prima vista unterscheidet sich die Situation im Mobilfunkbereich jedoch von der vom Gesetzgeber vorgesehenen Situation im Festnetzbereich.

### a) Berücksichtigung marktstruktureller Belange?

So bestand im Festnetzbereich ein Monopol, welches mit Hilfe der im TKG vorgesehenen Maßnahmen der Regulierung erst aufgebrochen werden sollte. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob eine teleologische Reduktion des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG erforderlich ist, weil die Vorschrift auf die Öffnung ehemals von Monopolrechten bedienter Märkte zielt.<sup>12</sup>

Das vom TKG zur Beseitigung der monopolistischen Marktstruktur vorgesehene Mittel ist die asymmetrische Regulierung,<sup>13</sup> also die Regulierung zu Lasten des Marktbeherrschers.<sup>14</sup> § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG setzt das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB aber dem insoweit eindeutigen Wortlaut zufolge gerade nicht voraus. Die Vorschrift stellt damit auch kein Instrument der asymmetrischen Regulierung dar, sondern verfolgt ein von der Marktstellung der regulierten Unternehmen unabhängiges Ziel.<sup>15</sup> Dass marktstrukturelle Erwägungen i.R.d. § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG keine Rolle spielen, wird schließlich durch den systematischen Vergleich mit der Vorschrift des § 43 Abs. 5 TKG bestätigt, welche in Satz 2 marktstrukturelle Überlegungen ausdrücklich aufgreift. Eine entsprechende Bestimmung fehlt in § 43 Abs. 6 TKG, wohingegen die Aussetzungsmöglichkeit aus technischen Gründen übernommen wurde. Die Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG ist somit nicht an eine bestimmte Wettbewerbssituation des betroffenen Marktes oder an die Marktmacht des regulierten Unternehmens gebunden.<sup>16</sup>

Die in § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG vorgesehene Verpflichtung dient den Nutzern.<sup>17</sup> Dabei entspricht der Regulierungsansatz dem in der benachbarten Vorschrift über die Netzbetreiberportabilität (§ 43 Abs. 5 TKG) verwirklichten: Indem

dem Nutzer Rechte eingeräumt werden, werden die der Inanspruchnahme anderer TK-Diensteanbieter entgegenstehenden Hemmnisse verringert und so der Wettbewerb zwischen den Netzbetreibern gefördert.<sup>18</sup> Dabei zielt § 43 Abs. 5 TKG auf den Wettbewerb im Teilnehmernetzbereich und § 43 Abs. 6 TKG auf den Wettbewerb im Verbindungsbereich ab. Ökonomisch betrachtet geht es um Situationen, in denen sich der Nachfrager bei der Wahl des Angebots Hemmnissen ausgesetzt sieht, die nicht in den Angeboten selbst begründet sind<sup>19</sup> und auf Grund derer er das bisher in Anspruch genommene Angebot weiternutzt. Die damit angesprochene Bindung des Teilnehmers stellt für Wettbewerber des Netzbetreibers, dessen Kunde der Teilnehmer ist, eine Markteintrittsschranke dar.<sup>20</sup> Die regulatorischen Vorgaben haben den Zweck, diese Bindung aufzuheben, so dass sich der Nachfrager nach TK-Dienstleistungen ausschließlich an Qualität und Preis des jeweiligen Angebots orientieren kann. § 43 Abs. 6 TKG schafft damit eine wesentliche Voraussetzung für den Wettbewerb im Verbindungsbereich,<sup>21</sup> so dass als Zweck der Vorschrift des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG mithin die im Interesse der Nutzer<sup>22</sup> liegende Förderung des Infrastrukturwettbewerbs im Verbindungsbereich ausgemacht werden kann. Dass die Anwendung der Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG auf Mobilfunknetze zu erheblichen Verwerfungen am Markt führen und zahlreiche der etablierten Vermarktungsmodelle für Mobilfunkdienste obsolet ma-

7) BVerwGE 11, 95, 97; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2000, S. 50; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht, Band 1, 11. Aufl. 1999, S. 466 f.

8) Dies ist der wesentliche Unterschied zu § 43 Abs. 5 TKG, vgl. dazu *Nacimiento*, K&R 2001, 486, 487 f.

9) *Schuster* (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 12.

10) Aus der entgegengesetzten Perspektive beschreibt die *Monopolkommission* die Regelungen zur VNB-Auswahl als Relativierung der vertikalen Integrationsvorteile der DTAG, vgl. *Monopolkommission*, BT-Drs. 14/2321, S. 149, 158.

11) *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 5), § 43 Rdnr. 28; *Imping*, in: Spindler, Vertragsrecht der Telekommunikations-Anbieter, 2000, S. 17; *Jürgens*, RTKom 2000, 123, 133.

12) Allg. zur Frage der Netzbetreiberauswahl in diese Richtung wohl: *Beese/Markt*, MMR 2000, 532, 536. Ähnlich auch zwei der bei *Reg TP* (o. Fußn. 1), S. 527 f., wiedergegebenen Auffassungen.

13) *Koenig/Loetz*, K&R 1999, 298, 299.

14) *Riehmer*, in: Spindler (o. Fußn. 11), S. 23.

15) *Reg TP*, Vfg. 51/1999, ABl. Reg TP 1999, 1519, 1529; *Reg TP* (o. Fußn. 1), S. 529.

16) So auch *Reg TP* (o. Fußn. 1), S. 528; *Spoerr*, in: Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTG, 2001, § 43 Rdnr. 65 f.

17) Die damals noch in § 42 Abs. 6 Satz 1 TKG-E enthaltene Vorschrift wurde vom *Bundestagsausschuss für Post und Telekommunikation* ausschließlich mit Nutzerbelangen begründet, vgl. BT-Drs. 13/4864, S. 79. Vgl. auch *Reg TP* (o. Fußn. 15), S. 1529.

18) Vgl. *Spoerr* (o. Fußn. 16), § 43 Rdnr. 54; *Bartosch*, NJW-CoR 1999, 103, 108; *Feser*, MMR 2001, 558.

19) Im Falle der Netzbetreiberportabilität ist der Wegfall der Erreichbarkeit unter der bisherigen Rufnummer zu nennen, vgl. auch *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 518; *Feser* (o. Fußn. 18), S. 558; *Schuster* (o. Fußn. 1), S. 522. Im Falle der VNB-Vorauswahl geht es um den Mehraufwand der Verwendung einer um eine Netzbetreiberkennzahl verlängerten Nummernfolge, vgl. BT-Drs. 13/4864, S. 79; *Bartosch* (o. Fußn. 18), S. 109, bei der VNB-Auswahl generell um die Bindung an den Teilnehmernetzbetreiber (Vertragsmindestlaufzeit, Kündigungsfristen, Wechselgebühren etc.), vgl. auch *Bartosch* (o. Fußn. 18), S. 109; *Shadow*, in: Schwarze, Der Netzzugang für Dritte im Wirtschaftsrecht, 1999, S. 85, 114, sowie auch *Badura/Schneider*, in: Königshofen, Das neue Telekommunikationsrecht in der Praxis, 1999, S. 3, 11. Im Mobilfunkbereich ist diese Bindung bei sog. Prepaid-Lösungen tendenziell geringer, auf Grund des regelmäßig investierten Mindestguthabens und der zumeist zwei Jahre aktivierten SIM-Lock-Sperre besteht aber auch hier ein faktisches Wechselhemmnis.

20) Für § 43 Abs. 5 TKG: *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 517.

21) S. Nw. in Fußn. 11.

22) *Reg TP* (o. Fußn. 15), S. 1529.

chen könnte,<sup>23</sup> wäre nur die Folge der Aufbrechung einer bislang insoweit vom Festnetzbereich gängigen Wettbewerb abgeschirmten Anbieterstruktur und entspräche gerade dem Gesetzeszweck. Marktstrukturelle Erwägungen können daher eine tatbestandliche Reduktion des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG nicht begründen.

### b) Reduktion auf Grund der Topologie der Mobilfunknetze?

Der zweite Unterschied, der möglicherweise zur Begründung einer für den Mobilfunkbereich zu berücksichtigenden Ausnahme herangezogen werden könnte, betrifft die Topologie der Mobilfunknetze. So wäre eine teleologische Reduktion des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG erforderlich, wenn es in diesen Netzen kein Verbindungsnetz geben sollte, welches durch von anderen Betreibern zur Verfügung gestellte Verbindungsnetze sinnvollerweise ersetzt werden könnte. Ein Verbindungsnetz ist gem. § 3 Nr. 23 TKG „ein Telekommunikationsnetz, das keine Teilnehmeranschlüsse aufweist und Teilnehmernetze miteinander verbindet“. Der Begriff wird außer in dieser Definition im Gesetz ausschließlich in § 43 Abs. 6 TKG verwendet<sup>24</sup> – und dort auch nur innerhalb der Komposita „Verbindungsnetzbetreiber“ und „Verbindungsnetzbetreiberkennzahl“.<sup>25</sup> Anders als der Großteil der Legaldefinitionen des § 3 TKG fehlt es für diesen Begriff damit an einer Abstrahierung von den einzelnen Tatbeständen des TKG. Die Legaldefinition des § 3 Nr. 23 TKG steht vielmehr in einem engen systematisch-teleologischen Zusammenhang mit der Regelung des § 43 Abs. 6 TKG,<sup>26</sup> der bei der Auslegung des Begriffs zwingend zu berücksichtigen ist.<sup>27</sup>

23) So *Xonio GmbH*, Der Xonio Mobilfunk-Report 2000 (im Folgenden: „Xonio Mobilfunk-Report 2000“), 2001, S. 11. Vgl. auch die ökonomische Kritik von *Knieps*, Wettbewerb auf dem Mobilfunkmarkt, MMR-Beilage 2/2000, 1, 12.

24) *Manssen*, in: *Manssen*, Telekommunikations- und Multimediarecht, Losebl., Stand: 6/2001, C § 3 TKG Rdnr. 46.

25) Vgl. auch BT-Drs. 13/4864 v. 12.6.1996, S. 76.

26) Vgl. auch *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (o. Fußn. 1), § 3 Rdnr. 26.

27) So auch die zu Frage 2 unter D. 1. referierte Ansicht in *Reg TP*, Mitteilung 73/1999, ABl. Reg TP 1999, 739, 748. Zu einer ähnlichen Situation im Falle des § 3 Nr. 10 TKG *Koenig/Neumann*, K&R 1999, 145, 149.

28) *Reg TP* (o. Fußn. 27), S. 759.

29) So wohl *Knieps* (o. Fußn. 23), S. 12, der fordert, es dürfe keine „regulatorische Einführung von VNB“ im Mobilfunkbereich geben. Für die Frage, ob dies mit § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG nicht bereits geschehen ist, ist damit jedoch nichts gewonnen.

30) *Reg TP* MMR 1999, 429, 430. Vgl. auch *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), § 3 Rdnr. 27a; *ders.*, MMR 1999, 435, 436; *Salje*, Zur marktbeherrschenden Stellung der Betreiber von Mobilfunknetzen, Rechtsgutachten erstattet für den VAT, 1998, S. 30.

31) *Reg TP* (o. Fußn. 30), S. 430.

32) Vgl. *Reg TP* (o. Fußn. 27), S. 759. *Piepenbrock* (o. Fußn. 30), S. 436, will die Bezeichnung durch eine Netzkennzahl indes ausdrücklich auf den Mobilfunkbereich bezogen wissen. Wie hier jedoch *Spoerr*, MMR 2000, 674, 676.

33) *Manssen* (o. Fußn. 24), C § 3 TKG Rdnr. 46; *Knieps* (o. Fußn. 23), S. 5; *Piepenbrock* (o. Fußn. 30), S. 436.

34) *Reg TP* (o. Fußn. 30), S. 430.

35) BT-Drs. 13/4864 v. 12.6.1996, S. 79.

36) Auch in Mobilfunknetzen steigen die Kosten der Gesprächsführung grds. mit steigender Entfernung zwischen Gesprächsquelle und -senke. Ohne Begründung a.A. allerdings *Salje* (o. Fußn. 30), S. 8. Dass die bloße „Überwindung der Entfernung“ zunehmend an Bedeutung verliert, vgl. *Reg TP* MMR 2001, 262, 267; *Tschentscher*, CR 2000, 301, 303, ist nur eine relative Aussage, der implizit vielmehr die Feststellung zu Grunde liegt, dass die Entfernungsüberbrückung nach wie vor ein (wenngleich in seiner Bedeutung für die Gesamtkosten rückläufiger) Kostenfaktor in einem TK-Netz ist. Der inzwischen primäre Kostentreiber, die Inanspruchnahme von Netzelementen, steht darüber hinaus in einem engen Verhältnis zur räumlichen Differenzierung – vereinfacht formuliert steigt mit zunehmender Entfernung grds. auch die Zahl der in Anspruch genommenen Netzelemente.

37) *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), § 3 Rdnr. 26b und § 35 Rdnr. 22.

### Verbindungsnetze in Mobilfunknetzen?

Die *Reg TP* geht davon aus, dass es sich bei dem TK-Netz eines Mobilfunknetzbetreibers um ein einheitliches bundesweites Teilnehmernetz handelt.<sup>28</sup> Da ein Verbindungsnetz „Teilnehmernetze“ (im Plural) miteinander verbindet, käme man auf Grundlage dieser Annahme zu dem Ergebnis, dass ein Mobilfunknetz keine Verbindungsnetzebene enthalten kann, da es nur aus einem einzigen Teilnehmernetz besteht.<sup>29</sup>

Diese Annahme könnte insbesondere auch auf die von der *Reg TP* bemühte Definition des Begriffs „Teilnehmernetz“ gestützt werden. Danach handelt es sich dabei um ein TK-Netz, das über Teilnehmeranschlüsse verfügt, die über eine spezielle Ortskennzahl oder eine individuelle Netzkennzahl verfügen.<sup>30</sup> Entscheidend für die Annahme eines Verbindungsnetzes wäre insoweit also, dass die Übertragungswege in verschiedenen Orts- bzw. Netzkennzahlbereichen endeten.<sup>31</sup> Hier ist indes zu berücksichtigen, dass die *Reg TP* diese Definition ausdrücklich nur vor dem Hintergrund der Struktur der Festnetze getroffen hat.<sup>32</sup> Entscheidendes Kriterium war insoweit nicht die Adressierbarkeit über dieselbe Orts- oder Netzkennzahl. Dieses Kriterium ist überdies schon aus grundsätzlichen Erwägungen auch im Festnetzbereich nur bedingt hilfreich. So kann ein durch ein und dieselbe Ortsnetzkennziffer gebildetes Ortsnetz in Wirklichkeit aus mehreren unabhängig voneinander betriebenen Teilnehmernetzen bestehen.<sup>33</sup> Gerade entgegengesetzt stellt sich schließlich die Situation im Mobilfunkbereich dar, in welchem mehrere Netzkennziffern unterschiedslos dasselbe Mobilfunknetz bezeichnen. Die individuelle Adressierbarkeit über eine ausschließlich dem betreffenden Netz zugeordnete Orts- oder Netzkennzahl kann daher nur ein Indiz für das Vorliegen eines Teilnehmernetzes sein. Sie ist aber kein Wesensmerkmal dieses Begriffs.

Vielmehr sind die Ausführungen der *Reg TP* zur individuellen Adressierbarkeit eines Teilnehmernetzes Ausdruck einer durch diese Kennzahl im Festnetzbereich indizierten Differenzierung, bei der auf die räumliche Entfernung abgestellt wird.<sup>34</sup> Dies steht auch im Einklang mit der Begründung des *Ausschusses für Post und Telekommunikation*, auf den die Regelung des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG zurückgeht. Danach zielt die Vorschrift auf Netztopologien, in denen zwischen einem „Ferngespräch“<sup>35</sup> und anderen Gesprächen (z.B. Ortsgespräch) unterschieden wird. Die darin zum Ausdruck gebrachte Notwendigkeit des Nachrichtentransports über eine räumliche Distanz ist der Sachgrund, welcher der Regelung des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG zu Grunde liegt.

Die trotz Übertragbarkeit auf den Mobilfunk<sup>36</sup> primär dem Festnetzbereich entlehnte räumliche Differenzierung, die dem Gesetzgeber bei der Unterscheidung zwischen Teilnehmer- und Verbindungsnetzen vor Augen stand, hat jedoch im Normtext nur mittelbar Ausdruck gefunden. Diesem liegt eine primär funktionale Sichtweise zu Grunde, wonach es für die Annahme eines Verbindungsnetzes ausreicht, dass zwei Teilnehmernetze über eine Netzinfrastruktur miteinander verbunden werden, ohne dass weitere Gesichtspunkte wie etwa die räumliche Entfernung zu berücksichtigen wären.<sup>37</sup> Für die Frage, ob eine teleologische Reduktion des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG erforderlich ist, gibt der bloße Wortlaut indes gerade nichts her. Abzustellen ist vielmehr auf die ausweislich der Normgenese dem Konzept des Verbindungsnetzes zu Grunde liegende räumliche Differenzierung, soweit diese im Normtext Nie-

derschlag gefunden hat. Entscheidend ist damit in der Tat nicht die Überbrückung einer bestimmten (wenngleich kaum bestimmbarer) geografischen Entfernung, sondern eine netzstrukturelle Differenzierung, so dass letzten Endes eine technisch-funktionale Abgrenzung vorzunehmen ist.<sup>38</sup> Der Unterscheidung zwischen einem Teilnehmer- und einem Verbindungsnetz, die der Gesetzgeber in § 3 Nr. 23 TKG und § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG zum Ausdruck gebracht hat, liegt die Vorstellung eines TK-Netzes zu Grunde, bei dem die Teilnehmeranschlüsse an vermittelnden Netzknoten gebündelt werden, die ihrerseits unmittelbar oder mittelbar miteinander verbunden sind. Jedes einzelne dieser untersten Netzelemente mit Vermittlungsfunktion (Teilnehmervermittlungsstelle) bildet dabei gemeinsam mit den mit ihm unmittelbar verknüpften Teilnehmeranschlüssen das Teilnehmernetz.<sup>39</sup> Die Netzinfrastruktur, welche diese einzelnen Teilnehmernetze miteinander verbindet, stellt dagegen das Verbindungsnetz dar, sofern sie die Anforderungen an ein TK-Netz erfüllt. Letzten Endes entspricht die zwischen dem Teilnehmernetz einerseits und dem Verbindungsnetz andererseits unterscheidende Begrifflichkeit des TKG also im Wesentlichen lediglich der tk-technischen Unterscheidung zwischen dem Anschlussnetz und dem Kernnetz bzw. dem Übertragungsnetz als Transitebene innerhalb des Kernnetzes.<sup>40</sup> Die dem Gesetzgeber vor Augen stehende räumliche Differenzierung ist ein mit einer solchen Netzstruktur typischer, aber nicht notwendigerweise verknüpfter Reflex.<sup>41</sup> Der Zusammenhang wird dadurch hergestellt, dass mit einem TK-Vorgang, der die (regelmäßig auch geografisch definierten) Versorgungsgrenzen desjenigen Vermittlungsknotens überschreitet, der das einzelne Teilnehmernetz kontrolliert, zugleich die Zahl der in Anspruch genommenen Netzelemente steigt.

Nachdem damit das der gesetzlichen Regelung zu Grunde liegende Netzmodell herausgearbeitet wurde, ergibt eine Untersuchung der technischen Gegebenheiten, dass auch in Mobilfunknetzen eine derartige Verbindungsnetzebene besteht. Die Weitverkehrsführung im Kernnetz erfolgt nämlich in den Mobilfunknetzen ebenfalls über die auch in den Festnetzen der jeweiligen Betreiber genutzten Infrastruktureinrichtungen als Übertragungs- bzw. Transitnetze.<sup>42</sup> Der vom Mobilfunknetzbetreiber vorgesehene Transitweg kann mithin durch die von einem (anderen) VNB angebotene Verbindung ersetzt werden. Die Situation unterscheidet sich technisch nur insoweit von der in den Festnetzen vorgefundenen, als die Vermittlung in das fremde Verbindungsnetz nicht an einem Zusammenschaltungspunkt in der Nähe einer Orts-, Bereichs- oder Hauptvermittlungsstelle, sondern durch einen Zusammenschaltungspunkt in der Nähe einer Mobilvermittlungsstelle (sog. Mobile Switching Center – MSC)<sup>43</sup> erfolgen würde.

Die Auffassung, wonach ein Mobilfunknetz ein einziges bundesweites Teilnehmernetz darstellt, ist damit unzutreffend. Sie ist in der Sache mittlerweile wohl auch von der Reg TP selbst aufgegeben worden, da die Behörde davon ausgeht, dass die Betreiber der UMTS-Mobilfunknetze zur Sicherstellung der Möglichkeit der Verbindungsnetzbetreiberauswahl nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG verpflichtet sind.<sup>44</sup> Notwendige Voraussetzung hierfür ist, dass das UMTS-Mobilfunknetz ein von § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG erfasstes öffentliches TK-Netz ist, mithin über Teilnehmernetze und ein Verbindungsnetz verfügt. Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass ein Teilnehmernetz das Versorgungsgebiet derjenigen Vermittlungseinrichtung umfasst, welche die unmittelbare Verbindung zu den

Teilnehmeranschlüssen herstellt. Jede dieser Vermittlungseinrichtungen kontrolliert daher ein Teilnehmernetz. Im Mobilfunkbereich bildet folglich jede Mobilvermittlungsstelle mit den an sie angeschlossenen Funkbasisstationen, die sog. „MSC-Area“, ein eigenes Teilnehmernetz. Das Übertragungsnetz innerhalb des Kernnetzes stellt schließlich das Verbindungsnetz des Mobilfunknetzes dar.

### Verbindung zu anderen Teilnehmernetzen

Selbst wenn man sich aber dieser Ansicht nicht anschließen wollte, trüfe Mobilfunknetzbetreiber dennoch die Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG. Dem steht nicht entgegen, dass die Netzbetreiber (nur) „in ihren Netzen“ die Möglichkeit der VNB-Auswahl „sicherzustellen“ haben. Dies bezieht sich ausschließlich auf die Notwendigkeit, die entsprechenden technischen Voraussetzungen zu schaffen, damit die Teilnehmer den VNB dauerhaft oder fallweise auswählen können.<sup>45</sup> Damit reicht es aber für § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG aus, dass das Verbindungsnetz das Teilnehmernetz des betroffenen Betreibers mit Teilnehmernetzen anderer Betreiber verbindet. Unschädlich ist es dabei insbesondere, wenn der aus einem Teilnehmernetz originierter Verkehr im Einzelfall in dasselbe Teilnehmernetz terminiert wird. Für eine Zusammenschaltung, welche von der Verpflichtung des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG vorausgesetzt wird,<sup>46</sup> ist anerkannt, dass der konkreten Verkehrsführung keine Bedeutung zukommt.<sup>47</sup> Entscheidend ist einzig, dass die Verbindung unterschiedlicher öffentlicher Netze die mittelbare oder unmittelbare Kommunikation ermöglicht.<sup>48</sup> Diese Wertung ist – gerade auch angesichts der dargestellten Interdependenz zwischen der Möglichkeit der VNB-Auswahl und dem Zusammenschaltungsregime<sup>49</sup> – vollumfänglich auf § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG übertragbar. Die an ein Teilnehmernetz angeschlossenen Teilnehmer sind, soweit sie mit den Teilnehmern eines anderen Teilnehmernetzes kommunizieren wollen, auf die Nutzung eines diese Teilnehmernetze verbindenden Netzes, also eines Verbindungsnetzes, angewiesen, wenn die Teilnehmernetze nicht ausnahmsweise unmittelbar ohne Zwischenschaltung einer Netzinfrastruktur zusammenschaltet sind.<sup>50</sup> Dies gilt dann aber gerade auch mit Blick auf ein Mobilfunknetz, dessen Nutzer auf die Kommunikation mit Nutzern in anderen Teilnehmernetzen, d.h. anderen Mobilfunknetzen oder Teilnehmernetzen im Festnetz, angewiesen sind. Das in § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG normierte Interesse an einer Förderung des Infrastrukturwettbewerbs auf Verbindungsnetzebene besteht gerade auch hinsicht-

38) Spoerr (o. Fußn. 16), § 43 Rdnr. 63.

39) Vgl. auch Distelkamp, Möglichkeiten des Wettbewerbs im Orts- und Anschlussbereich des Telekommunikationsnetzes, WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 196, 1999, S. 7; Knieps (o. Fußn. 23), S. 5.

40) So auch Reg TP, Tätigkeitsbericht 1998/1999, BT-Drs. 14/2321, 11, 35.

41) Vgl. dazu auch Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 35 Rdnr. 22.

42) Vgl. auch Salje (o. Fußn. 30), S. 23.

43) Grds. wäre auch daran zu denken, bereits die Basisstationssteuerung (BSC) als Teilnehmervermittlungsstelle einzustufen. Auf Grund ihrer beschränkten Funktionalität und insb. des fehlenden unmittelbaren Zugriffs auf das VLR dürfte aber die Heranziehung der MSC sachangemessener sein.

44) Vgl. Teil C Punkt 16 der UMTS-Lizenzen.

45) Spoerr (o. Fußn. 16), § 43 Rdnr. 64.

46) Vgl. auch Demmel, in: Manssen (o. Fußn. 24), C § 43 TKG Rdnr. 113; Graf von Westphalen/Grote/Pohle, Der Telefondienstvertrag, 2001, S. 30.

47) Reg TPMMR 1999, 430, 433; Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch (o. Fußn. 16), § 35 Rdnr. 32; Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 35 Rdnr. 24 und § 37 Rdnr. 21; ders. (o. Fußn. 30), S. 436; Spoerr (o. Fußn. 32), S. 676; a.A. noch Manssen (o. Fußn. 24), C § 35 TKG Rdnr. 11 f.

48) Reg TP (o. Fußn. 47), S. 433; Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 37 Rdnr. 21; Trute (o. Fußn. 47), § 35 Rdnr. 32.

49) Vgl. dazu Nw. in Fußn. 46.

50) Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 35 Rdnr. 23.

lich der Herstellung der Verbindungen zwischen diesen Teilnehmernetzen. Reduziert ist freilich die praktische Bedeutung der Verpflichtung, da bei Verbindungen innerhalb desselben Teilnehmernetzes – bei dem hier vorausgesetzten Verständnis also des Mobilfunknetzes – kein Verbindungsnetz genutzt würde. Bei Verbindungen in andere Teilnehmernetze, d.h. in das Festnetz oder in ein anderes Mobilfunknetz, müsste jedoch die Möglichkeit der VNB-Auswahl sichergestellt werden.

### 3. Verfassungskonformität des § 43 Abs. 6 TKG

Die Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 TKG schreibt den Netzbetreibern einen bestimmten Umgang mit ihren Produktionsmitteln, den TK-Netzen, vor. Die Vorschrift ist daher auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Dabei sollen Gesichtspunkte des Bestandsschutzes an dieser Stelle noch außer Betracht bleiben.<sup>51</sup>

#### a) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Die Berufsausübungsfreiheit umfasst auch die Freiheit, Inhalt und Umfang einer gewerblichen Tätigkeit nach freiem Willen zu bestimmen.<sup>52</sup> Durch die Verpflichtung, bei der Erbringung einer gewerblichen Leistung bestimmten Vorgaben zu genügen, wird in diese Freiheit eingegriffen.<sup>53</sup> Die von § 43 Abs. 6 TKG vorgesehene Verpflichtung der Netzbetreiber, den Nutzern ihrer Netze die Möglichkeit der VNB-Auswahl einzuräumen,<sup>54</sup> stellt eine solche Einschränkung der beruflichen Tätigkeit der Netzbetreiber dar.

Damit § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG als eine gesetzliche Schranke der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungskonform ist, muss die Vorschrift insbesondere dem Gebot der Verhältnismäßigkeit genügen. Das

ist der Fall, wenn sie sich zur Erreichung eines legitimen Regelungsziels als geeignet, erforderlich und angemessen erweist.<sup>55</sup> Im Bereich der Berufsausübungsfreiheit steht dem Gesetzgeber dabei ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu<sup>56</sup> – der bei der Verfolgung wirtschaftspolitischer Ziele besonders weit ist.<sup>57</sup> Ziel des § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG ist die im Interesse der Nutzer liegende Förderung des Infrastrukturwettbewerbs im Verbindungsbereich.<sup>58</sup> Die Vorschrift verfolgt mithin ein explizit wirtschaftspolitisches Ziel<sup>59</sup> und dient mit der Wettbewerbsförderung und den Interessen der Nutzer legitimen Zwecken. Diese können mit Hilfe der Beseitigung nicht in die einzelnen Angeboten liegender Nachfragehemmnisse auch gefördert werden, so dass § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG zur Erreichung der verfolgten Zwecke geeignet ist. Ein milderes Mittel zur Beseitigung der Bindung des Nutzers an den vom Teilnehmernetzbetreiber vorgegebenen VNB ist ebenfalls nicht ersichtlich. § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG ist mithin auch erforderlich zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels.

Bei der zuletzt zu untersuchenden Angemessenheit der Regelung ist der Grundrechtseingriff gegen den angestrebten Zweck, zu dem er nicht außer Verhältnis stehen darf, abzuwägen.<sup>60</sup> Bei einer – wie hier – lediglich die Berufsausübung betreffenden Regelung reicht insoweit bereits jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls zur Bejahung der Angemessenheit der Regelung.<sup>61</sup> Eine solche liegt mit der im Nutzerinteresse begründeten Wettbewerbsförderung vor. Überdies ist mit Blick auf die Eingriffsintensität zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG den verpflichteten Betreiber im Verbindungsbereich zwar dem Wettbewerb aussetzt. Zugleich muss nun aber kein Kunde des verpflichteten Netzbetreibers auch im Teilnehmernetzbereich den Anbieter wechseln, nur um im Verbindungsbereich die Dienstleistungen eines Wettbewerbers in Anspruch nehmen zu können. Insoweit profitiert der verpflichtete Betreiber sogar von der Sicherstellung der VNB-Auswahl, so dass die Intensität des Grundrechtseingriffs entsprechend gemindert ist.<sup>62</sup> Dass es dem Netzbetreiber nicht verwehrt ist, dem Nutzer die Kosten für die Umstellung einer etwaigen dauerhaften Einstellung in Rechnung zu stellen,<sup>63</sup> trägt ebenfalls zu einer zurückhaltenden Bewertung der Intensität des Grundrechtseingriffs bei.<sup>64</sup> § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG erweist sich somit als vereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG.

#### b) Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG)

Art. 14 Abs. 1 GG schützt die Erwerbstätigkeit, Art. 14 Abs. 1 GG – u.a. – das Erworben als Ergebnis dieser Tätigkeit. Diese Grundrechte sind mithin funktionell aufeinander bezogen.<sup>65</sup> Werden Eigentumsgegenstände im Rahmen der Berufstätigkeit genutzt,<sup>66</sup> so dass eine Beeinträchtigung des Eigentums insoweit zugleich die Berufsausübung beeinträchtigt, sind die beiden Gewährleistungen daher kumulativ anwendbar.<sup>67</sup> Das Eigentum ist, da es sich bei Art. 14 Abs. 1 GG um ein normgeprägtes Grundrecht handelt, die Summe der vom Gesetzgeber gewährten vermögenswerten Rechte.<sup>68</sup> Der rechtliche Gehalt des grundrechtlich geschützten Eigentums zeichnet sich durch Privatnützigkeit und die grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand aus.<sup>69</sup> Zwar ist noch nicht jede Vorgabe hinsichtlich der konkreten Beschaffenheit und Zusammensetzung eines am Markt eingeführten Produkts an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen.<sup>70</sup> Die dem Eigentümer der Infrastruktureinrichtungen zustehende grundsätz-

51) Vgl. zu diesen unter III.

52) *Gubelt*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Band 1, 4. Aufl. 1992, Art. 12 Rdnr. 18; *Manssen*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Band 1: Präambel, Art. 1–19, 4. Aufl. 1999, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 65; *Stern/Dietlein*, ArchivPT 1998, 309, 318.

53) *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1997, Art. 12 Rdnr. 10; *Manssen* (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 64.

54) Dies erfordert die Modifikation der Netzsoftware sowie zahlreiche Anpassungen einzelner Betriebsabläufe, vgl. zu den Details *Europe Economics/Arcome*, Study on the Cost Allocation for Number Portability, Carrier Selection and Carrier Pre-Selection, Final Report for DG XIII of the European Commission, Volume I, 1999, S. 26.

55) BVerfGE 81, 156, 189; *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 23.

56) BVerfGE 7, 377, 405 f.; BVerfGE 81, 156, 189; *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 23.

57) BVerfGE 81, 156, 189; *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 23; *Manssen* (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 121. Vgl. auch *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 518.

58) S. dazu ausführlich oben, I. 2. a).

59) Die Frage, ob „Switching Costs“ keinen regulierungswirtschaftlichen Handlungsbedarf begründen, verneint etwa von *Knieps* (o. Fußn. 23), S. 5, ist eine dem Gesetzgeber vorbehaltene regulatorische Entscheidung, die er u.a. in § 43 Abs. 6 TKG getroffen hat.

60) *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 27; *Manssen* (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 133.

61) BVerfGE 7, 377, 405; *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 28; *Manssen* (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 140; *Stern/Dietlein*, RTKom 1999, 2, 3.

62) Ähnlich auch, mit Blick auf § 43 Abs. 5 TKG: *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 518.

63) *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 5), § 43 Rdnr. 34; *Bartosch* (o. Fußn. 18), S. 110.

64) Zur Beachtlichkeit der Verknüpfung einer Verpflichtung mit der Zahlung eines Entgelts vgl. *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 28.

65) BVerfGE 50, 290, 361 f. und 365.

66) Vgl. auch *Stern/Dietlein* (o. Fußn. 52), S. 322.

67) BVerfGE 50, 290, 361; *Stern/Dietlein* (o. Fußn. 52), S. 317 und 322; a.A. wohl *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 3 und Art. 14 Rdnr. 4.

68) BVerfGE 24, 367, 396; *Bryde*, in: von Münch/Kunig (o. Fußn. 52), Art. 14 Rdnr. 59.

69) BVerfGE 24, 367, 389 f.; 37, 132, 140; *Schmidt-Preuß*, RdE 1996, 1, 3; *Stern/Dietlein* (o. Fußn. 52), S. 323.

70) BVerfG NJW 1992, 36, 37.

liche Dispositionsbefugnis wird aber durch die Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 TKG eingeschränkt, so dass auch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S. d. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG vorliegt.<sup>71</sup>

Wirtschaftslenkende Maßnahmen betreffen oft die Berufs- und Eigentumsfreiheit gleichermaßen.<sup>72</sup> Eine, wie hier, nicht zu beanstandende Einschränkung der Berufsfreiheit ist dabei in der Regel auch mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 GG verfassungskonform.<sup>73</sup> Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers umso weiter ist, je mehr das betreffende Eigentumsrecht in einem sozialen Bezug steht.<sup>74</sup> Das Eigentum an einem öffentlichen TK-Netz steht in besonderem Maße in einem derartigen sozialen Bezug. Die mit § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG im Interesse der Nutzer bezweckte Förderung des Infrastrukturwettbewerbs stellt überdies gerade ein Regelungsziel dar, das diesen sozialen Bezug aufnimmt und das Eigentumsrecht zum Wohle der Allgemeinheit ausgestaltet. Auch mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 GG bestehen somit keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG.

#### 4. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Art. 12 Abs. 7 Richtlinie 97/33/EG<sup>75</sup> statuiert zwar eine Verpflichtung zur Sicherstellung der Möglichkeit der VNB-Auswahl, die in materiell-rechtlichem Einklang mit § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG sowohl eine dauerhafte Vorauswahl als auch die Möglichkeit, diese im Einzelfall „durch Wählen einer kurzen Kennzahl aufzuheben“, vorsieht. Die Verpflichtung betrifft jedoch ausschließlich Betreiber fester öffentlicher Telefonnetze mit beträchtlicher Marktmacht, nicht jedoch den Mobilfunkbereich oder Betreiber, deren Marktmacht unterhalb dieser Eingriffsschwelle liegt. Zugleich steht Art. 12 Abs. 7 Richtlinie 97/33/EG aber einer weiter gehenden mitgliedstaatlichen Regulierung nicht entgegen. Die Vorschrift sieht ausdrücklich vor, dass die Regulierungsbehörden eine entsprechende Verpflichtung „zumindest“ von den genannten Betreibern verlangen können. Dieser auf die Schaffung einer Mindestvorgabe gerichtete Regulierungsansatz liegt der gesamten Richtlinie 97/33/EG zu Grunde, die es den Mitgliedstaaten nicht verwehrt, auch Unternehmen unterhalb der Schwelle „beträchtlicher Marktmacht“ einer Regulierung zu unterwerfen.<sup>76</sup>

Im Rahmen der anstehenden Reform des europäischen TK-Rechts wird die Vorschrift über die Sicherstellung der Möglichkeit der VNB-Auswahl in die geplante Universaldienst- und Nutzerrechterichtlinie<sup>77</sup> integriert werden. Art. 25 Abs. 2 Satz 1 des Richtlinienentwurfs der EG-Kommission v. 12.7.2000 beschränkt sich nach wie vor auf eine Verpflichtung von Festnetzbetreibern mit beträchtlicher Marktmacht. Neu ist indes eine Vorgabe bezüglich der Sicherstellung der Möglichkeit der VNB-Auswahl in anderen Netzen oder in abweichender Ausgestaltung. Art. 25 Abs. 2 Satz 2 des Richtlinienentwurfs ordnet hierfür eine Bewertung „gemäß dem Verfahren zur Marktanalyse nach Artikel 14“ der Rahmenrichtlinie<sup>78</sup> an. Nach Art. 14 Abs. 3 des Rahmenrichtlinienentwurfs ist damit Voraussetzung für die Auferlegung und Beibehaltung bereichsspezifischer Verpflichtungen die Feststellung, dass auf dem betroffenen Markt kein wirksamer Wettbewerb besteht. Dies kann evtl. de lege ferenda Auswirkungen auf § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG haben, de lege lata steht Gemeinschaftsrecht einer Anwendung dieser Vorschrift auf den Mobilfunkbereich jedenfalls nicht entgegen.

## II. Konsequenzen für die Netzzusammenschaltung

Die Betreiber öffentlicher Mobilfunknetze unterliegen damit der Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 TKG. Faktische Voraussetzung hierfür ist die Zusammenschaltung zwischen dem Mobilfunknetz und dem auszuwählenden Verbindungsnetz.<sup>79</sup> Sofern zwischen dem Mobilfunk- und dem VNB keine privatautonome Einigung über die Zusammenschaltung ihrer Netze zu Stande kommt, wird eine der beteiligten Parteien – in der Praxis voraussichtlich der VNB – die Möglichkeit der Anrufung der Reg TP in Betracht ziehen, um die Zusammenschaltung im Wege einer Anordnung nach § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG zu erreichen.

### 1. Zusammenschaltung eines Verbindungs- und eines Mobilfunknetzes

Eine Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG kann nur ergehen, wenn sich die Betreiber öffentlicher TK-Netze nicht auf eine Zusammenschaltungsvereinbarung verständigen können. § 37 TKG setzt keine marktbeherrschende Stellung voraus, d.h. Zusammenschaltungsanordnungen können auch gegenüber nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern ergehen.<sup>80</sup> Auf Grundlage des § 37 TKG kann jedoch nur die Zusammenschaltung zweier öffentlicher TK-Netze angeordnet werden. Ein öffentliches Mobilfunknetz ist unproblematisch ein solches öffentliches TK-Netz i.S.v. § 3 Nr. 12 TKG. Aber auch ein reines Verbindungsnetz erfüllt die Merkmale dieses Begriffs,<sup>81</sup> wenn es öffentliche Teilnehmernetze miteinander verbindet.<sup>82</sup> Betreiber solcher Verbindungsnetze können daher die Anordnung einer Zusammenschaltung nach § 37 Abs. 1 TKG beantragen.

### 2. Entgeltfestsetzung gegenüber nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern

Daran anschließend stellt sich die praktisch besonders bedeutsame Frage, in welchem Verfahren und nach welchen Maßstäben die Entgelte einer solchen angeordneten Zusammenschaltung festzusetzen sind. Dabei soll zunächst davon ausgegangen werden, dass der an der angeordneten Zusammenschaltung beteiligte Mobilfunknetzbetreiber

71) Vgl. zur Parallelproblematik i.R.d. § 33 TKG: Stern/Dietlein (o. Fußn. 52), S. 322 ff.

72) Manssen (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 283.

73) Manssen (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 283. Vorsichtiger: Gubelt (o. Fußn. 52), Art. 12 Rdnr. 18.

74) BVerfGE 50, 290, 340 f.; BVerfGE 52, 1, 32; BVerfGE 79, 292, 302; Bryde (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 4 und 59; Jarass (o. Fußn. 53), Art. 14 Rdnr. 33; Schwarze, in: Schwarze (o. Fußn. 19), S. 11, 20.

75) ABl. EG Nr. L 199 v. 26.7.1997, S. 32, zuletzt geändert durch Richtlinie 98/16/EG, ABl. EG Nr. L 268 v. 3.10.1998, S. 37.

76) Koenig/Neumann, RTkom 2000, 27, 30; Salje (o. Fußn. 30), S. 65. Mit Blick auf die Nummernportabilität auch VG Köln (o. Fußn. 1), S. 518; Schuster (o. Fußn. 1), S. 522. Bedenken bei Nacimiento (o. Fußn. 8), S. 488.

77) KOM (2000) 392 endg., ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 238. Vgl. nun aber auch Art. 19 des Gemeinsamen Standpunktes des Rates v. 17.9.2001, 2001/0183 (COD).

78) KOM (2000) 393 endg., ABl. EG Nr. C 365 E v. 19.12.2000, S. 198; KOM (2001) 380 endg.

79) S. dazu bereits o. Fußn. 46.

80) Ganz h.M., vgl. nur Manssen (o. Fußn. 24), C § 37 TKG Rdnr. 1; Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 37 Rdnr. 1; Klaue/Schwintowski, Marktabgrenzung und Marktbeherrschung im Telekommunikationssektor, 2001, S. 16 f.; Koenig/Loetz (o. Fußn. 13), S. 301; Moritz, RTkom 2000, 102, 116; Nolte, BB 1996, 2629, 2631; Schwintowski, CR 1997, 630, 635; Spoerr (o. Fußn. 32), S. 674; Weißhaar/Koenig, MMR 1998, 475. Zweifelnd: Holzhäuser, MMR 2000, 466 Fußn. 7.

81) Ganz h.M., vgl. Manssen (o. Fußn. 24), C § 3 TKG Rdnr. 46; Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 8; Spoerr (o. Fußn. 16), § 3 Rdnr. 63; Weißhaar/Koenig (o. Fußn. 80), S. 477.

82) Reg TP (o. Fußn. 27), S. 740; Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 8.

weder über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB noch über „beträchtliche Marktmacht“ i.S.d. gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verfügt. Wie in einem solchen Fall die Entgeltfestsetzung zu erfolgen hat, ist in der Literatur und der Regulierungspraxis nach wie vor heftig umstritten.

### a) § 39 TKG als Rechtsgrund- oder als Rechtsfolgenverweisung?

Ungeklärt ist in erster Linie, ob es sich bei § 39 TKG um eine Rechtsgrund<sup>83</sup> oder um eine Rechtsfolgenverweisung<sup>84</sup> handelt. Nur im ersten Fall müsste das in §§ 24 ff. TKG enthaltene Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung erfüllt sein. Dieser vielschichtige Meinungsstreit soll an dieser Stelle nicht im Detail diskutiert, sondern nur in seinen zentralen Argumenten nachgezeichnet werden.

Die Wortlautexegese des § 39 TKG ergibt lediglich, dass die §§ 24 ff. TKG nicht unmittelbar zur Anwendung kommen<sup>85</sup> und die Tatbestandsmerkmale an den nur ähnlichen Sachverhalt angepasst werden müssen,<sup>86</sup> indem die §§ 24 ff. TKG auf die ansonsten nicht ex ante genehmigungspflichtigen Entgelte für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung Anwendung finden. Dies ist

aber gerade ein Charakteristikum einer Verweisungsnorm.<sup>87</sup> Wären die Bezugsnormen schon ohne die Verweisung anwendbar, wäre die Verweisungsnorm überflüssig<sup>88</sup> bzw. würde nur noch eine klarstellende Funktion erfüllen.<sup>89</sup> Der Wortlaut einer Analogieverweisung ist daher in der Regel kein taugliches Mittel zur Unterscheidung zwischen einer Rechtsgrund- und einer Rechtsfolgenverweisung.<sup>90</sup> Da § 39 TKG keine ausdrückliche Einschränkung auf die Rechtsfolgenseite der Entgeltregulierungsvorschriften enthält, sondern vollumfänglich auf die §§ 24 ff. TKG verweist,<sup>91</sup> würde eine rein auf den Wortlaut der Vorschrift abstellende Auslegung sogar zu dem Ergebnis kommen, dass der Zweck des § 39 TKG lediglich in der oben beschriebenen Modifikation der §§ 24 ff. TKG besteht.<sup>92</sup> Die Wortlautanalyse spricht daher eher für eine Rechtsgrundverweisung,<sup>93</sup> ohne freilich der Annahme einer Rechtsfolgenverweisung zwingend entgegenzustehen.<sup>94</sup>

Die lediglich hilfsweise heranzuziehende und hinter den objektivierten „Gesetzeswillen“ zurücktretende historische Auslegung<sup>95</sup> ergibt kein eindeutiges Bild. So spricht die subjektiv-historische Auslegung eher für die Annahme einer Rechtsfolgenverweisung,<sup>96</sup> wohingegen die objektiv-historische Auslegung ambivalent bleibt.<sup>97</sup>

Deutlich für die Annahme einer Rechtsgrundverweisung spricht jedoch eine teleologisch-systematische Analyse. So sind die Vorschriften der ex-ante-Regulierung ein originäres Instrument der asymmetrischen Regulierung.<sup>98</sup> Das Entgeltregime des TKG knüpft in zahlreichen Vorschriften ausdrücklich an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung an.<sup>99</sup> Dies gilt u.a. für die Bestimmung zur Preishöhenkontrolle (§ 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG) und insbesondere für die Ausgestaltung der Verfahren der präventiven (§§ 25 Abs. 1, 27, 28 f. TKG, §§ 1–5 TEntgV) und der nachträglichen Entgeltregulierung (§§ 25 Abs. 2, 30 TKG, § 6 TEntgV). Aber auch die in § 24 Abs. 2 Nr. 2 und Nr. 3 TKG enthaltenen Verbote knüpfen an aus dem Kartellrecht bekannte Verbotstatbestände an, denen normbegründend der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu Grunde liegt.<sup>100</sup> Darüber hinaus ist auch die von § 24 Abs. 1 TKG vorgeschriebene Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nur gegenüber einem marktmächtigen Unternehmen legitimierbar.<sup>101</sup> Sie basiert auf der Prämisse, dass ein marktbeherrschender Infrastrukturanbieter seine Netzstruktur nach anderen unternehmerischen Gesichtspunkten ausrichtet bzw. ausrichten kann als ein nicht marktbeherrschender Netzbetreiber.<sup>102</sup> Nur in einem solchen Fall ist es sinnvoll und geboten, die unter den Bedingungen des vorhandenen Wettbewerbs begründeten tatsächlichen Kosten im Sinne eines seitens des *Regulierers* vorgegebenen, auf der Annahme funktionsfähigen Wettbewerbs beruhenden Effizienzmaßstabes zu modifizieren.<sup>103</sup> Die Annahme, bei § 39 TKG handele es sich um eine Rechtsfolgenverweisung, wird daher dem Sinnzusammenhang der asymmetrischen Entgeltregulierungstatbestände nicht gerecht.<sup>104</sup> Die teleologisch-systematische Auslegung der §§ 39, 24 ff. TKG spricht für die Beschränkung der Entgeltregulierung auf die in den §§ 24 ff. TKG tatbestandlich vorausgesetzten Asymmetrielagen.

Dieses Ergebnis wird schließlich auch von einer verfassungskonformen Auslegung bestätigt. Jedenfalls soweit lediglich nicht marktbeherrschende Netzbetreiber von einer Zusammenschaltungsanordnung betroffen sind, sofern also keine asymmetrische Marktsituation angesprochen ist, kann eine Entgeltfestsetzung nur noch der mit der Zusam-

83) *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; *Bock/Völcker*, CR 1998, 473, 481; *Fuhr/Kerkhoff*, NJW 1997, 3209, 3211; *Kleinlein/Binder*, MMR 2001, 569, 571 f.; *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 30; *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 117; *Tschentscher/Neumann*, BB 1997, 2437, 2440; i. E. auch *Scherer/Ellinghaus*, MMR 2000, 201, 206.

84) *Reg TP* MMR 1998, 621; K&R 1998, 444; MMR 1998, 681; *Etlings-Ernst*, Praxiskommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. 1999, § 39 Rdnr. 1 und 5; *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), § 39 Rdnr. 4; *Manssen* (o. Fußn. 24), C § 39 TKG Rdnr. 3 und 5; *Berger*, Netzzusammenschaltungen von Telekommunikationsunternehmen im nationalen, europäischen und internationalen Regelungszusammenhang, 2000, S. 132; *Hefekäuser/Dreier*, CR 1997, 110, 111; *Riehmer* (o. Fußn. 14), S. 54; *ders.*, MMR 1998, 59, 63; *Salje* (o. Fußn. 30), S. 67; *Schadow* (o. Fußn. 19), S. 105.

85) *OVG Münster* MMR 2001, 548, 549.

86) *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 202.

87) BVerwGE 107, 345, 346; vgl. auch BFHE 158, 185, 187 f.

88) Vgl. auch *Hassold*, JR 1989, 358, 359, der diese Sichtweise „nicht unproblematisch“ nennt.

89) *Budde*, Jura 1984, 578, 579; *Hassold* (o. Fußn. 88), S. 361.

90) *Meier-Rudolph/Würten*, JA 1981, 450, 451; *Salje* (o. Fußn. 30), S. 66; a. A. wohl *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 202.

91) *Spoerr*, K&R 2001, 213, 215.

92) Ähnlich auch *Salje* (o. Fußn. 30), S. 67.

93) Ähnlich auch *Leo/Schellenberg*, ZUM 1997, 188, 196; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 202. Vgl. auch BVerwGE 107, 345, 346.

94) Für letztlich unergiebig hält den Wortlaut von § 39 TKG auch *Salje* (o. Fußn. 30), S. 66.

95) BVerfGE 1, 299, 312; BVerfGE 36, 342, 367; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 204.

96) Vgl. zur Annahme, den Geltungsbereich der Entgeltregulierung auch auf nicht marktbeherrschende Unternehmen zu erstrecken, BT-Drs. 13/4864, S. 79.

97) Vgl. dazu *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; *Fuhr/Kerkhoff* (o. Fußn. 83), S. 3211; *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 28 f.; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 204 f.

98) *Schuster* (o. Fußn. 2), § 2 Rdnr. 10; *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; *Spoerr* (o. Fußn. 16), § 25 Rdnr. 3; *Fuhr/Kerkhoff* (o. Fußn. 83), S. 3209; *Großkopf/Ritgen*, CR 1998, 86, 87.

99) *Bock/Völcker* (o. Fußn. 83), S. 481; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 204.

100) *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 204. Vgl. auch *Manssen* (o. Fußn. 24), C § 24 TKG Rdnr. 21 und 24; *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (o. Fußn. 1), § 24 Rdnr. 5 und 27; *Becker*, K&R 1999, 112, 112 f.

101) *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 117.

102) *Reg TP* (o. Fußn. 36), S. 265 f.; *Schuster/Stürmer* (o. Fußn. 100), Anh 27 § 3 TEntgV Rdnr. 2; *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 105; *Schütz*, MMR 2001, 552, 554.

103) *Reg TP* (o. Fußn. 36), S. 265 f.; *Schütz* (o. Fußn. 102), S. 554.

104) *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 29 f.; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 204.

menschaltungsverpflichtung selbst verfolgten Zielsetzung, also der im allgemeinen Interesse liegenden<sup>105</sup> Förderung und Beschleunigung des Aufbaus einer umfassenden TK-Infrastruktur und der dadurch erreichten Sicherung der positiven Netzexternalitäten<sup>106</sup> dienen. Indem die Maßstäbe der §§ 24 ff. TKG nur bedingt auf die tatsächlichen Umstände der Berufsausübung abstellen und ihnen vielmehr eine hypothetische, „effiziente“ Gestaltung der Umstände der Berufsausübung als „Orientierung“ dient, kommt ihnen zumindest auch die Funktion der kartellrechtlichen Verhaltenssteuerung zu. Diese würde bei Annahme einer Rechtsfolgenverweisung die Zusammenschaltungsentgelte betreffen – wohingegen alle anderen Aspekte der Zusammenschaltung, die ggf. im Wege der Anordnung geregelt werden müssen, nicht unter derartigen verhaltenssteuernden Aspekten festzulegen wären. Die Anwendung der Entgeltgenehmigungsvorschriften ist daher zur Erreichung des Ziels der Zusammenschaltungsförderung nicht erforderlich.<sup>107</sup> Diese Wertung bringt auch der europäische Gesetzgeber zum Ausdruck, wenn er in Art. 7 Abs. 1 und 2 Richtlinie 97/33/EG eine Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte nur für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vorsieht.<sup>108</sup> Die Annahme einer Rechtsfolgenverweisung begegnet folglich erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln, so dass § 39 TKG jedenfalls im Wege der verfassungskonformen Auslegung nur als Rechtsgrundverweisung gesehen werden kann.<sup>109</sup>

#### b) Entgeltfestsetzung im Rahmen der Anordnung nach § 37 TKG?

Wie sich aus § 37 Abs. 2 TKG ergibt, der die Substitutionsfunktion der Zusammenschaltungsanordnung gegenüber einer Zusammenschaltungsvereinbarung nach § 36 TKG deutlich macht,<sup>110</sup> geht das Gesetz bei den möglichen Inhalten einer Zusammenschaltungsanordnung von einem umfassenden Regelungsgegenstand aus. Da die privatautonome Vereinbarung nach § 36 TKG auch eine (einvernehmliche) Festlegung des Entgelts enthält,<sup>111</sup> kann für eine Vereinbarung, die auf Grund einer hoheitlichen Anordnung nach dem insoweit nicht differenzierenden § 37 TKG<sup>112</sup> zu Stande kommt, nichts anderes gelten.<sup>113</sup> Die *Reg TP* kann daher i.R.e. Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 Abs. 1 TKG bei isolierter Betrachtung der Vorschrift insbesondere auch die kommerziellen Aspekte der Zusammenschaltungsvereinbarung festsetzen.<sup>114</sup>

In den jüngst ergangenen Entscheidungen zur EBC-Zusammenschaltungsanordnung der *Reg TP* haben jedoch sowohl das *VG Köln*<sup>115</sup> als auch das *OVG Münster*<sup>116</sup> im Schrifttum bislang einhellig kritisch rezipierte<sup>117</sup> Aussagen getroffen, die der Annahme einer Entgeltfestsetzung i.R.e. Anordnung nach § 37 TKG entgegenstehen könnten. Da sich die Gerichte mit der Regulierung der Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens zu befassen hatten, fehlt jedoch eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Verweis in § 39 TKG das Merkmal der marktbeherrschenden Stellung entbehrlieh macht. Die genannte Judikatur ist mithin im vorliegenden Kontext nur von begrenztem Erkenntniswert. Insbesondere trägt der Gedanke, bei § 39 TKG handele es sich um eine Spezialregelung zu § 37 TKG,<sup>118</sup> nicht, wenn sich § 39 TKG nur Aussagen für die Bestimmung der Entgelte marktbeherrschender Netzbetreiber entnehmen lassen.<sup>119</sup> Auch das Wortlautargument des *VG Köln* steht im Ergebnis der Annahme eines an sich umfassenden Regelungsgegenstandes der Anordnung nach § 37 TKG nicht entgegen, zumal es auf der Prämisse der Anwendbarkeit der §§ 24 ff. TKG be-

ruht.<sup>120</sup> Das Gericht ist der Ansicht, der Wortlaut des § 39 TKG setze eine begriffliche Trennung zwischen der Zusammenschaltungsanordnung als solcher und der erst ihre anschließende Durchführung betreffenden Entgeltfestsetzung voraus.<sup>121</sup> Das Gesetz nimmt mit der Formulierung „Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung“ allerdings lediglich den Bestandteil der Zusammenschaltungsvereinbarung in Bezug, der den Typus dieses angeordneten Vertrags prägt. Eine Beschränkung des Anordnungsumfangs nach § 37 Abs. 1 TKG ist damit nicht intendiert.<sup>122</sup>

Eine Entgeltfestsetzung auf Grundlage von § 37 Abs. 1 TKG hätte überdies auch keine Verkürzung der Rechte des betroffenen Unternehmens gegenüber dem Entgeltgenehmigungsverfahren zur Folge. Eine solche wäre, wie das *OVG Münster* zu Recht anklingen lässt,<sup>123</sup> sachlich nicht zu rechtfertigen. Zu kurz greift aber die in einem obiter dictum angedeutete Schlussfolgerung, daraus ergebe sich zwingend die Durchführung eines Verfahrens nach §§ 24 ff. TKG auch gegenüber nicht marktmächtigen Netzbetreibern.<sup>124</sup> Zum einen bedarf ein gerade nicht der Entgeltregulierung unterliegendes Unternehmen schon gar keines Schutzes gegen die Festsetzung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientierter Entgelte. Zum anderen liegt es bei der Entgeltfestsetzung auf Grundlage des § 37 Abs. 1 TKG in der Hand des betroffenen Unternehmens, seine Rechtsposition durch Beibringung entsprechender Nachweise zu verbessern. Es kann somit alle Rechte wahrnehmen, die ihm i.R.d. Entgeltgenehmigungsverfahrens zustehen, ohne sich dabei jedoch der Verpflichtung<sup>125</sup> aus § 2 EntgV ausgesetzt zu sehen.<sup>126</sup>

105) *Trute* (o. Fußn. 47), § 36 Rdnr. 2; *Nolte* (o. Fußn. 80), S. 2631.

106) Vgl. dazu *Trute* (o. Fußn. 47), § 2 Rdnr. 20; *Mestmäcker/Schweitzer*, Netzwettbewerb, Netzzugang und „Roaming“ im Mobilfunk, 1999, S. 41 f.; *Salje* (o. Fußn. 30), S. 30.

107) *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 30.

108) *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 30.

109) *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 30 f.

110) *Koenig/Braun*, MMR 2001, 563, 565; *Schütz*, MMR 2/2001, S. X; *ders.* (o. Fußn. 102), S. 553. Ähnlich auch *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 549.

111) *VG Köln* MMR 2001, 410, 411.

112) Satz 2 des ersten redaktionellen Leitsatzes zur Entscheidung des *VG Köln* (o. Fußn. 111), S. 410, ist irreführend, da das Gericht gerade nicht über den „Wortlaut des § 37 TKG“, sondern über den des § 39 TKG („für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung“) argumentiert.

113) *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 548; *Trute* (o. Fußn. 47), § 37 Rdnr. 19; *Koenig/Braun* (o. Fußn. 110), S. 565 f.; *Schütz* (o. Fußn. 110), S. X; *Spoerr* (o. Fußn. 91), S. 214.

114) *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 549; *Reg TP* (o. Fußn. 47), S. 434; *Reg TP* (o. Fußn. 40), S. 17; *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), § 37 Rdnr. 14; *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 13), S. 302 f.; *Leo/Schellenberg* (o. Fußn. 93), S. 195; *Schadow* (o. Fußn. 19), S. 100; *Schmidt*, K&R 1999, 385, 389; *Spoerr* (o. Fußn. 32), S. 677; *Tschentscher/Neumann* (o. Fußn. 83), S. 2440.

115) *VG Köln* (o. Fußn. 111), S. 410.

116) *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 548.

117) *Hummel*, CR 2001, 440; *Kleinlein/Binder* (o. Fußn. 83), S. 569; *Koenig/Braun* (o. Fußn. 110), S. 563; *Rädler*, CR 2001, 451; *Schütz* (o. Fußn. 110), S. X; *Spoerr* (o. Fußn. 91), S. 213.

118) In diese Richtung: *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 548; *Badura/Schneider* (o. Fußn. 19), S. 6.

119) Zur weiteren Kritik an der Annahme eines Spezialitätsvorrangs: *Kleinlein/Binder* (o. Fußn. 83), S. 572.

120) Das *VG Köln* (o. Fußn. 111), S. 410, bezeichnet die Anwendung der Vorschriften über die Entgeltregulierung denn auch als „entscheidend“ für seine Rechtsauffassung.

121) *VG Köln* (o. Fußn. 111), S. 410; *Badura/Schneider* (o. Fußn. 19), S. 6 f.; dagegen u.a. *Trute* (o. Fußn. 47), § 37 Rdnr. 19; *Spoerr* (o. Fußn. 91), S. 214.

122) So i.E. auch *Hummel* (o. Fußn. 117), S. 443; *Spoerr* (o. Fußn. 91), S. 214.

123) *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 549.

124) *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 549.

125) Deren Umfang und Bedeutung im Entgeltgenehmigungsverfahren freilich umstritten ist, vgl. *Kleinlein/Binder* (o. Fußn. 83), S. 575; *Spoerr* (o. Fußn. 91), S. 216.

126) *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 12.

Dass der Betreiber, der seine Preisvorstellung nicht hinlänglich sachlich begründet, das Risiko einer deshalb für ihn ungünstig ausfallenden, auf die Angaben des anderen Netzbetreibers gestützten Anordnung trägt,<sup>127</sup> ergibt sich schlichtweg daraus, dass der Regulierer auf objektives Datenmaterial angewiesen ist. Dies stellt auch qualitativ keinen Unterschied zur Festlegung technischer und sonstiger wirtschaftlicher Parameter der Zusammenschaltungsvereinbarung dar (z.B. Zahl und Lage der Zusammenschaltungspunkte, technische Anforderungen etc.). Insoweit steht die Erbringung eines Kostennachweises im wohlverstandenen Eigeninteresse der Netzbetreiber. Legt das Zusammenschaltungspflichtige Unternehmen keine oder nur unzureichende Kostennachweise vor,<sup>128</sup> muss es damit rechnen, dass die *Reg TP* die Berechnung der Kosten auf Grundlage selbst ermittelter oder von dem anderen Netzbetreiber beigebrachter Daten vornimmt oder dieser Bezugsgröße bei der Entgeltfestsetzung gegenüber anderen Aspekten<sup>129</sup> (Auswirkung auf die Nutzerinteressen, Förderung des Wettbewerbs etc.) geringere Bedeutung zumisst.

### c) Maßstäbe der Entgeltfestsetzung

Da es sich bei den Zusammenschaltungsentgelten um einen Bestandteil einer Zusammenschaltungsvereinbarung handelt, sind für ihre Festsetzung dieselben Maßstäbe beachtlich, die auch für andere anordnungsfähige und -bedürftige Vereinbarungsinhalte gelten. Die für die Entscheidung über die Höhe des Entgelts relevanten materiellen Maßstäbe ergeben sich damit einerseits aus § 9 Abs. 3 und 4 NZV und andererseits aus §§ 37 Abs. 3 Satz 3, 35 Abs. 2 TKG.<sup>130</sup> Zu berücksichtigen sind des Weiteren die Regulierungsziele des § 2 Abs. 2 TKG als das gesamte TK-Recht überlagernde Zielvorgaben, sowie § 36 Satz 2 TKG, der den Grundgedanken des Zusammenschaltungsregimes wiedergibt.<sup>131</sup> In negativer Hinsicht als Kriterium auszuschneiden ist schließlich die für die Entgeltregulierung nach §§ 24 ff. TKG bedeutsame Orientierung an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung.<sup>132</sup> Der Effizienz-Begriff erlaubt eine Abstrahierung von den realen Aufwandsdaten des betreffenden Unternehmens.<sup>133</sup> Diese ist nur zu rechtfertigen, wenn es der regulativen Korrektur vorgefundener Marktstrukturen bedarf – mithin im Falle des Vorliegens einer Marktasymmetrie.<sup>134</sup>

### § 9 Abs. 3 und 4 NZV

§ 9 Abs. 3 und 4 NZV sind im hier relevanten Zusammenhang drei Maßstäbe für die Entgeltfestsetzung bei Zusammenschaltungsanordnungen zu entnehmen. Zunächst ist dem Primat der privatautonomen Einigung, der sich schon aus § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG ergibt, Rechnung zu tragen (vgl. § 9 Abs. 3 NZV). Die Vorstellungen der beteiligten Netzbetreiber hinsichtlich der Höhe des Entgelts sind als Ober- bzw. Untergrenze des Bereichs, innerhalb dessen die Entgeltfestsetzung zu erfolgen hat, zwingend zu berücksichtigen.<sup>135</sup> Des Weiteren ist im Ansatz die unternehmerische Freiheit der Netzbetreiber zu berücksichtigen,<sup>136</sup> sein grundsätzliches Recht zur Festsetzung der Netznutzungsbedingungen somit zunächst anzuerkennen. Abweichungen sind freilich dann möglich und ggf. auch geboten, wenn sie im Einklang mit anderen vorgegebenen Maßstäben stehen bzw. von diesen gefordert werden. Überdies stellt § 9 Abs. 4 NZV auf die Gestaltung des TK-Netzes ab, so dass sich hieraus weniger ein Gebot zur Berücksichtigung der pekuniären Vorstellungen des Netzbetreibers ergibt als (lediglich) die Pflicht zur Rücksichtnahme auf netzplanerische Überlegungen.

Schießlich sind nach § 9 Abs. 4 NZV auch die „Interessen der Nutzer“ zu berücksichtigen. Dieser Maßstab, der das in § 36 Satz 2 TKG normierte Finalprogramm der Förderung der Kommunikation der Nutzer untereinander aufgreift,<sup>137</sup> gewinnt im vorliegenden Kontext in zweierlei Hinsicht Bedeutung: Zum einen beeinflussen hohe Zusammenschaltungsentgelte die Grenzkosten der Leistungsbereitstellung und damit regelmäßig auch die vom Kunden für die Inanspruchnahme der auf die Zusammenschaltung angewiesenen TK-Dienstleistungen zu entrichtenden Entgelte. Im Nutzerinteresse liegen indes regelmäßig möglichst erschwingliche Preise für die am Markt angebotenen TK-Dienstleistungen.<sup>138</sup> Zum anderen haben die Nutzer ein Interesse an der Möglichkeit der Auswahl unter unterschiedlichen Dienstleistungserbringern, die für den Verbindungsnetzbereich überdies in § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG vorgesehen ist und auf Grund ihrer wettbewerbsfördernden Wirkung von der *Reg TP* bei der Entgeltfestsetzung berücksichtigt werden muss (vgl. auch § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG). Diese Auswahlmöglichkeit darf dann aber nicht faktisch durch prohibitive Entgelte für das Vorprodukt Zusammenschaltung beschränkt werden. Bei der Festsetzung der Entgelthöhe ist damit Sorge zu tragen, dass dem VNB kompetitive Preissetzungsspielräume auch für sein TK-Produkt verbleiben.

### §§ 37 Abs. 3 Satz 3, 35 Abs. 2 TKG

Nicht minder bedeutsam für die Bestimmung der Entgelthöhe durch die *Reg TP* ist § 37 Abs. 3 Satz 3 TKG, der die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG auch für Zusammenschaltungsanordnungen verbindlich macht. Da ausdrücklich nur auf die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG abgestellt wird, handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung, so dass diese Kriterien auch dann zu berücksichtigen sind, wenn die von einem nicht marktbeherrschenden Unternehmen zu erhebenden Entgelte festzulegen sind.<sup>139</sup> Dies rechtfertigt sich auch daraus, dass im Falle einer Zusammenschaltungsanordnung das Prinzip der Vertragsfreiheit bereits versagt hat, in deren Rahmen nicht marktbeherrschende Betreiber nicht an die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG gebunden wären.<sup>140</sup>

Zusammenschaltungsanordnungen müssen also auch hinsichtlich der Entgelthöhe auf objektiven Maßstäben beruhen. Darunter sind solche Maßstäbe zu verstehen, die sich

127) Koenig/Neumann (o. Fußn. 76), S. 34.

128) Dies ist im Festnetzbereich gängige Praxis der DTAG, vgl. Schütz (o. Fußn. 102), S. 555; ders./Müller, MMR 1999, 128, 135.

129) Vgl. dazu ausführlich sogleich, II. 2. c).

130) Vgl. Trute (o. Fußn. 47), § 37 Rdnr. 17; Koenig/Neumann (o. Fußn. 76), S. 33.

131) Vgl. Trute (o. Fußn. 47), § 37 Rdnr. 17.

132) Koenig/Neumann (o. Fußn. 76), S. 33.

133) Spoerr (o. Fußn. 16), § 24 Rdnr. 46.

134) Dazu bereits oben, II. 2. a).

135) Vgl. auch Koenig/Neumann (o. Fußn. 76), S. 33.

136) Vgl. auch Koenig/Loetz (o. Fußn. 13), S. 300.

137) Spoerr (o. Fußn. 32), S. 677.

138) Degenhart, K&R 2001, 32, 33; Koenig/Neumann, ZRP 2001, 252, 255. Die Höhe der Preise ist daher nach wie vor das entscheidende Kriterium, an dem sich die Kunden bei der Wahl des TK-Dienstleisters orientieren, vgl. Mummert + Partner, Pressemitteilung v. 26.7.2001, im WWW abrufbar unter [http://www.mummert.de/deutsch/press/a\\_press\\_info/012607.html](http://www.mummert.de/deutsch/press/a_press_info/012607.html).

139) Manssen (o. Fußn. 24), C § 37 TKG Rdnr. 7; Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 37 Rdnr. 13 f.; i.E. auch Mestmäcker/Schweitzer (o. Fußn. 106), S. 43; Tschentscher (o. Fußn. 36), S. 302; a.A. – ohne Begründung – Trute (o. Fußn. 47), § 37 Rdnr. 17; Spoerr (o. Fußn. 32), S. 678. Trute, a.a.O., weist allerdings ausdrücklich auf den weiter gehenden Wortlaut hin, und hält es an anderer Stelle, § 39 Rdnr. 12, denn auch für angebracht, bei der Bestimmung der Höhe der von einem nicht marktmächtigen Unternehmen verlangten Zusammenschaltungsentgelte auf die Maßstäbe des § 35 Abs. 2 TKG zurückzugreifen.

140) Vgl. dazu auch Piepenbrock (o. Fußn. 26), § 36 Rdnr. 14.

unabhängig von den subjektiven Zielsetzungen der Beteiligten anhand der normativen Lage und der faktischen Situation rechtfertigen lassen.<sup>141</sup> Können sich die Betreiber nicht auf ein Entgelt einigen und obliegt dessen Festsetzung mithin der *Reg TP*, hat sie somit auf die Kosten der Leistungsbereitstellung als zunächst die Mindestentgelthöhe determinierenden Faktor abzustellen.<sup>142</sup> Anders als bei der Entgeltregulierung nach §§ 24 ff. TKG geht es hier nur um die Kosten der faktischen Leistungsbereitstellung; auf die auf einem abstrahierten Netzmodell beruhenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung kommt es nicht an.<sup>143</sup> Die von § 3 Abs. 2 TEntgV vorgegebenen Kostenarten sind damit für die Entgeltfestsetzung nach § 37 Abs. 1 TKG irrelevant.

Die somit erforderliche Berechnung der faktischen Kosten unterscheidet sich lediglich hinsichtlich der zu betrachtenden Wertschöpfungsstufe von der auch i.R.d. Entgeltregulierung erfolgenden Kostenberechnung gem. § 2 Abs. 2 TEntgV. Diese ist auch Grundlage der Entgeltprüfung nach §§ 24 ff. TKG,<sup>144</sup> so dass die hier vertretene Bezugnahme auf die Kosten der faktischen Leistungsbereitstellung keine neuartigen Kostenrechnungsmodelle oder -nachweise erfordert. Die faktischen Kosten können somit namentlich unter Zugrundelegung in der Praxis entwickelter Netzkostenmodelle (sog. Bottom-up-Ansatz) ermittelt werden,<sup>145</sup> wobei das betroffene Unternehmen seine bestehende Netzstruktur sowie die daraus tatsächlich entstehenden Kosten zu Grunde legen wird.<sup>146</sup> Um die Plausibilität der Kostenrechnung des insoweit über ein Informationsmonopol verfügenden<sup>147</sup> Betreibers zu überprüfen, kann der Regulierer jedoch auch hier auf „Top-down-Modelle“ zurückgreifen. Ausscheiden muss hingegen ein Vergleichsmarkttest (sog. Benchmarking), da dieser über die objektiv anfallenden Kosten nichts aussagt.<sup>148</sup>

Nicht zu den Kosten der faktischen Leistungsbereitstellung zählen solche Kostenaufschläge, die der Mobilfunknetzbetreiber dem Teilnehmer in Rechnung stellt, um auf diesem Wege die hohen Subventionen zu refinanzieren, mit welchen die Marktpenetration der Endgeräte erhöht werden sollte. Diese Kosten stehen in keinem objektiven Zusammenhang mit den durch die Nutzung des Mobilfunknetzes erzeugten Kosten. Als Kosten des Produktvertriebs sind sie den Endkundenentgelten zuzurechnen,<sup>149</sup> nicht aber den Vorproduktkosten. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass Leistungen der Zuführung aus bzw. der Terminierung in ein Mobilfunknetz teurer sind als entsprechende Leistungen aus bzw. in ein Festnetz.<sup>150</sup> Grund hierfür sind die höheren Kosten, die bei der Inanspruchnahme der Elemente eines Funknetzes im Vergleich zur Inanspruchnahme der Elemente eines festen Teilnehmernetzes entstehen.<sup>151</sup> Des Weiteren ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass auch unter Zugrundelegung eines gut definierten Kostenzurechnungssystems eine Zuweisung sämtlicher Kosten nicht möglich sein wird.<sup>152</sup> Insoweit muss also dem entgeltberechtigten Unternehmen ein gewisser Spielraum zugestanden werden, dessen Höhe freilich 10% des Gesamtentgeltes keinesfalls übersteigen darf.<sup>153</sup>

Da selbst i.R.d. Entgeltregulierung der regulierte Netzbetreiber eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielen können soll, muss schließlich Entsprechendes erst recht i.R.e. Entgeltfestsetzung gelten. Heranzuziehen sind hier allerdings, da es nicht um die Verursachung von faktisch feststellbaren Kosten, sondern um den hypothetisch erzielbaren Gewinn geht,<sup>154</sup> die Kapitalrenditen vergleichbarer Märkte.<sup>155</sup> Entscheidende Bedeutung

kommt dabei dem Vergleichsmaßstab zu. Würde man als hypothetisch erzielbaren Gewinn den Gewinn definieren, der bei einem Verzicht auf regulatorische Eingriffe erzielbar wäre,<sup>156</sup> würde man die Zusammenschaltungsregulierung auf Entgeltebene konterkarieren. Ein Vergleich mit den Oligopolgewinnen, die gegenwärtig für den Mobilfunkmarkt kennzeichnend sind und nach wie vor für erhebliche Gewinnmargen in den Endkundenpreisen sorgen,<sup>157</sup> kommt damit nicht in Betracht. Es ist folglich auf die Kapitalrenditen in einem möglichst benachbarten, zumindest vergleichbaren Preisbildungsgesetzmäßigkeiten unterliegenden Markt abzustellen, auf dem jedoch kompetitive Strukturen bestehen und funktionsfähiger Wettbewerb herrscht.<sup>158</sup>

Der nach § 35 Abs. 2 Satz 1 TKG ebenfalls zu berücksichtigende Maßstab der Nachvollziehbarkeit setzt Transparenz und Überprüfbarkeit voraus<sup>159</sup> und akzentuiert damit in seiner formellen Komponente die Obliegenheit der Netzbetreiber, die angesetzten faktischen Kosten angemessen zu begründen. Und schließlich darf die Entgeltfestsetzung auf Grund der erforderlichen Gewährung eines gleichwertigen Netzzugangs<sup>160</sup> auch nicht diskriminierend sein. Die vertraglichen Bedingungen, unter denen Zusammenschaltungen mit dem betreffenden Netzbetreiber realisiert wurden, müssen im Wesentlichen vergleichbar sein.<sup>161</sup> Bei der Bestimmung der Entgelthöhe gewinnt insoweit somit der Vergleich mit anderen Zusammenschaltungsvereinbarun-

141) *Trute* (o. Fußn. 47), § 35 Rdnr. 41.

142) Ähnlich für den Energiesektor: *Schmidt-Preuß* (o. Fußn. 69), S. 8; a.A. *Tschentscher* (o. Fußn. 36), S. 302.

143) Vgl. dazu bereits oben, II. 2. c).

144) *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 550; *VG Köln* MMR 2001, 523, 524; *Spoerr* (o. Fußn. 16), § 24 Rdnr. 35 f.; *Mellewig/Theissen*, MMR 1998, 589, 590; *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 107; *Schütz* (o. Fußn. 102), S. 555; *ders./Müller* (o. Fußn. 128), S. 131.

145) Mit Blick auf § 2 TEntgV: *Schuster/Stürmer* (o. Fußn. 100), Anh § 27 § 2 TEntgV Rdnr. 10 und 13 f.

146) *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 108 Fußn. 42.

147) *Manssen* (o. Fußn. 24), C Anhang zu § 27 TKG Rdnr. 8.

148) Vgl. auch *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 109; a.A. *Tschentscher* (o. Fußn. 36), S. 302.

149) Vgl. auch *Reg TP* (o. Fußn. 40), S. 36; *Mellewig/Theissen* (o. Fußn. 144), S. 591.

150) *TKC*, M 1/99–255, 3.3.1. Im Einzelnen ist noch vieles ungeklärt. Die *EG-Kommission* hat eine Studie über Kostenstrukturen in Mobilfunknetzen ausgeschrieben, deren Resultate noch im Laufe des Jahres 2001 veröffentlicht werden sollen, vgl. *Kommissar Liikanen*, Antwort auf die Schriftliche Anfrage E-3398/00, ABl. EG Nr. C 174 E v. 19.6.2001, S. 48, 49.

151) *TKC* (o. Fußn. 150), 3.3.1.

152) Vgl. Empfehlung 98/322/EG der *Kommission* v. 8.4.1998 zur Zusammenschaltung in einem liberalisierten TK-Markt (Teil 2 – Getrennte Buchführung und Kostenrechnung), ABl. EG Nr. L 141 v. 13.5.1998, S. 6, 8; *Knieps*, in: *Schwarze* (o. Fußn. 19), S. 39.

153) Die *EG-Kommission* geht davon aus, dass ein gut definiertes Kostenzurechnungssystem eine Zuweisung von mindestens 90% der Kosten ermöglicht, vgl. Empfehlung 98/322/EG, S. 8.

154) Auch damit wird allerdings durchaus an „konkret ermittelbare Zahlen“ angeknüpft, vgl. *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 108.

155) Ähnlich auch *Schmidt-Preuß* (o. Fußn. 69), S. 9.

156) So hat in der Tat auf der Basis des allgemeinen Kartellrechts das höchste Gericht Neuseelands allerdings die Inrechnungstellung sämtlicher Opportunitätskosten, einschließlich entgangener Monopolrenten, für zulässig erachtet, vgl. *Monopolkommission* (o. Fußn. 10), S. 165.

157) *Xonio Mobilfunk-Report* 2000 (o. Fußn. 23), S. 107.

158) In diese Richtung auch – auf § 3 TEntgV bezogen: *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 106; vgl. des Weiteren: *Becker* (o. Fußn. 100), S. 115 f.

159) *Manssen* (o. Fußn. 24), C § 35 TKG Rdnr. 15; *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), § 35 Rdnr. 34; *Trute* (o. Fußn. 47), § 35 Rdnr. 42.

160) Vgl. zur Bedeutung des Merkmals gleichwertigen Zugangs *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), § 35 Rdnr. 23.

161) *Reg TP* (o. Fußn. 47), S. 432; *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), Anh § 39 § 9 NZV Rdnr. 16; *Trute* (o. Fußn. 47), § 35 Rdnr. 41; *Piepenbrock* (o. Fußn. 30), S. 435.

gen des Netzbetreibers entscheidende Bedeutung,<sup>162</sup> wobei natürlich auch solche Vereinbarungen zu berücksichtigen sind, die mit marktstärkeren Betreibern getroffen wurden. Auf Grund des gegenläufigen Maßstabs der Berücksichtigung der unternehmerischen Interessen sowie auf Grund des mangels Marktmacht fehlenden Missbrauchspotenzials ist hier jedoch die Kontrollintensität gegenüber dem Diskriminierungsverbot des § 24 Abs. 2 Nr. 3 TKG, des § 33 Abs. 1 TKG oder auch der unmittelbaren Anwendung des § 35 Abs. 2 TKG zurückgenommen.<sup>163</sup>

#### d) Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

Nach Art. 7 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG haben die Mitgliedstaaten die Anwendung der Grundsätze der Kostenorientierung und Transparenz auf Unternehmen sicherzustellen, die von der nationalen Regulierungsbehörde als „Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht“ gemeldet wurden. Diese mitgliedstaatliche Pflicht erstreckt sich nicht auf andere Unternehmen.<sup>164</sup> Freilich ist es den Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich gestattet, auch Unternehmen unterhalb dieser Marktmachtschwelle einer Entgeltregulierung zu unterwerfen, soweit dadurch die praktische Wirksamkeit der Richtlinienvorgaben nicht beeinträchtigt wird.<sup>165</sup> Eine nicht marktmächtige Unternehmen betreffende Entgeltfestsetzung auf Grundlage des § 37 TKG, wie sie vorstehend dargestellt wurde, steht daher auch im Einklang mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts.

#### e) Exkurs: Entgeltfestsetzung im Falle der Annahme einer Rechtsfolgenverweisung

Zwar hat sich die *Reg TP* zuletzt einer Entscheidung in der Frage der Einstufung der in § 39 TKG vorgeschriebenen Verweisung enthalten<sup>166</sup> und bereits 1999 zum Ausdruck gebracht, dass „einzelne Bereiche der Zusammenschaltung wegen des Wegfalls marktbeherrschender Stellungen aus der Tarifregulierung herausfallen“ könnten,<sup>167</sup> was stark in Richtung der Annahme einer Rechtsgrundverweisung deutet, sofern es nicht lediglich auf nicht angeordnete Zusammenschaltungen bezogen sein sollte. Die (noch)

herrschende Meinung steht allerdings auf dem Standpunkt, bei § 39 TKG handele es sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Nachfolgend soll daher in Ergänzung der bisherigen Ausführungen untersucht werden, wie die Entgeltfestsetzung auf der Grundlage dieser Auffassung zu erfolgen hätte.

Versteht man § 39 TKG als Rechtsfolgenverweisung, sind die Zusammenschaltungsentgelte nach §§ 24 ff. TKG genehmigungspflichtig, ohne dass es auf die Marktmacht des jeweiligen Netzbetreibers ankäme.<sup>168</sup> Sämtliche Zusammenschaltungsentgelte müssen sich dann an den durch die Vorschriften der TEntgV konkretisierten Maßstäben des § 24 TKG messen lassen. Jedenfalls der ausdrücklich eine marktbeherrschende Stellung voraussetzende Maßstab des § 24 Abs. 2 Nr. 1 TKG ist allerdings im Falle nicht marktmächtiger Unternehmen unanwendbar. Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass die in § 24 Abs. 1 TKG vorgesehene Orientierung der Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft, wenn sie dazu führt, dass nicht marktmächtige Netzbetreiber ihre Entgelte auf der Basis eines hypothetischen Netzaufbaus festlegen müssen.<sup>169</sup>

Bei der Rechtsanwendung ist diesen Bedenken daher Rechnung zu tragen. Dogmatischer Ansatzpunkt hierfür kann die gesetzliche Anordnung sein, wonach sich die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (nur) zu orientieren haben.<sup>170</sup> Damit bilden die Kosten der faktischen Leistungsbereitstellung die Grundlage der Entgeltberechnung,<sup>171</sup> die in einem zweiten Schritt unter Effizienz Gesichtspunkten zu modifizieren ist.<sup>172</sup> Dadurch, dass sich die Entgelte insoweit an den unter Effizienz Gesichtspunkten errechneten Kosten nur orientieren müssen, wird der *Reg TP* ein gewisser Spielraum bei der Festlegung der Entgelte innerhalb des von den realen Kosten einerseits und den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung andererseits begrenzten Korridors eröffnet.<sup>173</sup> Im Falle der Regulierung von Entgelten eines nicht marktmächtigen Unternehmens ist es verfassungsrechtlich geboten, auf eine Ausrichtung an den Gegebenheiten eines Unternehmens, das die jeweilige Leistung kostenminimiert mit modernsten Produktionsmethoden bereitstellt, gänzlich oder zumindest weitgehend zu verzichten.

#### 3. Entgeltfestsetzung gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht

Nachfolgend soll untersucht werden, was zu gelten hat, wenn der an der angeordneten Zusammenschaltung beteiligte Mobilfunknetzbetreiber zumindest über „beträchtliche Marktmacht“ i.S.d. gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verfügt.

##### a) Begriff der „Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht“

Vorbehaltlich abweichender Festlegungen gilt nach Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 97/33/EG die widerlegbare<sup>174</sup> Vermutung,<sup>175</sup> dass eine Organisation die Schwelle „beträchtlicher Marktmacht“ überschritten hat, wenn ihr Marktanteil 25% übersteigt. Will eine Regulierungsbehörde eine abweichende Festlegung treffen, hat sie jedenfalls die fünf in Art. 4 Abs. 3 Satz 4 Richtlinie 97/33/EG genannten Kriterien zu berücksichtigen. Dabei ist angesichts der exakt definierten Schwellenwerte davon auszugehen, dass eine Abweichung von der in Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 97/33/EG normierten Vermutung nur im Ausnahmefall in Be-

162) Vgl. auch *Manssen* (o. Fußn. 24), C § 35 TKG Rdnr. 16; *Riehmer*, MMR 1998, 355, 358.

163) *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 34.

164) *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 205.

165) Ebenso *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; a.A. *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 205. Allerdings ist zu beachten, dass die vorliegend entwickelte Lösung gerade nicht zu einer Entgeltregulierung i.S.e. Ausrichtung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unabhängig von der Marktstellung der regulierten Unternehmen führt. Die von *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 205, geforderte Differenzierung ist damit gewährleistet.

166) *Reg TP* (o. Fußn. 36), S. 265.

167) *Reg TP* (o. Fußn. 27), S. 740 und 759.

168) Die Frage, ob dabei ein gesondertes Entgeltgenehmigungsverfahren zu erfolgen hat oder ob die Entgeltgenehmigung in der Zusammenschaltungsanordnung erfolgen kann, ist umstritten. Vgl. zum Streitstand: *Koenig/Braun* (o. Fußn. 110), S. 563; *Hummel* (o. Fußn. 117), S. 442 ff.; *Rädler* (o. Fußn. 117), S. 452; *Schütz* (o. Fußn. 102), S. 552 f.; *Spoerr* (o. Fußn. 91), S. 214 f.

169) Vgl. dazu oben, II. 2. a).

170) Hervorhebung durch den Verfasser.

171) Vgl. bereits oben, II. 2. c).

172) Im Einzelnen ist hier vieles umstritten, vgl. nur *OVG Münster* (o. Fußn. 85), S. 550.

173) *Manssen* (o. Fußn. 24), C § 3 TKG Rdnr. 8 f. und 16; *Spoerr* (o. Fußn. 16), § 24 Rdnr. 48 ff.; *Moritz* (o. Fußn. 80), S. 110. Vgl. auch *Großkopf/Ritgen* (o. Fußn. 98), S. 89.

174) *Bock/Völcker* (o. Fußn. 83), S. 480; *Polster*, Das Telekommunikationsrecht der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 63.

175) *Polster* (o. Fußn. 174), S. 63; *Scherer/Bartsch*, in: *Scherer, Telecommunication Laws in Europe*, 4. Aufl. 1998, S. 29.

tracht kommt.<sup>176</sup> Der Begründungsbedarf steht dabei zu der Differenz des Marktanteils des betroffenen Unternehmens zu der Vorgabe von 25% in einem direkt proportionalen Verhältnis.<sup>177</sup>

#### b) Vorgaben für die Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte

Art. 7 Abs. 2 Satz 1 Richtlinie 97/33/EG sieht vor, dass Zusammenschaltungsentgelte von Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht den „Grundsätzen der Transparenz und Kostenorientierung“ zu unterliegen haben. Diese Vorschrift etabliert einen materiell-rechtlich zu beachtenden Maßstab. Damit ist mitgliedstaatlich ein zwingendes Regulierungsverfahren vorzusehen, welches unabhängig von einer etwaigen vertraglichen Einigung durchzuführen ist. Die nur im Falle eines Dissens relevante Entgeltfestsetzung auf Grundlage des § 37 TKG erfüllt diese Vorgaben daher nicht. Das TKG kennt ein zwingendes Entgeltregulierungsverfahren, das in Abhängigkeit von der Marktmacht des regulierten Unternehmens durchgeführt wird, vielmehr nur in den §§ 24 ff.

#### c) Konsequenzen der unterbliebenen Meldung durch die Reg TP

Von Seiten der *Reg TP* wurde bislang allerdings lediglich die *DTAG* für den Festnetzbereich als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht im Sprachtelefondienst sowie im Mietleitungsmarkt gemeldet.<sup>178</sup> Zu klären ist daher, welche Konsequenzen das Ausbleiben einer solchen Meldung hat, wenn ein Unternehmen, wie vorliegend unterstellt, über beträchtliche Marktmacht verfügt.

#### Festlegung nach Art. 4 Abs. 3 Satz 2 und 3 Richtlinie 97/33/EG

Art. 4 Abs. 3 Satz 2 und 3 Richtlinie 97/33/EG räumen den nationalen Regulierungsbehörden die Möglichkeit einer von der in Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 97/33/EG normierten Vermutung abweichenden Festlegung ein. Damit steht zunächst den nationalen Regulierungsbehörden die Befugnis zu, den Kreis der Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht festzulegen.<sup>179</sup> Dass nach Art. 4 Abs. 3 Satz 4 Richtlinie 97/33/EG bei der Festlegung fünf einzeln aufgeführte Kriterien zwingend zu berücksichtigen sind, zeigt jedoch, dass die Regulierungsbehörden insoweit an normative Vorgaben gebunden sind.<sup>180</sup> Auch stünde die Annahme einer nicht kontrollierbaren Entscheidung der Regulierungsbehörden im Widerspruch zu der ausdrücklichen Notifizierungspflicht nach Art. 18 Abs. 2 Satz 1 Richtlinie 97/33/EG sowie zu der Kontrollmöglichkeit, welche der *EG-Kommission* von Art. 18 Abs. 2 Satz 2 Richtlinie 97/33/EG eingeräumt wird. Schließlich ergibt sich auch aus dem sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie, dass die „Festlegung“ in der Sache eine rechtserkennende Feststellung und keine rechtsbegründende Festlegung ist. Es handelt sich bei dem Begriff der „Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht“ mithin um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Ausfüllung die nationalen Regulierungsbehörden der vollumfänglichen Nachprüfung unterliegen. Ein anderes Ergebnis würde überdies die Definitionsmacht gänzlich in die Hände der nationalen Regulierungsbehörden legen und mithin die praktische Wirksamkeit der Richtlinienvorgaben („effet utile“) gefährden.

Die *Reg TP* hat, soweit ersichtlich, eine von Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 97/33/EG abweichende Festlegung bislang noch nicht getroffen. Angesichts des auf eine positive Festlegungsentscheidung abstellenden Wortlauts der

Richtlinie kann nicht von der Möglichkeit einer konkludenten Festlegung durch bloße Nichtmeldung ausgegangen werden.<sup>181</sup> Damit greift gemeinschaftsrechtlich aber ohnehin die grundsätzliche Vermutung des Art. 4 Abs. 3 Satz 1 Richtlinie 97/33/EG, der zufolge bei einem Marktanteil von über 25% von beträchtlicher Marktmacht auszugehen ist.

#### Notifizierungspflicht

Auch die Subsumtion unter den Begriff der „Organisation mit beträchtlicher Marktmacht“ führt indes noch nicht zur Anwendbarkeit der Richtlinienvorgaben. Die einschlägigen Vorschriften der Richtlinie 97/33/EG setzen vielmehr eine entsprechende Meldung seitens der nationalen Regulierungsbehörden voraus.<sup>182</sup> Nach Art. 18 Abs. 2 2. Spiegelstrich Richtlinie 97/33/EG sind die nationalen Regulierungsbehörden verpflichtet, der Kommission unverzüglich diejenigen Organisationen zu melden, die den Richtlinienbestimmungen über Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht unterliegen.<sup>183</sup> Diese Notifizierungspflicht ist vor dem Hintergrund des Harmonisierungsziels der Richtlinie (Art. 1 Satz 2 Richtlinie 97/33/EG) zu sehen. Die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 97/33/EG hängt insoweit entscheidend davon ab, dass die Regulierungsbehörden mit der Meldung der Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auch die formalen Voraussetzungen der Richtlinienvorgaben erfüllen. Mit dem Verzicht auf die Meldung eines Netzbetreibers mit beträchtlicher Marktmacht verstößt die *Reg TP* somit gegen Gemeinschaftsrecht.

#### Konsequenzen für die Rechtsanwendung

Unter bestimmten Voraussetzungen kann Richtlinienbestimmungen ausnahmsweise unmittelbare Wirkung zukommen.<sup>184</sup> Vorliegend würde dies jedoch zu einer Verpflichtung der nun der Entgeltregulierung i.S.d. Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG unterliegenden Netzbetreiber führen. Sofern Zusammenschaltungsansprüche anderer Betreiber gegen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht in Rede stehen, handelt es sich mithin um ein Problem der horizontalen Wirkung von Richtlinien; sofern es um Regulierungsbefugnisse gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht geht, um eine Frage der unmittelbaren vertikalen Anwendung von Richtlinienbestimmungen zu Lasten Privater. Den mitgliedstaatlichen Behörden ist es indes nicht möglich, sich gegenüber Privaten zu deren Lasten unmittelbar auf eine Richtlinienbestimmung zu berufen.<sup>185</sup> Darüber hinaus kommt Richtlinien aber auch keine horizontale unmittelbare Wirkung zu.<sup>186</sup>

176) *TKC* (o. Fußn. 150), 3.3; *Rudolf*, Das Recht auf Netzzugang in der Telekommunikation, 2001, S. 88; vgl. auch *DG XIII*, Explanatory Note „Determination of Organisations with Significant Market Power (SMP) for implementation of the ONP Directives“, S. 11, wonach eine Abweichung (nur) „in specific situations“ in Betracht kommt; a.A. wohl *Berger* (o. Fußn. 84), S. 177; *Klaue/Schwintowski* (o. Fußn. 80), S. 114.

177) *TKC* (o. Fußn. 150), 3.3.

178) Vgl. dazu die in ABl. EG Nr. C 66 v. 1.3.2001, S. 2, abgedruckten Informationen.

179) *DG XIII* (o. Fußn. 176), S. 1; *Polster* (o. Fußn. 174), S. 63.

180) Vgl. auch *Rudolf* (o. Fußn. 176), S. 88.

181) Vgl. auch *Trute* (o. Fußn. 47), § 33 Rdnr. 22.

182) Art. 7 Abs. 1 RL 97/33/EG. Vergleichbar auch Art. 6, Art. 7 Abs. 2 Satz 4, Art. 8 Abs. 2, Art. 12 Abs. 7 Satz 1 RL 97/33/EG.

183) Vgl. auch *Klaue/Schwintowski* (o. Fußn. 80), S. 19 und 71.

184) Dazu ausführlich *Koenig/Haratsch*, Europarecht, 3. Aufl. 2000, S. 91 f. 185) *EuGH* Slg. 1987, 3969, 3986 Tz. 10; *EuGH* Slg. 1991, I-5357, 5408 Tz. 11; *EuGH* Slg. 1994, I-3325, 3355 Tz. 20; *Geiger*, EUV/EGV, 3. Aufl. 2000, Art. 249 EGV Rdnr. 15; *Pechstein*, EWS 1996, 261, 264.

186) *EuGH* Slg. 1994, I-3325, 3356 Tz. 25.

Vorliegend ist allerdings die *Reg TP* als mittelnde Behörde zwischengeschaltet, so dass die Möglichkeit einer „mittelbaren Horizontalwirkung“ in Betracht zu ziehen sein könnte.<sup>187</sup> Betreiber, die ihr Netz mit dem einer Organisation mit beträchtlicher Marktmacht zusammenschließen, hätten dann ggf. eine Möglichkeit, von dem Mitgliedstaat eine Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG entsprechende Kontrolle der Zusammenschaltungsentgelte zu verlangen.<sup>188</sup> Eine mittelbare Horizontalwirkung kann aber überhaupt nur in solchen Fällen in Betracht gezogen werden, in denen der Staat unter Verstoß gegen ein ihm durch die Richtlinie auferlegtes und durch einen Abwehranspruch des Bürgers flankiertes Verbot einem anderen Bürger eine günstigere Position einräumt.<sup>189</sup> Da Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG kein an den Staat gerichtetes Verbot, sondern lediglich ein auf Sicherstellung einer der Vorschrift entsprechenden Überprüfung der Zusammenschaltungsentgelte gerichtetes Gebot enthält, liegt ein solcher Fall vorliegend schon aus diesem Grunde nicht vor. Die darüber hinausgehende Annahme einer mittelbaren Horizontalwirkung auch in solchen Fällen, in denen einem Bürger von einer Richtlinie gegenüber dem Staat ein Anspruch auf Maßnahmen mit drittbelastender Wirkung eingeräumt wird,<sup>190</sup> verstieße gegen den Vorbehalt des Gesetzes und ist daher abzulehnen.<sup>191</sup>

Das Richtlinienziel der Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte von Unternehmen mit (nur) beträchtlicher Marktmacht kann allerdings auch durch richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts erreicht werden.<sup>192</sup> Denkbar wäre es daher zum einen, über die Anordnung der „entsprechenden“ Geltung in § 39 TKG die Entgeltregulierungsvorschriften nicht lediglich auf marktbeherrschende Betreiber, sondern auch auf solche mit beträchtlicher Marktmacht anzuwenden.<sup>193</sup> Zum anderen würde der Annahme eines Umsetzungsdefizits aber auch entgegengewirkt, indem man eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 19 GWB immer dann bejaht, wenn beträchtliche Marktmacht gemäß den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben gegeben ist.<sup>194</sup> Unschädlich bliebe insoweit das Fehlen einer Meldung von Organisationen mit beträcht-

licher Marktmacht seitens der *Reg TP*. Sinn und Zweck dieser Meldung ist es, der *EG-Kommission* die wirksame Überwachung der Anwendung der Richtlinienbestimmungen zu ermöglichen.<sup>195</sup> Für das von Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG materiell verfolgte Ziel ist es aber unerheblich, ob seine Einhaltung auf Grund einer gemeinschaftsrechtswidrig unterbliebenen Meldung der Überwachung durch die *Kommission* entzogen ist. Müsste die *Reg TP* also einen Netzbetreiber als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht melden, ist der Mitgliedstaat unabhängig von der Meldung selbst verpflichtet, die innerstaatlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Zusammenschaltungsentgelte dieses Betreibers einer den Vorgaben des Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG entsprechenden Überprüfung unterzogen werden.

Sofern sich die *Reg TP* einer solchen Auslegung verschließt, wird das Umsetzungsdefizit indes manifest, so dass die Möglichkeit der Realisierung ggf. bestehender Ersatzansprüche in Betracht zu ziehen ist. Im Falle nicht erfolgter oder unzureichender Umsetzung einer Richtlinie gewährt das Gemeinschaftsrecht den dadurch Geschädigten u.U. einen Schadensersatzanspruch gegen den betreffenden Mitgliedstaat.<sup>196</sup> Fraglich erscheint hier neben der hinreichenden Qualifizierung des Gemeinschaftsrechtsverstößes vor allem auch, ob Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG auf die Verleihung von Rechten an Bürger, namentlich also an die anderen an der Zusammenschaltung beteiligten Netzbetreiber abzielt. Hierbei ist zu untersuchen, ob das durch die Richtlinie vorgeschriebene Ziel die Verleihung von Rechten an Einzelne beinhaltet.<sup>197</sup> Entscheidend ist, ob die Richtlinie auf personenbezogene Rechtsgüter Bezug nimmt.<sup>198</sup>

Zielsetzung der Richtlinie 97/33/EG ist ausweislich ihres Art. 1 Satz 1 die Festlegung eines ordnungspolitischen Rahmens für die Sicherstellung der Zusammenschaltung von TK-Netzen. Und auch die Formulierung von Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG selbst spricht gegen die Annahme einer Individualschutzrichtung der Vorschrift, die nur die Verpflichtung der Organisation mit beträchtlicher Marktmacht beschreibt und der *Reg TP* korrespondierende Kontrollbefugnisse einräumt. Andererseits erweisen sich die Verpflichtungen der Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht aber als Voraussetzungen für die wettbewerbliche Betätigung ihrer Wettbewerber.<sup>199</sup> Dies wird vor allem in Art. 9 Richtlinie 97/33/EG deutlich, der u.a. die nationalen Regulierungsbehörden zu streitschlichtenden Eingriffen verpflichtet.<sup>200</sup> Da schließlich in den letzten Jahren eine extensive Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte durch den *EuGH* zu verzeichnen war,<sup>201</sup> könnte letzten Endes doch auch Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG das Ziel der Verleihung von Rechten an Einzelne entnommen werden.<sup>202</sup> Da Richtlinie 97/33/EG als Bestandteil des ONP-Rechts der Gemeinschaft aber nur die technischen und rechtlichen Parameter der Zugangsbedingungen zu TK-Diensten als Voraussetzung für die Erbringung dieser Dienste, nicht jedoch die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Diensteanbieter als solche regelt, mithin auch nur auf Art. 95 EG, nicht aber auch auf Art. 55 EG i.V.m. Art. 47 Abs. 2 EG gestützt ist,<sup>203</sup> sprechen die besseren Gründe im Ergebnis wohl gegen den individualschützenden Charakter von Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG<sup>204</sup> und damit gegen die Annahme eines Schadensersatzanspruchs.

#### d) Exkurs: GSM-Betreiber als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht

Fraglich ist, ob die Betreiber des D1- und des D2-Netzes (im Folgenden: „D1“ und „D2“) Organisationen mit be-

187) So wohl *Wieland/Enderle*, MMR 1999, 379, 383.

188) In diese Richtung auch *Trute* (o. Fußn. 47), § 33 Rdnr. 22 und § 36 Rdnr. 19.

189) *Royal/Lackhoff*, DVBl 1998, 1116, 1117 f.

190) Vgl. dazu *Royal/Lackhoff* (o. Fußn. 189), S. 1117.

191) *Royal/Lackhoff* (o. Fußn. 189), S. 1117. Gegen die Annahme einer mittelbaren Horizontalwirkung auch *Geiger* (o. Fußn. 185), Art. 249 EGV Rdnr. 15.

192) Vgl. *EuGH* Slg. 1994, I-3325, 3357 Tz. 26 f.; *Royal/Lackhoff* (o. Fußn. 189), S. 1121; *Scheuing*, NVwZ 1999, 475, 479.

193) *Trute* (o. Fußn. 47), § 39 Rdnr. 5; *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 76), S. 30; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 83), S. 206.

194) *Klaue/Schwintowski* (o. Fußn. 80), S. 21; *Rudolf* (o. Fußn. 176), S. 89. Die *EG-Kommission* hält diese Lösung allerdings für zur Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Konzepts der „beträchtlichen Marktmacht“ untauglich und hat deswegen ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die *Bundesrepublik Deutschland* eingeleitet, vgl. *Klaue/Schwintowski* (o. Fußn. 80), S. 21 und 79 f.

195) So der neunzehnte Erwägungsgrund der RL 97/33/EG.

196) *EuGH* Slg. 1991, 5357, 5413 ff. Tz. 31 ff.; 1994, I-3325, 3357 Tz. 27. Zu den Voraussetzungen: *EuGH* Slg. 1991, I-5357, 5415 Tz. 40; *EuGH* Slg. 1994, I-3325, 3357 Tz. 27; *EuGH* Slg. 1996, I-4845, 4879 Tz. 22; *EuGH* Slg. 1996, I-5063, 5101 Tz. 48; *Koenig/Haratsch* (o. Fußn. 184), S. 92; *Meier*, NVwZ 1996, 660, 661.

197) *Koenig/Haratsch* (o. Fußn. 184), S. 158. Vgl. auch *Hölscheidt*, *EuR* 2001, 376, 386.

198) Vor dem Hintergrund der Einräumung subjektiv-öffentlicher Rechte: *Hölscheidt* (o. Fußn. 197), S. 387.

199) Vgl. auch *VG Köln* MMR 2000, 227, 229.

200) *VG Köln* (o. Fußn. 199), S. 229.

201) Dazu ausführlich *Hölscheidt* (o. Fußn. 197), S. 376, sowie des Weiteren *Calliess*, NVwZ 1996, 339, 340 f.

202) So *VG Köln* (o. Fußn. 199), S. 229.

203) Ausführlich dazu: *Rudolf* (o. Fußn. 176), S. 29.

204) Vgl. auch *Rudolf* (o. Fußn. 176), S. 37.

trächtlicher Marktmacht i.S.d. Richtlinie 97/33/EG sind. Diese in weiten Teilen ökonomische Prüfung kann i.R.d. vorliegenden rechtswissenschaftlichen Textes notwendigerweise nur cursorisch erfolgen.

### Markt für Mobilfunkdienstleistungen

Der Marktanteil von *D1* betrug Ende 2000 ca. 39,7%,<sup>205</sup> der von *D2* ca. 40,0%.<sup>206</sup> Angesichts dieser deutlichen Überschreitung der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Anwendungsschwelle von 25%<sup>207</sup> dürfte die Feststellung, dass es sich bei diesen Betreibern nicht um Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht handelt, von vornherein ausscheiden. Die daher ohnehin nur noch hilfsweise zu untersuchenden fünf Kriterien des Art. 4 Abs. 3 Satz 4 Richtlinie 97/33/EG stützen dieses Ergebnis. So bestimmen die D-Netz-Betreiber auf Grund ihrer erheblichen Reaktionsverbundenheit<sup>208</sup> im wesentlichen Umfang die Marktbedingungen, ohne dabei durch das Verhalten der Marktgegenseite kontrolliert zu werden. Des Weiteren weist der Zugang zu Finanzmitteln sowohl *D1* als 100%ige Tochter des ehemaligen Monopolisten *DTAG*<sup>209</sup> als auch *D2* als 99,2%ige Tochter von *Vodafone*, des nach eigenen Angaben größten Mobilfunknetzunternehmens der Welt, als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht aus.<sup>210</sup> Und nachdem es sich um die beiden Unternehmen handelt, die hier zu Lande zuerst die Genehmigung zum Betrieb eines GSM-Netzes erhalten hatten und ihre Netze seit nunmehr bald zehn Jahren betreiben, trifft diese Einstufung schließlich auch mit Blick auf ihre Erfahrung bei der Bereitstellung von Produkten und Diensten zu.<sup>211</sup>

### Nationaler Zusammenschaltungsmarkt

Anders als für die Zusammenschaltungspflicht nach Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG sind die Grundsätze des Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG aber gem. Art. 7 Abs. 1 Richtlinie 97/33/EG i.V.m. Anhang I Abschnitt 1 und 2 Richtlinie 97/33/EG zunächst nur von den im Festnetz- und im Mietleitungsmarkt tätigen Organisationen (mit beträchtlicher Marktmacht) zu berücksichtigen. Anders als die anderen Absätze des Art. 7 Richtlinie 97/33/EG ist Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG zwar gem. Art. 7 Abs. 2 Satz 4 Richtlinie 97/33/EG i.V.m. Anhang I Abschnitt 3 Richtlinie 97/33/EG auch auf Mobilfunkbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht anwendbar, im Unterschied zu allen anderen Bezugnahmen auf die „beträchtliche Marktmacht“ einer Organisation muss die Marktmacht in diesem Falle allerdings nicht auf dem als Endproduktmarkt bestimmten TK-Markt bestehen, sondern „auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt“. Dieser fasst alle Zusammenschaltungsleistungen zusammen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats erbracht bzw. nachgefragt werden, und umfasst somit sowohl Zusammenschaltungen im Mobilfunknetzbereich als auch solche im Festnetzbereich.<sup>212</sup>

Auf Grund der regulatorischen Zurückhaltung, die in Deutschland gegenüber dem gemeinschaftsrechtlichen Konzept der „beträchtlichen Marktmacht“ besteht, liegen ausdrückliche Untersuchungen zur Struktur des deutschen Zusammenschaltungsmarkts nicht vor.<sup>213</sup> Eine sorgfältige Analyse der Marktverhältnisse kann schon aus diesem Grunde i.R.d. vorliegenden rechtswissenschaftlichen Untersuchung nicht geleistet werden. Zu berücksichtigen ist aus tk-rechtlicher Sicht jedoch, dass die der Richtlinie 97/33/EG zu Grunde liegenden Prämissen, die zu der regulatorischen Sonderbehandlung des Mobilfunksektors geführt haben, angesichts der erheblich gewachsenen

praktischen Bedeutung des Mobilfunks nicht mehr vollumfänglich zutreffen. Bei der Anwendung der Regulierungsinstrumente muss daher den dadurch möglicherweise entstehenden wettbewerblichen Verwerfungen<sup>214</sup> vorgebeugt werden. Die Annahme beträchtlicher Marktmacht eines Mobilfunknetzbetreibers darf folglich keine rein theoretische Option bleiben. Dies haben auch die nationalen Regulierungsbehörden erkannt, wie die Meldungen entsprechender Organisationen gegenüber der *EG-Kommission* zeigen. Ihre Zahl nimmt zu<sup>215</sup> und hat in zahlreichen Fällen dazu geführt, dass die als Mobilfunknetzbetreiber mit beträchtlicher Marktmacht gemeldeten Organisationen zugleich als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf den nationalen Zusammenschaltungsmärkten gemeldet wurden.<sup>216</sup>

In ökonomischer Hinsicht kommt für die Bestimmung der Verhältnisse am nationalen Zusammenschaltungsmarkt zwei gegenläufigen Tendenzen große Bedeutung zu. Während die von den Mobilfunknetzbetreibern erwirtschafteten Umsätze volumenmäßig ansteigen,<sup>217</sup> gehen trotz ebenfalls steigender Gesprächsvolumina auf Grund des intensivierten Preiswettbewerbs die Umsätze im Festnetzbereich zurück.<sup>218</sup> Damit lässt sich eine zunehmend stärker werdende Marktstellung der Mobilfunknetzbetreiber am Zusammenschaltungsmarkt konstatieren, die angesichts der erheblichen Marktanteile der D-Netz-Betreiber für diese bereits bei ca. 25% liegen dürfte.<sup>219</sup> Die Annahme beträchtlicher Marktmacht von *D1* und *D2* auch auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt wird schließlich durch Heranziehung der Kriterien aus Art. 4 Abs. 3 Satz 4 Richtlinie 97/33/EG bestätigt. Vor allem für drei der Kriterien lassen sich Aussagen treffen, wobei hin-

<sup>205</sup> *Reg TP*, Jahresbericht 2000, S. 20; vgl. auch *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 516.

<sup>206</sup> *Reg TP* (o. Fußn. 205), S. 20; vgl. auch *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 516.

<sup>207</sup> Die Betrachtung beschränkt sich, im Einklang mit der Rechtsprechung des *VG Köln* und mit Blick auf die zu erbringende Zusammenschaltungsleistung, auf die Mobilfunknetzbetreiber. Die Marktabgrenzung im Einzelnen ist umstritten, vgl. dazu vertiefend etwa *Klaue/Schwintowski* (o. Fußn. 80), S. 20. Die Dominanz der D-Netz-Betreiber ist indes so evident, dass eine vertiefende Untersuchung hier unterbleiben kann.

<sup>208</sup> Dazu auch *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 520; *Mestmäcker*, Entgeltregulierung, Marktbeherrschung und Wettbewerb im Mobilfunk, MMR-Beilage 8/1998, 1, 18. Zweifelfnd: *Nacimiento* (o. Fußn. 8), S. 488.

<sup>209</sup> *Xonio Mobilfunk-Report 2000* (o. Fußn. 23), S. 22 und 24.

<sup>210</sup> So auch *Salje* (o. Fußn. 30), S. 41, mit Blick auf § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB.

<sup>211</sup> Vgl. zum Know-How der Mobilfunknetzbetreiber im TK-Bereich und zu ihren Distributionskanälen auch *Distelkamp* (o. Fußn. 39), S. 85.

<sup>212</sup> *DG XIII* (o. Fußn. 176), S. 9; *Oftel*, Identification of significant market power for the purposes of the EU Interconnection Directive, 1997, 2.4; *Bär-Bouysyère*, in: Schwarze (o. Fußn. 19), S. 69, 77; *Veljanovski*, Wireless Technology 2001, 101, 102.

<sup>213</sup> Vgl. auch *Klaue/Schwintowski* (o. Fußn. 80), S. 123.

<sup>214</sup> *Osborne*, Wireless Technology 2001, 112.

<sup>215</sup> Vgl. auch *Crocioni*, Should Telecoms Liberalisation Stop at Call Termination?, abrufbar unter <http://www.communica.org/crocioni.htm>, III.

<sup>216</sup> Fünf Mitgliedstaaten hatten zum 1.2.2001 dieselben Unternehmen als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht auf den nationalen Zusammenschaltungsmärkten gemeldet, die sie auch als Organisationen mit beträchtlicher Marktmacht im Mobilfunkbereich gemeldet hatten. Drei weitere hatten zumindest einen der von ihnen gemeldeten Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht im Mobilfunkbereich auch als Organisation mit beträchtlicher Marktmacht im nationalen Zusammenschaltungsmarkt gemeldet, vgl. ABl. EG Nr. C 66 v. 1.3.2001, S. 2.

<sup>217</sup> Vgl. *Xonio Mobilfunk-Report 2000* (o. Fußn. 23), S. 16.

<sup>218</sup> *Reg TP* (o. Fußn. 205), S. 9.

<sup>219</sup> Dies haben überschlägige Berechnungen auf Grundlage vereinfachter Rechenmodelle i.R.d. Erstellung des dieses Beitrags zu Grunde liegenden Rechtsgutachtens ergeben, die auf Grund ihres Umfangs hier nicht wiedergegeben werden können. Vgl. allgemein zur Bestimmung der Anteile am nationalen Zusammenschaltungsmarkt: *DG XIII* (o. Fußn. 176), S. 7 f.; *Europäische Kommission*, Bekanntmachung über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5; *TKC* (o. Fußn. 150), 3.3.

sichtlich des Zugangs zu Finanzmitteln vollumfänglich auf die Ausführungen zur Situation auf dem Mobilfunkmarkt verwiesen werden kann. Da die Zusammenschaltung öffentlicher Netze verschiedener Betreiber gerade mit Blick auf die GSM-Mobilfunknetze erstmalig in nennenswertem Umfang relevant wurde,<sup>220</sup> gilt Gleiches auch hinsichtlich der Erfahrung bei der Produkt- und Dienstbereitstellung. Und auch der Vergleich des Umsatzes der betroffenen Organisationen im Verhältnis zur Größe des Markts unterstreicht die Feststellung beträchtlicher Marktmacht: Der Gesamtumsatz der D-Netz-Betreiber übertrifft die (geschätzte) Größe des Zusammenschaltungsmarkts und ihr Zusammenschaltungsumsatz weist steigende Tendenz auf. All dies spricht für die Annahme beträchtlicher Marktmacht der D-Netz-Betreiber auch auf dem nationalen Zusammenschaltungsmarkt.<sup>221</sup>

### III. Bestandsschutz für Altlizenznehmer?

Die regulatorischen Voraussetzungen zur Errichtung und zum Betreiben der ersten drei GSM-Mobilfunknetze wurden noch vor Inkrafttreten des TKG geschaffen.<sup>222</sup> Diese Altlizenznehmer sehen sich mit der Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG sowie mit den Vorschriften über die Zusammenschaltung neuen gesetzlichen Verpflichtungen gegenüber.

#### 1. Bestandsschutz nach § 97 Abs. 5 TKG

Gem. § 97 Abs. 5 TKG bleiben nach § 2 Abs. 1 FAG erteilte Verleihungen und damit auch die Lizenzen zum Betrieb der GSM-Netze<sup>223</sup> wirksam. Damit greift ein auf die Lizenzfortgeltung bezogener „Bestandsschutz“ zu Gunsten der Altlizenznehmer. Diese können die in den Lizenzen

verliehenen Rechte auch nach Inkrafttreten des TKG weiter ausüben.<sup>224</sup> Zugleich wird in § 97 Abs. 5 Satz 3 TKG jedoch ausdrücklich die Anwendbarkeit der Vorschriften des TKG – mit Ausnahme der Bestimmungen über die Lizenzerteilung – auf die in ihrem Bestand geschützten Lizenzrechte angeordnet.<sup>225</sup> Der Bestandsschutz erfasst damit nur die in den Altlizenzen ausdrücklich eingeräumten Rechte, nicht aber die rechtlichen Rahmenbedingungen der Lizenzausübung.<sup>226</sup> Für die §§ 36 f. TKG ist dies in den Gesetzesmaterialien explizit festgehalten worden. Danach werden „z.B. die Zusammenschaltungsregelungen (...) sich künftig nach diesem Gesetz richten“.<sup>227</sup> Auf Grund der Anordnung der Anwendbarkeit der Bestimmungen des TKG (mit Ausnahme der §§ 6–11) ist darüber hinaus sogar davon auszugehen, dass im Falle des Konflikts zwischen einer Lizenzbestimmung und einer Vorschrift des TKG die Bestimmung des Gesetzes vorgeht.<sup>228</sup> Da sich Aussagen zur Verpflichtung bezüglich der Zusammenschaltungsbegehren von VNB in den Altlizenzen genauso wenig finden wie Aussagen zur Sicherstellung der Möglichkeit der VNB-Auswahl, ist ein solcher unmittelbarer Konfliktfall vorliegend jedoch nicht gegeben, so dass es auf diese Frage nicht ankommt. Die Altlizenznehmer sind nach § 97 Abs. 5 Satz 3 TKG den Verpflichtungen i.R.d. tk-rechtlichen Zusammenschaltungsregimes und der Verpflichtung zur Sicherstellung der Möglichkeit der VNB-Auswahl unterworfen.

#### 2. Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 97 Abs. 5 TKG

Gegen diese Auslegung lassen sich aber möglicherweise verfassungsrechtliche Einwände vorbringen, welche eine verfassungskonforme restriktive Auslegung der Vorschrift erforderlich machen<sup>229</sup> oder sogar zu dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit des § 97 Abs. 5 TKG führen können. In erster Linie entscheiden die tangierten Grundrechte, ob ein hoheitlicher Eingriff in Rechtspositionen zulässig ist. Sie vermitteln von Verfassungen wegen einen „Bestandsschutz“. Hinter diesem verbirgt sich die Überlegung, dass den Gesetzgeber aus Vertrauensschutzgesichtspunkten eine besondere Pflicht zur Rücksichtnahme auf nach altem Recht erworbene Rechte trifft.<sup>230</sup> Hier gilt in besonderem Maße, dass der Gesetzgeber für einen schonenden Übergang vom alten zum neuen Rechtszustand sorgen muss,<sup>231</sup> wobei namentlich Übergangsfristen<sup>232</sup> oder Entschädigungsregelungen<sup>233</sup> in Betracht zu ziehen sind. Entscheidend für die Notwendigkeit und Ausgestaltung einer solchen Übergangsregelung ist eine Abwägung zwischen dem Maß des auf Beibehaltung der bisherigen Rechtslage gerichteten berechtigten Vertrauens einerseits und der Bedeutung des mit der Umgestaltung verfolgten gesetzlichen Anliegens andererseits.<sup>234</sup> Genügt eine gesetzliche Regelung diesen Anforderungen nicht, ist sie nicht angemessen zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels und daher verfassungswidrig.<sup>235</sup> Dabei ist eine in bestehende Rechtspositionen eingreifende Regelung nicht schon deshalb automatisch verfassungskonform, weil das in Zukunft anzuwendende Recht dem Grundgesetz entspricht.<sup>236</sup> Es geht nachfolgend vielmehr ausschließlich um den Eingriff in bereits erworbene Rechtspositionen. Im Rahmen der dabei erforderlichen Grundrechtsprüfung sind schließlich allgemeine Anforderungen, wie sie sich z.B. aus dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaatsprinzip ergeben, zu berücksichtigen. Gerade die Herstellung der Rechtseinheit erweist sich insoweit als wichtiger Gesichtspunkt, der Eingriffe in geschützte Rechtspositionen rechtfertigen kann.<sup>237</sup> Nachfolgend geht es somit nur um die Frage, ob

220) Vgl. auch *Badura/Schneider* (o. Fußn. 19), S. 8 Fußn. 20; *Rieher* (o. Fußn. 14), S. 380.

221) A.A. *Knieps* (o. Fußn. 23), S. 10, allerdings ausschließlich auf Grundlage einer auf eine „Bottleneck“-Regulierung beschränkten ökonomischen Betrachtungsweise im ausdrücklichen Widerspruch („Die These eines separaten Interconnection-Marktes ist daher unzutreffend.“) zu sekundärrechtlichen Wertungen. Für den Zeitraum 1996/97 stellte *Ofitel* einen Marktanteil von *Vodafone* und *Cellnet* auf dem britischen Zusammenschaltungsmarkt von 12% bzw. 10% fest. Beide Betreiber hatten, ähnlich *D1* und *D2*, auf dem Mobilfunkmarkt einen Marktanteil von ca. 40%. Der Mobilfunkmarkt selbst stand jedoch noch in einer frühen Phase der Marktentwicklung und hatte ein Volumen von gerade einmal 20% des Festnetzmarkts. Vgl. zu allem *Ofitel* (o. Fußn. 212), insb. 4.19. Angesichts der erheblichen relativen Zunahme des Volumens des Mobilfunkmarkts gegenüber dem des Festnetzmarkts ist auch ein entsprechend gestiegener Marktanteil der genannten Betreiber am britischen Zusammenschaltungsmarkt zu vermuten, der damit ebenfalls i.H.v. ca. 25% liegen könnte.

222) Vgl. zu der *D1*-, *D2*- und der *E1*-Lizenz *Schütz* (o. Fußn. 1), § 6 Rdnr. 39.

223) *Etling-Ernst* (o. Fußn. 84), § 6 Rdnr. 49; *Schuster* (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 6.

224) *Schuster* (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 7.

225) Vgl. auch BT-Drs. 13/4864 v. 12.6.1996, S. 85.

226) *Etling-Ernst* (o. Fußn. 84), § 6 Rdnr. 49 und § 97 Rdnr. 8; *Schuster* (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 9; a.A. *Klein*, in: Manssen (o. Fußn. 24), C § 97 TKG Rdnr. 6; *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 1997, § 97 Rdnr. 13.

227) BT-Drs. 13/4864 v. 12.6.1996, S. 85.

228) *VG Köln* (o. Fußn. 1), S. 519. Noch weiter gehend wohl *Etling-Ernst* (o. Fußn. 84), § 6 Rdnr. 49.

229) In diese Richtung wohl *Schuster* (o. Fußn. 226), § 97 Rdnr. 15.

230) *Bryde* (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 64.

231) *Bryde* (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 64; *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 14 Rdnr. 34.

232) BVerfGE 58, 300, 351; BVerwGE 81, 49, 55; *Bryde* (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 64.

233) *Bryde* (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 64.

234) BVerfGE 58, 300, 351; *Jarass* (o. Fußn. 53), Art. 14 Rdnr. 34.

235) Vgl. BVerwGE 81, 49, 55.

236) BVerfGE 31, 275, 290.

237) BVerfGE 31, 275, 290.

die Regelung des Übergangs vom bisherigen zum neuen Rechtszustand nach Inkrafttreten des TKG den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Die Vorschriften über die Zusammenschaltung selbst sind genauso verfassungskonform wie § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG.<sup>238</sup> Die Prüfung kann sich daher auf die Rechtsgüter- und Interessenabwägung i.R.d. Angemessenheit der Einschränkung bestehender Rechtspositionen beschränken.

#### a) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Unter dem Gesichtspunkt der Berufsausübungsfreiheit der Altlizenznehmer kommen Bestandsschutzgesichtspunkte nur in Betracht, wenn die Verpflichtungen aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG und § 37 Abs. 1 TKG i.R.e. bereits errichteten und betriebenen Mobilfunknetzes schwerer umzusetzen sind als bei der Errichtung eines neuen Mobilfunknetzes und das TKG dieser besonderen Belastung nicht in hinreichendem Maße Rechnung trägt.

Die Mobilfunknetze waren indes von Anfang an auf Zusammenschaltungen angewiesen und ausgerichtet. So war insbesondere die Zusammenschaltung mit dem Festnetz der DTAG erforderlich, um überhaupt die Erreichbarkeit der an dieses angeschlossenen Teilnehmer sicherstellen zu können. Die Umsetzung der Zusammenschaltungsverpflichtungen erweist sich mithin nur als Fortführung ohnehin bereits praktizierter Kooperationsformen und begegnet mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG keinen bestandsschutzspezifischen Bedenken.

Eine über die jeden Normadressaten treffenden Verpflichtungen hinausgehende Belastung der Berufsausübung liegt indes in der Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG. Um ihr nachzukommen, müssen besondere Vorkehrungen in den MSCs und auf Kernnetzebene des Mobilfunknetzes getroffen werden, deren nachträgliche Implementierung Eingriffe in die Netzkonfiguration erfordert, welche über die bloßen Bereitstellungskosten hinaus Kosten verursachen und bei Berücksichtigung entsprechender Spezifikationen bereits in der Phase des Netzaufbaus hätten vermieden werden können. Dass andererseits die im Nutzerinteresse liegende Förderung des Infrastrukturwettbewerbs ein wichtiges volkswirtschaftliches Anliegen ist, das erhebliche Wohlfahrtsgewinne hervorbringen in der Lage ist, zeigt sich im Festnetzbereich, in welchem die Ermöglichung gerade der fallweisen Nutzung von Verbindungsnetzbetreibern zu einem intensiven Wettbewerb, steigendem Verkehrsaufkommen und sinkenden Preisen geführt hat.

Die Angemessenheit der Neuregelung und damit ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit ergibt sich aus einer Abwägung der vorstehend aufgezeigten widerstreitenden Individual- und Allgemeininteressen. Die sich im Wesentlichen auf eine überschaubare Kostenbelastung reduzierenden Individualinteressen an der Beibehaltung des bisherigen Rechtszustands sehen sich dabei beachtlichen Interessen des Gemeinwohls gegenüber, welche für eine Anwendung der in § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG vorgesehenen Verpflichtung auch auf Altlizenznehmer streiten. Zur Wahrung des erforderlichen Vertrauensschutzes im Falle der Einführung neuer Verpflichtungen tragen regelmäßig Übergangsregelungen bei.<sup>239</sup> Durch die von § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG eröffnete Möglichkeit, die Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG aus technischen Gründen auszusetzen, hat der Gesetzgeber eine Übergangsregelung geschaffen, deren regulierungspraktische Konkretisierung der besonderen Sachkompetenz der Reg TP überlassen

wurde. Auf diese Weise wird auch die erforderliche Flexibilität zur Berücksichtigung der Belange der betroffenen Betreiber in Ansehung der notwendigen Betriebsumstellung erreicht, so dass die Abwägung insgesamt deutlich zu Gunsten der Angemessenheit der Neuregelung ausfällt.

#### b) Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG)

Relevant ist mit Blick auf die Produktionsmittel der Mobilfunknetzbetreiber vor allem aber auch das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, das typischerweise verfassungsrechtlichen Bestandschutz für das durch Eigentumsausübung Geschaffene vermittelt.<sup>240</sup> Für den Bereich des Baurechts entsprach es langjähriger bundesverwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, dass sich der legal geschaffene Bestand angesichts des von Art. 14 Abs. 1 GG gewährten Schutzes in seiner bisherigen Funktion und Nutzung<sup>241</sup> behaupten und auch gegen ihm mittlerweile möglicherweise entgegenstehendes Gesetzesrecht durchsetzen kann.<sup>242</sup> Angesichts der besonderen Normgeprägtheit des Eigentumsgrundrechts bedarf dieser unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 GG hergeleitete Bestandsschutz allerdings einer Präzisierung, insbesondere wenn die Anwendbarkeit der für den Bereich des Baurechts entwickelten Grundsätze auf andere Sachverhalte in Rede steht. So kann der verfassungsrechtliche Bestandsschutz nicht dazu führen, dass dem einfachen Gesetzgeber die Möglichkeit genommen wird, das Eigentum durch gesetzliche Regelung inhaltlich auszugestalten.<sup>243</sup> Vielmehr besteht insoweit ein Anwendungsvorrang des einfachen Rechts.<sup>244</sup> Das einfache Recht ist nur noch daraufhin zu untersuchen, ob es das berechnete Vertrauen des Eigentümers auf den Bestand der bisherigen Rechtslage mit dem Allgemeininteresse an deren Umgestaltung in ein angemessenes Verhältnis bringt. Insoweit entspricht die Situation der Prüfung unter Heranziehung des Art. 12 Abs. 1 GG. Da der Bestandsschutz berufsregelnder öffentlicher Erlaubnisse und Genehmigungen durch deren Einstufung als von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtspositionen nicht erweitert wird<sup>245</sup> und daher eine mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG unbedenkliche Bestimmung auch unter den nach Art. 14 Abs. 1 GG zu berücksichtigenden Bestandsschutzgesichtspunkten regelmäßig nicht zu beanstanden ist,<sup>246</sup> wird schließlich nachfolgend nur auf das Eigentum am Mobilfunknetz abzustellen sein.<sup>247</sup>

Die Verpflichtung, die eigene Netzinfrastruktur mit dem Netz eines Wettbewerbers zusammenzuschalten und dem Wettbewerber die Zuführung und Terminierung von TK-Verkehr über das eigene Netz zu ermöglichen, führt zu einer konkurrentennützigen Indienstnahme des Netzbetreibers. Das unter erheblichen Investitionen geschaffene Eigentum wird dabei quasi als Produktionsmittel dem Wettbewerber zur Verfügung gestellt. Bei einer solchen ge-

<sup>238</sup> Vgl. dazu bereits oben, I. 3.

<sup>239</sup> Jarass (o. Fußn. 53), Art. 12 Rdnr. 23; Manssen (o. Fußn. 52), Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 147.

<sup>240</sup> BVerwGE 50, 49, 57; BVerwG NJW 1977, 1932, 1933; BVerwG NJW 1981, 1224.

<sup>241</sup> BVerwGE 47, 126, 128.

<sup>242</sup> BVerwGE 47, 126, 128; BVerwGE 50, 49, 57; BVerwG NJW 1977, 1932, 1933; BVerwG NJW 1981, 1224; vgl. inzwischen aber etwa BVerwGE 89, 69, 78.

<sup>243</sup> BVerfGE 31, 275, 285.

<sup>244</sup> Sieckmann, NVwZ 1997, 853, 854.

<sup>245</sup> Bryde (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 30.

<sup>246</sup> Bryde (o. Fußn. 68), Art. 14 Rdnr. 30.

<sup>247</sup> Zur Dualität des Bestandsschutzes für die Lizenz einerseits und für das in ihrer Ausübung geschaffene Sach- und Unternehmenseigentum andererseits vgl. auch Spoerr (o. Fußn. 16), Vor § 6 Rdnr. 12, § 6 Rdnr. 83 ff.

setzlichen Verpflichtung ist grundsätzlich von einer hohen Intensität des Grundrechtseingriffs auszugehen,<sup>248</sup> die hier gerade auch auf bestehende Eigentumsrechte durchschlägt.

Dagegen steht das legitime Ziel des Zusammenschaltungsregimes des TKG, das insbesondere auch die Bildung von „kommunikativen Inseln“ verhindern soll, die zu einer Sektoreierung und damit zu einer Behinderung des Wettbewerbs führen würde. Darüber hinaus ist auch das Individualinteresse derjenigen Unternehmen zu berücksichtigen, die gegenüber den etablierten GSM-Betreibern auf Zusammenschaltungsrechte angewiesen sind, um überhaupt Zugang zum Markt zu erhalten.<sup>249</sup> Schließlich sind auch hier Gleichbehandlungsgesichtspunkte gegenüber neu hinzutretenden Netzbetreibern von Relevanz. Sollen sie sich nicht dauerhaft einer Konkurrenz mit regulatorisch besser gestellten Altlizenznehmern ausgesetzt sehen, ist eine Anwendung des TKG-Rechtsrahmens auch auf diese erforderlich.

Bei der Abwägung dieser widerstreitenden Interessen ist zunächst die mit dem TKG erfolgte Neuordnung des TK-Sektors zu berücksichtigen. Ordnet der Gesetzgeber ein Rechtsgebiet neu, ist ein Entzug von Rechtspositionen<sup>250</sup> sowie auch eine – weniger intensive – Umformung bzw. Umgestaltung bestehender Rechte<sup>251</sup> möglich. Dies umfasst namentlich die unter Beibehaltung des bisherigen Zuordnungsverhältnisses erfolgende Festlegung neuer Pflichten.<sup>252</sup> Art. 14 Abs. 1 GG bildet also keine unüberwindliche Schranke für den Gesetzgeber, wenn sich Reformen als notwendig erweisen.<sup>253</sup> Schon diese Aspekte streiten dafür, angesichts der sowohl gemeinschaftsrechtlich erforderlichen als auch ökonomisch gebotenen Neuordnung des TK-Bereichs das Bestandsschutzinteresse der Altlizenznehmer zurückzustellen.

Darüber hinaus ist gerade im Mobilfunkbereich, in dem auf Ebene des Teilnehmernetzes regulatorische Marktzutrittsschranken (Lizenzen, Frequenzuteilungen) bestehen, eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung mit nicht diesen Schranken unterworfenen Netzen, letzten Endes also Verbindungsnetzen, unabdingliche Voraussetzung zur Verhinderung oligopolistischer Wettbewerbsstarrung

und damit zur Schaffung eines nachhaltigen Netz Wettbewerbs. Des Weiteren hatten die Altlizenzinhaber, insbesondere D1 und D2, gerade in der besonders profitablen Phase der Markterschließung die Möglichkeit, ihre Investitionen zu refinanzieren und zugleich erhebliche Gewinne (sog. Pioniergewinne) zu erzielen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass selbst bei Anwendung der Entgeltregulierungsvorschriften im Falle einer Zusammenschaltungsanordnung das eingesetzte Kapital jedenfalls angemessen verzinst würde.<sup>254</sup> Damit ist aber gerade auch dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Ziel Genüge getan, die marktwirtschaftliche Anreizfunktion des Eigentums durch die Möglichkeit der Gewinnziehung als Ergebnis eigener Leistung zu erhalten.<sup>255</sup> Auch insoweit tritt folglich das Bestandsschutzinteresse zurück.<sup>256</sup>

Hinsichtlich der Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG ist, anders als bei der Beurteilung des durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährten und auf die Tätigkeit der Berufsausübung bezogenen Bestandsschutzes, im vorliegenden Kontext auf das Vertrauen des Netzbetreibers abzustellen, selbst frei über die technischen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen seiner Netzinfrastruktur bestimmen zu können. Um die Möglichkeit der VVB-Auswahl sicherzustellen, ist ein Eingriff in die bestehende Netztechnik erforderlich, mit welchem die Altlizenzinhaber grundsätzlich nicht zu rechnen brauchten. Dieser von § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG geforderte Eingriff in die Netztechnik hat indes nur geringe Auswirkungen auf die bestehende Infrastruktur. Die vorhandene Funktionalität wird nicht eingeschränkt, sondern erweitert. Das berechtigte Vertrauen der Netzbetreiber muss deshalb vor den mit der Umgestaltung verfolgten Gemeinwohlinteressen<sup>257</sup> zurücktreten.

Damit ist die Anwendung sowohl der Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG als auch der Zusammenschaltungsverpflichtungen gegenüber den Altlizenznehmern unter dem Aspekt des verfassungsrechtlichen Bestandsschutzes unbedenklich. Auch eine regulatorische Kompensation ist daher nicht erforderlich. So wäre es zwar denkbar, die Eingriffsintensität durch Festlegung eines möglichst zielnahen Übergabepunktes für aus einem Mobilfunknetz originierem TK-Verkehr abzusenken, da es so dem Mobilfunknetzbetreiber ermöglicht würde, wegen des längeren Transports im eigenen Netz eine höhere Wertschöpfung zu erzielen. Die Frage nach der Zahl und Lage der Zusammenschaltungspunkte ist – sofern hierüber keine privatautonome Einigung zu Stande kommt – indes nach denselben Maßstäben zu beantworten, nach denen die Entgelthöhe festzulegen ist. Eine nicht auf objektiven Maßstäben beruhende Beschränkung der Zahl der Zusammenschaltungspunkte scheidet damit aus. Eine lediglich zielnahen Übergabe des TK-Verkehrs widerspräche auch dem in § 43 Abs. 6 Satz 1 TKG normierten Ziel des Infrastrukturwettbewerbs auf Verbindungsnetzebene und wäre daher nicht nur verfassungsrechtlich nicht geboten, sondern überdies contra legem.

248) BGH DB 1995, 468, 470 f.; Schmidt-Preuß (o. Fußn. 69), S. 2; Stern/Dietlein (o. Fußn. 61), S. 5.

249) Kritisch insoweit allerdings: Schmidt-Preuß (o. Fußn. 69), S. 6.

250) BVerwGE 83, 201, 212; Jarass (o. Fußn. 53), Art. 14 Rdnr. 35.

251) BVerfGE 58, 300, 351; BVerwGE 56, 186, 198 f.; Jarass (o. Fußn. 53), Art. 14 Rdnr. 35.

252) BVerfGE 31, 275, 285; BVerwGE 56, 186, 199.

253) BVerfGE 31, 275, 285.

254) Dass der die Zusammenschaltungsleistungen in Anspruch nehmende Netzbetreiber und nicht der Staat den Ausgleich zahlt, ist dabei unerheblich, vgl. Schmidt-Preuß (o. Fußn. 69), S. 7.

255) Vgl. dazu Schmidt-Preuß (o. Fußn. 69), S. 3.

256) Schuster (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 10.

257) Zu diesen ausführlich oben, I. 2. a).

WERNHARD MÖSCHEL

# Verbindungsnetzbetreiberauswahl und Marktbeherrschung im Mobilfunkbereich

Anders als im Festnetz gibt es im Mobilfunkbereich keine Verbindungsnetzbetreiber (VNB), welche Call-by-Call oder Preselection für die Originierung von Gesprächen anbieten. Eine eingehende Analyse der §§ 36, 37, 39 TKG führt zum Ergebnis, dass hier für Betreiber von öffentlichen Telekommunikations(TK)-Netzen eine Zusammenschaltungspflicht besteht. Sie kann von der Regulie-

rungsbehörde für Telekommunikation und Post (Reg TP) im Wege einer Anordnung durchgesetzt werden. Auf die Feststellung einer Marktbeherrschung kommt es dabei nicht an. Selbst wenn man bei Letzterem anderer Meinung sein wollte, ist von einer Monopolstellung eines jeden Mobilfunkanbieters im Hinblick auf seine Zusammenschaltungsleistung auszugehen.

## I. Geschäftsidee

Die wettbewerbliche Entwicklung im Fernnetzbereich ist wesentlich geprägt worden von der Möglichkeit der Endkunden, über Call-by-Call oder Preselection ihre TK-Anbieter auszuwählen. Eine neue Geschäftsidee geht dahin, diese Möglichkeit im Mobilfunkbereich herzustellen, wo sie bislang nicht verwirklicht ist. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Terminierungsfall (Gespräch aus dem Festnetz zu einem Handy) und der Originierung von Gesprächen von Mobilfunknetz zu Mobilfunknetz oder aus dem Mobilfunknetz ins Festnetz. Im ersteren Fall bieten jedenfalls die Mobilfunknetzbetreiber D1 und D2, nicht aber E1 und E2 Terminierungsverträge an, wenn auch zu deutlich überhöhten Preisen und zu Konditionen, welche kleinere Netzbetreiber notwendig behindern. Im Vordergrund steht im Folgenden der zweite Fall, die Originierung von Gesprächen. Hier sucht sich der Mobilfunkkunde durch eine spezielle Vorwahlnummer die Zusammenschaltung über einen VNB-Betreiber. Dies lassen die Mobilfunkbetreiber zurzeit generell nicht zu. Ein anderer Anbieter hätte dann die Chance, zu Beginn des Gesprächs z.B. das Verbindungsentgelt pro Minute anzugeben und dadurch den Nutzwert der Leistung zu erhöhen. Daneben ließen sich durch eine direkte bidirektionale Zusammenschaltung zwischen Mobilfunknetz und Festnetz die Kosten für die Inanspruchnahme von Mehrwertdiensten erheblich reduzieren. Gleichzeitig wäre es dann möglich, eine VNB-Auswahl auf den Ortsbereich auszudehnen. Insgesamt wäre eine Intensivierung des Wettbewerbs im Mobilfunkbereich zu erwarten. Nicht zuletzt dürfte es – ähnlich der Entwicklung im Fern- und Auslandsverkehr über das Festnetz – zu stark sinkenden Endkundenpreisen kommen.

Eine Verwirklichung dieser Geschäftsidee setzt freilich die Überwindung einiger juristischer Hürden voraus. Besteht hier nach § 37 TKG eine Zusammenschaltungspflicht zwischen den Betreibern öffentlicher TK-Netze mit der Folge, dass die Reg TP eine solche Zusammenschaltung anordnen kann? Ist ein solches Anordnungsverfahren getrennt zu sehen vom Entgeltverfahren nach § 39 TKG? Ist hier beim Normadressaten Marktbeherrschung vorausgesetzt oder nicht? Käme es dabei ausschließlich auf einen Carrier-Markt an, hier auf einen Markt der Zusammenschaltung im Mobilfunkbereich zum Zwecke der Originierung und Terminierung von Gesprächen, oder auf den weiter abgegrenzten Endkundenmarkt im Mobilfunkbereich?

## II. Anordnungsverfahren nach § 37 TKG

Eine Zusammenschaltungspflicht zwischen Netzbetreibern ist im TKG zweispurig geregelt. Die allgemeine Vorschrift über die Gewährung von Netzzugang ist in § 35 TKG enthalten. Die Norm wirkt nur zu Lasten eines Anbieters von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit, der auf einem solchen Markt über eine beherrschende Stellung verfügt. Daneben normiert § 36 TKG eine Verhandlungspflicht über eine Zusammenschaltung für jeden Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes. Hier kommt es unstrittig nicht auf eine marktbeherrschende Stellung eines Beteiligten an. Falls eine Vereinbarung nicht zu Stande kommt – sie scheitert in der Praxis am ehesten bei Divergenzen über die Preisvorstellungen –, ordnet die Reg TP nach § 37 TKG eine solche Zusammenschaltung an. Auch hierbei ist eine marktbeherrschende Stellung eines Beteiligten nicht vorausgesetzt.<sup>1</sup> Hinzu tritt für beide Fälle, für die Gewährung des Netzzugangs nach § 35 TKG und für die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG, die Verweisungsnorm des § 39 TKG, welche die Regulierung der Entgelte zum Gegenstand hat.

### 1. Meinungsstand

Über dieses Grundsätzliche hinaus herrscht im Detail mancherlei Streit. So wird das Schwergewicht der Regelung, soweit es nicht um marktbeherrschende Unternehmen geht, teilweise in der Verhandlungspflicht nach § 36 TKG gesehen; im Falle eines Scheiterns greift die Anordnung nach § 37 TKG ein. § 39 TKG soll in einem Falle der Nichtmarktbeherrschung allerdings nicht gelten.<sup>2</sup> Sehr sinnvoll ist das nicht. Der Konfliktfall betrifft in der Regel nicht die technische, sondern die preisliche Seite. Gerade dafür soll das Gesetz nach dieser Auffassung keine Regelung enthalten. Die Anordnungsmöglichkeit bliebe unvollständig. Wir hätten eine Art „hinkende“ Regelung.

Andere Auffassungen teilen zwar diesen Ausgangspunkt, scheuen indes das evident sinnwidrige Ergebnis. Für nicht-

1) Anders nur eine Außenseitermeinung *Etling-Ernst*, Praxiskommentar zum TKG, 1996, § 37 Rdnr. 1.

2) So *Fuhr/Kerkhoff*, NJW 1997, 3209, 3211; *Scherer*, NJW 1998, 1607, 1612; *Tschentscher/Neumann*, BB 1997, 2437, 2440; eine zumindest „be-trächtliche Marktmacht“ im europarechtlichen Sinne fordern *Koenig/Neumann*, RTKom 2000, 27, 30; *Scherer/Ellinghaus*, MMR 2000, 201, 206.

■ Wernhard Möschel ist Professor für Wirtschaftsrecht an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen und Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Von 1989 bis 2000 war er Mitglied der Monopolkommission, die beiden letzten Jahre als Vorsitzender.

marktbeherrschende Unternehmen wollen sie die Regelungsbefugnis der *Reg TP* nicht aus § 39 TKG, sondern unmittelbar aus § 37 TKG ableiten. Diesen Auffassungen geht es darum, die über § 39 TKG herangezogenen Maßstäbe der §§ 24, 25 ff. TKG zu vermeiden und diese auf dem Wege des § 37 TKG durch andere, nach diesen Auffassungen passendere Maßstäbe zu ersetzen.<sup>3</sup> Beide Meinungsströmungen drücken diesen Gedanken auch in der Weise aus, dass § 39 TKG keine Rechtsfolgen-, sondern eine Tatbestandsverweisung enthalte und deshalb nur im Falle marktbeherrschender Unternehmen anzuwenden sei. Zum Teil wird dies unter Hinweis auf eine richtlinienkonforme Auslegung des § 39 TKG auch so modifiziert, dass § 39 TKG nur für marktbeherrschende Unternehmen und für solche gelte, die über „beträchtliche Marktmacht“ i.S.d. Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG vom 30.6.1997<sup>4</sup> verfügten.<sup>5</sup> Unternehmen unterhalb dieser Schwelle unterlägen keinerlei Preisregelungen bei der Zusammenschaltung.

Die Praxis von *Reg TP* und Gerichten sowie die herrschende Meinung sehen das anders.<sup>6</sup> Die Entgeltregelung nach § 39 TKG bezieht sich danach sowohl auf den Fall des § 35 TKG (Marktbeherrschung) als auch auf die Zusammenschaltungsanordnung nach § 37 TKG (ohne vorausgesetzte Marktbeherrschung). § 39 TKG ist aus dieser Sicht eine Rechtsfolgenverweisung, was freilich wegen der nur „entsprechenden“ Anwendung der in Bezug genommenen Normen sachgerechte Differenzierungen nicht von vornherein ausschließt. Strittig ist auf dieser Basis nur, ob Anordnung der Zusammenschaltung und Regulierung des Entgelts in einem einheitlichen Verfahren erfolgen können oder ob dies – so das *VG Köln* und das *OVG Münster*<sup>7</sup> – zwei einander nachgeschaltete Verfahren bedinge.<sup>8</sup>

Im Ergebnis wird es vom hier verfolgten Erkenntnisinteresse her, einer neuen Geschäftsidee zum Durchbruch zu verhelfen, auf diese Meinungsunterschiede nicht ankommen. Denn im Bereich der Zusammenschaltung in Mobilfunknetzen ist, was sowohl die Terminierung als auch die Originierung von Gesprächen angeht, ohnehin von marktbeherrschenden Stellungen auszugehen.<sup>9</sup> Die besseren Gründe sprechen indes für die ganz herrschende Meinung. Dies erweist eine sachgerechte Auslegung der §§ 36–39 TKG.

## 2. Auslegung

### a) Wortlaut

§ 39 TKG enthält von seinem Wortlaut her zwei Alternativen: Für die Regelung der Entgelte für die Gewährung eines Netzzugangs nach § 35 TKG (1. Alternative) und für

die Durchführung einer angeordneten Zusammenschaltung nach § 37 TKG (2. Alternative) gelten die §§ 24, 25 Abs. 1 und 3, die §§ 27, 28, 29, 30 Abs. 1 und 3 bis 6 und § 31 TKG entsprechend. Da die zweite Alternative mit dem Anwendungsfall der §§ 36/37 TKG aber nichtmarktbeherrschende Unternehmen abdeckt, kann es sich bei § 39 TKG nur um eine Rechtsfolgenverweisung handeln. Die in Bezug genommenen Normen setzen marktbeherrschende Stellungen voraus. Eine Tatbestandsverweisung müsste die zweite Alternative des § 39 TKG sinnlos machen. Die vom Wortlaut des § 39 TKG her bestehende Trennung in zwei Alternativen lässt sich nicht unter Hinweis auf eine nur „entsprechende“ Anwendung der in Bezug genommenen Normen überspielen. Eine dadurch ggf. ermöglichte, sachgerecht differenzierende Anwendung dieser Norm hat mit der Voraussetzungsseite des § 39 TKG und der darin enthaltenen Trennung zwischen zwei Alternativen nichts zu tun.

### b) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte des § 39 TKG bestätigt das, was bereits der Wortlaut i.V.m. §§ 36, 37 TKG nahe legt. Im ersten Diskussionsentwurf zum TKG aus dem Jahre 1995, dem im selben Jahre folgenden Referentenentwurf und dem Regierungsentwurf aus dem Jahre 1996 war der heutige § 39 TKG zunächst ausschließlich zugeschnitten auf Unternehmen, die über eine marktbeherrschende Stellung verfügen. Nach der Beschlussempfehlung und dem Bericht des *Ausschusses für Post und Telekommunikation* kam es indes zu der Gesetz gewordenen Änderung. In diesem Bericht heißt es in nicht mehr zu überbietender Eindeutigkeit: „Durch den zusätzlichen Verweis auf § 36 (jetzt § 37) (sollte) eine Ausweitung des Geltungsbereichs für die Gewährung des Netzzugangs auch auf nicht marktbeherrschende Unternehmen erfolgen.“<sup>10</sup> Motiv des Ausschusses waren damals noch nicht existierende, aber zu erwartende Regelungen auf EG-Ebene. Ob sich diese Erwartung des Ausschusses im Zusammenhang späterer EG-Richtlinien voll bestätigte oder nicht, ist für die Feststellung des historischen legislativen Willens unerheblich.<sup>11</sup> Das Votum des für die endgültige Gesetzesfassung verantwortlichen Ausschusses wollte nichtmarktbeherrschende Unternehmen mit einschließen. Auslegungsmethodisch fehlsam ist es, diese Auslegungsquelle mit der Begründung beiseite zu schieben, auf die „subjektiven Vorstellungen“ der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe käme es nicht an. Es handelt sich hier nicht lediglich um eine subjektive Vorstellung, sondern um eine inhaltliche Kehrtwendung gegenüber den früheren Entwürfen zum TKG. Die Erklärung solcher Kehrtwendungen ist zu ihrem Verständnis unerlässlich. Selbst wenn man im Zusammenhang historischer Auslegung Andeutungstheorien folgen wollte, wonach ein ermittelter historischer Wille im Gesetzestext irgendeinen Anklang gefunden haben müsste, kommt man zu keinem anderen Ergebnis: Der Wortlaut des § 39 TKG enthält jetzt zwei Alternativen. Die erste verweist auf den Marktbeherrschungsfall des § 35 TKG, die zweite auf den Nichtmarktbeherrschungsfall der §§ 36, 37 TKG. Darin drückt sich genau die festgestellte historische Dimension aus.

Bei § 2 Abs. 3 TKG, wonach die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt bleiben, nehmen die hier zurückgewiesenen Auffassungen unter Hinweis auf eine historische Gesetzesbegründung entgegen dem Wortlaut ganz selbstverständlich eine Spezialität des TKG gegenüber dem GWB an. Dem entspricht die

3) So namentlich *Koenig/Neumann*, (o. Fußn. 2), S. 32 ff.

4) Abgedr. in *Beck-Texte Telekommunikationsrecht*, 2. Aufl. 2000, S. 201 ff.

5) So namentlich *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 2), S. 205 ff.

6) *Reg TP* MMR 1998, 621, 621; *Reg TP* MMR 1998, 681, 682; *Reg TP* K&R 1998, 444, 447; *VG Köln* MMR 2001, 410; *OVG Münster* MMR 2001, 548; *Manssen*, in: *Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht*, Stand 6/2001, § 39 Rdnr. 3 und 5; *Piepenbrock*, in: *BeckTKG-Komm.*, 2. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 2 und § 39 Rdnr. 4; *Hefekäuser/Dreier*, CR 1997, 110, 111; *Schmidt*, K&R 1999, 385, 387; *Hummel*, CR 2000, 291.

7) *VG Köln* MMR 2001, 410; *OVG Münster* MMR 2001, 548.

8) Ablehnend *Koenig/Braun*, MMR 2001, 563 ff.; *Kleinlein/Binder*, MMR 2001, 569 ff.; *Schütz*, Anm. zu *OVG Münster* MMR 2001, 552 ff.

9) Siehe Abschnitt III.

10) BT-Drs. 13/4864, S. 79.

11) Das Folgende gegen Argumentationen im Schrifttum: *Fuhr/Kerckhoff* (o. Fußn. 2), S. 3210 ff.; *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 2), S. 28 ff.; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 2), S. 204 ff.

herrschende Auffassung. Man sollte das Instrument der historischen Auslegung aber nicht willkürlich, ein bestimmtes Ergebnis anstrebbend, anwenden.

### c) Systematik

Die Systematik der gesetzlichen Regelung stimmt damit präzise überein. § 35 TKG betrifft die Gewährung eines allgemeinen und eines besonderen Netzzugangs zu Lasten eines Marktbeherrschers. § 36 TKG begründet eine weitergehende Verhandlungspflicht für sämtliche Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes ohne Rücksicht auf die Marktstellung; § 37 TKG hat Substitutionsfunktion für den Fall, dass Verhandlungen nach § 36 TKG zu keinem Ergebnis führen. Die Subsidiaritätsklausel des § 37 Abs. 2 TKG macht dies noch einmal deutlich. § 39 TKG, der sich zwanglos anschließt, benennt für beide Fälle die Maßstäbe, nach denen sich die Entgelte für die Gewährung von Netzzugang richten. Die entsprechende Anwendung betrifft dabei nicht nur die Variante Zusammenschaltungsanordnung, sondern ebenso die Variante Marktbeherrschung. Denn die §§ 24 ff. TKG sind zugeschnitten auf die Entgelte für das Angebot von Übertragungswegen und Sprachtelefondienst (durch ein marktbeherrschendes Unternehmen), nicht auf die Fälle des Netzzugangs und der Zusammenschaltung. Das hier zu findende Gegenargument, das gesamte TKG sei, was die Entgeltregulierung angeht, durch eine Asymmetrie gekennzeichnet, wonach solche Regulierungen nur zu Lasten von Marktbeherrschern eingreifen, ist nicht systematischer Art, sondern im Kern teleologischer: Eine Preisregulierung sei wettbewerbspolitisch nur bei Marktbeherrschern sinnvoll. Diese These kann man aufstellen, sie findet im TKG freilich, wie noch zu zeigen ist, keine Stütze.

### d) Sinn und Zweck

Ein Rückgriff auf Sinn und Zweck der untersuchten Normen bestätigt das hier abgeleitete Auslegungsergebnis. §§ 36, 37 und § 39 2. Alt. TKG stellen – präzise überlegt – nicht auf Marktbeherrschung ab. Es geht hier nicht um die Integrierung der überkommenen monopolistischen TK-Organisation in eine grundsätzlich wettbewerblich gesteuerte Ordnung. Das wäre die Zielsetzung des § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG (die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten der Telekommunikation). Es geht hier vielmehr um die Sicherstellung von Interoperabilität, von Übergängigkeit bei öffentlichen Netzen. Dies ist die Zielsetzung des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG (die Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation). Sie wird in diesem Zusammenhang fehlsam nicht gewürdigt. § 36 Satz 2 TKG nimmt dies im konkreten Zusammenhang explizit auf: „Alle Beteiligten haben hierbei das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher TK-Netze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.“ Das ist ein Aliud gegenüber dem Anliegen, welches hinter dem Asymmetrie-Gedanken steht. Die Liberalisierung hat die Monopolträgerschaft bei öffentlichen Netzen beseitigt und damit ein vielzähliges Netzangebot ermöglicht. Damit drohte einer der großen und unbestrittenen Vorzüge eines Einheitsnetzes verloren zu gehen, nämlich die Geltung des Gesetzes der großen Zahl. „Der individuelle Nutzen eines Netzteilnehmers hängt davon ab, welche und wie viele andere Nutzer ebenfalls an das Netz angeschlossen sind. Das Netz wird für jeden bereits angeschlossenen Nutzer um so wertvoller, je mehr weitere Nutzer hinzutreten.“<sup>12</sup> Man spricht von Netzwerkvorteilen. Sie sind gefährdet, wenn ein ein-

heitliches Netz aufgesplittert wird. Diesem Anliegen sind die §§ 36, 37, 39 2. Alt. TKG gewidmet. Der Gesetzgeber wollte sich, was die Übergängigkeit von Netzen anbelangt, nicht auf Privatautonomie, Wettbewerb und damit notwendig unbekannte Ergebnisse im Einzelfall verlassen. Er begrenzte die Privatautonomie und statuierte eine Verhandlungspflicht nach § 36 TKG und zwar nur, aber dann auch für alle Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes, also solche, die zur Erbringung von TK-Dienstleistungen gegenüber der Öffentlichkeit zu dienen bestimmt sind (§ 3 Nr. 12 TKG). Der Gedanke vom Gesetz der großen Zahl greift nicht bei speziellen und damit entsprechend geschlossenen Benutzergruppen ein. § 37 TKG schafft den erforderlichen Ersatzmechanismus, wenn die Verhandlungen nach § 36 TKG ergebnislos bleiben. § 39 2. Alt. TKG ist dem – speziell für die Entgeltfrage – zugeordnet. Mit Marktbeherrschung hat all das nichts zu tun. Wer dabei verharrt und neben § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG die dortige Nr. 1 außer Acht lässt, verkennt ein Grundelement, welches das TKG mit mindestens der gleichen Wichtigkeit durchzieht wie der Asymmetrie-Gedanke: Anders als im allgemeinen Wettbewerbsrecht geht es nicht nur darum, Wettbewerbsbeschränkungen dingfest zu machen, diese dann zu beseitigen und sich i.Ü. um die sich weiterentwickelnden Wettbewerbsbedingungen und -ergebnisse nicht zu kümmern. Es geht angesichts der im TK-Bereich gegebenen Netzwerkstrukturen um ein Zusätzliches, nämlich die positive Gestaltung von Marktbedingungen.<sup>13</sup> Ohne diese positive Gestaltung wäre Wettbewerb nach der Vorstellung des Gesetzgebers gar nicht funktionsfähig bzw. in seiner Funktionsfähigkeit gefährdet. Im Kern ist dieser Gedanke wichtiger als die Asymmetrie im Regulierungsansatz: Letztere kann entfallen, wenn sich die marktbeherrschenden Stellungen verflüchtigt oder sonst so reduziert haben, dass die Anwendung der allgemeinen GWB-Normen ausreichend erscheint. Der Gedanke der positiven Gestaltung von Wettbewerbsbedingungen ist davon unberührt. Er bleibt auch dann erheblich, wenn die Notwendigkeit der asymmetrischen Regulierung einmal entfallen sollte. Dem entspricht genau der Überprüfungsauftrag, den der Gesetzgeber für die *Monopolkommission* nach Maßgabe des § 81 Abs. 3 TKG vorgesehen hat: Es ist zu prüfen, ob auf den Märkten der Telekommunikation ein funktionsfähiger Wettbewerb besteht. Dabei soll die Kommission „insbesondere darlegen, ob die Regelungen zur Entgeltregulierung im Dritten Teil dieses Gesetzes weiterhin erforderlich sind“. Der dritte Teil betrifft die Marktbeherrscher und damit die Asymmetrie. Die §§ 36 ff. TKG finden sich demgegenüber im vierten Teil und haben, wie herausgearbeitet, ein eigenes und durchaus anderes Telos.

### e) EG-Richtlinien

Ein Rückgriff auf EG-Richtlinien, denen unter dem Aspekt einer richtlinienkonformen Auslegung eine gewisse Bedeutung zuwachsen kann, führt zu keinem anderen Ergebnis. Interoperabilität öffentlicher Netze ist innerhalb der sog. ONP-Richtlinien ein überragender Gesichtspunkt. So heißt es in der grundlegenden Richtlinie 90/388/EWG vom 28.6.1990 über den Wettbewerb auf dem Markt für

<sup>12</sup> Vgl. *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie*, Wettbewerbspolitik für den Cyberspace, Berlin 2001, Tz. 33.

<sup>13</sup> Zu diesem Unterschied bereits *Möschel*, Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen, in: Walter Eucken Institut (Hrsg.), *Ordnung in Freiheit*, Symposium aus Anlass des 100. Jahrestags des Geburtstags von Walter Eucken am 17.1.1991, 1992, S. 61, 74 ff.

TK-Dienste in Art. 3 d:<sup>14</sup> „... sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass die direkte Zusammenschaltung zwischen Mobilkommunikationssystemen sowie zwischen Mobilkommunikationssystemen und festen TK-Netzen zulässig ist. Zu diesem Zweck müssen Zusammenschaltungsbeschränkungen aufgehoben werden. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Betreiber von Mobilkommunikationssystemen für die Öffentlichkeit berechtigt sind, ihre Systeme mit dem öffentlichen TK-Netz zusammenzuschalten.“

Die Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33/EG vom 30.6.1997 greift in Art. 3 Abs. 1 den Gedanken wie folgt auf: „Die Mitgliedstaaten ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen zur Aufhebung von Beschränkungen, die Organisationen, denen die Mitgliedstaaten die Genehmigung zur Bereitstellung öffentlicher TK-Netze und für die Öffentlichkeit zugänglicher TK-Dienste erteilt haben, an der Aushandlung von Zusammenschaltungsvereinbarungen untereinander hindern, die im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stehen.“

Dabei ist nicht nur die technische Seite, sondern auch die Entgeltseite der Zusammenschaltung angesprochen. In Art. 4 a Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 90/388/EWG heißt es: „Führen kommerzielle Verhandlungen innerhalb eines angemessenen Zeitraums zu keinem Ergebnis, so erlässt der betreffende Mitgliedstaat auf Ersuchen einer der beiden Parteien binnen einer angemessenen Frist eine mit Gründen versehene Entscheidung, die die notwendigen betrieblichen und finanziellen Bedingungen und Anforderungen für eine solche Zusammenschaltung festlegt.“

Auch Art. 3 Abs. 1 Satz 3 der Richtlinie 97/33/EG weist auf die finanzielle Seite hin: „Technische und kommerzielle Zusammenschaltungsvereinbarungen werden zwischen den beteiligten Parteien unter Einhaltung dieser Richtlinie und der Wettbewerbsregeln des Vertrags ausgehandelt.“

Gleichzeitig haben die Mitgliedstaaten für eine wirksame Regelung der Zusammenschaltung Sorge zu tragen, nicht für eine, welche – da angeblich sanktionslos – gar nicht wirksam werden kann. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG drückt das so aus: „Die Mitgliedstaaten stellen die angemessene, effiziente Zusammenschaltung der in Anhang I aufgeführten öffentlichen Telekommunikationsnetze sicher, soweit dies notwendig ist, um die Interoperabilität dieser Dienste für alle Benutzer in der Gemeinschaft zu gewährleisten.“ All dies streitet für den hier begründeten Standpunkt.

Richtig ist nur, dass Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 97/33/EG eine Zusammenschaltungspflicht im Unterschied zu einer Verhandlungspflicht, nur für Unternehmen „mit beträchtlicher Marktmacht“ normiert. Beträchtliche Marktmacht entspricht nicht einer marktbeherrschenden Stellung i.S.d. deutschen Rechts, und der erwähnte *Ausschuss für Post und Telekommunikation* hatte daraufhin in Erwartung dieser Regelung eine generelle Zusammenschaltungspflicht für Betreiber öffentlicher TK-Netze in das TKG gebracht.<sup>15</sup> Die Richtlinie 97/33/EG hinderte ihn daran nicht. Nach Art. 4 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie gilt die beträchtliche Marktmacht einer Organisation bei einem Marktanteil von 25% als gegeben. Nach Art. 4 Abs. 3 Satz 2 können die Re-

gulierungsbehörden jedoch festlegen, dass eine Organisation mit einem Anteil von weniger als 25% über beträchtliche Marktmacht verfügt. Dies hat der Gesetzgeber für das deutsche Recht in generalisierender Weise getan. Treffend formulieren *Koenig/Neumann*: „Jedenfalls nach Maßgabe der Richtlinie bleibt es den Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich gestattet, auch Unternehmen unterhalb der Schwelle ‚beträchtlicher Marktmacht‘ einer Entgeltregulierung zu unterwerfen (das ‚Ob‘ der Regulierung). Lediglich hinsichtlich der Art und Weise, wie eine solche Regulierung gestaltet werden kann, haben die Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtliche Vorgaben zu beachten (das ‚Wie‘ der Regulierung). Einer Entgeltregulierung unterhalb der Schwelle der ‚beträchtlichen Marktmacht‘ steht gemeinschaftsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Harmonisierung nichts entgegen, soweit dadurch die optimale Wirksamkeit der Richtlinienvorgaben nicht beeinträchtigt wird.“<sup>16</sup>

Die Maßstäbe, welche Art. 4 Abs. 3 Satz 4 Richtlinie 97/33/EG in solchem Falle für die nationalen Regulierungsbehörden normiert („die Möglichkeit der Organisation, Marktbedingungen zu beeinflussen, ihr Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes, ihre Kontrolle über den Zugang zu Endbenutzern, ihr Zugang zu Finanzmitteln sowie ihre Erfahrung bei der Bereitstellung von Produkten und Diensten auf dem Markt“) lassen sich i.R.e. entsprechenden Anwendung der Maßstäbe, auf die § 39 TKG verweist, verwirklichen. Sie sind in der Substanz ohnehin reichlich formelhaft, da sie explizit sowohl für den Fall gelten sollen, dass eine Regulierungsbehörde die Schwelle von 25% anhebt, wie umgekehrt für den in Deutschland realisierten Fall, dass die Schwelle nach unten gesenkt wird. Was speziell die Zusammenschaltung im Mobilfunkbereich anbelangt, stellt Art. 7 Abs. 2 Satz 3 Richtlinie 97/33/EG klar, dass es für eine beträchtliche Marktmacht hier auf die Zusammenschaltungsmärkte, im Gegensatz zu Endkundenmärkten, ankommt. Dann liegt ohnehin entweder Marktbeherrschung im rechtstechnischen Sinne nahe oder sie ist wie bei der Originierung und Terminierung von Gesprächen in ein bestimmtes Netz unausweichlich.<sup>17</sup> Von daher schwächt sich die Bedeutung der Regelung in Art. 4 Abs. 3 Richtlinie 97/33/EG weiter ab.

#### f) Mögliche Entwicklungen

In ihrer Stellungnahme zum XIII. Hauptgutachten der *Monopolkommission* hat sich die *Bundesregierung* auch zu dem hier untersuchten Normenkomplex geäußert. „Das TKG sieht im Bereich der Zusammenschaltungsregulierung allerdings vor, dass auch nicht marktbeherrschende Unternehmen zur Zusammenschaltung verpflichtet werden können. Die *Bundesregierung* hält diese Regelung für zu weit gehend und wird sich – unter Berücksichtigung europäischer Vorgaben – dafür einsetzen, dass eine Verpflichtung zur Zusammenschaltung – und damit auch die Möglichkeit der *Regulierungsbehörde*, im Streitfall Entgelte für Zusammenschaltungsleistungen anzuordnen – auf mittlere Sicht nur noch für marktbeherrschende Unternehmen bestehen soll, um eine zu hohe Regulierungsintensität zu vermeiden. Eine entsprechende Änderung des TKG ist in diesem Fall notwendig.“<sup>18</sup>

Dies bestätigt das hier gewonnene Auslegungsergebnis. Ob die *Bundesregierung* bei dem genannten Vorhaben gut beraten ist, kann offen bleiben. Relevant ist ein solcher politischer Wille nur dann, wenn er in Gesetzesform überführt worden ist. Für diese Legislaturperiode ist damit nicht zu rechnen. Für Teilnehmernetzbetreiber (Festnetze und

14) Abdr. in: Beck-Texte, Telekommunikationsrecht, S. 79 ff.; Art. 3 d wurde eingeführt durch die Richtlinie 96/2/EG v. 16.1.1996.

15) Vgl. oben im Text zu Fußn. 10.

16) *Koenig/Neumann* (o. Fußn. 2), S. 30 linke Spalte.

17) Dazu näher Abschnitt III.

18) BT-Drs. 14/6282, Tz. 10.

Mobilfunk) weist die *Bundesregierung* zu Recht auf fortbestehende marktbeherrschende Stellungen hin: „Insbesondere die Terminierung von Gesprächen in Teilnehmernetze bzw. die Zuführung von Gesprächen aus Teilnehmernetzen weisen in der Regel Engpass-Charakter auf. Sofern diese Bereiche nicht besonders reguliert würden, bestünde die Gefahr, dass monopolistische Preissetzungsspielräume hinsichtlich der Terminierungsentgelte ausgenutzt würden.“<sup>19</sup> Das gilt naturgemäß auch für originierte Gespräche.

Auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts gibt es Überlegungen, in Weiterführung des sog. Kommunikationsberichts 1999 der *Europäischen Kommission* das Konzept der beträchtlichen Marktmacht stärker an die kartellrechtliche Kategorie der marktbeherrschenden Stellung anzunähern.<sup>20</sup> Doch auch dies ist nicht das geltende Recht.

### 3. Ergebnis

§§ 36, 37 mit § 39 TKG eröffnen eine Möglichkeit für und gegen Betreiber eines öffentlichen TK-Netzes, diejenigen Zusammenschaltungen herbeizuführen, welche für den Aufbau eines Verbindungsnetzes im Mobilfunkbereich zum Zwecke der Originierung und Terminierung von Gesprächen erforderlich sind. Eine marktbeherrschende Stellung ist dabei nicht vorausgesetzt. Eine weniger wichtige Frage ist in diesem Zusammenhang, ob das Anordnungsverfahren nach § 37 TKG und das Entgeltverfahren nach § 39 TKG je gesondert durchzuführen sind, wie das *VG Köln* und das *OVG Münster* entschieden haben.<sup>21</sup> Unter praktischem Betracht empfiehlt es sich, dem erst einmal zu folgen.

## III. Marktbeherrschung

Folgt man der Auffassung, dass eine Zusammenschaltungspflicht lediglich zu Lasten eines marktbeherrschenden, mindestens eines marktmächtigen Anbieters besteht, so wird eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ebenso erforderlich wie eine Feststellung des Beherrschungsgrads. Es wird sich zeigen, dass dieser Weg letztlich zu keinem anderen Ergebnis führt.

### 1. Marktabgrenzung

#### a) Zweck

Der normative Zweck einer Marktabgrenzung ist prägnant in der Bekanntmachung der *EG-Kommission* vom 9.12.1997 zur Definition des relevanten Marktes im Wettbewerb formuliert worden: „Hauptzweck der Marktdefinition ist die systematische Ermittlung der Wettbewerbskräfte, denen sich die beteiligten Unternehmen zu stellen haben. Mit der Abgrenzung eines Marktes in sowohl seiner sachlichen als auch seiner räumlichen Dimension soll ermittelt werden, welche konkurrierenden Unternehmen tatsächlich in der Lage sind, dem Verhalten der beteiligten Unternehmen Schranken zu setzen und sie daran zu hindern, sich einem wirksamen Wettbewerbsdruck zu entziehen.“<sup>22</sup> Man darf dabei nicht mechanistisch vorgehen. Je nach Sachzusammenhang kann die Marktabgrenzung differenziert ausfallen. Dies gilt namentlich für eine Marktabgrenzung im Zusammenhang einer Verhaltenskontrolle im Unterschied zu einer solchen im Kontext einer Strukturkontrolle.<sup>23</sup> Ersteres läuft auf die ex-post-Überprüfung eines beobachtbaren Verhaltens in konkreten Marktverhältnissen hinaus. Letzteres impliziert eine ex-ante-Kontrolle und damit Prognosen, die unausweichlich schwierig

sind. Bei einer Entgeltregulierung nach § 39 TKG handelt es sich im Ausgangspunkt um eine Verhaltenskontrolle. Die Anwendung der Vorschrift bleibt indes eingebettet in den Sinnzusammenhang der §§ 36, 37 TKG. Wie dargestellt, weisen diese Vorschriften mit dem Ziel der Interoperabilität von Netzen eine deutlich strukturelle Ausrichtung auf. Es liegt eine Art hybrider Sachverhalt vor.

#### b) Methode

Begrenzungen für das Marktverhalten von Unternehmen erwachsen im Wesentlichen aus drei Quellen: der Austauschbarkeit eines Produkts (Ware oder Dienstleistung) auf der Nachfragerseite, der Umstellungsflexibilität auf der Anbieterseite und dem potenziellen Wettbewerb. Die Austauschbarkeit auf der Nachfragerseite ist die unmittelbarste und wirksamste disziplinierende Kraft.<sup>24</sup> Sie schlägt sich nieder im sog. Bedarfsmarktkonzept, welches die Marktabgrenzung dominiert. Besonders klar wird es auf EG-Ebene ausgesprochen: „Die zu beantwortende Frage lautet, ob die Kunden der Parteien als Reaktion auf eine angenehme kleine, bleibende Erhöhung der relativen Preise (im Bereich zwischen 5% und 10%) für die betreffenden Produkte und Gebiete auf leicht verfügbare Substitute ausweichen würden. Ist die Substitution so groß, dass durch den damit einhergehenden Absatzrückgang eine Preiserhöhung nicht mehr einträglich wäre, so werden in den sachlich und räumlich relevanten Markt so lange weitere Produkte und Gebiete einbezogen, bis kleine, dauerhafte Erhöhungen der relativen Preise einen Gewinn einbrächten.“<sup>25</sup> Man spricht von hypothetischem Monopolttest.

Man muss sich bewusst bleiben: Hiermit ist nur die richtige Frage gestellt. Die Ermittlung einer Antwort bleibt unverändert schwierig und kommt ohne Abwägungen letztlich nicht aus. Denn Experimente in diesem Zusammenhang zur Überprüfung der Kundenreaktionen sind nicht möglich. Erfahrungen aus einer Vergangenheit mit identischen oder jedenfalls vergleichbaren Marktbedingungen fehlen häufig. Befragungen von Marktteilnehmern verschieben das Bewertungsproblem letztlich nur auf die Einschätzungen anderer, nicht notwendig besser Informierter.

#### c) Carrier-Märkte

Immerhin ergibt sich aus diesem Blickwinkel im TK-Bereich eine Trennung zwischen sog. Endkundenmärkten und Carrier-Märkten. Die *EG-Kommission* spricht auch

<sup>19</sup> S. o. Fußn. 18.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 2 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services, Ratsfassung v. 4.4.2001; s. ferner Art. 13 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, Ratsfassung v. 4.4.2001.

<sup>21</sup> Vgl. o. Fußn. 7.

<sup>22</sup> ABl. EG Nr. C 372 v. 9.12.1997, S. 5, auch abgedruckt in WuW 1998, 261 ff., Tz. 2.

<sup>23</sup> Vgl. *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rdnr. 837 ff.; *ders.*, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 3. Aufl. 2001, § 19 Rdnr. 17 m.w.Nw.; speziell für den TK-Bereich im Zusammenhang beträchtlicher Marktmacht siehe Arbeitsdokument der Kommission zu dem künftigen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste. Entwurf von Leitlinien zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach Art. 14 des Vorschlags für eine Richtlinie über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste, Brüssel, den 28.3.2001, KOM (2001) 175, Tz. 62.

<sup>24</sup> Vgl. *EG-Kommission*, Mitteilung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf Zugangsvereinbarungen im Telekommunikationsbereich, ABl. EG Nr. C 265 v. 22.8.1998, S. 2 ff., Tz. 40 ff.

<sup>25</sup> Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes (o. Fußn. 22), Tz. 17.

von Dienstleistungsmärkten und Zugangsmärkten.<sup>26</sup> Die Notwendigkeit solcher Trennung auf Grund eines Bedarfsmarktkonzeptes ist unstrittig.<sup>27</sup> In den Worten der *EG-Kommission*: „Es steht daher fest, dass im Telekommunikationsbereich mindestens zwei Arten relevanter Märkte zu betrachten sind: der Markt für eine Dienstleistung, die für Endbenutzer erbracht wird, und der Markt für den Zugang zu den Einrichtungen, die zur Erbringung dieser Dienstleistung für Endbenutzer erforderlich sind (Informationen, das physische Netz usw.). Je nach Lage des jeweiligen Falls wird es nötig sein, die relevanten Zugangs- und Dienstleistungsmärkte, z.B. die Zusammenschaltung mit dem öffentlichen Telekommunikationsnetz und die Bereitstellung öffentlicher Sprachtelefondienste, abzugrenzen.“<sup>28</sup>

Eine andere Frage, die zur Marktbeherrschung gehört, ist, ob im Einzelfall Wettbewerb auf den Endkundenmärkten auf einen Vorleistungsmarkt in der Weise durchschlagen kann, dass auch dort nicht von Beherrschung des Markts auszugehen ist.<sup>29</sup> Häufig findet man bei der sachlichen Markt-Abgrenzung Formulierungen derart, der relevante Produktmarkt umfasse sämtliche Erzeugnisse und Dienstleistungen, die von den Verbrauchern hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Preise und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als austauschbar oder substituierbar angesehen werden. Ein Abstellen auf Verbraucher würde die Abgrenzung eines Carrier-Markts unmöglich machen. Doch handelt es sich dabei nur um eine unreflektierte Redeweise. Gemeint ist die jeweilige Marktgegenseite (die Abnehmer).

#### d) Zusammenschaltung mit einem Mobilfunknetz

Aus der Sicht eines nachfragenden VNB sind sowohl die Zuführung eines Gesprächs aus einem Mobilfunknetz (Originierung von Gesprächen) als auch die Terminierung nicht substituierbar.<sup>30</sup> Nur der jeweilige Mobilfunknetzbetreiber kann diese Leistung technisch erbringen: Wenn der Endkunde mittels eines Handy telefoniert, ist die erste Strecke immer Funk, nämlich in Form der Luftschnittstelle zwischen Handy und der nächst erreichbaren Antenne. Von dort werden die Daten über entsprechende Kabel, u.U. auch über Richtfunk, bis zum vermittelnden Rechner (MSC) übertragen. Beim Verfahren eines Call-by-call aus dem Mobilfunknetz heraus würde die entsprechende Kennziffer des vom Endkunden gewählten VNB im MSC ausgewertet und das Gespräch von dort zum nächstgelegenen Netzzusammenschaltungspunkt geroutet. Das gleiche gilt – mit umgekehrtem technischem Ablauf – auch für die Terminierung der Gespräche.

Zu fragen bleibt, ob dabei auf einen Markt für Zusammenschaltungen in einem jeweils bestimmten Mobilfunknetz oder aber auf einen Markt für Zusammenschaltung in Mobilfunknetze insgesamt abzustellen ist. Die *Reg TP* hat in ihrer Verfügung 21/2000 die Frage für die Terminierung in einem Mobilfunknetz offen gelassen (Zuführung aus dem Festnetz in ein Mobilfunknetz).<sup>31</sup> In der Konsequenz eines Bedarfsmarktkonzeptes und der damit verfolgten Schutzzwecke liegt es, auf das individuelle Mobilfunknetz abzustellen. Die Zusammenschaltung bei der Terminierung und Originierung von Gesprächen in dieses Netz oder aus diesem Netz heraus ist nicht austauschbar durch eine Zusammenschaltung mit einem anderen Netz. Betrachtet man den normativen Kontext, die gewünschte Operabilität zwischen öffentlichen Netzen nach §§ 36, 37 TKG, so wird dabei jedes einzelne Netz erfasst: Das im abgelösten Einheitsnetz geltende Gesetz der großen Zahl wird durch eine Regulierung ersetzt, die ein gleiches Ergebnis zeitigt. Die im Zusammenhang der Terminierung eingebrachte Überlegung der *Reg TP*, das Konzept der beträchtlichen Marktmacht in der Richtlinie 97/33/EG könnte für eine weite Markt-Abgrenzung sprechen, liegt neben der Sache. Die Kategorie der beträchtlichen Marktmacht hat nicht die Abgrenzung eines Markts zum Gegenstand, sondern die Feststellung einer eventuellen Beherrschung darin. Ganz deutlich wird dies etwa an den in Art. 4 Abs. 3 Satz 4 der Richtlinie aufgelisteten Kriterien wie die Möglichkeit, Marktbedingungen zu beeinflussen, Umsatz im Verhältnis zur Größe des Marktes usw. Auch das Arbeitsdokument der *Kommission* vom 28.3.2001 mit seinem Entwurf von Leitlinien zur Ermittlung beträchtlicher Marktmacht bestätigt die Reserve der *Reg TP* nicht. Vielmehr solle die Frage, ob der Markt für den Zugang zur Mobilfunkinfrastruktur den Zugang zu einem individuellen Mobilfunknetz oder zu sämtlichen Mobilfunknetzen einschließe, von Fall zu Fall entschieden werden.<sup>32</sup> Weiter heißt es: „Wenn ein Unternehmen Gespräche an die Abonnenten eines bestimmten Netzes vermitteln will, hat es grundsätzlich keine andere Wahl, als das Netz, bei dem der Gesprächsteilnehmer abonniert ist, anzurufen oder seine Infrastruktur mit diesem Netz zusammenzuschalten. Hier sollte erwähnt werden, dass eine nationale Regulierungsbehörde bereits einen indirekten Zugangsmarkt für den Gesprächsursprung in individuellen Mobilfunknetzen definiert hat.“<sup>33</sup>

Es ließe sich noch der Einwand formulieren, den hier in Frage stehenden Zuführungsmarkt gäbe es nicht, weil bislang VNB diese Möglichkeit nicht verwirklicht haben. Das liegt freilich daran, dass die Mobilfunknetzbetreiber eine Zuführung im Wege des Call-by-call durch Auswahl einer VNB-Kennziffer seit Jahren blockieren. Die Frage, ob wir im Zusammenhang einer Marktbeherrschung überhaupt einen Markt haben, ist nicht von den eventuellen Normadressaten zu beantworten. Durch eine Verweigerungshaltung könnten sie selbst über die Anwendbarkeit der Norm befinden. Das wäre sinnwidrig. Das Problem ist vertraut aus einem benachbarten Zusammenhang, nämlich dem üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr i.S.d. § 20 Abs. 1 GWB. Ein solcher ist unstrittig zu bejahen, wenn die Öffnung des Geschäftsverkehrs einer gesetzlichen Wertung entspricht.<sup>34</sup> Dies ist im Zusammenhang der §§ 36, 37 TKG zu bejahen. Auch die Wertung des § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB ist hier aussagekräftig.

## 2. Beherrschung

Auf der Basis des einzelnen Mobilfunknetzes liegt eine Monopolstellung vor. Relativierungen unter dem Aspekt

26) Vgl. Mitteilung der *Kommission* v. 22.8.1998 (o. Fußn. 24), Tz. 44 ff. und das Arbeitsdokument der *Kommission* v. 28.3.2001 (o. Fußn. 23), Tz. 59 ff.

27) Vgl. *Monopolkommission*, Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten?, 2000, Tz. 12 ff., 41 ff.; *Bundesregierung* (vgl. o. Fußn. 18); *Stumpf/Schwarz-Schilling*, Wettbewerb auf Telekommunikationsmärkten, WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 197 vom Nov. 1999, S. 66 ff.; *Plum/Schwarz-Schilling*, Markt-Abgrenzung im Telekommunikations- und Postsektor, WIK-Diskussionsbeiträge Nr. 200 vom Febr. 2000, S. 67 ff.; *Reg TP* Verfügung 21/2000, ABl. 2000, S. 879; *Immenga*, MMR 2000, 196 ff.

28) Mitteilung der *Kommission* v. 22.8.1998 (o. Fußn. 24), Tz. 45.

29) Vgl. dazu unten zu Fußn. 37.

30) Man spricht auch von einem Markt für Gesprächsursprung im Gegensatz zu einem Markt für Gesprächsabschluss, vgl. Arbeitsdokument der *Kommission* v. 28.3.2001 (o. Fußn. 23), Tz. 61.

31) ABl. Reg TP 2000, S. 879.

32) Arbeitsdokument (o. Fußn. 23), Tz. 61.

33) Arbeitsdokument (o. Fußn. 23), Tz. 61 in Fußn. 53.

34) Vgl. nur *Markert*, in: *Immenga/Mestmäcker*, § 20 Rdnr. 112 m. zahlr. Nw. aus der Rspr.

einer Angebotsflexibilität greifen nicht. Das könnten hier nur Investitionen eines Nachfragers in den Aufbau eines eigenen Mobilfunknetzes sein. Das scheidet schon an den nicht erhältlichen Lizenzen. Gleiches trifft für den Aspekt potenziellen Wettbewerbs zu. Selbst wenn man entgegen dem Vorhergehenden auf die Gesamtheit der vorhandenen Mobilfunknetze abstellen wollte, änderte sich das Ergebnis nicht: Da sämtliche Betreiber von Mobilfunknetzen insbesondere die Zuführung von Gesprächen aus ihren Netzen zu VNB verweigern, wäre dann von einer oligopolistischen Beherrschung dieses Zugangsmarkts auszugehen.

Die Aktivitäten eines VNB im Mobilfunkbereich würden sich auf den Endkundenmarkt für Mobilfunkleistungen auswirken. Man könnte von daher überlegen, ob bei solcher Sachlage neben einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Carrier-Markt nicht zusätzlich eine marktbeherrschende Stellung auf dem Endkundenmarkt gegeben sein müsste. Dem ist nicht so. Die Möglichkeit einer engen Marktabgrenzung, hier die Trennung zwischen Vorleistungsmärkten und Endkundenmärkten, hängt mit den dabei verfolgten Schutzzwecken zusammen. Es geht nicht nur um Konsumentenwohlfahrt, es geht auch um den Schutz von Konkurrenten, letztlich damit um die Gewerbefreiheit. Dem entspricht die gefestigte Praxis im Zusammenhang des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Ein solcher Missbrauch kommt auf einem Vorleistungsmarkt in Betracht, ohne dass bestehender Wettbewerb auf dem nachgelagerten Markt dies schon normativ ausschließen könnte.<sup>35</sup> Auch beim durch die 6. Novelle neu geschaffenen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB geht die Entwicklung dahin, dass eine Marktbeherrschung bezüglich der Essential Facility ausreicht und nicht zusätzlich eine solche auf dem vor- oder nachgelagerten Markt gegeben sein muss.<sup>36</sup>

Dies schließt nicht die Denkmöglichkeit aus, dass bestehender Wettbewerb auf einem Endkundenmarkt auf die Wettbewerbsverhältnisse auf einem Vorleistungsmarkt in tatsächlicher Weise durchschlägt und dann bei der Prüfung einer eventuellen marktbeherrschenden Stellung auf dem Vorleistungsmarkt *lege artis* zu berücksichtigen ist. Dies hat die *Reg TP* in der schon mehrfach erwähnten Verfügung 21/2000 im Hinblick auf die Zusammenschaltung aus dem Festnetzbereich in den Mobilfunkbereich zum Zwecke der Terminierung eines Gesprächs angenommen:<sup>37</sup> Stelle man für die Frage der Marktbeherrschung auf das einzelne Mobilfunknetz ab, so sei das Entgelt für die Terminierung aus dem Festnetz in das Mobilfunknetz ein Aspekt eines Gesamtpakets Mobiltelefondienst für den Endkunden. Stelle man auf einen Markt für Zusammenschaltungen in Mobilfunknetze insgesamt ab, scheidet eine oligopolistische Marktbeherrschung daran, dass von den Reaktionen der Festnetzteilnehmer mittelbar Druck auf die Zusammenschaltungsentgelte der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber ausgehe. Durch den in der Praxis weitaus überwiegenden Fall des Transits der Gespräche aus Festnetzen, die – wie fast alle – nicht direkt mit den Mobilfunknetzen zusammengeschaltet sind, über das *DTAG*-Festnetz in die jeweiligen Mobilfunknetze geht aber noch nicht einmal dieser mittelbare Druck von den Betreibern aus. Die Festnetzbetreiber zahlen stattdessen

lieber eine „Transitgebühr“ an die *Deutsche Telekom AG (DTAG)*, als eine eigene Zusammenschaltung mit den jeweiligen Mobilfunknetzbetreibern zu realisieren. Hintergrund sind die hohen einmaligen und laufenden Kosten, die die Mobilfunknetzbetreiber für eine solche direkte Zusammenschaltung verlangen.

Von den Schutzzwecken her, die mit dem sog. Bedarfsmarktkonzept zur Abgrenzung des sachlich relevanten Markts verfolgt werden, kann nur die erste Alternative, ein Abstellen auf das einzelne Mobilfunknetz, zutreffend sein. Da die Terminierungsleistung ein typisches Bottleneck darstellt in Richtung anderer TK-Anbieter, ist die Argumentation mit dem Gesamtpaket Mobiltelefondienst für den Endkunden schon im Ansatz verfehlt. Hier wird die gebotene und völlig unstrittige Trennung zwischen Carrier-Märkten und Endkundenmärkten in der Substanz aufgegeben. Dies wäre, wie gezeigt, nur dann richtig, wenn es in diesen Zusammenhängen allein um „consumer welfare“ ginge. Es geht freilich, was für das deutsche – und für das europäische – Recht niemand in Frage stellt, auch um die Wettbewerbsmöglichkeiten tatsächlicher wie potenzieller Konkurrenten.

Speziell für die Generierung von Gesprächen ist die Sachlage ohnehin anders. Hier blockieren sämtliche Mobilfunknetzbetreiber.

Es geht noch um die grundsätzliche Frage des „Ob“ einer Generierung, nicht um die Höhe eines Entgelts für eine erbrachte Leistung. Irgendein kontrollierender Wettbewerbsdruck in Richtung einer positiven Entscheidung der Mobilfunknetzbetreiber, sei es in Richtung Einzelnetz, sei es in Richtung Mobilfunknetze insgesamt, besteht nicht.

Diese Rechtsauffassung bleibt von Entscheidungen auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Zusammenhang beträchtlicher Marktmacht unberührt. Vorschläge gehen dahin, dieses Konzept wieder stärker der klassischen Kategorie der Marktbeherrschung anzunähern.<sup>38</sup> Da im hier untersuchten Sachverhalt ohnehin Marktbeherrschung im kartellrechtlichen Sinne vorliegt, sind solche Vorschläge, selbst wenn sie ohne Abstriche realisiert werden sollten, ohne konkrete Bedeutung.

In der Summe bestehen keine rechtlichen Hindernisse, auch im Mobilfunkbereich das Konzept einer VNB-Auswahl zu verwirklichen. Was ihm entgegensteht, sind etablierte wirtschaftliche Macht und ein defizienter Einsatz der vorhandenen Regulierungsinstrumente.

35) Vgl. *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker, § 19 Rdnr. 21, 25; *Richter*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 20 Rdnr. 15, § 22 Rdnr. 13, 62, 100; *Weiß*, in: Calliess, EUV/EGV, 1999, Art. 82 Rdnr. 34, 38; *Rittner*, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 6. Aufl. 1999, § 10 Rdnr. 65; *Emmerich*, in: Dausen, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand 8/2000, H.1, § 1 Rdnr. 324 m.w.Nw.; *BGH NJW* 1973, 280, 281 – Registrierkassen; *BGH NJW* 1974, 141, 142 – EDV-Ersatzteile; *BGH GRUR* 1989, 701 – Frankiermaschinen; *BGH GRUR* 1988, 640 – Reparaturbetrieb; *BGH GRUR* 1989, 220 – Lüsterbehangsteine; *BGH WuW/E BGH* 1729 – Ölbrenner; *BGH WuW/E DE-R*, 357, 358 – Feuerwehrgeräte; *EuGH Slg.* 1988, 6039 – Consorzio Italiano und Maxicar/Renault; *EuGH Slg.* 1988, 6211 – Volvo/Veng; *EuGH Slg.* 1979, 1869 – Hugin/Komm.

36) Vgl. z.B. *LG Nürnberg-Fürth ZNER* 2001, 99 und *LG Dortmund ZNER* 2001, 101, beide Entscheidungen die Durchleitung von Gas betreffend.

37) Wie Fußn. 31. Dagegen zu Recht *Monopolkommission*, Hauptgutachten 1998/1999, Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen, 2000, Tz. 41 ff.

38) Vgl. Fußn. 20.

FABIAN SCHUSTER/ULF MÜLLER

# Verbindungsnetzbetreiberauswahl und Entgeltregulierung im Mobilfunk

Die Erbringung von TK-Dienstleistungen gliedert sich in Deutschland wie in den meisten anderen Ländern vor allem in die beiden großen Bereiche für Festnetz- und für Mobilfunktelefonie. Die Marktsituation in diesen beiden Bereichen ist schon im Ansatz grundverschieden: Während im Festnetzbereich jeder Anbieter von öffentlichen TK-Dienstleistungen eine Lizenz der Klassen 3 und 4 erwerben kann, ist die Zahl der Lizenzen für Mobilfunkdienstleistungen gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 a TKG beschränkt. Derzeit gibt es lediglich vier am Markt tätige Mobilfunknetzbetreiber (T-Mobil mit dem D1-Netz, Vodafone mit dem D2-Netz, E-Plus mit dem E1-Netz und VIAG Inter-

kom mit dem E2-Netz), die den Mobilfunkstandard GSM/GPRS anbieten. Damit handelt es sich beim Markt für Mobilfunktelefonie im Gegensatz zu dem für Festnetztelefonie um einen geschlossenen Markt. Der Beitrag befasst sich mit den Rechtsgrundlagen für Zusammenschaltungen zwischen Netzen dieser beiden verschiedenen Kategorien und legt dabei den Schwerpunkt auf die Fragen der VNB-Auswahl und die Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten. Dabei wird auf Grund der erforderlichen Kürzungen ausschließlich die deutsche Rechtslage betrachtet.

## I. Einführung

Während im Bereich der Festnetztelefonie sich bereits eine gängige Praxis für Zusammenschaltungsanordnungen gem. § 37 TKG durch die Reg TP erkennen lässt<sup>1</sup> und die in § 43 Abs. 6 TKG geregelte Verbindungsnetzbetreiber(VNB)-Auswahl insbesondere durch die Angebote des sog. Call-by-Call in erheblichen Maße durch die Endkunden angenommen werden,<sup>2</sup> haben die Themen der Zusammenschaltungen zwischen Fest- und Mobilfunknetzen nur geringere Beachtung gefunden. Insbesondere hat sich die Reg TP bisher mit diesem Fragenbereich in Entscheidungen noch nicht auseinander setzen müssen. Für die Anbieter von Festnetztelefonie stellt die große Gruppe der Mobilfunknutzer ein Kundensegment dar, das bisher für die eigenen Leistungen nur beschränkt angesprochen

werden konnten. Mit einer Öffnung der Mobilfunknetze für Angebote der Festnetzbetreiber kann auch diese Kundengruppe einbezogen werden.

## II. Zweck und Aufbau der Zusammenschaltungsvorschriften (§§ 35 ff. TKG)

Die Zusammenschaltung (Interconnection) verschiedener TK-Netze ist für die Liberalisierung von TK-Märkten ein wesentliches Mittel. Nur durch Zusammenschaltung verschiedener TK-Netze können die Teilnehmer der verschiedenen Netze miteinander direkt kommunizieren.<sup>3</sup> Ohne eine Zusammenschaltung wird grundsätzlich kein Endkunde das Netz eines monopolistischen Anbieters verlassen, wenn er nach einem Wechsel zu einem anderen TK-Anbieter befürchten muss, keine anderen Endteilnehmer erreichen zu können (bzw. von keinem anderen erreicht werden zu können). Da bei einem marktbeherrschenden Unternehmen davon ausgegangen werden kann, dass dieses kein großes Interesse daran hat, seine möglichen Wettbewerber für Endkunden attraktiver zu machen – was bei TK-Anbietern eine möglichst umfassende Erreichbarkeit anderer Netze bedeutet –,<sup>4</sup> hat der deutsche Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der europarechtlichen Zusammenschaltungsrichtlinie<sup>5</sup> die Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zur vollumfassenden Zugangsgewährung für Wettbewerber in §§ 33 ff. TKG aufgenommen,<sup>6</sup> also Zugang zu wesentlichen Leistungen sowie allgemeiner und besonderer Netzzugang (letzterer einschließlich Interconnection).

Dabei gibt § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG jedem Anbieter von TK-Dienstleistungen für die Öffentlichkeit einen Anspruch auf Zugang zu allen wesentlichen Leistungen.<sup>7</sup> Die Vorschrift des § 33 TKG als allgemeine Zugangsregelung ist eine spezialgesetzliche Ergänzung zu dem allgemeinen Diskriminierungsverbot der §§ 19, 20 GWB.<sup>8</sup> Das Instrumentarium der besonderen Missbrauchsaufsicht (§ 33 Abs. 1 Satz 1 TKG) wird in § 35 TKG für die neben dem marktbeherrschenden Unternehmen lizenzierten Betreiber von öffentlichen TK-Netzen gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. und Satz 3 TKG um einen Zusammenschaltungsanspruch erweitert. § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. und Satz 3 TKG stellen sich damit als spezielle Ausprägungen der Zugangsgewäh-

1) Vgl. z.B. die Zusammenfassung von Müller/Schuster, MMR 1999, 517 ff.; Scherer, NJW 2000, 772.

2) Vgl. Paul/Mellewig, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl. 2000, § 43 Rdnr. 28 ff.

3) Geppert/Ruhle/Schuster, Handbuch Recht und Praxis der Telekommunikation, 2. Aufl., erscheint März 2002, Rdnr. 534; Piepenbrock/Müller, in: Schuster (Hrsg.), Vertragshandbuch Telemedia, 2001, Kap. 7 Rdnr. 1 f.

4) S. z.B. Wiedemann, in: ders (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 1 Rdnr. 2; Haar, in: Mestmäcker (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole II, S. 527.

5) Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.6.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) (Zusammenschaltungsrichtlinie) (ABl. EG Nr. L 199 v. 26.7.1997, S. 32).

6) Dabei war in den Entwürfen der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP (BT-Drs. 13/3609, S. 14) sowie der BReg (BT-Drs. 13/4438, S. 13) noch eine generelle Zusammenschaltungspflicht für alle Netzbetreiber im damaligen § 34 TKG vorgesehen. Erst im Laufe der Beratungen im Ausschuss für Post und Telekommunikation wurde die Zusammenschaltungspflicht in Übereinstimmung mit der EU-Richtlinie 97/33/EG (o. Fußn. 5) auf die marktbeherrschenden Netzbetreiber beschränkt (Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 13/4864, S. 33 f., 112 f.). Die Beschränkung der allgemeinen Zugangsgewährungspflicht war dagegen von Anfang an nur für die marktbeherrschenden Unternehmen vorgesehen (BT-Drs. 13/3609, S. 13; BT-Drs. 13/4438, S. 12).

7) Umfassend Piepenbrock, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 2), § 33 Rdnr. 26 ff.

8) Piepenbrock (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 9; Holzhäuser, MMR 2000, 466 f.

■ Dr. Fabian Schuster und Dr. Ulf Müller sind Rechtsanwälte in der Kanzlei Piepenbrock & Schuster, Düsseldorf. Dr. Schuster ist zugleich Lehrbeauftragter an der Universität zu Köln, Dr. Müller an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

rungspflicht gem. § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG dar.<sup>9</sup> Ausweislich der Regelungen in §§ 35 Abs. 2, 36 TKG geht der Gesetzgeber davon aus, dass insbesondere Zusammenschaltungsvereinbarungen zwischen den verschiedenen Anbietern von TK-Dienstleistungen abgeschlossen werden. Damit wird dem Grundsatz der Vertragsfreiheit erste Priorität im Bereich des Abschlusses von Vereinbarungen über besonderen Netzzugang und Zusammenschaltungen gegeben.<sup>10</sup> Allerdings sieht § 35 Abs. 2 TKG für solche Vereinbarungen inhaltliche Beschränkungen vor, soweit der Anbieter des besonderen Netzzugangs ein marktbeherrschendes Unternehmen ist. Eine Beschränkung des Netzzugangs darf nur aus Gründen der sog. grundlegenden Anforderungen gem. Art. 3 Abs. 2 der ONP-Richtlinie<sup>11</sup> erfolgen.

Auch nicht marktbeherrschende Netzbetreiber sind ausweislich des § 36 Satz 1 TKG verpflichtet, auf eine entsprechende Anfrage eines anderen Netzbetreibers hin ein Angebot zu einer Zusammenschaltung abzugeben. Zweck dieser Regelung ist es, zwischen den Endteilnehmern eines liberalisierten TK-Marktes eine möglichst umfassende gegenseitige Kommunikation zu ermöglichen.<sup>12</sup> Schon der sprachliche Vergleich zwischen § 35 Abs. 1 und § 36 Satz 1 TKG zeigt den Unterschied zwischen der Zusammenschaltungspflicht der marktbeherrschenden TK-Unternehmen und der lediglich bestehenden Verhandlungspflicht der übrigen TK-Anbieter.<sup>13</sup> Nichtsdestotrotz kann die *Reg TP* gem. § 37 Abs. 1 TKG die Zusammenschaltung eines TK-Netzes sowohl mit Netzen von marktbeherrschenden als auch von nicht marktbeherrschenden TK-Unternehmen anordnen, sobald es i.R.d. Verhandlungen nach § 36 TKG nicht zu einer Zusammenschaltungsvereinbarung zwischen den Parteien gekommen ist. In der bisherigen Regulierungspraxis betrafen die erfolgten Zusammenschaltungsanordnungen jedoch lediglich Zusammenschaltungen unter Beteiligung der marktbeherrschenden *Deutschen Telekom AG (DTAG)*.<sup>14</sup> Ein Antrag des Unternehmens *NetCologne* auf eine bidirektionale Zusammenschaltung mit einem Mobilfunknetzbetreiber wurde von der *Reg TP* wegen unzureichender Verhandlungen über die Zusammenschaltung abgelehnt.<sup>15</sup>

### III. Zusammenschaltung mit unidirektionaler Leistungserbringung

Im Gegensatz zu den Zusammenschaltungen im Festnetzbereich, die immer auf eine bidirektionale Leistungserbringung ausgerichtet sind, bieten die Mobilfunknetzbetreiber den Festnetzbetreibern lediglich eine Zusammenschaltung mit unidirektionaler Leistungserbringung an, die jedoch kaum in Anspruch genommen wird. Hintergrund hierfür ist, dass die von den Mobilfunknetzbetreibern verlangten Kosten für die Einrichtung der Zusammenschaltung so hoch und die Einsparungen gegenüber der Variante, via Festnetz der *DTAG* im jeweiligen Mobilfunknetz zu terminieren, so gering sind, dass sich eine direkte Zusammenschaltung i.d.R. für kleinere und mittlere Festnetzbetreiber nicht lohnt. Hierbei gibt es dann kein (Verweigerungs-) Problem, soweit und solange der Festnetzbetreiber nur eine unidirektionale Leistungserbringung (nämlich die Terminierung im Mobilfunknetz) bei dem Mobilfunkanbieter nachfragt. Insofern kommt der Mobilfunkanbieter seiner Verhandlungspflicht gem. § 36 Satz 1 TKG in ausreichendem Umfang nach. Für den Festnetzbetreiber ist aber eine bidirektionale Zusammenschaltung vor allem aus zwei Gesichtspunkten sinnvoll. Er kann zum einen die Kosten für

die Gesprächsvermittlung gegenüber der „Transit“-Lösung (über das *DTAG*-Netz) bei unidirektionaler Zusammenschaltung senken, da weniger Vermittlungseinrichtungen (insbesondere des „Transit“-Netzes) hierfür eingesetzt werden müssen. Zum anderen kann er seinen Kundenkreis erweitern, weil den Mobilfunkkunden ein unmittelbarer Zugriff auf die Leistung des Festnetzbetreibers – im Regelfall Verbindungsnetzbetreiber – möglich ist.

## VI. Verpflichtung zur Zusammenschaltung mit bidirektionaler Leistungserbringung

Als Anhaltspunkte für einen entsprechenden rechtlich begründeten Anspruch des Festnetzbetreibers kommen zum einen die Verhandlungspflicht gem. § 36 TKG, die ggf. um eine Zusammenschaltungsanordnung der *Reg TP* gem. § 37 Abs. 1 TKG ergänzt wird, und zum anderen bei bestehender Marktbeherrschung von Mobilfunknetzbetreibern die Zusammenschaltungspflicht gem. § 35 Abs. 1 Satz 3 TKG in Betracht.

### 1. Verhandlungspflicht gem. § 36 TKG

§ 36 Satz 1 TKG gibt seinem Wortlaut nach keinen direkten Zusammenschaltungsanspruch. Vielmehr ist der Anspruch gem. § 36 Satz 1 TKG dem Wortlaut nach darauf beschränkt, auf eine Zusammenschaltungsnachfrage an einen Netzbetreiber ein entsprechendes Zusammenschaltungsangebot zu erhalten. Dabei macht § 36 Satz 1 TKG hinsichtlich des Verhandlungsgebots für die Zusammenschaltung keinen Unterschied zwischen den verschiedenen TK-Unternehmen.<sup>16</sup> Für die Mobilfunkbetreiber, die über eine Lizenz der Klasse 1 gem. § 6 Abs. 2 Nr. 1 a TKG verfügen, steht die Angebotsverpflichtung gem. § 36 Satz 1 TKG außer Frage.

### a) Zielsetzung des § 36 Satz 2 TKG

Weder die Netzzusammenschaltung der öffentlichen TK-Netze als solche noch die Verhandlungspflicht des § 36 Satz 1 TKG sind Selbstzweck.<sup>17</sup> Vielmehr steht der Verhandlungsanspruch gem. § 36 Satz 2 TKG unter der Prämisse, dass mit der nachgefragten Zusammenschaltung die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher TK-Netze, also der Endteilnehmer, untereinander ermöglicht und verbessert werden soll. Bei der Betrachtung der Nutzerinteressen ist zu berücksichtigen, dass der in § 43 Abs. 6 TKG festgelegte Anspruch der Nutzer auf die VNB-Auswahl<sup>18</sup> nur im Wege von Zusammenschaltungen technisch erreicht werden kann.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber selbst hat mit § 43 Abs. 6 TKG ein Nutzerinteresse konkretisiert, das gesetzlich als solches verankert und untrennbar (funktional und rechtlich) mit dem IC-Anspruch des VNB ver-

9) Ebenso *Holzhäuser* (o. Fußn. 8), S. 471.

10) S. auch umfassend *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 10 ff.; *Koenig/Laetz*, K&R 1999, 298, 303 f.

11) Richtlinie 90/387/EWG des Rates v. 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarkts für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP) (ABl. EG Nr. L 192, S. 1).

12) Vgl. *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 36 Rdnr. 15.

13) Vgl. dazu auch unten, IV. 2. c).

14) S. die Übersicht über die Verfahren bei *Müller/Schuster* (o. Fußn. 1), S. 517 ff.; *Scherer* (o. Fußn. 1), S. 772 ff.; *Gramlich*, CR 2000, 509 ff.; *ders.*, CR 2001, 373 ff.

15) *Reg TP*, B. v. 1.3.2000, BK 4a-99-066/Z 27.12.99 – *Netcologne*.

16) Ebenso *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 36 Rdnr. 7.

17) Vgl. auch *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 36 Rdnr. 15.

18) *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 28; *Demmel*, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht (Stand: Juni 2001), C § 43 Rdnr. 118.

19) *Demmel* (o. Fußn. 18), C § 43 Rdnr. 113 m.w.Nw; s. dazu unten VI. 2.

knüpft ist. Allein diese Vorschrift spricht dafür, dass eine Zusammenschaltung im Regelfall den Interessen der Nutzer entsprechen wird. Noch weiter gehend lässt sich hieraus ableiten, dass eine Zusammenschaltung, die für die Nutzer eine VNB-Auswahl ermöglichen soll, per se den Nutzerinteressen dient. Zudem ist zu bedenken, dass aus Sicht der Kunden die mit einer unmittelbaren Zusammenschaltung regelmäßig einhergehende Reduzierung der TK-Entgelte (wegen der geringeren Anzahl der für Aufbau und Halten einer TK-Verbindung erforderlichen Infrastruktur)<sup>20</sup> zugute kommt. Die Leistungserbringung ist effizienter und ökonomischer. Die technische Erbringung von TK-Verbindungen ist ohne Einschaltung eines Transitnetzes weniger störanfällig, da nicht zusätzliche Infrastruktur einbezogen wird. Dabei gelten diese Gesichtspunkte der Verbesserung der Kommunikation gerade bei der bidirektionalen Leistungserbringung.

### b) Inhalt von Nachfrage und Angebot

Aus § 36 Satz 1 TKG lässt sich jedoch nicht abschließend herauslesen, welchen Inhalt die Nachfrage und das darauf erfolgende Angebot haben müssen.<sup>21</sup> Da das Gesetz insofern keine Vorgaben macht,<sup>22</sup> ist davon auszugehen, dass die Nachfrage sich lediglich auf eine Zusammenschaltung gem. § 3 Nr. 24 TKG beziehen muss. Klarere Vorgaben lassen sich hingegen für das auf die Nachfrage zu erfolgende Angebot machen.<sup>23</sup> Da durch die aufeinanderbezogenen Nachfrage und Angebot eine Verhandlung entstehen soll (amtliche Überschrift zu § 36 TKG: Verhandlungspflicht), muss das Angebot sich auf die nachgefragten Leistungen beziehen. Der nachfragende Netzbetreiber ist nicht verpflichtet, über andere Leistungen zu verhandeln – was für die Möglichkeit einer Zusammenschaltungsanordnung gem. § 37 Abs. 1 TKG wichtig ist –, da er sie nicht nachgefragt hat (s.a. das Entbündlungsgebot in § 2 NZV). Der Inhalt der Verhandlung über die Zusammenschaltung wird nach dem Gesetzeskonzept immer durch den Nachfrager bestimmt.

### c) Anspruch auf Verhandlung

Allerdings wird teilweise vertreten, dass § 36 Satz 1 TKG keinen subjektiven Anspruch für den nachfragenden Netzbetreiber auf eine Verhandlung biete, sondern lediglich appellativen Charakter habe.<sup>24</sup> Dieser Einschätzung muss jedoch schon im Ansatz widersprochen werden. Sie missachtet den eindeutigen Wortlaut des § 36 TKG, der nicht nur in seiner amtlichen Überschrift von einer Verhand-

lungspflicht spricht, sondern darüber in Satz 1 ausdrücklich die Verhandlungspflicht des anbietenden Netzbetreibers in Verhältnis zum nachfragenden Netzbetreiber setzt. Die verschiedenen Gesetzesbegründungen stellen unisono die Notwendigkeit des Zustandekommens von Zusammenschaltungsvereinbarungen heraus.<sup>25</sup> Danach ging in Übereinstimmung mit dem Ansatz der EU der Gesetzgeber bei seiner Fassung des § 36 TKG davon aus, dass „jeder Betreiber auf Nachfrage ein Angebot auf Zusammenschaltung abzugeben hat“.<sup>26</sup> Schließlich kann sich die Ablehnung eines subjektiven Rechts auch nicht auf § 36 Satz 2 TKG stützen, denn hiernach sind die Interessen der Endteilnehmer zwar zu berücksichtigen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Verhandlungsanspruch ausschließlich ihnen zugute kommen soll.

## 2. Zusammenschaltungsanordnungen der Reg TP (§ 37 TKG)

Soweit es trotz einer Verhandlung zwischen zwei Netzbetreibern gem. § 36 TKG nicht zu einer vertraglichen Einigung über die Zusammenschaltung kommt, ordnet die Reg TP nach Anhörung der Beteiligten die Zusammenschaltung an.

### a) Verhältnis von § 37 und § 36 TKG

Dem Wortlaut des § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG nach kommt es auf einen entsprechenden Antrag der Beteiligten hin in jedem Fall zu einer Zusammenschaltungsanordnung durch die Reg TP, soweit keine Vereinbarung zwischen den Netzbetreibern zu Stande kommt. Nach dem Wortlaut der Vorschrift hat die Reg TP kein Ermessen bei der Frage des „Ob“ einer Zusammenschaltungsanordnung. Das TKG unterscheidet in den §§ 35 ff. zwischen der Zusammenschaltungspflicht des marktbeherrschenden Netzbetreibers und der Verhandlungspflicht der übrigen Netzbetreiber. Es scheint auf den ersten Blick wenig sinnvoll, dass das Gesetz hier eine Unterscheidung macht, im Endeffekt jedoch beide Netzbetreiber eine Zusammenschaltung mit ihrem Netz nicht abwehren können. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass § 36 TKG keine andere Rechtsfolge bei Verstoß gegen die Verhandlungspflicht kennt als die Zusammenschaltungsanordnung gem. § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG. Auch enthalten weder § 36 noch § 37 TKG Vorgaben dafür, wann ein Netzbetreiber berechtigterweise den Abschluss einer Zusammenschaltungsvereinbarung ablehnen darf oder eine Zusammenschaltungsanordnung nicht erlassen werden darf. In diesem Umfeld haben sich verschiedene Lösungsansätze zur Frage herausgebildet,<sup>27</sup> wann eine Zusammenschaltungsanordnung durch die Reg TP ergehen darf.

Dabei sind auf den ersten Blick zwei weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Zum einen ist die Zusammenschaltung kein Selbstzweck,<sup>28</sup> sondern ist zumindest bei Zusammenschaltungen mit nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern schon auf Grund des grundgesetzlich durch Art. 14 GG abgesicherten Eigentumsrecht der Netzbetreiber an ihrem eigenen Netz<sup>29</sup> zu beschränken. Zum anderen erscheint es als kaum gerechtfertigt, wenn ein Netzbetreiber auf Grund der Regelung des § 36 Satz 2 TKG eine vertragliche Zusammenschaltungsanordnung ablehnen könnte, da diese nicht den Interessen der Nutzer entspricht, andererseits aber einer Anordnung durch die Reg TP für dieselbe Zusammenschaltung unterliegt. Auch kann sich eine solche Einschränkung auf das in Art. 4 der EU-Richtlinie 97/33/EG vorgesehene Entscheidungser-

<sup>20</sup> Dieser Gesichtspunkt spielt auch bei dem EBC-Modell eine Rolle.

<sup>21</sup> Enger *Manssen*, in: *Manssen* (o. Fußn. 18), C § 36 Rdnr. 2; *Engell/Knieps*, Die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über den Zugang zu wesentlichen Leistungen, 1998, S. 57.

<sup>22</sup> S. aber die Anlage zu § 5 Abs. 2 NZV, die Vorgaben über die möglichen Bestandteile einer Vereinbarung über besondere Netzzugänge einschließlich der Zusammenschaltung macht.

<sup>23</sup> A.A. *Manssen* (o. Fußn. 18), C § 36 Rdnr. 2.

<sup>24</sup> *Manssen* (o. Fußn. 18), C § 36 Rdnr. 2; *Engell/Knieps* (o. Fußn. 21), S. 57.

<sup>25</sup> S. nur Begr. zum TKG-Entwurf der *Fraktionen* (BT-Drs. 13/3609, S. 33 f., 35), Begr. des *BT-Ausschusses* (BT-Drs. 13/4864, S. 113).

<sup>26</sup> Wörtlich Begr. des *BT-Ausschusses* (BT-Drs. 13/4864, S. 113).

<sup>27</sup> S. einerseits *Etlings-Ernst*, TKG, Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 37 Rdnr. 1; *Märkl*, Netzzusammenschaltung in der Telekommunikation, 1998, S. 251 f. für eine Beschränkung des § 37 Abs. 1 auf Marktbeherrscher, andererseits *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 21; *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 37 Rdnr. 2; *Manssen* (o. Fußn. 18), C § 37 Rdnr. 1; *Mayen*, MMR 2001, 496 für eine Anwendung des § 37 Abs. 1 TKG auf alle Netzbetreiber, allerdings mit verschiedenen Einschränkungen. Weiter gehend *Weißhaar/Koenig*, MMR 1998, 475.

<sup>28</sup> Vgl. dazu auch *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 36 Rdnr. 15.

<sup>29</sup> S. dazu umfassend *Stern/Dietlein*, ArchPT 1999, 309 ff. (Teil I); RTKom 2000, 2 ff. (Teil II).

messen der Regulierungsbehörde stützen.<sup>30</sup> Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass der – auslegungstechnisch vorrangig zu betrachtende – Wortlaut von § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG die *Reg TP* zur Anordnung einer Zusammenschaltung verpflichtet. Regelmäßig wird jede Zusammenschaltung schon auf Grund der ermöglichten VNB-Auswahl<sup>31</sup> den Interessen der Endteilnehmer dienen, eine ausschließlich den Interessen eines der beiden Netzbetreiber dienende Zusammenschaltung wird es nicht geben.

Für den die Zusammenschaltung nachfragenden Netzbetreiber und die *Reg TP* dürfte es daher im Einzelfall äußerst schwierig sein, festzustellen, ob die Ablehnung einer Zusammenschaltung durch einen Netzbetreiber berechtigt ist oder nicht. Insofern verhindert § 37 Abs. 1 Satz 1 TKG, dass Netzbetreiber unter Verweis auf § 36 Satz 2 TKG Zusammenschaltungen in weitem Umfang vermeiden können. Dies entspräche gerade nicht der Grundtendenz des § 36 Satz 2 TKG, eine umfassende Kommunikationsmöglichkeit zwischen den Nutzern durch unmittelbare Zusammenschaltung zu erreichen, denn dies dient den Interessen der Nutzer wegen der möglichen VNB-Auswahl und regelmäßig geringeren Kosten bei direkter Zusammenschaltung von zwei Netzen am meisten.<sup>32</sup> Aus der gesetzgeberischen Wertung folgt, dass ein mangelndes Nutzerinteresse, welches einer Zusammenschaltung entgegensteht, nur in eng begrenzten Ausnahmesituationen zu bejahen ist. Das Eigentumsrecht des Netzbetreibers ist bei den Entgelten zu diskutieren.

#### b) Übergangsregelung in 97 Abs. 5 TKG

Die Lizenzerteilungen für die derzeit am Markt tätigen Mobilfunknetzbetreiber sind älter als das TKG. Sie sind auf der Grundlage des § 2 Abs. 1 FAG erfolgt, das dem damaligen *BMPT* ermöglichte, die Ausschließlichkeitsrechte der *Deutschen Bundespost Telekom* nach § 1 Abs. 2 oder 4 FAG auch anderen Anbietern zu verleihen. Hiervon hat das Ministerium insbesondere bei der Lizenzierung des Betriebs für digitalen Mobilfunk Gebrauch gemacht.<sup>33</sup> Durch die in § 97 Abs. 5 Satz 1 TKG enthaltene Übergangsregel wird klargestellt, dass diese Lizenzen nicht durch das In-Kraft-Treten des TKG unwirksam werden, sondern vielmehr Bestandsschutz genießen.<sup>34</sup> Teilweise wird aus diesem Bestandsschutz für Mobilfunknetzbetreiber geschlossen, dass für diese die Vorschriften des TKG zumindest insoweit nicht gelten, als sie den Bedingungen der Verleihung entgegen stehen. Diese Meinung stützt sich auf den früheren Gesetzesentwurf der Fraktionen vom 30.1.1996,<sup>35</sup> dessen § 94 Abs. 4 lapidar sagte: „Verleihungen nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes über Fernmeldeanlagen bleiben unberührt“.

Allerdings ist zu bedenken, dass gerade diese Formulierung nicht Bestandteil des TKG geworden ist. Vielmehr hat der *BT-Ausschuss für Post und Telekommunikation* in seiner Beschlussempfehlung vom 12.6.1996<sup>36</sup> die jetzige Fassung des Gesetzes folgendermaßen begründet: „Die Vorschrift soll den erforderlichen Bestandsschutz gewährleisten. Insofern sind aber die Vorschriften dieses Gesetzes auf diese Genehmigungen und Verträge anwendbar. Z.B. die Zusammenschaltungsregelungen werden sich künftig nach diesem Gesetz richten.“ Die Übergangsvorschrift sollte nicht das gesamte FAG-Regime, das von einem bestehenden Fernmeldemonopol ausging, für die Restlaufzeit der Lizenzen perpetuieren.<sup>37</sup> Zudem ist zu bedenken, dass der D2-Vertrag in Ziff. 36 eine salvatorische Klausel und die Lizenzbescheide der übrigen Mobilfunknetzbetreiber entsprechende Widerrufsmöglichkeiten enthal-

ten.<sup>38</sup> Hätte der damalige Vertragsschluss nicht auf der Basis des FAG, sondern auf der Basis des TKG stattgefunden, wären ausschließlich die TKG-Regelungen zur Anwendung gekommen. Aus § 97 Abs. 5 TKG kann auch kein besonderer Bestandsschutz der Inhaber von „Altlicenzen“ für die Investitionen in den Aufbau der Netze gesehen werden. Derartige Schutzklauseln zu Gunsten bestimmter Lizenznehmer vor den Folgen des Wettbewerbs sind dem TKG ebenso wie dem früher geltenden FAG fremd.<sup>39</sup> Ein entsprechender Investitionsschutz wird auch den neuen Lizenznehmern unter dem TKG nicht gewährt, was sich insbesondere beim Aufbau der UMTS-Netze, die die Dienste der jetzigen Mobilfunknetzbetreiber im Wesentlichen übernehmen werden,<sup>40</sup> zeigen wird. Zudem bedeutet eine Anwendung der Zusammenschaltungsregelungen für Mobilfunknetzbetreiber keine Zusatzinvestitionen oder Vermögensgefahr. Auch die Mobilfunknetzbetreiber sind nur zur Zusammenschaltung gegen Zahlung eines Entgelts verpflichtet.<sup>41</sup> Insgesamt kann daher gesagt werden, dass die in § 97 Abs. 5 TKG enthaltene Bestandsschutzregelung einzig und alleine eine sichere Überführung der unter der alten Rechtsgrundlage des FAG erteilten Lizenzen in das TKG bezweckte, nicht aber über diesen Zweck einer Übergangsvorschrift – so auch die amtliche Überschrift von § 97 TKG – hinausgehende Regelungen bezweckte.<sup>42</sup>

Allerdings hat die *Reg TP* bisher nicht ausdrücklich festgestellt, dass die FAG-Lizenzen durch § 97 Abs. 5 TKG lediglich vom Erfordernis einer neuen Lizenzerteilung suspendiert sind. Vielmehr lassen einige Ausführungen der *Reg TP* im Zusammenhang mit den Allgemeinverfügungen zur Vorbereitung und Durchführung des UMTS-Versteigerungsverfahrens<sup>43</sup> vermuten, dass die *Reg TP* die unter dem FAG-Regime erlassenen Lizenzen nicht ohne weiteres den Bedingungen des TKG unterstellen will. Unter Ziff. 3.1.11.1 (S. 530 der VfG. 13/2000) folgert die *Reg TP* aus § 97 Abs. 5 Satz 1 TKG, dass ihr die Ergänzung der GSM-Alt-Lizenzen um neue, zusätzliche Auflagen bezüglich „National Roaming“-Vereinbarungen mit den UMTS-Lizenznehmern verwehrt sei. Damit geht der Schutz, den die *Reg TP* den GSM-Alt-Lizenzen angedeihen lässt, weiter, als dies verwaltungsrechtlich vorgesehen ist. Sie will die GSM-Alt-Lizenzen nicht nur in ihrem Bestand, sondern auch in ihrer konkreten Ausgestaltung unangetastet lassen. Dies ist aber nach dem Vorstehenden rechtlich nicht haltbar.

30) Ebenso *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 37 Rdnr. 6.

31) S. dazu oben 1. b).

32) Umfassend *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 21.

33) S. dazu den Überblick bei *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 2), § 100 Rdnr. 1 ff.

34) Vgl. dazu auch *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 2), § 97 Rdnr. 7.

35) BT-Drs. 13/3609.

36) BT-Drs. 13/4864.

37) *Schuster* (o. Fußn. 34), § 97 Rdnr. 8 f.; *Schütz* (o. Fußn. 33), § 6 Rdnr. 95. I.E. ebenso *VG Köln* MMR 2001, 556 m. Anm. *Feser* = CR 2001, 515, 518 f. m. Anm. *Schuster*.

38) Ebenso *VG Köln* (o. Fußn. 37), S. 518 f.

39) S. umfassend *Schuster* (o. Fußn. 34), § 97 Rdnr. 14 ff.

40) Vgl. dazu z.B. *Koenig*, K&R 2001, 41, 47. Siehe zur UMTS-Versteigerung insgesamt die Beiträge von *Ehlers*, *Sachs*, *Arndt*, *Degenhart* und *Koenig* in K&R 1/2001.

41) S. dazu *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 215 ff.

42) Ebenso *VG Köln* (o. Fußn. 37), S. 519.

43) VfG. 13/2000 (Entscheidung der Präsidentenkammer v. 18.2.2000 über die Festlegungen und Regeln im Einzelnen zur Vergabe von Lizenzen für Universal Mobile Telecommunications System (UMTS)/International Mobile Telecommunications 2000 (IMT-2000) Mobilkommunikation der dritten Generation (Az. BK-1b-98/005-1) (ABl. RegTP 4/2000, S. 516 ff.)

### c) Ergebnis zum Zusammenschaltungsverfahren der Reg TP (§ 37 TKG)

Somit kann als Zwischenergebnis festgestellt werden, dass die Regelungen der §§ 35 f. TKG und insbesondere des § 37 TKG mit der Möglichkeit der Zusammenschaltungsanordnung durch die *Reg TP* uneingeschränkt auch auf Mobilfunknetzbetreiber anwendbar sind. Die *Reg TP* kann damit im Fall, dass es auf eine Anfrage eines Festnetzbetreibers hin nicht zu einer Zusammenschaltungsvereinbarung mit bidirektionaler Leistungserbringung mit einem Mobilfunknetzbetreiber kommt, gem. § 37 TKG auf Antrag des Festnetzbetreibers eine entsprechende Zusammenschaltung anordnen.

### 3. Zusammenschaltungspflicht gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 TKG

Auf die sich aus §§ 36 Satz 2, 37 Abs. 1 TKG ergebenden Einschränkungen für eine Zusammenschaltungsanordnung kommt es jedoch nicht an, soweit die Festnetzbetreiber bereits auf Grund von § 35 Abs. 1 Satz 3 TKG einen Zusammenschaltungsanspruch mit bidirektionaler Leistungserbringung gegen die Mobilfunknetzbetreiber haben. In dieser Zusammenschaltungspflicht steckt zwar auch eine Verhandlungspflicht. Die Verhandlungspflicht des marktbeherrschenden Unternehmens ist aber von der Prämisse geleitet, dass es bei Einhaltung der Grenzen des § 35 Abs. 2 TKG<sup>44</sup> zu einer Zusammenschaltung kommen muss. Im Gegensatz zu allen anderen Netzbetreibern darf das marktbeherrschende Unternehmen die zusammenschaltungswilligen Netzbetreiber nicht ohne hinreichenden Grund ungleich behandeln (keine Diskriminierung). Eine Zugangsbeschränkung kommt vielmehr nur dann in Betracht, wenn die grundlegenden Anforderungen i.S.d. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28.6.1990 zur Verwirklichung des Binnenmarkts für TK-Dienste durch Einführung eines offenen Netzzugangs (Open Network Provision – ONP) (ABl. EG Nr. L 192 S. 1)<sup>45</sup> verletzt sind.<sup>46</sup>

Entscheidend für die Frage eines Zusammenschaltungsanspruchs auf bidirektionale Leistungserbringung mit Mobilfunknetzbetreibern gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Alt., Satz 3 TKG ist allein die Marktbeherrschung der Mobilfunknetzbetreiber. Die Frage der Marktbeherrschung von Mobilfunknetzbetreibern ist bereits verschiedentlich Gegenstand von juristischen Untersuchungen gewesen.<sup>47</sup> Ohne an dieser Stelle auf die Problematik der Marktabgrenzung und der Feststellung der Marktbeherrschung einzugehen,<sup>48</sup> sollen die vorhandenen Marktdaten der Betrachtung zu Grunde gelegt werden.<sup>49</sup>

#### a) Vorhandene Marktdaten

Im Mobilfunkbereich in Deutschland sind derzeit nur vier Anbieter im Markt vorhanden:<sup>50</sup>

■ die *T-Mobile Deutsche Telekom MobilNet GmbH (T-Mobil)* verfügt über einen Marktanteil beim digitalen Mo-

bilfunk von 39,7% gegenüber 38,7% in 1999; im Jahr 1999 wuchs der Umsatz um 30% und betrug 9,8 Mrd. DM. Allein in den Jahren 1999 und 2000 hat das Unternehmen jeweils 1,5 Mrd. DM in Netzkapazität und -qualität investiert. Im Herbst 1999 hat das Unternehmen dabei für einen Zuschlagspreis von 200,04 Mio. DM fünf Frequenzpakete des Mobilfunkstandards GSM 1800 erworben. Bei der UMTS-Versteigerung im August 2000 hat das Unternehmen für einen Preis von etwa 16 Mrd. DM Frequenzen für das Angebot von UMTS-Dienstleistungen ersteigert. Die absolute Kundenzahl lag im Dezember 2000 bei 19,140 Mio. und konnte im Gesamtjahr 2000 um 111% gegenüber dem Vorjahr gesteigert werden. Die indirekten Vertriebskanäle umfassen über 10.000 Partner sowie 13 Service-Provider. Das Unternehmen ist an einer Vielzahl ausländischer TK-Unternehmen beteiligt. Mit dem Wettbewerber *VIAG Interkom* besteht ein Abkommen über National Roaming, durch welches *VIAG Interkom* formal Mobilfunkminuten zur Nutzung des T-Mobilnetzes im Gesamtwert von schätzungsweise 1 Mrd. DM kauft.

■ die *D2 Vodafone GmbH* (früher: *Mannesmann Mobilfunk GmbH*) hatte Ende 2000 einen Kundenstamm von 19,245 Mio. und konnte ihren Anteil gegenüber dem Vorjahr um 98% steigern. Seit dem Netzstart hat das Unternehmen bis zum Ende 1999 7,1 Mrd. DM investiert. Das Unternehmen erwarb bei der Versteigerung im Herbst 1999 für einen Zuschlagspreis von 216 Mio. DM fünf zusätzliche Frequenzpakete des Mobilfunkstandards GSM 1800. Bei der UMTS-Versteigerung im August 2000 hat das Unternehmen für einen Preis von etwa 16 Mrd. DM zwei Frequenzblöcke für das Angebot von UMTS-Dienstleistungen ersteigert. Das Unternehmen verfügt über etwa 9000 Partner für den indirekten Vertrieb sowie Verträge mit 13 Service Providern. Über die englische Muttergesellschaft *Vodafone plc* ist das Unternehmen mit einer Vielzahl ausländischer Mobilfunkunternehmen verflochten.

■ die *E-Plus Mobilfunk GmbH* hatte bis Ende 2000 ihren Kundenstamm auf 6,6 Mio. erhöht und damit eine Steigerung gegenüber dem Vorjahr um 74% erreicht. Der Umsatz für 1999 lag bei 3,00 Mrd. DM und damit um 66% höher. Der Marktanteil von *E-Plus* lag 2000 bei ca. 13,7% und damit 2,5% niedriger als im Vorjahr. Nachdem das Unternehmen zunächst 1997 erfolgreich das Produkt der Prepaid-Karte eingeführt hatte, hat es viele Marktanteile in diesem Bereich in den Jahren 1999 und 2000 an die D-Netze verloren. Der indirekter Vertrieb erfolgt über etwa 5000 Partner sowie elf Service Provider. Bei der Versteigerung zusätzlicher Frequenzkapazitäten für GSM 1800-Mobilfunk im Herbst 1999 kam das Unternehmen nicht zum Zuge. Bei der Versteigerung der UMTS-Lizenzen im Jahr 2000 konnte das Unternehmen gemeinsam mit einer Investorengruppe zwar für über 16 Mrd. DM eine Lizenz ersteigern, ging damit aber augenscheinlich an den Rand seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

■ die *VIAG Interkom GmbH* hatte bereits 1999 einen Marktanteil von 3,9%, der im Jahr 2000 auf 6,6% gesteigert werden konnte. Dieser Marktanteilsgewinn ging vor allem zu Lasten des kleineren Mitbewerbers *E-plus*. Der Umsatz liegt insgesamt 2000 bei 3,1 Mrd. DM und konnte gegenüber dem Vorjahr um ca. 75% gesteigert werden. Der Kundenstamm betrug Ende 1999 950.000 und sollte bis zum Jahresende 2000 3,2 Mio. erreichen. Vereinbarungen mit Service-Providern bestehen überwiegend aus Gründen der Firmenpolitik nicht. Das Unternehmen hat im Jahr 2000 Investitionen von 1,9 Mrd. DM getätigt. Bei der Versteigerung der zusätzlichen GSM 1800-Frequenz-

44) S. dazu sogleich.

45) S. zu den Regelungen der ONP-Richtlinie auch *Stolz*, K&R 1998, 292 ff.

46) Vgl. dazu auch *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 33 Rdnr. 69.

47) Vgl. z.B. *Mestmäcker*, MMR-Beilage 8/1998, S. 3 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Netzettbewerb, Netzzugang und „Roaming“ im Mobilfunk (1999), S. 58 f.; *Salje*, Zur marktbeherrschenden Stellung der Betreiber von Mobilfunknetzen, Rechtsgutachten erstattet für den VAT, 1998.

48) S. dazu ausführlich die Beiträge von *Bunte* und *Möschel*, in dieser Beilage.

49) Daten aus dem Xonio Mobilfunk-Report 2000 – Der Markt für öffentlichen Mobilfunk in Deutschland mit GSM 900, GSM 1800 und Peripherie, Stuttgart, Stand: Februar 2001.

50) Vgl. dazu *Schütz* (o. Fußn. 33), § 6 Rdnr. 39.

blöcke im Herbst 1999 kam das Unternehmen nicht zum Zuge. Dagegen war das Unternehmen bei der Versteigerung der UMTS-Lizenzen im August 2000 erfolgreich und konnte für über 16 Mrd. DM zwei Frequenzblöcke ersteigern. An der Versteigerung zusätzlicher Frequenzbereiche zur Abrundung nahm das Unternehmen nicht teil. Mit dem Wettbewerber *T-Mobile* hat das Unternehmen einen Roaming-Vertrag abgeschlossen, um die bestehende Versorgungslücke zu schließen. Formal kauft es dabei Gesprächsminuten im Wert von 1 Mrd. DM ein. Beide Unternehmen werden auch beim Netzaufbau für UMTS-Dienstleistungen kooperieren.

### b) Rechtliche Parameter

Das TKG dient – zumindest in der Phase der Liberalisierung des TK-Marktes – in erster Linie der Auflösung des bis 1998 bestehenden Sprachtelefonie-Monopols der *DTAG* und der Vermeidung neuer marktbeherrschender Stellungen dieses oder anderer Unternehmen. Das TKG verweist für die durchzuführenden Regulierungseingriffe an mehreren Stellen auf § 19 GWB als Umschreibung einer marktbeherrschenden Stellung; eine eigene Definition enthält das Gesetz nicht. Dabei sind das GWB als allgemeines Kartellgesetz und das TKG als sektorspezifisches Kartellrecht von ihrer Ausgangssituation grundverschieden. Das GWB geht von einem bestehenden ungestörten Wettbewerbsmarkt aus,<sup>51</sup> während das TKG zunächst das Entstehen eines funktionsfähigen Wettbewerbs erreichen will. Dies ergibt sich deutlich aus §§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG, wo dies als gesetzliche Ziele des Gesetzes und der Regulierung festgeschrieben ist.<sup>52</sup> Damit sind die Regulierungsziele auch bei der Anwendung der Tatbestandsmerkmale von Entgelt- und Zusammenschaltungsregulierungsbestimmungen zu berücksichtigen.<sup>53</sup> § 19 GWB genießt hier eine besondere tk-rechtliche Auslegung.<sup>54</sup> Aus dieser Auslegung heraus lässt sich tendenziell entnehmen, dass eine marktbeherrschende Stellung im TK-Bereich eher zu vermuten (§ 19 Abs. 3 GWB) ist als im Anwendungsbereich des allgemeinen Kartellrechts.

Aus sachlicher Sicht könnten zum einen die Endkundenbeziehungen<sup>55</sup> und zum anderen die Beziehungen zu Diensteanbietern unterschieden werden. Die Zusammenschaltung soll für den VNB den Zugang zu den Teilnehmern der Netze der vier Mobilfunkanbieter ermöglichen. Damit konkurrieren die Festnetzbetreiber mittelbar durch die Zusammenschaltung mit den Mobilfunknetzbetreibern auf dem Endkundenmarkt, so dass auch die Service Provider zu betrachten wären. Allerdings stellen Service Provider lediglich einen allgemeinen Netzzugang (Definition in § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. TKG) bereit. Die VNB treten damit in Bezug auf eine gänzlich andere Leistungserbringung für die Endkunden mit den Mobilfunknetzbetreibern in Konkurrenz als die Service Provider. Fraglich ist schließlich, ob sich wegen der in § 26 TKG enthaltenen Veröffentlichungspflicht der *Reg TP* bezüglich marktbeherrschenden Unternehmen etwas anderes für den TK-Markt ergeben kann. § 26 TKG soll der Information von Marktteilnehmern und Verbrauchern dienen.<sup>56</sup> Ihm kommt keine bindende Wirkung zu.<sup>57</sup> Der Nichtfeststellung einer marktbeherrschenden Stellung auf einem räumlich und sachlich relevanten Markt durch die *Reg TP* wirkt damit nicht konstitutiv.<sup>58</sup>

### c) Vorliegen eines wesentlichen Wettbewerbs

Für die Beurteilung, ob ein wesentlicher Wettbewerb zwischen Unternehmen besteht, sind alle Umstände zu be-

rücksichtigen.<sup>59</sup> Teilweise wird unter Berücksichtigung dieser Faktoren vertreten, dass ein wesentlicher Wettbewerb im deutschen Mobilfunkmarkt bestehe bzw. zumindest trotz Fehlens eines wesentlichen Wettbewerbs nicht von einer marktbeherrschenden Stellung der Mobilfunkanbieter gesprochen werden könne.<sup>60</sup> Diese Einschätzung kann aber nicht überzeugen. Insgesamt wird man einen Wettbewerb auf Anbieterseite dann als gegeben ansehen können, wenn die Marktteilnehmer bereit sind, im täglichen Kampf um Beibehaltung und Verstärkung ihrer Marktanteile ihre bereits erworbenen Anteile zur Disposition zu stellen, und gleichzeitig die Nachfrager durch sinkende Preise und/oder verbesserte Leistungen hiervon profitieren.<sup>61</sup> Die Rechtsprechung stellt hiernach u.a. auf den Einsatz von Preisnachlässen, Wettbewerb und Service, Verkaufskonditionen und Beratungen ab,<sup>62</sup> daneben werden auch im Wesentlichen Bemühungen um eine Qualitätsverbesserung heranzuziehen sein. Aber auch sonstige Faktoren, die gegen das Vorliegen eines wesentlichen Wettbewerbs sprechen, sind zu berücksichtigen. Für den Mobilfunkmarkt ist zudem zu bedenken, dass die Zahl der Marktteilnehmer beschränkt ist. Die Marktanteile etablierter Unternehmen sind bei einem offenen Markt per se den wettbewerblichen Angriffen neuer Konkurrenten ausgesetzt und damit zur Disposition gestellt. Anders sieht dies jedoch bei geschlossenen Märkten aus. Hier wird die Gefahr für die eigenen Marktanteile durch neue Wettbewerber ausgeschlossen, der Wettbewerb beschränkt sich auf eine bestimmte Anzahl von Konkurrenten. Es kann nicht aus der Tatsache der beschränkten Anzahl der Marktteilnehmer geschlossen werden, dass dieser Umstand bei Prüfung eines wesentlichen Wettbewerbs nicht zu berücksichtigen sei.<sup>63</sup> Vielmehr muss auch dieser Umstand für die Feststellung eines wesentlichen Wettbewerbs negativ berücksichtigt und durch andere Faktoren kompensiert werden.

### Wesentliches Merkmal: Preisgestaltung

Insbesondere bei Märkten, auf denen nur wenige Unternehmen gleiche Leistungen anbieten, ist im Preiskampf regelmäßig eine Gleichpreisigkeit festzustellen. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass eine Gleichpreisigkeit bei der Feststellung eines Wettbewerbs nicht zu beachten sei.<sup>64</sup> Vielmehr wird die Gleichpreisigkeit, die auch als ein Anzeichen für abgestimmtes Verhalten gewertet werden kann, durch andere Faktoren ausgeglichen werden müssen, damit von einem Wettbewerb gesprochen werden kann.

Da die Mobilfunknetzbetreiber selbst nicht von einer marktbeherrschenden Stellung ausgehen und auch die

51) S. *Mestmäcker*, in: Immenga/*Mestmäcker*, GWB, 3. Aufl. 2001, Einl. Rdnr. 1–3, 64.

52) Vgl. zur Bedeutung dieser Zweckbestimmungen *Schuster* (o. Fußn. 34), § 1 Rdnr. 27; § 2 Rdnr. 3 ff.

53) A.A. *Mayen*, MMR 2001, 648, 650.

54) S. ausführlich *Piepenbrock/Schuster*, demnächst in CR 2/2002.

55) Auf diesen Markt stellt im Wesentlichen das Gutachten von *Mestmäcker* (o. Fußn. 47) ab.

56) *Schuster/Stürmer*, in: Beck'scher TKG-Komm. (o. Fußn. 2), § 26 Rdnr. 1.

57) *Ebenso Manssen* (o. Fußn. 18), C § 26 Rdnr. 4; *Schuster/Stürmer* (o. Fußn. 56), § 26 Rdnr. 3; i.E. wohl auch *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 5 f.

58) S. zur ähnlichen Situation i.R.d. Richtlinie 97/13/EG *Koenig*, in dieser Beilage.

59) *Ebenso Mayen* (o. Fußn. 53), S. 650 ff.

60) *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 16 ff.

61) *Wiedemann* (o. Fußn. 4), § 1 Rdnr. 4 m.w.Nw.

62) *BGH WuW/E 1824, 1827* – Blei- und Silberhütte Braubach; *KG WuW/E OLG 1467, 1469* – BP.

63) So aber *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 19.

64) So aber *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 18.

*Reg TP* bisher eine marktbeherrschende Stellung der Mobilfunknetzbetreiber verneint,<sup>65</sup> findet eine nachträgliche Entgeltregulierung für die Preise der Mobilfunknetzbetreiber derzeit nicht statt. Daher kann nicht davon die Rede sein, dass die Mobilfunknetzbetreiber auf Grund gesetzlicher Vorgaben den Wettbewerb ohnehin reduzierenden offenen Preise unterlägen, so dass die Reaktionsverbundenheit bei der Preisgestaltung außer Betracht zu bleiben habe.<sup>66</sup> Zwar veröffentlichen die Mobilfunknetzbetreiber gem. §§ 27, 28 TKV allgemeine Kundeninformationen wie Entgelte und AGB im Amtsblatt der *Reg TP*. Dabei fordert § 27 Abs. 1 Satz 1 TKV aber lediglich die Bereitstellung in „leicht zugänglicher Weise“ für interessierte Endkunden; dies kann auch durch Veröffentlichung im Amtsblatt geschehen. Die Mobilfunkanbieter wählten den Weg der Veröffentlichung im Amtsblatt aber im Wesentlichen nur auf Grund der Erleichterung für die Einbeziehung dieser allgemeinen Kundeninformationen und Geschäftsbedingungen in Vertragsverhältnisse gem. § 23 Abs. 2 Nr. 1a AGBG. Durch die Schuldrechtsreform besteht diese Möglichkeit gem. § 305a Ziff. 3 BGB ohnehin nur noch sehr eingeschränkt. Die Regulierungsvorschriften und insbesondere §§ 25, 28 TKV erfordern damit nicht eine solche Markttransparenz, dass man von gesetzlich erzwungenen offenen Preisen sprechen könnte.<sup>67</sup> Die Marktteilnehmer nehmen durch diese offenen Preise selbst den Anreiz zum vorstoßenden Wettbewerb.<sup>68</sup> Es wäre daher verfehlt, bei der Prüfung des Vorliegens eines wesentlichen Wettbewerbs den Gesichtspunkt der selbst herbeigeführten Preistransparenz und dem damit verbundenen Verzicht auf einen Preiswettbewerb nicht in die Prüfung mit einzubeziehen.<sup>69</sup>

### Betrachtung sonstiger Faktoren

Bei der hier vorzunehmenden Gesamtbetrachtung ist das Ziel der bidirektionalen Zusammenschaltung mit einzubeziehen.<sup>70</sup> Es kommt für die Zwecke der Missbrauchsaufsicht z.B. darauf an, ob der Wettbewerb zwischen Mitgliedern einer Oligopolgruppe so gestört ist, dass Nachfragern keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten verbleiben.<sup>71</sup> Dabei kann gerade im Hinblick auf die von den Festnetzanbietern gewünschte bidirektionale Zusammenschaltung mit Mobilfunknetzen ein solchermaßen gestörter Wettbewerb festgestellt werden. Keiner der vier derzeit am Markt tätigen Mobilfunknetzbetreiber bietet eine bidirektionale Zusammenschaltung an. Damit liegt ein abgestimmtes Verhalten der Oligopolmitglieder nahe, durch welches sie in tatsächlicher Weise anderen Unternehmen den Zugang zu den Endkunden der Mobilfunknetze beschränken, sogar verwehren.

Die Berücksichtigung der oben genannten und sonstigen Marktdaten führt des Weiteren zu der Einschätzung, dass zumindest für die beiden größeren Marktteilnehmer (*T-Mobil* und *Vodafone*) kein wesentlicher Wettbewerb von Seiten der beiden kleineren Mobilfunknetzbetreiber vor-

liegt. Andere Anhaltspunkte sprechen ebenfalls nicht für einen Wettbewerb: Die Zahl der Vertragshändler und Service Provider, welche die Produkte der Mobilfunknetzbetreiber vermarkten, – also der Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten – liegt bei *T-Mobil*, *Vodafone* und *E-Plus* gleich, die Abweichung bei *Viag Interkom* dürfte vor allem auf eigene strategische Entscheidungen zurückzuführen sein; die Qualität und Erreichbarkeit der Dienstleistungen ist weitgehend identisch. Damit ergibt die Prüfung des im deutschen Mobilfunkmarkt bestehenden Wettbewerbs, dass sowohl insgesamt als auch in Bezug auf die hier interessierende Frage der Zusammenschaltungen mit Festnetzbetreibern kein wesentlicher Wettbewerb festzustellen ist. Keiner der Mobilfunknetzbetreiber hat bisher mit einem anderen Festnetzbetreiber als der *DTAG* einen Zusammenschaltungsvertrag mit bidirektionaler Leistungserbringung abgeschlossen. Wettbewerb auf diesem Markt existiert damit nicht. Angesichts der Marktanteile der vier Mobilfunknetzbetreiber in Deutschland, ihres nur eingeschränkten Binnenwettbewerbs sowie den mangels weiterer Marktteilnehmer fehlenden Außenwettbewerbs ist damit festzustellen, dass die Marktteilnehmer als Oligopol anzusehen sind.

### Einschätzung der Reg TP

Eine andere Auffassung vertritt jedoch die *Reg TP*. In ihrer VfG. 21/2000 teilt sie ein Prüfungsergebnis zur marktbeherrschenden Stellung im Bereich der Zusammenschaltung mit. Sie führt dabei u.a. zur Frage eines vorliegenden Oligopols aus: „Es lässt sich aber jedenfalls im Hinblick auf das tatsächliche Marktverhalten feststellen, dass zwischen den in Frage stehenden Unternehmen wesentlicher Wettbewerb besteht. Ein solcher Binnenwettbewerb ist dann zu bejahen, wenn anhand des tatsächlichen Marktverhaltens zu erkennen ist, dass zentrale Wettbewerbsfunktionen erfüllt sind, d.h. insbesondere der Preissetzungsspielraum der Unternehmen begrenzt ist. Wettbewerbsdruck auf die Zusammenschaltungsentgelte der einzelnen Mobilfunknetzbetreiber geht hier von den Endkunden aus.“

Dieser Passus zeigt den offensichtlich fehlerhaften Ansatzpunkt der *Reg TP* bei der Beurteilung der Marktbeherrschung im Mobilfunkmarkt. Die *Reg TP* prüft dabei einen Binnenwettbewerb und bejaht diesen auf Grund eines von den Endkunden ausgehenden Wettbewerbsdrucks. Binnenwettbewerb zeichnet sich aber gerade dadurch aus, dass der Wettbewerbsdruck von den anderen Marktteilnehmern ausgeht.<sup>72</sup>

### Zusätzliches Bestehen einer Einzel-Marktbeherrschung?

Daneben kommt angesichts der den Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB übersteigenden Marktanteile eine Einzel-Marktbeherrschung der Unternehmen *T-Mobil* und *Vodafone* in Betracht. Einzelmarktbeherrscher können die Vermutungsregelung des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB nur dann ausräumen, wenn sie einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind oder über keine überragende Marktstellung im Verhältnis zu den Wettbewerbern verfügen. Schon vom bloßen Wortbegriff her kann die bloße Teilnahme an einem Wettbewerb hierfür nicht ausreichen. Für ein Ausgesetztsein ist auf die Wettbewerbsgegenseite abzustellen. Ein Unternehmen kann nur dann einem Wettbewerb ausgesetzt sein, wenn von anderen Wettbewerbern auf dem relevanten Markt ein solcher Wettbewerbsdruck entsteht, dass für das marktbeherrschende Unternehmen die Gefahr des Verlustes von we-

65) Vgl. nur *Reg TP*, Verf. 21/2000 (ABI. Reg TP 5/2000 v. 8.3.2000, S. 879).

66) So aber *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 17.

67) Anders aber *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 17.

68) Vgl. dazu *Hoppmann*, Preismeldestellen und Wettbewerb, in: ders., Wirtschaftsordnung und Wettbewerb (1988), S. 415–451; *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 17.

69) A.A. *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 17.

70) Vgl. dazu insgesamt *Ruppelt*, in: Langen/Bunte, 9. Aufl. 2001, § 19 Rdnr. 62; *Möschel*, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 51), § 19 Rdnr. 80; *Mestmäcker* (o. Fußn. 47), S. 15.

71) S. die Verweise in Fußn. 70.

72) Ebenso *Möschel* (o. Fußn. 70), § 19 Rdnr. 49.

sentlichen Marktanteilen, insbesondere der Verlust der marktbeherrschenden Stellung nach der Vermutungsregel in § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB, besteht.

Die Betrachtung der tatsächlichen Marktverhältnisse im Mobilfunkmarkt ergibt, dass weder die *T-Mobil* noch die *Vodafone* in erheblichem Maße Marktanteile an die beiden anderen Marktteilnehmer *E-Plus* und *VIAG Interkom* verlieren. Die Marktanteile dieser beiden Unternehmen scheinen vielmehr dauerhaft auf einem Umfang über dem Vermutungstatbestand des § 19 Abs. 3 Satz 1 GWB zu verharren und eher noch zu steigen, statt zu sinken. Daneben zeichnen sich die beiden mit finanzstarken Großunternehmen verbundenen Anbieter *T-Mobil* und *Vodafone* durch stärkere internationale Verflechtungen aus. Schließlich ist vor allem die wesentlich größere Finanzkraft sowie der Zugang zu zusätzlichen weiteren Finanzmitteln bei *T-Mobil* und *Vodafone* zu verzeichnen.

Allerdings könnte zwischen den beiden großen Mobilfunknetzbetreibern selbst ein Wettbewerb festzustellen sein. Beide Unternehmen sind weitgehend einheitlich gewachsen, eine kürzere Phase, in welcher *Vodafone* seinen Marktanteil stärker erhöhen konnte, ist beendet. Beide Unternehmen verfügen über das wirtschaftliche, finanzielle und technische Potenzial, auf wettbewerbliche Verstöße des jeweils anderen zu reagieren; es besteht eine sehr hohe Reaktionsverbundenheit zwischen ihnen. Diese starke Reaktionsverbundenheit zeigt sich insbesondere an der gleichförmigen Preisgestaltung und -entwicklung. Von einem wesentlichen Wettbewerb zwischen beiden Unternehmen kann damit nicht gesprochen werden. Allerdings ist das Marktverhalten der Unternehmen weder einzeln noch zusammen durch die anderen Marktteilnehmer kontrollierbar. Damit spricht vieles dafür, dass *T-Mobil* und *Vodafone* gegenüber den beiden anderen Marktteilnehmern über eine oligopolistische Stellung verfügen und insofern Oligopol-Marktbeherrscher sind.

#### d) Ergebnis

Daraus folgt, dass die *T-Mobil* und *Vodafone* auf dem deutschen Mobilfunkmarkt zumindest im Hinblick auf die hier zu betrachtenden Zusammenschaltungen über eine Kollektiv-Marktbeherrschung gegenüber den anderen Marktteilnehmern *E-Plus* und *VIAG Interkom*, zusammen mit diesen beiden darüber hinaus auch über eine Kollektiv-Marktbeherrschung gegenüber allen Nicht-Marktteilnehmern verfügen.

#### 4. Ergebnis für Zusammenschaltungspflicht zwischen Festnetz und Mobilfunknetz

Damit liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des Zusammenschaltungsanspruchs gem. § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Alt., Satz 3 TKG für den Zusammenschaltungsanspruch der Verbindungsnetzbetreiber gegen alle Mobilfunknetzbetreiber auf dem deutschen Markt vor. Die Mobilfunknetzbetreiber haben auch gem. § 35 Abs. 1 Satz 3 TKG die Zusammenschaltung ihrer Mobilfunknetze mit den übrigen Festnetzen zu ermöglichen.

### V. Netzbetreiberauswahl gem. § 43 Abs. 6 TKG

Durch die Ermöglichung einer Netzbetreiberauswahl würde erreicht, dass die Endkunden eines Mobilfunknetzes an Preselection- und Call-by-Call-Angeboten von Festnetzbetreibern teilnehmen könnten. Bisher ist die Möglichkeit einer Netzbetreiberauswahl für die Mobilfunk-Endkunden

nicht gegeben. Durch die in § 43 Abs. 6 TKG enthaltene Regelung zur Netzbetreiberauswahl wollte der Gesetzgeber eine wesentliche Voraussetzung für den Wettbewerb schaffen.<sup>73</sup>

#### 1. Verpflichtete und Begünstigte

Die Netzbetreiberauswahl hat nach dem Wortlaut des § 43 Abs. 6 TKG jeder Betreiber von TK-Netzen sicherzustellen. Dabei sind die öffentlichen Mobilfunknetze solche TK-Netze (§ 3 Nr. 21 TKG).<sup>74</sup> Aus § 43 Abs. 6 TKG folgt die unmittelbare Verpflichtung jedes Netzbetreibers, die VNB-Auswahl in seinem Netz sicherzustellen. Er hat damit alle technischen Voraussetzungen zur Umsetzung der Verpflichtung zu schaffen. Hierzu zählt insbesondere die eigentliche Zusammenschaltung<sup>75</sup> sowie die Einstellung der VNB-Kennziffern der verschiedenen VNB in den einzelnen Vermittlungsstellen des Netzbetreibers. Da die Verpflichtung unmittelbar jeden einzelnen Netzbetreiber trifft, hat er die technischen Maßnahmen unabhängig davon durchzuführen, ob andere, ebenso verpflichtete Unternehmen ebenfalls die VNB-Auswahl in ihrem Netz sicherstellen. Daher ist die Verpflichtung zur Gewährleistung der VNB-Auswahl für den einzelnen Netzbetreiber nicht davon abhängig, dass technischen Standards durch allgemeine Gremien (z.B. *AKNN*)<sup>76</sup> beschlossen worden sind. § 43 Abs. 6 TKG sieht eine Ausnahme aus technischen Gründen nur bei einer entsprechenden Aussetzung durch die *Reg TP* vor.

Nicht geklärt ist damit, ob auch der einzelne VNB die technische Einrichtung der VNB-Auswahl im Netz eines anderen (Verbindungs- oder Teilnehmer-)Netzbetreibers verlangen kann. Oder anders formuliert: Folgt aus der Verpflichtung des § 43 Abs. 6 TKG auch ein subjektiver Anspruch eines anderen Netzbetreibers? Dem Wortlaut der Norm ist dies nicht ohne weiteres zu entnehmen, ein Anspruch ist nicht normiert. Der *BT-Ausschuss für Post und Telekommunikation* führte zur Begründung der Norm im Gesetzgebungsverfahren aus:<sup>77</sup> „Durch die Regelung wird sichergestellt, dass der Kunde einerseits nicht bei jedem Ferngespräch eine durch eine Verbindungsnetzbetreiberkennzahl verlängerte Ziffernfolge wählen muss, dass er aber andererseits die Möglichkeit hat, bei jedem Gespräch individuell den günstigsten Anbieter auszuwählen.“

Aus dieser Zielsetzung wird deutlich, dass § 43 Abs. 6 TKG zunächst einmal den Kunden dienen soll, um ihnen eine Auswahlmöglichkeit zwischen Netzbetreibern zu ermöglichen. Hieraus wird auf ein eigenes subjektives Recht der Kunden aus § 43 Abs. 6 TKG geschlossen.<sup>78</sup> Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich zudem, dass die Vorschrift der Wettbewerbsförderung – zumindest im Fernverkehr –<sup>79</sup> dienen soll: Der Kunde soll den günstigsten Anbieter wählen können.<sup>80</sup> Daneben dient auch § 43 Abs. 6

73) S. *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 28. Zur europarechtlichen Seite s. Art. 12 Abs. 7 Satz 2 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.9.1998 zur Änderung der Richtlinie 97/33/EG hinsichtlich der Übertragbarkeit von Nummern und der Betreiberwahl (Änderungsrichtlinie Nummern-Übertragbarkeit) (ABl. EG Nr. L 268 v. 3.10.1998, S. 37).

74) Vgl. zur Auslegung des Begriffs nur *Schütz* (o. Fußn. 33), § 3 Rdnr. 24 ff.

75) *Demmel* (o. Fußn. 18), C § 43 Rdnr. 113.

76) S. dazu *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 7 sowie *BMPT*, Mitt. 108/1997 (ABl. BMPT Nr. 20 v. 16.7.1997).

77) *BT-Drs.* 13/4864 v. 12.6.1996, S. 116.

78) *Demmel* (o. Fußn. 18), C § 43 Rdnr. 118.

79) Zur Anwendbarkeit im Ortsnetz *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTEG (2001), § 43 Rdnr. 69.

80) Ebenso *Spoerr* (o. Fußn. 79), § 43 TKG Rdnr. 63; *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 28.

TKG der Herstellung des Wettbewerbs gem. § 1 TKG.<sup>81</sup> Hieraus lässt sich ein eigenes subjektives Recht der (mit dem Netzbetreiber jeweils konkurrierenden) VNB aus dem § 43 Abs. 6 TKG herleiten.<sup>82</sup> Dieser Anspruch wird im Regelfall zusammen mit einer Zusammenschaltungsnachfrage<sup>83</sup> an den Mobilfunknetzbetreiber als Teilnehmernetzbetreiber herangetragen und kann i.R.e. Verfahrens nach § 37 Abs. 1 TKG als technische Bedingung der Zusammenschaltung von der *Reg TP* angeordnet werden.

## 2. Eingreifen der Ausnahmeregelung § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG

Eine – abschließende – Ausnahme von der Sicherstellung der VNB-Auswahl sieht § 43 Abs. 6 Satz 2 TKG dann vor, wenn aus technischen Gründen eine Nichtumsetzung der Netzbetreiberauswahl gerechtfertigt ist. Insofern ist eine ausdrückliche Entscheidung der *Reg TP* erforderlich, die allerdings den zeitlichen Umfang einer solchen Ausnahmeregelung angeben muss. Denn eine solche Ausnahmeregelung ist nicht unbegrenzt zulässig, sondern nur „solange und soweit“ (§ 43 Abs. 6 Satz 2 TKG) eine Umsetzung der Netzbetreiberauswahl tatsächlich technisch nicht möglich ist. Technische Gründe, die gegen eine Umsetzung der Netzbetreiberauswahl und der Nummernportabilität (§ 43 Abs. 5 TKG)<sup>84</sup> in Mobilfunknetzen sprechen, sind nicht vorhanden. Hier ist teilweise vorgebracht worden, dass keine klassischen Verbindungsnetze bestünden, so dass technisch eine Umsetzung der Verpflichtung nicht möglich sei.<sup>85</sup> Bereits das *BMPT* hatte jedoch mit der VfG 304/1997<sup>86</sup> die Verpflichtung zur Umsetzung der Nummernportabilität und zur Sicherstellung von Preselection bis zum 31.12.1998 und von Call-by-Call bis zum 30.6.1998 aus technischen Gründen ausgesetzt, die technischen Gründe aber nicht genannt. Dies wurde durch die Regeln der *Reg TP* zur Vergabe der UMTS-Lizenzen<sup>87</sup> ausdrücklich bestätigt.

Das Fehlen technischer Hindernisse für die Netzbetreiberauswahl in Mobilfunknetzen spricht zudem dafür, dass bidirektionale Zusammenschaltungen zwischen Mobilfunk- und Festnetzen möglich sind. Ohne eine direkte Zusammenschaltung mit Festnetzen ist die Netzbetreiberauswahl für die Endkunden eines Mobilfunknetzes technisch und wirtschaftlich kaum attraktiv. Eine Netzbetreiberauswahl über den Umweg anderer mit dem Mobilfunknetz zusammenschalteter Festnetze, also über Transitnetze, ist wirtschaftlich und technisch wenig sinnvoll und dürfte

den von der Netzbetreiberauswahl verfolgten Zweck des Wettbewerbs für Fernverbindungen kaum fördern. Die Netzbetreiber *T-Mobile* und *Vodafone* hatten gegen die Entscheidung der *Reg TP*, die Nummernportabilität im Mobilfunk zukünftig nicht mehr zu verlängern, vor dem *VG Köln* geklagt.<sup>88</sup> Das Gericht hat hierbei entschieden, dass die Entscheidung der *Reg TP*, die Verpflichtung zur Nummernübertragung künftig nicht mehr auszusetzen, nicht rechtswidrig war. Die Verpflichtung aus § 43 Abs. 5 TKG treffe auch Mobilfunknetzbetreiber. Die Entscheidung der *Reg TP* sei nicht ermessensfehlerhaft, da sie sich auf umfassende technische Prüfungen stützen könne und der in § 43 TKG als abwägungserheblich normierten Verhinderung wesentlicher Wettbewerbsbeeinträchtigungen diene. Durch die Nummernportabilität im Mobilfunk sei eine verbrauchergünstige Wettbewerbsverstärkung zu erwarten.<sup>89</sup> Gleiches gilt auch für die Frage der VNB-Auswahl.<sup>90</sup>

## VI. Entgeltgestaltung

Grundsätzlich können die Zusammenschaltungsentgelte frei ausgehandelt werden (vgl. § 36 Satz 1 TKG), in der Praxis können solche Verhandlungen aber gerade an den häufig sehr unterschiedlichen Preisvorstellungen scheitern. Soweit sich Zusammenschaltungspartner nicht auf eine Entgeltgestaltung einigen können, käme eine Anordnung gem. § 37 Abs. 1 TKG in Betracht.<sup>91</sup> Allerdings enthält § 39 TKG eine Sonderregelung für die Regulierung von Entgelten für angeordnete Zusammenschaltung: diese soll sich nach §§ 24, 25 Abs. 1 und 3, 27, 28, 29, 30 Abs. 1 und 3–6, 31 TKG richten.

### 1. Regelungsgehalt des § 39 TKG

Der Verweis auf die wesentlichen Entgeltregulierungsbestimmungen des TKG hat in der juristischen Diskussion zu einem Streit geführt, ob es sich um eine Rechtsgrund- oder eine Rechtsfolgenverweisung<sup>92</sup> handelt. Der Unterschied liegt im Wesentlichen darin begründet, dass die Entgeltregulierungsbestimmungen an eine marktbeherrschende Stellung anknüpfen. Die Vertreter der Rechtsgrundverweisung ziehen daraus den Schluss, dass die marktbeherrschende Stellung mindestens eines der Zusammenschaltungspartner erforderlich ist, damit die §§ 24 ff. TKG überhaupt angewendet werden können. Bei einer Rechtsfolgenverweisung wäre die Marktbeherrschung durch die Zusammenschaltungspartner keine Voraussetzung für die Anwendung der §§ 24 ff. TKG.

### a) Konsequenzen bei Rechtsgrundverweisung

Soweit es auf die Marktbeherrschung ankommen sollte, könnte die *Reg TP* im Zusammenhang mit einer Zusammenschaltungsanordnung nicht zwangsläufig eine Entgeltregelung treffen. Vielmehr müsste sie zunächst gesondert die Marktbeherrschung der beteiligten Zusammenschaltungspartner prüfen. Erst bei der Bejahung dieser Eigenschaft bei zumindest einem der Beteiligten könnte in einem dritten Schritt die Angemessenheit der Entgelte gem. §§ 24 ff. TKG (mit Ausnahme von §§ 25 Abs. 2, 30 Abs. 2 TKG) geprüft werden.<sup>93</sup> Der Verweis in § 39 TKG umfasst nicht § 25 Abs. 2 TKG, der die ex-post-Regulierung vorsieht. Für das anzuwendende Regulierungsverfahren käme es dann auf § 25 Abs. 1 TKG an, der allerdings als Voraussetzung Entgelte i.R.d. Lizenzklassen 3 und 4 erfasst. Damit wären etwa Entgelte i.R.d. Lizenzklasse 1 (Mobilfunkübertragungswege) und allen anderen TK-Dienstleistungen, die nicht Übertragungswege der Klasse

81) *Paul/Mellewig* (o. Fußn. 2), § 43 Rdnr. 9.

82) Zum drittschützenden Charakter des § 43 Abs. 6 TKG zu Gunsten von VNB auch *OLG Düsseldorf* CR 1999, 230.

83) Ebenso für Umsetzung der VNB-Auswahl als Zusammenschaltung *Demmel* (o. Fußn. 18), C § 43 Rdnr. 113; *Bock/Völcker*, CR 1998, 473, 477.

84) S. dazu *VG Köln* (o. Fußn. 37).

85) Zusammenfassung der Argumente bei *Spoerr* (o. Fußn. 79), § 43 Rdnr. 67.

86) Aussetzung von Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Netzbetreiberportabilität und der VNB-Auswahl für Betreiber von Mobilfunknetzen (ABl. *Reg TP* 304/97, S. 1866).

87) *S. Reg TP* (o. Fußn. 43), S. 527 ff.

88) *VG Köln* (o. Fußn. 37).

89) *VG Köln* (o. Fußn. 37).

90) S. zu den von den Mobilfunknetzbetreibern hiergegen vorgebrachten Argumenten *Spoerr* (o. Fußn. 79), § 43 Rdnr. 67.

91) S. aber zur verfahrensrechtlichen Seite angesichts der sog. EBC-Beschlüsse des *VG Köln* MMR 2001, 410 und des *OVG Münster* MMR 2001, 548; krit. dazu *Schuster*, MMR 2001, 298 ff.

92) Zur Schwierigkeit der Begriffsbestimmung BVerwGE 107, 345, 346; *Scherer/Ellinghaus*, MMR 2000, 201, 202.

93) So *Fuhr/Kerkhoff*, NJW 1997, 3209, 3211; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 203; *Koenig/Neumann*, RTKom 2000, 27, 34.

3 bzw. Sprachtelefondienst darstellen, nicht erfasst und könnten – was kaum mit dem Zweck des § 39 TKG vereinbar wäre –<sup>94</sup> im Zusammenhang mit Zusammenschaltungsanordnungen nicht von der *Reg TP* festgelegt werden.

Die Folge hieraus ist angesichts dieses zweckwidrigen Ergebnisses allerdings ungewiss und bisher von den Vertretern der Rechtsgrundverweisung nicht abschließend formuliert worden.<sup>95</sup> Die *Reg TP* hätte dann bei angeordneten Zusammenschaltungen zwischen nicht-marktbeherrschenden Unternehmen keine Handhabe zur Anordnung der Entgelte. Dann besteht die Möglichkeit, dass jeder Zusammenschaltungspartner seine Entgelte frei bestimmt. Dies würde zu der unbefriedigenden Konsequenz führen, dass zwar eine angeordnete Zusammenschaltung besteht, jeder Zusammenschaltungspartner für die tatsächliche Durchführung der Zusammenschaltung die Entgeltforderungen seines Vertragspartners hinnehmen oder von einer Durchführung der Zusammenschaltung absehen müsste.<sup>96</sup> Dieses Ergebnis kann kaum überzeugen, vor allem angesichts der gesetzlich vorgesehenen Anordnung, die ja gerade als behördlich durchzusetzender Vertrag anzusehen ist.<sup>97</sup>

Die Annahme einer Rechtsgrundverweisung führt zudem wegen des nicht erfolgten Verweises auf § 25 Abs. 2 TKG dazu, dass letztendlich Zusammenschaltungsentgelte gar nicht reguliert werden könnten, weil das Angebot von Zusammenschaltungsleistungen weder Übertragungswege noch Sprachtelefondienst i.S.d. § 25 Abs.1 TKG darstellen. Dies trifft nicht nur die Zusammenschaltung mit Mobilfunknetzen, sondern alle Zusammenschaltungen. Denn bei den Zusammenschaltungsleistungen handelt es sich um Vorprodukte, die ein VNB vom Netzbetreiber einkauft. Zwar könnte man auf den ersten Blick daran denken, dass bei der Zuführung und Terminierung im Rahmen von Interconnection grundsätzlich Sprache in Form von Daten transportiert wird und der Teilnehmernetzbetreiber gegenüber dem Verbindungsnetzbetreiber also Sprachtelefondienst gem. § 3 Ziff. 15 TKG anbietet. Dagegen spricht jedoch bereits, dass man die konkreten Zusammenschaltungsleistungen betrachten muss und diese regelmäßig von (oder zu) einem Netzabschlusspunkt (von oder) zu einem Netzübergabepunkt („Point of Interconnect“ – POI) geführt werden. Ein zweiter Netzabschlusspunkt ist daher nicht vorhanden, denn der POI ist jedenfalls kein Netzabschlusspunkt. Nach der Richtlinie 90/388/EWG werden solche Netzabschlusspunkte durch die Teilnehmernummern nach dem jeweiligen nationalen Nummerierungsplan definiert.<sup>98</sup> Zudem kann man an den POI keine Endgeräte anschließen. Damit sind aber Zusammenschaltungspunkte keine Netzabschlusspunkte und die Netzzusammenschaltungsleistungen kein Sprachtelefondienst. Absurde Folge der Annahme einer Rechtsgrundverweisung wäre somit, dass auf Grund des fehlenden Verweises auf § 25 Abs. 2 TKG die gesamte Verweisung des § 39 TKG auf die §§ 24 ff. TKG hinfällig wäre.

#### b) Konsequenzen bei Rechtsfolgenverweisung

Soweit es bei einer Rechtsfolgenverweisung nicht auf die marktbeherrschende Stellung eines oder beider Zusammenschaltungspartner ankommt, könnte die *Reg TP* in der Folge der Zusammenschaltungsanordnung Festlegungen über die Entgelte treffen.<sup>99</sup> Dies würde für Zusammenschaltungsanordnungen zwischen den deutschen Mobilfunk- und Festnetzen unabhängig von der jeweiligen Marktstärke gelten. Die *Reg TP* müsste demnach lediglich

die Einhaltung der §§ 24 ff. TKG durch die vorgeschlagenen Entgelte prüfen. Die Entgeltforderungen für Zusammenschaltungen müssten sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren (§ 24 Abs. 1 Satz 1 TKG) und dürften keine ungerechtfertigten Auf- oder Abschläge enthalten (§ 24 Abs. 2 TKG). Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass die in der Regel (vgl. § 24 Abs. 2, 2. Hs. TKG) ungerechtfertigten Aufschläge aus der Stellung eines marktbeherrschenden Unternehmens hergeleitet werden. D.h. anders gewendet, dass die gesetzliche Vermutung die Aufschläge deswegen als ungerechtfertigt ansieht, weil sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen auf Grund seiner Marktmacht durchgesetzt werden. Die Anwendung einer Rechtsfolgenverweisung bei § 39 TKG ist aber unvollkommen, wenn die wesentlichen Regelungen der Entgeltbestimmungen wegen der fehlenden marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen nicht anwendbar wären. Vielmehr bedingt die Anwendung der Rechtsfolgenlösung, dass es für die Frage nach Aufschlägen auf eine marktbeherrschende Stellung der Betroffenen nicht ankommt. Dies läuft für Zusammenschaltungsentgelte bei nicht marktbeherrschenden Netzbetreibern auf ein Verbot der Preisgestaltung mit Aufschlägen hinaus.

#### c) Entscheidung

Die herrschende Meinung sieht inzwischen im Verweis in § 39 TKG eine Rechtsfolgenverweisung.<sup>100</sup> Die Begründung wird darin gesehen, dass ansonsten die 2. Alternative des § 39 TKG, bei dem es nach der gesetzlichen Regelung ersichtlich nicht auf eine Marktbeherrschung ankommt,<sup>101</sup> sinnlos wäre. Damit ist aber noch nichts über den Umfang der Rechtsfolgenverweisung gesagt, also ob lediglich das Merkmal der Marktbeherrschung unbeachtlich ist (eingeschränkter Rechtsfolgenverweis) oder ob alle Voraussetzungen der §§ 24 ff. TKG außer Betracht zu bleiben sind (weiter Rechtsfolgenverweis).

#### Wortauslegung

Für die Entscheidung dieser Fragen ist zunächst der Wortlaut des § 39 TKG zu berücksichtigen. Der Wortlaut ist als objektivierter Wille des Gesetzgebers vorrangig zu berücksichtigen und bildet die Grenze jeder Auslegung.<sup>102</sup> Der erste Befund zeigt, dass § 39 TKG zwei verschiedene Alternativen kennt, wobei die erste auf § 35 TKG und damit auf eine Sonderregelung für marktbeherrschende Unternehmen verweist.<sup>103</sup> Die zweite Alternative verweist auf § 37 TKG über Zusammenschaltungsanordnungen. Diese Anordnungen kann die *Reg TP* nach fast einhelliger Meinung gegenüber allen Netzbetreibern treffen unab-

94) Gegen eine Sonderrolle für den Mobilfunk auch *VG Köln* (o. Fußn. 37), S. 519.

95) Vgl. aber den Beitrag von *Koenig*, in dieser Beilage.

96) Diese Konsequenz sieht auch *OVG Münster* (o. Fußn. 91), S. 548.

97) S. zur Natur der Zusammenschaltungsanordnungen *Koenig/Loetz*, (o. Fußn. 10), S. 299 f.

98) Mitteilung der *Kommission*: Der Status der Sprachübermittlung im Internet nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und insb. der Richtlinie 90/388/EWG, ABl. EG Nr. C 6 v. 10.1.1998, S. 4, 6.

99) S. zum anzuwendenden Verfahren aber unten 2.

100) Vgl. nur *Reg TPMMR* 1998, 117; *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 39 Rdnr. 4; *Manssen* (o. Fußn. 21), C § 39 Rdnr. 3.

101) *Reg TP* (o. Fußn. 100), S. 117; *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 39 Rdnr. 4; *Manssen* (o. Fußn. 21), C § 39 TKG Rdnr. 4, 7.

102) BVerfGE 71, 108, 115. Siehe zur Wortlautauslegung zusammenfassend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 141 ff.

103) Vgl. nur *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (o. Fußn. 79), § 35 Rdnr. 6.

hängig von ihrer Marktmacht.<sup>104</sup> Soweit spricht vom Wortlaut mehr für eine Anwendbarkeit des § 39 TKG auch auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen im Falle der Zusammenschaltungsanordnung.

Allerdings wird teilweise aus dem in § 39 TKG enthaltenen Wort „entsprechend“ geschlossen, dass eine eingeschränkte Anwendung der Norm nur auf Marktbeherrschender erfolgen dürfe.<sup>105</sup> Zutreffend ist dabei, dass der Begriff „entsprechend“ dazu führt, dass keine uneingeschränkte Anwendung der in Bezug genommenen Vorschrift erfolgen kann. Das Wort „entsprechend“ bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch eine uneingeschränkte Übernahme (1:1-Geltung). Bei diesem Verständnis wäre das Wort „entsprechend“ aber nicht erforderlich, denn ohne dieses Wort würden §§ 24 ff. TKG ohnehin unbedingt und uneingeschränkt gelten. Es ist angesichts der Einschränkung des Normverweises vielmehr ein juristisches Verständnis<sup>106</sup> für den Begriff „(gelten) entsprechend“ zu Grunde zu legen. Daraus folgt, dass die §§ 24 ff. TKG insoweit angepasst anzuwenden sind, als es für die im Rahmen der verweisenden Norm (hier § 39 TKG) erfolgende Anwendung erforderlich ist. Mit anderen Worten: Da der Verweis auf § 25 Abs. 1 TKG bei „voller 1:1-Anwendung“ dazu führen würde, dass die Zusammenschaltungsentgelte gar nicht reguliert werden könnten, sind die §§ 24 ff. TKG eben „entsprechend“ mit der Folge anzuwenden, dass Zusammenschaltungsentgelte diesbezüglich wie die Preise für Übertragungswege und Sprachtelefondienst zu behandeln sind.

Der Begriff „entsprechend“ steht zudem im wörtlichen Zusammenhang mit der Verweiskette auf §§ 24 ff. TKG, nicht aber im Zusammenhang mit der Bezugsnorm des § 37 TKG in § 39 TKG. Damit wird durch das Wort „entsprechend“ nicht der Bezug auf § 37 TKG relativiert. Wenn die Anwendung des § 39 TKG auf alle Zusammenschaltungsanordnungen zu bejahen ist, müssen auch die §§ 24 ff. TKG in irgendeiner Form für die Entgeltgestaltung bei Anordnungen gegenüber nicht-marktbeherrschenden Unternehmen Relevanz haben. Das Wort „entsprechend“ relativiert ausschließlich die Anwendung der §§ 24 ff. TKG. Diese Relativierung kann eine nur eingeschränkte Anwendbarkeit der Voraussetzungen der §§ 24 ff. TKG bedeuten – wie von den Vertretern der Rechtsfolgenverweisung angenommen – oder eine Einschränkung der in §§ 24 ff. TKG vorgesehenen Rechtsfolgen.

### Teleologisch-systematische Auslegung

Für § 39 TKG gelten als wesentlichste Zweckbestimmung die §§ 1, 2 Abs. 2 TKG. Hier hat der Gesetzgeber die Zielbestimmungen des gesamten Gesetzes vorgegeben. Allein diese Tatsache spricht für die vorrangige Beachtung dieser Ziele bei Auslegung und Anwendung der TKG-Normen.<sup>107</sup> § 39 TKG soll der Herstellung und Förderung

eines Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation sowie der Gewährleistung flächendeckend angemessener und ausreichender Dienstleistungen dienen (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 TKG). In erster Linie soll damit die bestehende Marktbeherrschung durch die DTAG abgelöst und das Entstehen einer neuen Marktbeherrschung verhindert werden.<sup>108</sup> Zugleich – und nicht weniger –<sup>109</sup> sollen auch die Interessen der Nutzer an angemessenen TK-Dienstleistungen zu erschwinglichen Preisen berücksichtigt werden (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 1 und 3 TKG). Dieser Gedanke wird insbesondere in § 36 Satz 2 TKG deutlich: „Alle Beteiligten haben hierbei (bei der Verhandlung über Zusammenschaltungen, die Verf.) das Ziel anzustreben, die Kommunikation der Nutzer verschiedener öffentlicher Telekommunikationsnetze untereinander zu ermöglichen und zu verbessern.“

Wenn diese Kommunikationsermöglichung und -verbesserung damit im Interesse der Nutzer steht, müssen zusätzlich für die Nutzer angemessene Bedingungen für die Nutzung dieser Kommunikationsmöglichkeit sichergestellt werden (vgl. § 1 TKG: „angemessene und ausreichende Dienstleistungen“; § 2 Abs. 2 Nr. 3 TKG: „zu erschwinglichen Preisen“). Da bei dieser Zweckbestimmung kein Unterschied sich aus der Marktstärke der betroffenen Netzbetreiber ergibt, fügt sich die Anwendung des § 39 TKG i.S.d. Rechtsfolgenverweisung in die Zweckbestimmung des TKG ein. Der vornehmliche Zweck der Entgeltregulierungsvorschriften liegt in der Verhinderung der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (asymmetrische Regulierung).<sup>110</sup> Das gilt allerdings nur für die unmittelbare Anwendung der §§ 24 ff. TKG. Dies schließt nicht aus, dass die Vorschriften im Kontext des gesamten TKG – insbesondere durch Verweise auf die Entgeltregulierungsnormen – auch und sogar mit stärkerem Gewicht zu den anderen Zwecken des TKG gem. §§ 1, 2 Abs. 2 TKG herangezogen werden. Es ist auch nicht allgemein zutreffend, dass nur Marktbeherrscher Entgeltaufschläge durchsetzen können,<sup>111</sup> jedenfalls dann nicht, wenn man die Marktbeherrschung nicht lediglich auf den Endkundenmarkt bezieht. Jeder Netzbetreiber ist bei Zusammenschaltungen mit seinem Netz in der Lage, Aufschläge auf die Zusammenschaltungsentgelte durchzusetzen. Er ist der einzige Anbieter für den Zugang zu seinem Netz; insoweit könnte er sogar als Monopolist für den Netzzugang betrachtet werden.<sup>112</sup>

Aus der teleologisch-systematischen Auslegung lassen sich auch Anhaltspunkte für den Umfang der Rechtsfolgenverweisung herleiten. Dem Einwand, dass bei dem weiten Rechtsfolgenverweis die lange Verweiskette in § 39 TKG unnötig sei, ist dabei zuzustimmen. Insbesondere der Verweis auf die entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 3 TKG scheint aus systematischen Gesichtspunkten gegen die Rechtsfolgenverweisung zu sprechen. Wenn aber durch einen Rechtsfolgenverweis bei § 39 TKG die Marktbeherrschung keine Voraussetzung für die Entgeltregulierung bei Zusammenschaltungen ist, ginge dieser Verweis ins Leere. Allerdings sind im TKG schon mehrfach entsprechende gesetzestechnische Fehler aufgefallen.<sup>113</sup> Diese Verweiskette ist vermutlich darauf zurückzuführen, denn in den Gesetzgebungsunterlagen findet sich dazu keine Erläuterung.

### Historische Auslegung

Hierfür spricht insbesondere auch die historische Auslegung. Im ersten Gesetzentwurf der Fraktionen für ein TKG sollte die Vorschrift des § 39 TKG lediglich die Zusammen-

**104)** *Trute* (o. Fußn. 79), § 37 Rdnr. 5; *Piepenbrock* (o. Fußn. 7), § 37 Rdnr. 2; *Manssen* (o. Fußn. 21), C § 37 Rdnr. 1; a.A. *Etlings-Ernst* (o. Fußn. 27), § 37 Rdnr. 1, die entgegen dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte eine teleologische Reduktion auf Marktbeherrscher befürwortet.

**105)** Ausdrücklich *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 202.

**106)** Vgl. zu Besonderheiten der juristischen Sprache *Larenz/Canaris* (o. Fußn. 102), S. 141.

**107)** *Schuster* (o. Fußn. 34), § 2 Rdnr. 3, 4.

**108)** Ausführlich zu diesem Aspekt *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 203 f.

**109)** Nicht beachtet von *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 203 f.

**110)** *Schuster/Stürmer* (o. Fußn. 56), § 24 Rdnr. 1; *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 204 sehen dies als einzigen Zweck.

**111)** So aber *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 204.

**112)** S. zu diesem Ansatz *Bunte und Möschel*, in dieser Beilage.

**113)** S. z.B. *Manssen* (o. Fußn. 21), C § 39 TKG Rdnr. 7.

schalungsentgelte für marktbeherrschende Unternehmen betreffen.<sup>114</sup> Schon damals enthielt § 39 TKG die heutige Verweiskette, die lediglich hinsichtlich der Nummerierung redaktionell angepasst wurde. Der *BT-Ausschuss für Post und Telekommunikation* hatte dann in seiner Beschlussempfehlung durch einen zusätzlichen Verweis auf § 36 TKG in § 39 TKG den Anwendungsbereich dieser Vorschrift auch auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen ausgeweitet, ohne die Folgen für die übernommene Verweiskette im Detail zu prüfen.<sup>115</sup> Wenn auch die historische Auslegung regelmäßig nur als Unterstützung des durch die anderen Auslegungsmethoden gewonnenen Ergebnisses heranzuziehen ist,<sup>116</sup> ist dieser Wille bei zumindest uneindeutiger grammatischer Auslegung stärker zu berücksichtigen.<sup>117</sup>

### Europarechtskonformität der Auslegung

Die Entgeltregulierungsvorschriften der Richtlinie 97/33/EG finden in Bezug auf Zusammenschaltungen lediglich für solche Mobilfunknetzbetreiber Anwendung, die von den nationalen Regulierungsbehörden als marktmächtig gemeldet wurden. Hieraus wird teilweise geschlossen, dass die Rechtsfolgenverweisung gegen die europarechtlichen Vorgaben verstieße und daher abzulehnen sei.<sup>118</sup> Diese Einschätzung trifft jedoch nicht zu. Die Richtlinie 97/33/EG stellt nur einen Mindeststandard dar, von dem die nationalen Gesetzgeber nicht abweichen dürfen. Zumindest für als marktmächtig gemeldete Mobilfunknetzbetreiber sind bei der Berechnung von Zusammenschaltungsentgelten die Grundsätze der Transparenz und Kostenorientierung zu berücksichtigen. Der nationale Gesetzgeber ist durch die Richtlinie 97/33/EG nicht daran gehindert, für andere, nicht-marktmächtige Netzbetreiber die gleichen Grundsätze anzuordnen. Ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben bei der Rechtsfolgenverweisung kann daher nicht festgestellt werden.

### d) Grundrechtliche Implikationen

Allerdings ist zu bedenken, dass die Entgeltregulierungsvorschriften in §§ 24 ff. TKG auf die Bekämpfung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens zugeschnitten sind.<sup>119</sup> Diese Vorschriften stellen einen erheblichen Eingriff in die Vertragsfreiheit der von ihr betroffenen Unternehmen dar. Diese Regelung kann angesichts der grundgesetzlich gesicherten Vertrags- (Art. 2 Abs. 2, 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG)<sup>120</sup> zunächst nur unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Auflösung des früher bestehenden Monopols der *DTAG* und Verhinderung des Entstehens einer neuen Marktbeherrschung eines Unternehmens auf einem zu liberalisierenden Markt gerechtfertigt sein.

Eine uneingeschränkte Geltung der §§ 24 ff. TKG auf die Entgeltgestaltung bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen begegnet dagegen wegen der Einschränkung der Vertragsfreiheit Bedenken. Die deutsche Wirtschafts- und Rechtsordnung im Allgemeinen und das TKG im Besonderen gehen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit aus.<sup>121</sup> Eine Einschränkung für nicht-marktbeherrschende Unternehmen kann daher grundsätzlich nur aus besonderen Gründen gerechtfertigt werden. Der Grund für die Befugnis der *Reg TP*, im Zusammenhang mit Zusammenschaltungsanordnungen gegenüber nicht-marktbeherrschenden Netzbetreibern die Entgeltregulierungsvorschriften anwenden zu können, liegt darin begründet, dass eine solche Anordnung ohne gleichzeitige oder unmittelbar anschließende Entgeltfestlegung sinnlos ist. Die Anordnung von Zusam-

menschalungen zwischen nicht-marktbeherrschenden Unternehmen ist ausschließlich aus der Zweckbestimmung des § 36 Satz 2 TKG (Ermöglichung und Verbesserung der Kommunikation der Nutzer) gerechtfertigt. § 36 Satz 2 TKG verlangt aber nicht von den Netzbetreibern, dass sie die Kommunikationsermöglichung und -verbesserung mit den gleichen Konsequenzen eines marktbeherrschenden Unternehmens fördern müssten. Der Verweis in § 39 TKG auf §§ 24 ff. TKG muss daher im Lichte der grundrechtlichen Situation bei der Anwendung auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen eingeschränkt erfolgen.

Bei Zugrundelegung der Rechtsfolgenverweisung kann diese aus verfassungsrechtlichen Gründen notwendige Korrektur des Verweises in § 39 TKG nicht auf der Stufe des Adressatenkreises erfolgen. Der Verweis in § 39 TKG soll gerade sicherstellen, dass alle Netzbetreiber (also auch nicht-marktbeherrschende) im Zusammenhang mit Zusammenschaltungsanordnungen den §§ 24 ff. TKG unterliegen sollen.<sup>122</sup> Die Korrektur kann daher nur bei der Anwendung der §§ 24 ff. TKG selbst auf nicht-marktbeherrschende Unternehmen erfolgen. Die Grundrechte sind in jedem Fall bei der Anwendung und Auslegung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu beachten. Denn die Grundrechte stellen „objektiv-rechtliche Wertentscheidungen der Verfassung dar, die für alle Bereiche der Rechtsordnung gelten und Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung geben“.<sup>123</sup>

Zusammenschaltungsvereinbarungen sind privatrechtlicher Natur.<sup>124</sup> Soweit der Vertragsschluss durch eine behördliche Anordnung durch die *Reg TP* ersetzt wird, ändert sich hieran nichts Grundlegendes. Man spricht hier vom „angeordneten Vertrag“.<sup>125</sup> Dabei ist anerkannt, dass der Staat bei Entscheidungen über diese privatrechtlichen Verhältnisse die objektiven Wirkungen der Grundrechte für das Gemeinwesen zu achten hat. Im Bereich des Privatrechts gelten die Grundrechte daher nicht unmittelbar, bei der Anwendung und Auslegung privatrechtlicher Normen kommt eine Bindung „insoweit in Betracht, als das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt zugleich Elemente objektiver Ordnung aufgerichtet hat, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung haben“.<sup>126</sup> Denn es ist inzwischen anerkannt, dass der Rechtsgehalt der Grundrechte „über das Medium der das einzelne Rechtsgebiet unmittelbar be-

114) BT-Drs. 13/3609, S. 47.

115) BT-Drs. 13/4864, S. 114.

116) BVerfGE 1, 299, 312; BVerfGE 36, 342, 367.

117) Anders *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 204. Anhand der obigen Ausführungen ergibt sich jedoch, dass über die Bedeutung des Wortes „entsprechend“ in § 39 TKG verschiedene Interpretationen zumindest möglich sind. Dann verbietet es sich aber, den gesetzgeberischen Willen, der eindeutig für eine Auslegungsvariante streitet, beiseite zu wischen.

118) *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 205.

119) Diesen Aspekt stellen *Scherer/Ellinghaus* (o. Fußn. 92), S. 204 in den Vordergrund.

120) S. hierzu bei Zusammenschaltungsanordnungen *Stern/Dietlein* (o. Fußn. 29), S. 2 ff.

121) Vgl. hierzu und den Einschränkungen *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 10 ff.

122) So i.E. auch *OVG Münster* (o. Fußn. 91), S. 549.

123) BVerfGE 49, 89, 141 f.; BVerfGE 73, 261, 269.

124) *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 13.

125) Ausführlich *Piepenbrock/Müller* (o. Fußn. 3), Kap. 7 Rdnr. 14; *Koenig/Loetz* (o. Fußn. 95), S. 303.

126) BVerfGE 73, 261, 268; BVerfGE 7, 198, 205; BVerfGE 42, 143, 148; *Canaris*, AcP 1984, 201, 203 ff.; zusammenfassend *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. V (1992), § 117 Rdnr. 54 ff.

herrschenden Vorschriften, insbesondere der Generalklauseln und sonstigen auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Begriffe ... auf dieses Rechtsgebiet<sup>127</sup> einwirkt. Das Instrument, verfassungsrechtliche Wertungen zu Gunsten nicht-marktbeherrschender Unternehmen im Verfahren zur Festsetzung von Zusammenschaltungsentgelten einfließen zu lassen, bietet der Begriff der Kostenorientierung in § 24 Abs. 1 Satz 1 TKG, § 3 Abs. 1 TEntgV. Es handelt sich hierbei um einen ohnehin offenen und ausfüllungsbedürftigen Begriff, ähnlich den privatrechtlichen Generalklauseln. Bei der Anwendung, Auslegung und Ausfüllung des Begriffs muss die *Reg TP* die Grundrechte der Betroffenen betrachten. Diese grundrechtliche Situation ist aber für marktbeherrschende und nicht-marktbeherrschende Unternehmen verschieden.

Ein Blick auf das österreichische TK-Recht, welches insgesamt dem deutschen Recht sehr stark angenähert ist, bestätigt diesen Ansatz. In § 41 Abs. 3 Satz 3 und 4 öTKG zu Zusammenschaltungsanordnungen heißt es: „Die Regulierungsbehörde hat dabei die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften, die nach Art. 6 der Richtlinie 90/387/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 zur Verwirklichung des Binnenmarktes für Telekommunikationsdienste durch Einführung eines offenen Netzzuganges (Open Network Provision – ONP) (ABl. EG Nr. L 192 vom 24.7.1990, S. 1) vom Europäischen Parlament und vom Rat erlassen werden, zu beachten. Entsprechend der Richtlinie findet der Grundsatz der Kostenorientiertheit nur bei der Festlegung der Höhe der Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung.“

Hieraus folgt, dass die österreichische Regulierungsbehörde i.R.v. Zusammenschaltungsanordnungen auch gegenüber nicht-marktbeherrschenden Netzbetreibern Entgelte festsetzen kann.<sup>128</sup> Diese Entgeltfestsetzung erfolgt nach den Vorgaben der ONP-Richtlinie 90/387/EWG. Der Grundsatz der Kostenorientiertheit aus der Richtlinie findet hingegen nur gegenüber marktbeherrschenden Netzbetreibern Anwendung. Alle anderen können Zusammenschaltungsentgelte unabhängig von der Kostenorientiertheit verlangen und ggf. von der Regulierungsbehörde festsetzen lassen.<sup>129</sup> Damit hat der österreichische Gesetzgeber ebenfalls den Begriff der Kostenorientierung als Hebel zur Unterscheidung der Zusammenschaltungsentgelte von Marktbeherrschern und anderen Netzbetreibern angesehen.

Wenn sich danach die Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren müssen, so muss diese Regelung auf marktbeherrschende und nicht-marktbeherrschende Unternehmen unterschiedlich angewendet werden. Marktbeherrschende Unternehmen unterliegen auch bei der Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten den strengen Maßstäben der §§ 24 ff. TKG und

der TEntgV, soweit der Verweis in § 39 TKG reicht. Bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen wird man den Netzbetreibern dagegen eine weniger strenge Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zur Vermeidung grundrechtswidriger Konsequenzen einräumen müssen, ähnlich wie bei der Praxis des „fair price“ in anderen Rechtsordnungen. In jedem Fall eröffnet der Orientierungsbegriff der *Reg TP* bei der Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen einen Ermessensspielraum (§ 40 VwVfG).<sup>130</sup>

Bei der Festsetzung von Zusammenschaltungsentgelten werden die verfahrensrechtlichen Leitlinien des *OVG Münster*<sup>131</sup> und des *VG Köln*<sup>132</sup> aus den EBC-Beschlüssen trotz der hiergegen berechtigt erhobenen Kritik<sup>133</sup> beachtet werden müssen: Die Entgelte für Zusammenschaltungen sind danach nicht zusammen mit der Anordnung nach § 37 TKG festzulegen, sondern erst in einem anschließenden gesonderten Verfahren nach § 39 TKG.

## 2. Grundsätze der Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten

Obwohl bei der für die Anwendung des § 39 TKG zu Grunde zu legenden Rechtsfolgenverweisung die einzelnen Voraussetzungen der §§ 24 ff. TKG außer Betracht zu lassen sind, verbleiben die wesentlichen kostentechnischen Maßstäbe für die Entgeltbestimmung bei angeordneten Zusammenschaltungen. Maßgeblich ist zunächst, dass die Entgelte sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren haben (§ 24 Abs. 1 Satz 1 TKG). Nach der Definition des § 3 Abs. 2 TEntgV handelt es sich dabei um die langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.<sup>134</sup> Hier ist allerdings bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen die verfassungsrechtliche Komponente und eine eingeschränkte Anwendung des Orientierungsbegriffs zu berücksichtigen.<sup>135</sup> Die Entgelte müssen aber dennoch den Anforderungen des § 24 Abs. 2 TKG entsprechen. Die Entgelte dürfen daher keine sachlich oder der Höhe nach ungeRechtfertigten Aufschläge enthalten, soweit sie nicht auf Grund des größeren Orientierungsspielraums bei nicht-marktbeherrschenden Unternehmen zuzulassen sind.

Wie oben bereits ausgeführt sind bei der Rechtsfolgenverweisung die Voraussetzungen des § 25 Abs. 1 TKG unbeachtlich. Uneingeschränkt gelten die Vorgabe der Berechnungsmethoden für Entgelte in § 27 Abs. 1–3 TKG. Diese Berechnungsmethoden sind über den Wortlaut hinaus („... nach § 25 Abs. 1 ...“) auch auf alle Entgelte für TK-Dienstleistungen von TK-Anbietern i.R.v. angeordneten Zusammenschaltungen, also auch auf die der Inhaber der Lizenzklassen 1 und 2, anwendbar. § 27 Abs. 4 TKG sowie die darauf erlassene TEntgV gelten ebenfalls, soweit nicht hierin mit dem weiten Rechtsfolgenverweis nicht zu vereinbarende Beschränkungen enthalten sind (z.B. §§ 1 Abs. 1, 6 TEntgV). Da aber auch i.R.v. Zusammenschaltungsentgelten die Einhaltung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu Grunde zu legen ist, bedarf es einer entsprechenden Berechnung, der die TEntgV dient. Die formellen Voraussetzungen für das Entgeltgenehmigungsverfahren in § 28 TKG sind mit gewissen Modifikationen für die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten anwendbar.<sup>136</sup>

127) BVerfGE 73, 261, 269.

128) Ausdrücklich *Zanger/Schöll*, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2000, § 41 Rdnr. 54.

129) *Zanger/Schöll* (o. Fußn. 128), § 41 Rdnr. 54.

130) S. zur Flexibilität des Begriffs für Unternehmen *Schuster/Stürmer* (o. Fußn. 56), § 24 Rdnr. 14.

131) *OVG Münster* (o. Fußn. 91), S. 549.

132) *VG Köln* (o. Fußn. 91), S. 410.

133) S. nur *Schuster*, MMR 2001, 298 ff.

134) S. im Einzelnen zu den Voraussetzungen *Schuster/Stürmer* (o. Fußn. 56), Anh. § 27, § 3 TEntgV Rdnr. 5 ff.

135) S. oben 1. c).

136) Weitgehend ebenso *OVG Münster* (o. Fußn. 91), S. 549; *VG Köln* (o. Fußn. 91), S. 410.

Da § 29 TKG dem besonderen Schutz vor marktbeherrschenden Unternehmen dient, scheint der Schutzzweck bei angeordneten Zusammenschaltungen zwischen Nichtmarktbeherrschern eine Anwendung von § 29 TKG nicht zu erfordern. Insofern kann i.R.d. Rechtsfolgenverweises in § 39 TKG die Geltung des § 29 TKG teleologisch derart reduziert werden, dass er tatsächlich nur für marktbeherrschende Unternehmen gilt, weil es den beteiligten Unternehmen freisteht, nach einer Anordnung (der Zusammenschaltung und der Entgelte) im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit etwas anderes zu vereinbaren und damit der Anordnung die Grundlage zu entziehen. Soweit der *Reg TP* nach einer Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten Tatsachen bekannt werden, die eine Abweichung der angeordneten Entgelte von den Maßstäben des § 24 Abs. 2 Nr. 2 und 3 TKG nahe legen, kann das Verfahren

einer zusätzlichen nachträglichen Regulierung der Zusammenschaltungsentgelte gem. §§ 30 Abs. 1, 3–6 TKG durchgeführt werden. Diese gilt dann für alle Zusammenschaltungsentgelte. § 30 Abs. 2 TKG kommt bereits wegen des fehlenden Verweises in § 39 TKG nicht zur Anwendung. Die Anordnungsmöglichkeiten in § 31 TKG haben dagegen auch für die Anordnung von Zusammenschaltungsentgelten uneingeschränkt Geltung.

Schwierig ist aber, welche Anforderungen an die Pflicht zur Vorlage von Kostenunterlagen gem. § 2 TEntgV gestellt werden können. Dies kann hier nicht abschließend erörtert werden. Falls man allerdings dazu neigt, diese Pflicht zu begrenzen, muss jedenfalls ein ausreichender Rest verbleiben, der es der *Reg TP* ermöglicht, den angemessenen oder fairen Preis auch wirklich ermitteln zu können.